

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ - CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE.*

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Théron, Julien (2012) *Entreprises en difficulté - Chronique de  
Jurisprudence*. Gazette du Palais (20-21). p. 28-29.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ - CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE.

*Auteurs :*

*Par Julien Theron, Laurence-Caroline Henry, Professeur à la faculté de droit de Dijon Université de Bourgogne, Fabien Kendérian, Maître de conférences HDR à l'université Montesquieu-Bordeaux IV Chargé d'enseignement à l'université Panthéon Sorbonne - Paris I Membre de l'IRDAP, Christine Lebel, Maître de conférences HDR à la faculté de droit de Nancy Membre de l'Institut François GénY (Lorraine-Université), Philippe Roussel Galle, Professeur des facultés de droit, Laetitia Antonini-Cochin, Maître de conférences HDR à l'université de Nice Sophia-Antipolis Directrice adjointe du CERDP, Christophe Bidan, Administrateur judiciaire inscrit sur la liste nationale Avocat inscrit au barreau de Rennes, Philippe Duprat, Avocat à la Cour Ancien bâtonnier Chargé d'enseignement à l'université Bordeaux IV, Natalie Fricero, Professeure à l'université de Nice Sophia-Antipolis (CERDP) Directrice de l'Institut d'études judiciaires Membre du CERDP, Christine Gailhbaud, Docteur en droit Chargée d'enseignement à l'université de Nice Sophia-Antipolis Membre du CERDP, Emmanuelle Le Corre-Broly, Maître de conférences HDR à l'université du Sud Toulon-Var Directrice du Master 2 Droit de la banque et de la société financière Faculté de droit de Toulon, Pierre-Michel Le Corre, Professeur à l'université de Nice Sophia-Antipolis Directeur du master 2 Droit des difficultés d'entreprise Membre du CERDP, François Melin, Thierry Montéran, Avocat au barreau de Paris UGGC & Associés, Florence Reille, Maître de conférences à l'université de Perpignan, Corinne Robaczewski, Maître de conférences à la faculté de droit de Douai PRES Lille Nord de France (U Artois - Centre Éthique et Procédures), Richard Routier, Professeur à l'université de Strasbourg Codirecteur du master Droit bancaire et financier, Denis Voinot, Professeur à l'université de Lille 2 Directeur du master Droit des affaires Stratégie de recouvrement des créances (équipe René Demogue CRDP & D)*

Cour de cassation chambre commerciale, 13 sept. 2011, no 10-25533, 10-25731 et 10-25908 , Sté Belvédère et a. c/ M. M. et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 13 sept. 2011, no 10-24536 , Just'In SCI c/ SCP Guyon-Daval es. qual. mand. liq. de la SARL System Det

Cour de cassation chambre commerciale, 27 sept. 2011, no 10-10939 , Sté Friance c/ Sté Evial Nature et SCP Laureau Jeannerot, Pascal Guigon et Thierry Lhommeau

Cour de cassation chambre commerciale, 13 sept. 2011, no 10-24126 , SCI Lourdes Jeanne d'Arc c/ Banque Themis

Cour de cassation chambre commerciale, 25 oct. 2011, no 10-21482 , SCI PPGM c/ Me D.

Cour de cassation chambre commerciale, nov. 2011, no 10-20626 , UCP c/ Me H.

Cour de cassation chambre commerciale, 27 sept. 2011, no 10-21277 , Sté Néva c/ Sté ADS

Cour de cassation chambre commerciale, 13 sept. 2011, no 10-19909 , Sté Franki fondation c/ Sté Union travaux

Cour de cassation chambre commerciale, 27 sept. 2011, no 10-23539 , SARL Les Dernanes et M. D. c/ SCI Fondecave et fils et SARL Central Presse 4 Pavillons

Cour de cassation chambre commerciale, 25 oct. 2011, no 10-25257, SARL Sud pièces poids lourds c/ M. K. et Me D., ès qual.

Cour de cassation chambre commerciale, 25 oct. 2011, no 10-23033 , Sté Holding Sorep c/ SARL Company, Mes B. et A., ès qual.

Cour de cassation chambre commerciale, 12 juill. 2011, no 10-19604 , M. D. c/ Me J., ès qual.

Cour de cassation chambre commerciale, 25 oct. 2011, no 10-21789 , SEDIF SA c/ Meneghetti spa et Me L. ès qual.

Cour de cassation chambre commerciale, 27 sept. 2011, no 10-24836 , SA C. c/ Sté B.

Cour de cassation chambre commerciale, nov. 2011, no 10-24119 , SCP Coudray Ancel c/ M. O.

Cour de cassation chambre commerciale, 18 oct. 2011, no 10-19647 , SCI L. et M. François X c/ MM. Pascal X, Jean-Claude X et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 11 oct. 2011, no 10-20032 , Me A. ès qual. liq. Sté TCEL et a. c/ Me F. ès qual. liq. sSé Cuisinier Euro Link et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 25 oct. 2011, no 10-21146 , M. P. c/ Selarl Gauthier Sohm ès qual. liq. M. P.

Cour de cassation chambre commerciale, 12 juill. 2011, no 10-18675 , Sté Transports Kessler c/ Sté Cora

Cour de cassation chambre commerciale, 13 sept. 2011, no 10-14721 et 10-18130, Sté Débitel France c/ Sté B., es-qual. liq. Sté Phone Avenue

Cour de cassation chambre commerciale, 27 sept. 2011, no 10-24793 , Me T. es qual. liq Sté Gestion moderne c/ Abn Amro Commercial Finance

Cour de cassation chambre commerciale, 25 oct. 2011, no 10-24658 , Sté Autodrome Cannes et Me E. es qual. c/ M. P. et Me C. ès qual. Sté Autodrome Cannes

Cour de cassation chambre commerciale, 12 juill. 2011, no 10-16227 , M. K. c/ Sté UHR Ltd

Cour de cassation chambre commerciale, 11 oct. 2011, no 10-11938 , Association Fonds de garantie des mareyeurs des ports du littoral Nord Pas-de-Calais c/ Selarl Soinne es qual. liq. SARL HB La Halle

Cour de cassation chambre commerciale, 12 juill. 2011, no 10-30799 , Sté CERI c/ BNP Paribas Lease Group et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 11 oct. 2011, no 10-21414 , Cts D. c/ CRCAM Charente Périgord

Cour de cassation chambre commerciale, nov. 2011, no 10-17194 , Crédit maritime mutuel atlantique c/ Sté Dolley et associés ès qual.

Cour de cassation chambre commerciale, nov. 2011, no 10-21971 , M. P. ès qual. c/ CRCAM Champagne-Bourgogne

Cour de cassation chambre sociale, oct. 2011, no 11-40056 et 11-40057 , Sté Grave Wallyn Randoux, ès qual. mand. liq. Sté Sit industries tubes et pipes France c/ M. T., CGEA, AGS, Unedic

Cour de cassation chambre sociale, 21 sept. 2011, no 08-41512 , M. D. c/ M. W., mand. liq. ès qual., Office national de l'emploi fonds de fermeture d'entreprises, et CGEA de Lille

Cour de cassation chambre sociale, 28 sept. 2011, no 10-19764 , M. V. c/ AGS d'Orléans, Entreprise Arts et Paysages, M. P., mand. jud. ès qual.

Cour de cassation chambre sociale, 28 sept. 2011, no 10-21350 , AGS et Unedic ès. qual. c/ M. H., Sté Yvon Périn-Jean-Philippe Borkowiak, ès qual. mand. liq.

Cour de cassation chambre commerciale, nov. 2011, no 10-25570 , Mme X ép. Y c/ Liq. de M. X

Cour de cassation chambre commerciale, 11 oct. 2011, no 10-20423, Me S. c/ M. T.

Cour de cassation chambre criminelle, 19 oct. 2011, no 11-80509 , Ministère Public c/ Mme X

Cour de cassation chambre criminelle, 18 mai 2011, no 10-87768 , Ministère Public c/ M. X

## **PLAN**

I. LES ASPECTS INTERNATIONAUX par François Mélin	12
II. L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE par Florence Reille	12
III. LES ASPECTS PROCÉDURAUX par Natalie Fricero	14
IV. LES ORGANES DE LA PROCÉDURE	
L'administrateur judiciaire, par Christophe Bidan	15
V. LA PÉRIODE D'OBSERVATION	
A. La délimitation des créances antérieures et postérieures, par Laurence-Caroline Henry	18
B. Les contrats en cours, par Fabien Kendérian	19
VI. LES SOLUTIONS DE LA PROCÉDURE	
A. Les plans de continuation, de sauvegarde et de redressement, par Christine Lebel	23
B. Le plan de cession, par Denis Voinot	25
C. La liquidation judiciaire, par Denis Voinot et Julien Théron	27
VII. LE PASSIF	

- A. L'arrêt des poursuites individuelles, par Philippe Roussel Galle 30
- B. L'arrêt des voies d'exécution, par Philippe Roussel Galle 31
- C. L'interdiction des paiements, par Philippe Roussel Galle 32
- D. Déclaration, vérification et admission des créances, par Pierre-Michel Le Corre 33

#### VIII. L'ACTIF

A. Reconstitution de l'actif par le jeu des nullités de la période suspecte, par Philippe Roussel Galle 34

B. Soustraction à l'actif : revendications et situation des propriétaires de meubles, par Emmanuelle Le Corre-Broly 35

#### IX. L'ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

La responsabilité de l'établissement de crédit, par Richard Routier 37

X. LA SITUATION DES SALARIÉS par Christine Gailhbaud et Philippe Duprat 39

XI. LE CONJOINT par Laetitia Antonini-Cochin 44

#### XII. LES SANCTIONS

A. Les sanctions civiles, par Thierry Montéran 45

B. Les sanctions pénales, par Corinne Robaczewski 46

## I. LES ASPECTS INTERNATIONAUX

### ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La qualité de créancier s'apprécie au regard de la loi de la source de la créance.

Le droit de l'État de New York, qui admet le principe d'une dette parallèle envers les agents des sûretés, n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public.

Cass. com., 13 sept. 2011, nos 10-25533, 10-25731 et 10-25908 : Sté Belvédère et a. c/ M. M. et a. - FS - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Dijon, 21 sept. 2010 - Mme Favre, prés. ; M. Rémy, cons. rapp. ; M. Bonnet, av. gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Bénabent, SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Piwnica et Molinié, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, av.

La société Belvédère, dont le siège est en France, a émis un emprunt sous la forme de titres de financement négociables à taux variable (floating rate notes), par un contrat soumis au droit de l'État de New York et désignant une société, domiciliée à Londres, en qualité de trustee. Par un second contrat, également régi par le droit de l'État de New York, deux banques ont été désignées en qualité d'agents des sûretés affectées à la garantie de l'exécution du contrat d'émission.

Une procédure de sauvegarde a par la suite été ouverte en France à l'égard de la société Belvédère, ainsi qu'à l'égard de ses différentes filiales qui avaient garanti le remboursement de l'emprunt.

Le trustee et les agents des sûretés ont alors, chacun, déclaré dans chaque procédure collective une créance correspondant au montant total de l'emprunt, leur admission étant prononcée solidairement.

Voici les circonstances, peu banales, qui ont permis à la Cour de cassation de rendre l'arrêt rapporté qui pose des solutions inédites<sup>1</sup>, dont le fondement est cependant parfois difficile à déceler.

En premier lieu, l'arrêt retient que si, aux termes de l'article 4, § 2 h) du règlement no 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la loi de l'État d'ouverture de la procédure collective détermine les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances, il appartient à la loi de la source des créances - en l'espèce la loi new-yorkaise qui régit le contrat d'émission - de définir la qualité de créancier. Cette solution est sans précédent dans la jurisprudence de la Cour de cassation et conduit donc à une combinaison des lois en présence.

En deuxième lieu, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu qu'au vu des termes du contrat d'émission, le trustee pouvait être considéré, selon le droit de l'État de New York, comme créancier des sociétés débitrices à concurrence du montant total de l'emprunt, même s'il était tenu de redistribuer les sommes reçues aux porteurs des titres de créances.

En troisième lieu, il avait été mis en place un système de dettes parallèles (parallel debt) qui, selon la cour d'appel de Dijon, consistait pour l'émetteur de l'emprunt et ses garants à prendre envers les agents des sûretés un engagement contractuel non accessoire équivalent à celui dont ils étaient tenus dans leurs rapports avec les porteurs des titres de créance ou le trustee. Ce système était contesté en ce qu'il pouvait prétendument conduire les sociétés débitrices à un double paiement.

L'arrêt approuve toutefois les juges du fond d'avoir retenu, après avoir considéré que le risque d'un double paiement était exclu compte tenu des termes de la convention, que le droit de l'État de New York applicable aux crédits syndiqués n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'il admettait le principe d'une dette parallèle envers les agents des sûretés.

## **II. L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE**

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

La société visée par l'extension de procédure n'a pas qualité pour soulever la nullité du jugement en raison du défaut de mise en cause du débiteur dont la procédure a été étendue.

Sur le fond, le fait pour la société locataire de supporter la charge d'importants travaux d'aménagement, lesquels reviendront sans indemnité à la SCI en fin de bail, caractérise des relations financières anormales constitutives de confusion des patrimoines.

Cass. com., 13 sept. 2011, no 10-24536 : Just'In SCI c/ SCP Guyon-Daval es. qual. mand. liq. de la SARL System Det - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Besançon, 30 juin 2010 - Mme Favre, prés. - Me Blondel, SCP Ghestin, av.

On le sait, l'extension pour confusion des patrimoines permet l'abolition des frontières patrimoniales. À ce titre, on comprend que le montage sociétaire destiné à protéger un actif immobilier des aléas affectant le devenir d'une activité économique, soit particulièrement visé par les actions en extension. Tel était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt du 13 septembre 2011, le liquidateur judiciaire

d'une SARL, qui exploitait son activité dans un immeuble appartenant à une SCI, ayant sollicité l'extension de la procédure à cette dernière.

On sait cependant tout aussi bien qu'en pareille situation - comme dans toute autre d'ailleurs -, il faut se garder de faire de l'extension un instrument destiné, dans le contexte sensible de la défaillance d'entreprise, à apaiser l'amertume des créanciers qui peinent à admettre de se voir privés d'actifs attrayants. Pour éviter une telle dérive, il est nécessaire que la confusion des patrimoines soit correctement caractérisée.

Selon la Cour de cassation, tel était bien le cas en l'espèce, les juges du fond ayant mis en évidence, entre les deux sociétés, certaines relations financières anormales, lesquelles permettent de déceler une confusion patrimoniale. Au regard des faits retenus et ainsi qualifiés, la décision de la Cour de cassation ne surprend point. La SARL avait en effet supporté, en plus du paiement des loyers dont elle avait naturellement la charge, le financement d'importants travaux d'aménagement du local loué, lesquels devaient rester la propriété de la SCI sans que soit prévu le paiement d'une quelconque indemnité. Or, les hauts magistrats avaient déjà eu l'occasion de considérer que de telles relations entre un locataire et son bailleur étaient anormales<sup>2</sup> et pouvaient conduire à l'extension de procédure.

La décision appelle cependant deux observations particulières.

La première concerne la référence ainsi faite par les juges au contrat de bail : « mais attendu que (...) l'arrêt retient que, dépassant la seule obligation qui lui était imposée par le bail d'effectuer les grosses réparations (...) la société a supporté, en plus des loyers, la charge d'importants travaux d'aménagement (...) ». Si le fait que le flux financier ne soit pas prévu par le contrat liant les parties peut effectivement être un signe d'anormalité, tel n'est pas toujours le cas<sup>3</sup>. La jurisprudence a plusieurs fois qualifié d'anormales des relations atypiques, mais conformes aux termes d'un contrat<sup>4</sup>. À l'inverse, la Cour de cassation a déjà pu considérer que des relations non contractuellement prévues pouvaient être insuffisantes à justifier une extension de procédure<sup>5</sup>.

La seconde observation concerne la mention faite d'une absence de mouvement de fonds entre les deux sociétés. Il est vrai que la SARL n'avait versé directement aucune somme à la SCI, mais avait seulement payé les travaux d'aménagement aux entreprises tierces les ayant effectués. Pour le demandeur au pourvoi, cette circonstance excluait que des flux financiers anormaux aient eu lieu entre les sociétés. La Cour de cassation écarte logiquement cette objection, jugeant « peu important l'absence de mouvements de fonds entre elles relatifs aux travaux d'aménagement » pour caractériser les relations financières anormales constitutives de confusion.

La solution est dans la logique de la jurisprudence de la Cour depuis plusieurs années. Les relations financières anormales s'entendent d'un appauvrissement et d'un enrichissement corrélatif anormaux entre les personnes en cause. Peu importent les modalités de cette communication patrimoniale. Celle-ci peut notamment intervenir, comme en l'espèce, par le truchement d'un tiers accipiens lorsque l'une des personnes en cause prend à sa charge des dépenses qui devraient, normalement, peser sur l'autre. Elle peut encore être caractérisée par une absence de flux là où il aurait été normal qu'il y en ait. Tel est d'ailleurs le sens du changement terminologique adopté dans les années 2000 par la Cour de cassation, laquelle a délaissé les « flux financiers anormaux » au profit des « relations financières anormales » car, précisait alors Daniel

Tricot, « on ne peut pas toujours parler de flux (...) parce que parfois, l'anormalité tient à ce qu'il n'y a pas de flux »<sup>6</sup>.

Sur l'ensemble de ces questions, la Cour de cassation se situe donc largement dans la continuité.

La Cour fait encore preuve de constance lorsqu'elle déclare irrecevable le moyen invoqué par la SCI tiré de la nullité du jugement d'extension pour absence de mise en cause de la SARL. Analysé sous le seul angle du mécanisme d'extension, la Cour rappelle en effet indirectement que la confusion patrimoniale, ni ne postule d'une confusion des personnalités juridiques en présence, ni n'engendre une telle confusion. À défaut de considérer que les personnalités juridiques étaient et demeuraient distinctes, en dépit d'une confusion patrimoniale, sans doute aurait-il fallu admettre que la SCI avait bien qualité pour invoquer un tel vice procédural.

### **III. LES ASPECTS PROCÉDURAUX**

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

En application de l'article 156 du décret du 27 décembre 1985, la tierce opposition doit être formée contre les décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaires par une déclaration au greffe, à peine d'irrecevabilité. L'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception au greffier en chef du tribunal de commerce ne peut valoir déclaration.

Dès lors que la cour d'appel confirme l'irrecevabilité de la tierce opposition, elle excède ses pouvoirs si elle statue au fond et déboute la partie de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions.

Cass. com., 27 sept. 2011, no 10-10939 : Sté Friance c/ Sté Evial Nature et SCP Laureau Jeannerot, Pascal Guigon et Thierry Lhommeau - F - D - Cassation partielle sans renvoi c/ CA Besançon, 18 nov. 2009 - Mme Favre, prés. - Mes Foussard, Le Prado, av.

Cette décision présente deux intérêts. D'abord, on n'insistera jamais assez sur le fait que le respect du formalisme procédural doit être le souci premier du praticien, compte tenu de l'importance des effets d'une irrecevabilité de la prétention ! En effet, le recours à un mode d'introduction de l'instance, totalement étranger à celui que prévoient les textes, est souvent sanctionné par la jurisprudence par l'irrecevabilité.

Par exemple, la Cour de cassation<sup>7</sup> considère que « la requête n'est pas recevable » si la demande en récusation est formée « par télécopie adressée à la cour d'appel », alors qu'elle doit être formée contre récépissé, par acte remis au greffe ou par une déclaration consignée par le greffe dans un procès-verbal (CPC, art. 344).

De même, le pourvoi en cassation qui, en matière de rétention d'étranger, doit être formé par « une déclaration orale ou écrite que la partie ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial fait, remet ou adresse par pli recommandé au greffe de la cour d'appel ou de la Cour de cassation » (CPC, art. 984), n'est pas recevable s'il est formé par une télécopie ainsi que par une lettre simple adressée le même jour au président de la Cour de cassation<sup>8</sup>.

Dans cette logique, l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée au greffier en chef du tribunal de commerce, même si elle porte « déclaration de tierce opposition », ne peut pas être considérée comme valant déclaration au greffe.

L'arrêt décide justement que la tierce opposition est irrecevable. Cette solution reste d'actualité : l'article R. 661-2 du Code de commerce précise que la tierce opposition est formée par déclaration au greffe dans le délai de dix jours à compter du prononcé de la décision. Le non-respect de cette formalité peut toujours entraîner une fin de non-recevoir.

Ensuite, lorsque la cour d'appel de Besançon confirme le jugement en ce qu'il a déclaré la tierce opposition irrecevable et débouté la partie de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions, la question se pose de savoir si elle peut néanmoins statuer sur le fond des prétentions des parties, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel (CPC, art. 542 et 562).

La Cour de cassation considère qu'un juge qui déclare l'irrecevabilité d'une prétention ou d'un recours, commet un excès de pouvoir s'il statue ensuite au fond. Ainsi, une cour d'appel ne peut pas déclarer l'irrecevabilité de l'appel puis examiner les moyens des parties ou statuer au fond<sup>9</sup>. Si la cour statue, elle commet un excès de pouvoir<sup>10</sup>.

En l'espèce, la chambre commerciale reproche à la cour d'appel d'avoir confirmé l'irrecevabilité de la tierce opposition, et donc consacré l'excès de pouvoir commis par le premier juge qui avait statué au fond. En déboutant à son tour le tiers opposant au fond, la cour d'appel a elle-même excédé ses pouvoirs et méconnu les articles 542 et 562 du Code de procédure civile.

## **IV. LES ORGANES DE LA PROCÉDURE**

### *L'administrateur judiciaire*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Le chef d'entreprise en sauvegarde ou en redressement judiciaire, assisté d'un administrateur judiciaire, conserve le pouvoir d'engager seul l'entreprise pour des actes de gestion courante n'emportant pas d'engagement financier significatif.

Cass. com., 13 sept. 2011, no 10-24126 : SCI Lourdes Jeanne d'Arc c/ Banque Themis - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Toulouse, 29 juin 2010 - Mme Favre, prés. - Me Spinosi, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, av.

Cet arrêt confirme une solution déjà retenue par la Cour de cassation concernant la capacité du chef d'entreprise à réaliser seul certains actes de gestion courante, en présence d'un administrateur avec mission d'assistance.

Les dispositions de l'article L. 622-1 du Code de commerce posent en premier lieu, concernant la procédure de sauvegarde, le principe selon lequel « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ». Elles indiquent également que : « lorsque le tribunal (...) désigne un ou plusieurs

administrateurs, il les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux ». L'article L. 631-12 du même code dispose que le tribunal « les charge ensemble ou séparément d'assister le débiteur pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux (...) ».

L'article 622-3 du Code de commerce complète ce dispositif en précisant que « le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. En outre (...), les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi ».

L'objectif du législateur est incontestablement de restreindre les pouvoirs du chef d'entreprise qui ne peut plus prendre seul des décisions dont les conséquences, notamment financières, peuvent être importantes pour l'entreprise et constituer des engagements incompatibles avec son redressement.

Cependant, l'assistance de l'administrateur n'est pas entière et totale. En effet, le débiteur n'est pas dessaisi, comme il le serait si l'administrateur intervenait dans le cadre d'une mission de représentation ou en situation de liquidation judiciaire avec poursuite d'activité. Le chef d'entreprise demeure apte à l'organisation quotidienne de l'entreprise. Il réalise seul de nombreux actes tendant à en assurer son fonctionnement courant et ordinaire.

La vie d'une entreprise est une succession permanente de liens, d'obligations, d'engagements, de contrats, de dispositions internes, opérés auprès des salariés, des actionnaires, des clients, des fournisseurs, des banquiers, des administrations, etc. Certaines décisions sont importantes et d'autres relèvent du fonctionnement usuel de l'entreprise.

La difficulté demeure ainsi d'apprécier la limite de cette liberté du débiteur assisté et le critère selon lequel l'administrateur judiciaire doit nécessairement intervenir dans le cadre de sa mission d'assistance pour valider l'acte de gestion, notamment auprès des tiers.

L'intervention de l'administrateur dans le fonctionnement des comptes bancaires, ou dans l'exercice de voies de recours aux côtés du débiteur sont deux exemples classiques illustrant le partage nécessaire du pouvoir entre chef d'entreprise et administrateur judiciaire.

La poursuite d'activité de l'entreprise est apparue comme un autre champ d'appréciation de la notion d'assistance au sens de l'article L. 622-3 précité.

On conçoit que l'assistance nécessaire de l'administrateur trouve à s'appliquer aux seules décisions de gestion d'une certaine importance.

La question s'est posée devant le juge à plusieurs occasions de savoir si tel acte de gestion courante effectué par le chef d'entreprise seul était bien opposable aux tiers, alors qu'un administrateur judiciaire était investi d'une mission d'assistance.

Hors la question secondaire et non commentée de l'appréciation de la bonne ou mauvaise foi du tiers, en premier lieu, il va de soi que l'acte de gestion courante doit s'inscrire dans l'activité de l'entreprise, dans les usages du secteur d'activité et dans l'objet social si le débiteur est une personne morale.

En second lieu, il apparaît ressortir des décisions intervenues sur le sujet que le critère retenu apparaît principalement de nature financière. Le juge s'interroge, en effet, sur l'ampleur de l'acte de gestion courante et ses conséquences financières sur l'entreprise.

Dans l'espèce commentée, le fait pour le chef d'entreprise de signer seul une lettre de change de 60 000 € constituait un acte de gestion courante au regard de la dimension de l'entreprise (effectif de plus de 100 salariés) et du prix des marchés de travaux concernés (7 140 952 € et 941 862 €), confirmant la cour d'appel dans son appréciation.

Un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 11 mai 2005<sup>11</sup> considère qu'il ressort du secteur d'activité (bâtiment) et des usages qui y sont en vigueur, de faire appel à de la main-d'œuvre temporaire sur les chantiers et qu'il en résulte que le chef d'entreprise était habilité à engager des salariés intérimaires, la cour prenant soin d'observer que les contrats litigieux étaient de courte durée. Les dépenses n'étaient pas excessives au regard des capacités financières de l'entreprise.

La solution est identique dans l'hypothèse d'une délégation de paiement, considérée comme usuelle dans le secteur d'activité sans qu'il soit nécessaire de la faire viser par l'administrateur judiciaire<sup>12</sup>.

Une décision de la cour d'appel de Grenoble du 20 février 2003 estime que l'administrateur judiciaire devait intervenir lorsque les commandes étaient d'un montant important, sans commune mesure avec les relations passées entre le fournisseur et l'entreprise, et en présence de conditions draconiennes de paiement. La cour considère que c'est à bon droit que les créances du fournisseur n'étaient pas nées régulièrement au cours de la période d'observation<sup>13</sup>.

C'est également dans ce sens qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 mars 2010 a rejeté les prétentions d'un cabinet d'avocats auquel le chef d'entreprise avait eu recours, seul, sans le visa de l'administrateur. Il est relevé que par leur importance et leur nature, les diligences accomplies par la société d'avocats pendant la période d'observation, hors demande et sans autorisation de l'administrateur, « dépassaient de loin ce que le débiteur pouvait faire seul au titre des actes de gestion courante »<sup>14</sup>.

L'appréciation du juge apparaît ainsi factuelle et par conséquent souveraine pour décider si une dette née au cours de la période d'observation, engagée par le débiteur seul, relève d'un acte de gestion courante ou, à l'inverse, par ses enjeux financiers, aurait dû être autorisée ou validée par l'administrateur dans l'exercice de sa mission d'assistance.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Le mandataire désigné en application de l'article L. 641-9 II du Code de commerce, dont le mandat est en cours au jour de la signification de l'arrêt d'appel, dispose du délai de l'article 612 du Code de procédure civile pour se pourvoir en cassation, terme au-delà duquel le recours est irrecevable, délai ne pouvant être réouvert par une nouvelle signification effectuée à la demande du liquidateur après expiration du délai initial.

Cass. com., 25 oct. 2011, no 10-21482 : SCI PPGM c/ Me D. - F - D - Irrecevabilité pourvoi c/ CA Basse-Terre, 24 nov. 2008 - Mme Favre, prés. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, av.

Une société civile immobilière est placée sous administration provisoire et il entre dans la mission de l'administrateur de déclarer, le cas échéant, la cessation des paiements de la société.

Relevant que la société se trouvait dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible et que le redressement s'avérait manifestement impossible, le tribunal prononce la liquidation judiciaire de la société le 6 juillet 2006.

Le jugement d'ouverture désigne un liquidateur et met fin à la mission de l'administrateur provisoire qui est désigné mandataire ad hoc de la société au sens de l'article L. 641-9, II du Code de commerce. Ledit mandataire ad hoc relève appel du jugement d'ouverture le 31 juillet 2006.

Dans son arrêt du 24 novembre 2008, la cour d'appel de Basse-Terre juge l'appel recevable et confirme le jugement du tribunal décidant la liquidation judiciaire, l'état de cessation des paiements étant caractérisé et tout redressement manifestement impossible. L'arrêt de la cour est régulièrement signifié le 28 novembre 2008 au mandataire ad hoc, lequel va former un pourvoi en cassation le 29 juillet 2010.

Une nouvelle signification sera effectuée le 29 avril 2010 à la diligence du liquidateur.

La Cour de cassation déclare irrecevable comme tardif le pourvoi opéré le 28 novembre 2008 et juge que la seconde signification faite par le liquidateur était sans effet juridique et n'a pas pu ouvrir un nouveau délai de deux mois, porté à trois mois en raison du domicile outremer du mandataire ad hoc.

On sait que l'exercice des voies de recours d'une personne morale de droit privé posait difficulté au regard des conséquences de l'article 1844-7, 7° du Code civil et du dessaisissement des organes sociaux privés du droit de relever appel, notamment d'un jugement statuant sur le prononcé d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

Il était donc nécessaire de désigner, souvent en urgence, un mandataire pour exercer les voies de recours opportunes.

La réforme de 2005 a répondu de manière adéquate à cette difficulté en disposant que lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal à la requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public.

En l'espèce, représentant la personne morale pour ses droits non soumis à dessaisissement, le mandataire ad hoc avait seul qualité pour se pourvoir en cassation.

La notification de l'arrêt étant régulière et s'adressant au mandataire désigné dès la liquidation judiciaire de la société, le délai a bien commencé à courir, la société étant pourvue d'un représentant légal en la personne d'un mandataire ad hoc.

Quoi qu'il en soit, il convient de rappeler que la Cour de cassation estime que la signification de l'arrêt de la cour d'appel aux anciens dirigeants fait courir le délai de pourvoi<sup>15</sup>, à charge dans ce temps de régulariser le recours par une personne ayant qualité pour agir.

On sait également que l'irrecevabilité du pourvoi peut être couverte jusqu'à expiration du délai de dépôt du mémoire ampliatif (cinq mois à compter de la déclaration de pourvoi).

Ces dispositions ne trouvent pas à s'appliquer, en l'espèce, dès lors que le mandataire était en place dès la signification de l'arrêt d'appel et que le délai de pourvoi a régulièrement couru à l'encontre de la société, délai que ne pouvait ressusciter une seconde signification opérée par le liquidateur après écoulement du délai de pourvoi.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Le commissaire à l'exécution du plan, auquel il est reproché une faute ayant aggravé le passif de la société débitrice, est irrecevable à engager une action en responsabilité contractuelle à l'encontre des tiers. Cette action est seulement permise, sur le fondement de l'article L. 626-25 du Code de commerce, en matière de responsabilité délictuelle dans le seul intérêt collectif des créanciers.

Cass. com., 8 nov. 2011, no 10-20626 : UCP c/ Me H. - F - D - Cassation partielle CA Aix-en-Provence, 1er avr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Blondel, SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, av.

Le débiteur en redressement judiciaire, le représentant des créanciers et l'administrateur judiciaire, assignent ensemble les commissaires aux comptes de la société sollicitant des dommages et intérêts en réparation de fautes reprochées à ces derniers ayant contribué au retard de l'ouverture de la procédure collective et à l'aggravation du passif.

Un plan de redressement est arrêté par le tribunal et la procédure à l'encontre des commissaires aux comptes est poursuivie par le commissaire à l'exécution du plan sur le fondement de l'article L. 621-28, alinéa 2 du Code de commerce (applicable avant la réforme de 2005), devenu l'actuel article L. 626-25 du même code.

L'alinéa 3 de ce texte indique bien que « le commissaire à l'exécution du plan est également habilité à engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers ». Sur la base de cette disposition, le commissaire à l'exécution du plan a bien le pouvoir d'initier une nouvelle action, que sous-tend le mot « engager », et non seulement le pouvoir de poursuivre une action déjà pendante lancée au cours de la période d'observation - comme le texte le stipulait plus strictement avant la réforme de 2005 -, interprétation que ne retenait pas, contra legem, la Cour de cassation.

Il n'est pas inutile de rappeler que cette action appartient également au commissaire à l'exécution du plan de continuation, alors que, par hypothèse, le débiteur est revenu in bonis après l'acceptation d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

Dans ce domaine d'actions en responsabilité contre des tiers, la Cour de cassation distingue traditionnellement entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Elle juge irrecevable l'action engagée par le commissaire à l'exécution du plan contre un tiers lié à l'entreprise par un contrat, car ledit commissaire n'a pas qualité pour représenter la personne morale débitrice<sup>16</sup>.

À l'inverse, le commissaire à l'exécution du plan a bien qualité pour engager, et a fortiori poursuivre, une action en responsabilité délictuelle contre un tiers sur le fondement de l'intérêt collectif des créanciers<sup>17</sup>.

L'espèce commentée relève de cette problématique.

La cour d'appel a jugé que le commissaire à l'exécution du plan était sans qualité pour réclamer condamnation au profit de la société débitrice pour les fautes contractuelles commises par les commissaires aux comptes.

Il est vrai que, dans la procédure, le commissaire à l'exécution du plan intervenait aux côtés de la société débitrice, et ne formulait pas de demandes distinctes de celle-ci, laquelle - complication de cette affaire - agissait en vertu d'une convention qui prévoyait une affectation préférentielle des éventuelles condamnations obtenues.

La Cour de cassation considère que le commissaire à l'exécution du plan, dans un tel contexte, n'agissait pas dans l'intérêt collectif des créanciers - il faut sans doute comprendre de tous les créanciers - mais au profit de la société débitrice, redevenue in bonis, même si celle-ci s'était engagée à reverser une part de l'indemnisation recueillie aux créanciers.

Son action est, par voie de conséquence, jugée irrecevable.

Sans doute aucun, la même action eût été recevable si le commissaire à l'exécution du plan, hors tout lien contractuel entre la société débitrice et les présumés fautifs, avait agi de manière autonome, sur le plan de la responsabilité délictuelle, au profit de l'ensemble des créanciers.

## **V. LA PÉRIODE D'OBSERVATION**

### *A. La délimitation des créances antérieures et postérieures*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

##### 1<sup>re</sup> espèce

La date d'exigibilité de la commission ne se confondant pas avec la date du fait générateur de la créance, la créance d'honoraires de résultat ne naît pas à la date du paiement, mais à celle de l'exécution de la prestation caractéristique.

Cass. com., 27 sept. 2011, no 10-21277 : Sté Néva c/ Sté ADS - FS - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Versailles, 27 mai 2010 - Mme Favre, prés. ; Mme Jacques, cons. rapp. ; M. Le Mesle, av. gén. - Me Le Prado, SCP Baraduc et Duhamel, av.

##### 2<sup>de</sup> espèce

L'obligation d'assurer les obligations de son contractant en cas de défaillance de celui-ci trouve son origine dans le cadre du mandat et non dans la décision de l'administrateur de la société en redressement judiciaire de poursuivre l'activité.

Cass. com., 13 sept. 2011, no 10-19909 : Sté Franki fondation c/ Sté Union travaux - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Paris, 15 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Balat, SCP Odent et Poulet, av.

Deux arrêts de la Cour de cassation du mois de septembre 2011 offrent un regard croisé sur la date de naissance des créances de contrats de mandat. Les affaires témoignent de la grande variété des mandats.

La décision du 13 septembre (2<sup>de</sup> espèce) traite d'un mandat passé dans le cadre d'un marché de travaux publics. Aéroport de Paris (ADP) a conclu un marché avec un groupement solidaire composé de deux sociétés Franki fondation et Union travaux. La société Franki fondation est désignée mandataire du groupement solidaire. La société Union travaux est placée en redressement judiciaire et bénéficie d'un plan de cession qui ne comprend pas le chantier ADP, alors que l'administrateur a fait savoir à la société Franki fondation sa volonté de poursuivre les travaux. Le litige porte sur le règlement des prestations effectuées par la société Franki fondation au titre du marché public.

La décision du 27 septembre (1<sup>re</sup> espèce) règle quant à elle le sort d'une créance dépendant d'un mandat plus classique de recherche de possibilités de crédits, subventions et autres avantages sociaux et fiscaux confié par la société ADS à la société Néva. La société ADS est mise en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire après avoir fait l'objet d'un plan de cession. La question de la détermination de la qualité antérieure ou postérieure de la créance née du mandat est posée.

Dans l'arrêt du 13 septembre 2011, la Cour de cassation précise que la créance due dans le cadre du contrat de mandat à la société Franki fondation qui a suppléé la défaillance de la société Union travaux, trouve son origine dans les dispositions du contrat de mandat qui prévoient une telle subsidiarité, et non dans la décision de l'administrateur de poursuivre le chantier. Il s'agit d'une approche classique qui cristallise la naissance de la créance dans le contrat<sup>18</sup>. La créance est donc antérieure au jugement d'ouverture.

Dans l'arrêt du 27 septembre, la Cour de cassation distingue la date d'exigibilité de la commission et la date du fait générateur de la créance qui naît à la date de l'exécution de la prestation caractéristique. Elle s'inscrit dans la droite ligne des décisions rendues dans le cadre des mandats conclus avec les commissaires aux comptes, ou avec les avocats<sup>19</sup>, en s'attachant à l'exécution successive des contrats.

Que conclure de ces deux décisions ? La première, en date du 13 septembre, dépend des dispositions antérieures à la loi de sauvegarde et vise l'origine de la créance. La seconde, du 27 septembre, rendue en application de la loi de sauvegarde, s'attache à la date de l'exécution de la prestation caractéristique, reprenant un critère proposé par la doctrine<sup>20</sup> pour unifier le régime du sort des créances de mandat dans le cadre de leur continuation.

Ainsi, en ce qui concerne la créance d'honoraires de résultat, la jurisprudence des juges du fond se trouve confirmée<sup>21</sup>. Il n'est pas certain que la solution du 13 septembre soit édifiante tant elle est marquée par les circonstances de fait de l'affaire. Il est indiscutable que l'intervention de la société in bonis en cas de défaillance de l'autre société s'inscrivait dans les termes du contrat. Pourtant, la décision de poursuivre le contrat par l'administrateur conduit à l'exécution de l'obligation contractuelle laissant venir à la vie juridique la créance qui, avant, n'a pas de consistance. Or, si le contrat de mandat est antérieur au jugement d'ouverture, la décision de continuation du contrat est, par nature, postérieure au jugement d'ouverture.

La Cour de cassation semble renoncer à toute uniformisation de la jurisprudence en matière de créances de mandat<sup>22</sup>, mais il ne faut peut-être pas exagérer la portée de cet arrêt.

## *B. Les contrats en cours*

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Il résulte de la combinaison des articles L. 641-12 et L. 642-19 du Code de commerce, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, et 1134 du Code civil, qu'en cas de liquidation judiciaire, la cession du droit au bail se fait aux conditions prévues par le contrat à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de la clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire. Il s'ensuit que le bailleur est fondé à se prévaloir de la clause du contrat de bail initial prévoyant que « le cessionnaire sera dans tous les cas, du seul fait de la cession, garant du paiement par le preneur de la totalité des sommes dues au titre du présent bail par ledit preneur à la date de la cession », et ce, peu important que cette clause n'ait pas été reproduite dans l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession.

Cass. com., 27 sept. 2011, no 10-23539 : SARL Les Dernanes et M. D. c/ SCI Fondecave et fils et SARL Central Presse 4 Pavillons - FS - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Bordeaux, 2e ch. civ., 14 juin 2010 - Mme Favre, prés. ; M. Albertini, cons. rapp. ; M. Le Mesle, av. gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Waquet, Farge et Hazan, av. - LEDEN oct. 2011, p. 4, obs. P. Rubellin ; D. 2011, act. p. 2399, obs. A. Lienhard ; Administrer nov. 2011, p. 28, obs. D. Lipman et W. Boccara ; Loyers et copr. 2011, comm. 298, note P.-H. Brault

L'arrêt ci-dessus rapporté, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 septembre 2011, est très important pour les repreneurs de fonds de commerce et de droit au bail. Il sera d'ailleurs publié au Bulletin.

Selon cet arrêt, la clause stipulée dans le contrat de bail cédé - qui impose au cessionnaire de payer la totalité des arriérés de loyers dus par le preneur cédant - est efficace en cas de liquidation judiciaire.

En l'espèce, par actes notariés du 27 octobre 1994, une SCI et une SARL avaient donné à bail commercial à une société des locaux leur appartenant. Cette société ayant été mise en liquidation judiciaire le 21 juillet 2006, le juge-commissaire avait, le 18 octobre 2006, autorisé la vente de gré à gré du fonds de commerce. Les deux baux avaient été annexés à l'acte de cession du fonds dressé le 16 mars 2007 et notifié aux bailleurs par le cessionnaire. Ils prévoyaient chacun que : « Le cessionnaire sera dans tous les cas, du seul fait de la cession, garant du paiement par le preneur de la totalité des sommes dues au titre du présent bail par ledit preneur à la date de la cession ».

En application de cette clause, la cour d'appel de Bordeaux avait condamné le cessionnaire à payer aux bailleurs les loyers impayés par le débiteur liquidé, y compris ceux antérieurs à l'ouverture de la procédure collective, soit tout de même 159 734 €...

Dans son pourvoi, le cessionnaire reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte de la règle selon laquelle « toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est

réputée non écrite », ajoutée par la loi du 26 juillet 2005 à l'article L. 641-12 du Code de commerce, relatif au bail en liquidation judiciaire, par renvoi à l'article L. 622-15 du même Code, applicable en sauvegarde et redressement judiciaires (à noter que depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette règle est désormais énoncée de manière explicite en liquidation judiciaire : v. C. com., art. L. 641-12, al. 5, réd. ord. 200823). Cependant, l'argument du cessionnaire apparaissait bien faible, dès lors que la clause litigieuse opposée à ce dernier dans la présente affaire n'avait rien à voir avec celle réputée non écrite par le Code de commerce.

Comme on pouvait s'y attendre, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi du cessionnaire et approuvé la cour d'appel, en des termes qui méritent d'être repris : « Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 641-12 et L. 642-19 du Code de commerce, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, et 1134 du Code civil, qu'en cas de liquidation judiciaire, la cession du droit au bail se fait aux conditions prévues par le contrat à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de la clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire ; qu'ayant relevé que les deux baux annexés à l'acte de cession du fonds de commerce prévoient que le cessionnaire sera dans tous les cas, du seul fait de la cession, garant du paiement par le preneur de la totalité des sommes dues au titre du présent bail par ledit preneur à la date de la cession, l'arrêt en déduit à bon droit que les bailleurs étaient fondés à se prévaloir de ces stipulations contractuelles, peu important qu'elles n'aient pas été reproduites dans l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession ; que le moyen n'est pas fondé ».

Aussi sévère soit-elle pour le cessionnaire, la solution est irréprochable d'un point de vue juridique. En effet, aux termes de l'article L. 641-12, alinéa 5 du Code de commerce, « le liquidateur peut céder le bail dans les conditions prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent ». Seule la clause de garantie solidaire mise à la charge du cédant est réputée non écrite par le texte<sup>24</sup>. Il s'ensuit que toutes les autres clauses réglementant la cession du bail sont pleinement efficaces en phase liquidative<sup>25</sup>, qu'il s'agisse de la clause imposant l'agrément préalable du cessionnaire par le bailleur<sup>26</sup>, ou de la clause imposant un droit de préférence du bailleur<sup>27</sup>, ou bien encore, comme en l'espèce, de la clause rendant le cessionnaire garant du paiement de la totalité des sommes dues par le preneur à la date de cession du bail. Ne pas tenir compte de ces clauses en liquidation judiciaire porterait directement atteinte à l'article L. 641-12 précité, mais aussi, plus généralement, au principe général de force obligatoire du contrat posé par l'article 1134 du Code civil, texte également visé par la Cour de cassation.

Mais, il n'en reste pas moins que cette solution est lourde de conséquences pour les cessionnaires de fonds de commerce et de droit au bail. Rappelons que le cessionnaire de l'espèce a été, en application de la clause de solidarité, condamné à payer aux bailleurs près de 160 000 € d'arriérés de loyers.

Pour l'avenir, on ne peut donc qu'inciter les cessionnaires, ainsi qu'il a été suggéré<sup>28</sup>, à lire méticuleusement le bail qu'ils projettent de reprendre, et ce d'autant plus que, selon la haute juridiction, il importe peu que la clause n'ait pas été reproduite dans l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession.

Quant aux bailleurs, on ne saurait trop leur conseiller d'insérer systématiquement dans le bail une clause de solidarité comparable à celle en cause dans l'espèce commentée, car cette clause s'avère être un excellent moyen pour eux de se prémunir contre les effets néfastes de la liquidation judiciaire du preneur.

## ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Une cour d'appel ayant énoncé que le privilège du bailleur d'immeuble s'appliquait à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit, et relevé que la créance d'indemnités d'occupation déclarée par le bailleur était fondée, a exactement retenu que ce dernier pouvait prétendre au privilège du bailleur pour les deux années précédant le jugement d'ouverture.

Cass. com., 25 oct. 2011, no 10-25257 : SARL Sud pièces poids lourds c/ M. K. et Me D., ès qual. - FS - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Montpellier, 2e ch., 1er juill. 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, av. - LEDEN déc. 2011, p. 5, obs. G. Berthelot ; D. 2011, act. p. 2653, obs. A. Lienhard

Cet arrêt du 25 octobre 2011, appelé à la publication au Bulletin, est relatif à l'étendue du privilège du bailleur d'immeuble en cas de procédure collective. Il mérite d'être signalé ici car les décisions rendues en la matière sont relativement rares. L'arrêt apporte une précision utile concernant le domaine du privilège, dont on ne savait trop s'il était ou non applicable, notamment, à la créance d'indemnités d'occupation.

En l'espèce, une société avait occupé, sans titre et pendant plusieurs années, un terrain affecté à son activité et dépendant d'une indivision post-communautaire existant entre M. K. et son ex-conjoint. Cette société ayant été mise en liquidation judiciaire le 13 novembre 2006, M. K. avait, le 5 janvier 2007, déclaré au passif privilégié de la société une créance d'un montant de 73 348 € au titre de « loyers impayés » et représentant la part lui revenant dans l'indivision post-communautaire<sup>29</sup>. Puis, répondant à une lettre du liquidateur, M. K. avait précisé que sa créance était une créance d'indemnités d'occupation.

La cour d'appel de Montpellier avait admis au passif la créance déclarée à concurrence de 25 300 € à titre privilégié et de 30 250 € à titre chirographaire. La société s'était alors pourvue en cassation en soutenant que « les privilèges ne peuvent être établis que par la loi et les dispositions qui les établissent doivent être interprétées restrictivement », et que, dès lors, « le privilège du bailleur ne s'applique pas aux indemnités d'occupation ».

Selon le moyen, en décidant néanmoins que M. K., qui revendiquait une créance au titre de l'indemnité d'occupation, pouvait prétendre au privilège du bailleur, la cour d'appel avait violé l'article 2332 du Code civil relatif au droit commun des privilèges, et l'article L. 622-16 du Code de commerce restreignant le privilège du bailleur en cas de procédure collective (à noter que ce texte de la procédure de sauvegarde est applicable en redressement comme en liquidation judiciaires<sup>30</sup>).

Par l'arrêt rapporté, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en ces termes : « Mais attendu qu'ayant énoncé que le privilège du bailleur d'immeuble s'appliquait à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit, et relevé que la créance d'indemnités d'occupation déclarée par le bailleur était fondée, la cour d'appel a exactement retenu que ce dernier pouvait prétendre au privilège du bailleur pour les deux années précédant le jugement d'ouverture ; que le moyen n'est pas fondé ».

Ainsi, la Cour de cassation admet, à la suite de la cour d'appel, qu'en cas de procédure collective, les indemnités d'occupation sont couvertes par le privilège du bailleur.

La solution était loin d'être évidente<sup>31</sup>. D'ailleurs, la doctrine penchait plutôt pour la solution inverse, considérant, à partir de l'article L. 622-16 du Code de commerce, que les indemnités d'occupation, entre autres, n'étaient pas couvertes par le privilège<sup>32</sup>. En effet, l'alinéa 1er du texte énonce simplement que « le bailleur n'a privilège que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure », alors que l'alinéa 2 - qui ne concerne que le cas du bail résilié - dispose que « le bailleur a, en outre, privilège pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages et intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux ». Il était, dès lors, tentant d'en déduire que l'alinéa 1er de l'article L. 622-16 « ne vise que les loyers »<sup>33</sup>.

De plus, si le droit des procédures collectives réduit le privilège du bailleur par rapport au droit commun de l'article 2332 du Code civil, c'est parce que le législateur a voulu empêcher le bailleur d'absorber une partie importante du prix de vente des actifs du débiteur en liquidation judiciaire<sup>34</sup>. Par conséquent, il aurait sans doute été plus conforme à l'esprit de l'article L. 622-16 du Code de commerce de ne pas étendre le privilège du bailleur, comme le fait l'arrêt ici commenté, aux indemnités d'occupation.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Il résulte de l'article L. 661-7 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, que le pourvoi n'est ouvert qu'au ministère public à l'encontre des arrêts qui arrêtent ou rejettent le plan de cession. Il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir.

Le bailleur qui n'a pas été convoqué devant le tribunal dans le délai prévu par l'article R. 642-7 du Code de commerce, ne peut se prévaloir d'aucun excès de pouvoir. Son pourvoi est donc irrecevable.

Cass. com., 25 oct. 2011, no 10-23033 : Sté Holding Sorep c/ SARL Company, Mes B. et A., ès qual. - F - D - Irrecevabilité pourvoi c/ CA Montpellier, 2e ch., 15 juin 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, av.

Les arrêts se suivent et se ressemblent en matière de voies de recours contre les décisions arrêtant ou rejetant le plan de cession. On sait que, en application de l'article L. 661-6, III du Code de commerce, le cocontractant cédé peut interjeter appel de la partie du jugement qui emporte cession de son contrat. Mais, s'il n'obtient pas gain de cause, le pourvoi en cassation lui est fermé, celui-ci n'étant ouvert qu'au ministère public, selon l'article L. 661-7, alinéa 2 du même code. Il n'est dérogé à cette règle, ainsi que le rappelle l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation ci-dessus rapporté, qu'en cas d'excès de pouvoir 35. L'arrêt montre en l'espèce une nouvelle fois, au détriment d'un bailleur, que la notion d'excès de pouvoir - qui seule ouvre la voie du recours-nullité - est entendue très strictement par la Cour de cassation.

Une société avait, le 21 septembre 2009, été mise en redressement judiciaire. Puis, par jugement du 13 novembre 2009, le tribunal avait prononcé sa liquidation et arrêté le plan de cession des éléments de l'actif du débiteur. Le bailleur dont les locaux étaient occupés par l'entreprise cédée, avait interjeté appel de ce jugement en faisant valoir qu'il n'avait pas été convoqué devant le tribunal dans le délai prévu par l'article

R. 642-7 du Code de commerce, soit quinze jours au moins avant la date de l'audience. L'appel ayant été rejeté, le bailleur s'était pourvu en cassation.

Mais, selon la chambre commerciale, « aucun des griefs du pourvoi ne caractérise un excès de pouvoir, de sorte que, dirigé contre une décision qui n'est pas entachée d'excès de pouvoir et qui n'a pas consacré d'excès de pouvoir, le pourvoi n'est pas recevable ».

La solution peut paraître bien sévère pour le bailleur, et ce d'autant plus que l'obligation de convocation du cocontractant cédé semble, au regard de sa finalité - qui est de permettre au cocontractant de présenter ses observations sur la cession du contrat -, impérative<sup>36</sup>. La doctrine a même vu dans l'audition du cocontractant un « principe essentiel de procédure civile »<sup>37</sup>, en l'occurrence celui du contradictoire, dont le non-respect aurait dû, selon nous, caractériser l'excès de pouvoir en l'espèce. Certes, la chambre mixte de la Cour de cassation a, par un arrêt du 28 janvier 2005, jugé que la violation du principe du contradictoire ne constitue pas un excès de pouvoir<sup>38</sup>. Toutefois, il semble que la violation d'un principe essentiel de procédure civile, tel que celui du contradictoire, puisse encore, en matière de procédures collectives, être constitutive d'un excès de pouvoir ouvrant la voie d'un recours-nullité<sup>39</sup>.

Ce n'est pas la première fois qu'un bailleur se heurte à une interprétation aussi restrictive de la notion d'excès de pouvoir par la Cour de cassation. Déjà, en effet, par un arrêt du 30 mars 2010, la Cour avait considéré que ne commet pas un tel excès le tribunal dont le jugement, frappé d'appel par le bailleur, avait modifié un plan de cession en précisant que la cession, initialement arrêtée au profit d'un repreneur personne physique, était faite au profit de celui-ci « ou de toute société à constituer à son initiative »<sup>40</sup>. Mais, il est vrai que, dans cette dernière affaire, le bailleur avait pu clairement faire connaître, avant le prononcé du jugement arrêtant le plan de cession, ses observations sur l'offre de reprise, et en particulier sur l'intention de l'auteur de l'offre de se substituer une EURL ; de sorte que le principe du contradictoire avait ici été respecté vis-à-vis du bailleur<sup>41</sup>.

L'arrêt observé du 25 octobre 2011 confirme très nettement la volonté de la Cour de cassation de réduire le plus possible le domaine du recours-nullité en matière de plan de cession. Cette volonté de la Cour rejoint celle du législateur, soucieux de faciliter la cession d'entreprise en réglementant les voies de recours<sup>42</sup>.

Cependant, avec cette politique jurisprudentielle, les bailleurs - et plus généralement tous les cocontractants d'un contrat cédé - n'ont presque plus rien à attendre du recours-nullité, dont on a même pu se demander s'il avait encore un avenir<sup>43</sup>.

## **VI. LES SOLUTIONS DE LA PROCÉDURE**

### *A. Les plans de continuation, de sauvegarde et de redressement*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

La proposition du débiteur, faite devant les premiers juges, de souscrire un crédit de restructuration pour régler le passif du plan, a été appréciée comme étant la reconnaissance par le débiteur de son insuffisance d'actif disponible. En présence d'un nouveau passif impayé au cours de l'exécution du plan et du non-paiement des dividendes échus, la cessation des paiements est caractérisée, justifiant ainsi la résolution du plan de continuation.

Cass. com., 12 juill. 2011, no 10-19604 : M. D. c/ Me J., ès qual. - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Pau, 6 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Copper-Royer, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, av.

Le redressement judiciaire du débiteur a été ouvert par jugement du 8 mars 2000. Huit mois plus tard, le tribunal a adopté un plan de continuation par un second jugement, en date du 8 novembre 2000. Les créanciers devaient être payés par versements semestriels de 5 % de leur créance, pendant dix ans. Dans son rapport déposé en 2008, le commissaire à l'exécution du plan a sollicité la résolution du plan et l'ouverture d'une liquidation judiciaire, car le débiteur ne respectait pas les engagements financiers du plan depuis l'échéance de juin 2007. Par ailleurs, le rapport fait état d'un nouveau passif impayé à l'égard de l'Urssaf.

De son côté, le débiteur a indiqué devant les premiers juges avoir sollicité un crédit de restructuration pour solder le plan de continuation. Le débiteur conteste la résolution du plan et l'ouverture de la liquidation judiciaire au motif que la cour d'appel de Pau n'aurait pas caractérisé l'existence de la cessation des paiements.

La Cour de cassation rejette cette argumentation en indiquant que la cour d'appel avait relevé l'existence d'un passif exigible impayé composé par des créances nées postérieurement à l'adoption du plan et non réglées, et le non-respect des engagements financiers du plan, spécialement le non-paiement des échéances depuis décembre 2007. Par ailleurs, alors qu'il n'était pas fait mention de la situation de trésorerie dans la décision contestée, le débiteur avait lui-même proposé de souscrire un crédit de restructuration pour solder le passif du plan. La cour d'appel en avait déduit qu'un tel comportement démontrait que le débiteur ne disposait pas d'un actif disponible suffisant lui permettant de faire face à son passif exigible. Dans son arrêt du 12 juillet 2011, la Cour de cassation considère que la cour d'appel avait valablement démontré que la situation ne s'était pas améliorée et avait ainsi caractérisé la cessation des paiements du débiteur.

En effet, la résolution du plan peut être prononcée lorsque le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, ou lorsque la cessation des paiements est constatée au cours de l'exécution du plan<sup>44</sup>. En l'occurrence, plusieurs échéances semestrielles n'avaient pas été réglées et le débiteur avait créé un nouveau passif impayé. Ces points ne portant pas à discussion, le débat a porté alors sur l'existence et la preuve de l'actif disponible du débiteur. En principe, la charge de la preuve ne pèse pas sur ce dernier car c'est le commissaire à l'exécution du plan sollicitant la résolution du plan qui doit la rapporter<sup>45</sup>. Par ailleurs, l'actif disponible est apprécié souverainement par les juges du fond<sup>46</sup>. Or, dans le cas présent, le débiteur avait indiqué avoir besoin d'un financement supplémentaire pour pouvoir régler le passif du plan, ce qui a conduit les juges du fond à considérer que le débiteur reconnaissait lui-même ne pas avoir un actif disponible suffisant pour faire face à son passif exigible. Ainsi, le commissaire à l'exécution du plan a été

dispensé de démontrer la cessation des paiements du débiteur, car ce dernier avait reconnu implicitement avoir un actif disponible insuffisant en indiquant avoir besoin d'un crédit de restructuration.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Le dispositif du jugement adoptant le plan étant revêtu de l'autorité de la chose jugée, le jugement devient irrévocable. Par conséquent, le plan de continuation élaboré en tenant compte de la liste des réponses établies par le représentant des créanciers est opposable, peu important l'erreur commise dans l'établissement de la liste.

Cass. com., 25 oct. 2011, no 10-21789 : SEDIF SA c/ Meneghetti spa et Me L. ès qual. - F - D - Cassation sans renvoi CA Aix-en-Provence, 21 mai 2010 - Mme Favre, prés. - Me Foussard, SCP Bouzidi et Bouhanna, SCP Piwnica et Molinié, av.

Que faire lorsque la liste des réponses des créanciers<sup>47</sup>, établie par le mandataire, comporte une erreur ? Telle est la question posée en trame de fond dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 25 octobre 2011.

En l'espèce, lors de la préparation du plan, la société débitrice avait demandé la remise de 50 % des créances, payable sur dix ans. Le créancier a répondu en indiquant qu'il acceptait la remise demandée à condition d'obtenir des garanties, qu'il n'a pas eues. Le plan a été adopté en donnant acte, aux créanciers l'ayant acceptée, d'une remise de dette de 50 % avec un délai de paiement de dix ans, et imposant aux créanciers réfractaires, réglés à 100 % de leur créance, un délai uniforme de dix ans. Au cours de l'exécution du plan, le créancier assigne le débiteur en vue de faire prononcer la résolution au plan pour non-paiement des dividendes, car sa créance devait être réglée à 100 %, et non 50 %.

Par un premier arrêt du 26 octobre 2008<sup>48</sup>, la Cour de cassation avait considéré que le créancier figurant sur la liste des créanciers ayant accepté la remise de 50 % de leur créance prise en compte par le tribunal pour adopter le plan, ne pouvait plus la contester.

En raison de la résistance des juges du fond, la haute cour les censure une seconde fois, en affirmant que le jugement adoptant le plan ayant l'autorité de chose jugée, est devenu irrévocable, de sorte que le plan élaboré en tenant compte de la liste des réponses établies par le représentant des créanciers est opposable à tous, peu important l'erreur commise dans l'établissement de cette liste.

L'arrêt du 25 octobre 2011 est une nouvelle illustration de l'effet erga omnes du plan adopté. Jusqu'à présent, cet aspect était plus spécialement évoqué à propos des effets du plan à l'égard des créanciers pour lesquels les dirigeants de la société débitrice ou les proches parents du débiteur, personne physique, s'étaient portés cautions des dettes inscrites au plan. On sait aujourd'hui que le législateur leur a réservé un sort différent, selon que le plan adopté est un plan de sauvegarde ou un plan de redressement. Ainsi, l'effet erga omnes du plan est à géométrie variable. Désormais, et à l'appui de cette décision, on peut affirmer que cet effet porte sur la globalité du plan adopté par le tribunal, en ce compris la liste des créanciers établie par le mandataire de justice, et n'est pas limité à l'organisation de l'entreprise et l'exécution du plan par les personnes qui ont souscrit des engagements, comme l'indiquait la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Dès lors que le jugement adoptant le plan a acquis l'autorité de la chose jugée, et de manière analogue à toutes les

décisions de justice, il ne peut plus être remis en cause. La liste des créanciers bénéficiant de la force juridique ainsi accordée au plan, ne peut plus être contestée. Pour cette raison, le créancier ne peut prétendre qu'à 50 % du montant de sa créance admise au passif du redressement judiciaire.

Cette solution met en lumière une difficulté pratique. Que faire lorsque la liste des réponses apportées par les créanciers est erronée ? En effet, le jugement adoptant le plan n'est pas susceptible d'un appel de la part du créancier, victime de l'erreur du mandataire commise dans l'établissement de la liste des réponses<sup>49</sup>. Si l'on considère qu'il ne s'agit pas d'une question relevant de l'intérêt collectif des créanciers, peut-il agir par le biais de la tierce-opposition ? Mais une telle analyse peut-elle être soutenue dans la mesure où l'établissement de la liste des créanciers est l'une des missions du mandataire ? La voie de la rectification pour erreur matérielle peut-elle lui être ouverte ? La réponse reste en suspens !

Il semble que l'on puisse considérer que lorsque l'erreur dans l'établissement de la liste est démontrée, il est possible de saisir le tribunal aux fins de rectification d'une erreur matérielle<sup>50</sup>.

Des points d'interrogations subsistent. D'une part, le créancier ne peut saisir le tribunal, car il n'a pas la qualité de partie. Dans ce cas, seul le mandataire pourrait le faire, mais à condition qu'il le veuille bien. D'autre part, la liste ne figure pas intégralement dans le dispositif du jugement, mais dans un document auquel le jugement se réfère. Toutefois, la totalité du passif est précisée et, en l'occurrence, la rectification de l'erreur conduirait à augmenter de moitié l'une des créances du plan.

## *B. Le plan de cession*

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Si l'offre de cession assortie d'une faculté de substitution ne décharge pas son auteur de l'obligation d'exécuter le plan, cette garantie ne s'étend pas à l'exécution des engagements résultant des contrats cédés dans le cadre du plan.

Cass. com., 27 sept. 2011, no 10-24836 : SA C. c/ Sté B. - FS - P+B - Cassation CA Paris, pôle 5, ch. 6, 2 juill. 2010 - Mme Favre, prés. ; M. Rémerly, cons. rapp. ; M. Le Mesle, av. gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Defrénois et Levis, av.

Une société ayant assorti son offre de reprise d'une faculté de substitution peut-elle opposer une fin de non-recevoir à l'action exercée par un contractant en résiliation d'un contrat de crédit-bail cédé judiciairement dans le cadre du plan ? C'est cette question d'un grand intérêt pratique qui est tranchée par cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>51</sup>.

Le crédit-bailleur avait assigné en résiliation du contrat et en paiement de tous les loyers échus et impayés la société qui s'était portée candidate à la reprise d'une entreprise avec faculté de substitution d'une société à constituer. La société repreneuse avait alors opposé à cette action une fin de non-recevoir en invoquant deux arguments.

Le premier argument s'appuyait sur le fait que la société repreneuse s'était substituée une autre société, ce qui rendait irrecevable l'action du crédit-bailleur. Pour rejeter la fin de non-recevoir, la cour

d'appel de Paris avait retenu que le jugement ordonnant la cession du contrat de crédit-bail ne mentionne que la société repreneuse, à l'exclusion de toute autre. L'arrêt est cassé sur ce point ; les juges du fond auraient dû rechercher si la société cessionnaire, « autorisée par le dispositif du jugement du 2 avril 2002 précisant qu'elle agissait pour le compte d'une société à constituer, ne s'était pas substituée à celle-ci, peu important que l'identité n'en fût pas mentionnée dans le jugement ».

Le deuxième argument se fondait sur une solution classique<sup>52</sup> selon laquelle, « en présence d'un plan de cession homologué, l'auteur de l'offre retenue par le tribunal reste garant solidairement de l'exécution des engagements qu'il a souscrits, de sorte que le crédit-bailleur conserve le droit d'agir contre lui et lui seul en paiement de la totalité des sommes dues au titre des contrats transférés ». Ici encore, l'arrêt est cassé, la Cour de cassation confirmant une solution déjà rendue sous l'empire des textes antérieurs à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et qui porte sur l'étendue de l'engagement du cessionnaire auquel s'est substituée une autre personne<sup>53</sup>. En effet, selon la juridiction régulatrice, « si l'offre de cession assortie d'une faculté de substitution ne décharge pas son auteur de l'obligation d'exécuter le plan, cette garantie ne s'étend pas à l'exécution des engagements résultant des contrats cédés par le plan ».

Il faut comprendre que si l'engagement du cessionnaire avec faculté de substitution est bien solidaire, il n'est cependant pas illimité. Il convient alors de distinguer les engagements qui sont consubstantiels au plan - et l'on pense en particulier au paiement du prix - de ceux qui ne sont que la conséquence du plan. Ainsi, l'engagement du primo cessionnaire ne saurait s'analyser comme une garantie perpétuelle de la bonne exécution des contrats cédés, au moins s'agissant de l'exécution de ceux-ci postérieurement au jugement arrêtant le plan.

Il reste toutefois une incertitude sur la portée de cette solution au regard des textes issus de la loi du 26 juillet 2005. La doctrine est en effet divisée sur la reconduction de cette solution<sup>54</sup>. La réponse est peut-être dans les précisions apportées par le jugement arrêtant le plan, ainsi que le confirme encore cet arrêt.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

N'est pas cessionnaire la personne agissant au nom d'une société en formation, dès lors qu'aux termes du jugement arrêtant le plan de cession, cette personne n'a pas été désignée cessionnaire à titre personnel et qu'il n'était prévu aucune faculté de substitution.

Cass. com., 8 nov. 2011, no 10-24119 : SCP Coudray Ancel c/ M. O. - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 15 juin 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Monod et Colin, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, av.

Une personne présentant une offre de reprise au nom d'une société en formation peut-elle être qualifiée de cessionnaire et, à ce titre, être tenue de régulariser les actes de cession ?

C'est ce problème qu'a eu à trancher la Cour de cassation dans une affaire au cours de laquelle le tribunal avait arrêté un plan de cession au profit d'une personne agissant pour le compte d'une société en formation. Le liquidateur d'une société cherchait à obtenir la régularisation des actes de cession en arguant du fait que le plan avait été arrêté « au profit » de la personne agissant au nom de la société en formation à laquelle s'était substituée la société liquidée.

Le pourvoi exercé par le liquidateur est rejeté par la Cour de cassation aux motifs que le cessionnaire désigné n'était pas, à titre personnel, la personne ayant agi pour le compte de la société en formation, et qu'aucune faculté de substitution n'était prévue dans le jugement arrêtant le plan de cession. On peut en tirer comme enseignement que, si une personne peut agir au nom et pour le compte d'une société en formation afin de présenter une offre de reprise, il n'en résulte pas pour autant une faculté de substitution implicite qui, par suite, engagerait tant la société substituée que la personne ayant agi pour son compte.

Il est en revanche plus difficile de comprendre comment un plan de cession peut être, ainsi que le précise la Cour de cassation, arrêté « au profit » d'une personne agissant au nom d'une société en formation sans que cela donne à cette personne la qualité de cessionnaire. C'est qu'en réalité, la personne qui agit au nom d'une société en formation ne peut être engagée personnellement dès lors que l'immatriculation de la société en formation aura emporté reprise des actes passés pour le compte de celle-ci avec rétroactivité (C. com., art. 220-6). Si l'on veut qu'elle le soit, encore faut-il que cela soit précisé dans le jugement arrêtant le plan de cession<sup>55</sup>.

### *C. La liquidation judiciaire*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

En cas de liquidation judiciaire de l'associé d'une société civile, le liquidateur de son patrimoine n'a pas qualité pour exercer les actions liées à sa qualité d'associé ou de gérant et concernant le patrimoine de la personne morale, non plus que son droit de participer aux décisions collectives.

Cass. com., 18 oct. 2011, no 10-19647 : SCI L. et M. François X c/ MM. Pascal X, Jean-Claude X et a. - F - P+B - Cassation sans renvoi CA Riom, 14 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Balat, SCP Nicolaý, de Lanouvelle et Hannotin, av.

Si la législation récente (avènement de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, consécration de la fiducie, etc.) marque le grand retour de la notion de patrimoine dans le droit des affaires en général, et au sein du droit des procédures collectives en particulier, la jurisprudence n'est pas en reste, ainsi qu'en témoigne cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation publié au Bulletin<sup>56</sup>.

Un associé gérant d'une société civile immobilière est mis en liquidation judiciaire. Les statuts de la SCI prévoyant que le retrait des fonds au titre des comptes courants d'associés interviendrait en accord avec le gérant, et qu'à défaut d'accord il ne serait possible que moyennant un préavis d'au moins dix-huit mois, le liquidateur souhaite modifier cette disposition statutaire pour obtenir immédiatement les sommes dues à l'associé gérant. À cette fin, il obtient la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de convoquer une assemblée générale des associés en vue de modifier les statuts afin d'obliger la SCI à rembourser les comptes courants d'associés à première demande. L'associé gérant et la SCI s'opposent à cette nomination, le liquidateur n'ayant pas qualité pour former une telle demande.

Ils ne sont toutefois pas suivis par la cour d'appel de Riom qui relève « un conflit d'intérêts entre la personne morale et l'associé, et place ainsi ce dernier dans l'impossibilité d'assumer la direction de la SCI à

l'occasion des démarches et instances entreprises pour l'exercice de ses propres droits patrimoniaux ». Les juges du fond en déduisent « qu'il était donc bien de l'intérêt de la SCI d'être représentée par un mandataire ad hoc », l'associé gérant « ne pouvant agir pour la préservation de ses droits patrimoniaux au sein de la SCI, tout en étant le représentant de celle-ci ». Les juges du fond prennent aussi la précaution de préciser que la mission du mandataire ad hoc serait « limitée aux nécessités de l'exercice des droits patrimoniaux » de l'associé gérant et ne ferait obstacle « ni à l'exercice par ce dernier de son droit de vote d'associé, sous réserve qu'il ne porte pas sur des intérêts patrimoniaux, représentés par son liquidateur, ni à la poursuite de sa fonction de gérant de la SCI en dehors de la mission spéciale donnée au mandataire ad hoc ».

Cette motivation, pourtant finement ciselée, n'a toutefois pas convaincu la Cour de cassation qui censure l'arrêt de la cour d'appel au visa des articles L. 621-9 du Code commerce (dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire, actuellement art. L. 641-9, I, C. com) et 1844 du Code civil dont l'alinéa 1er dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». La chambre commerciale de la Cour de cassation juge en effet « qu'en cas de mise en liquidation judiciaire de l'associé d'une société civile, le liquidateur de son patrimoine n'a pas qualité pour exercer les actions liées à sa qualité d'associé ou de gérant et concernant le patrimoine de la personne morale, non plus que son droit de participer aux décisions collectives »<sup>57</sup>.

La précision est intéressante en ce qu'elle fait expressément référence aux deux patrimoines, celui du débiteur en liquidation judiciaire - en l'espèce associé gérant - et celui de la personne morale, comme si les juges voulaient bien marquer la frontière entre les deux, la mission du liquidateur s'arrêtant là où le patrimoine de la personne morale commence. Il est vrai pourtant que la présence d'un compte courant d'associé constituait un trait d'union entre le patrimoine de l'associé gérant et celui de la société, une sorte de passerelle qu'il était tentant de franchir.

Toutefois, à défaut d'une confusion de patrimoines qui aurait permis au liquidateur de demander l'extension de la procédure de la liquidation judiciaire à la SCI, il convenait de trouver une autre voie pour accélérer le remboursement du compte courant. Celle choisie par le liquidateur est clairement fermée par la Cour de cassation. Il est vrai qu'admettre l'immixtion du liquidateur par l'intermédiaire d'un mandataire ad hoc constituait une atteinte à l'autonomie de la personne morale dont les pouvoirs du gérant ne sauraient être remis en cause par un tiers. On ne voit pas, en effet, pourquoi l'intérêt collectif des créanciers de l'associé en liquidation judiciaire justifierait une immixtion du juge dans la société et l'emporterait sur l'intérêt social d'une société étrangère à la procédure collective de l'un de ses associés. Admettre la solution inverse porterait non seulement atteinte à l'intérêt social mais aussi aux droits des associés.

Il n'en reste pas moins que la solution de l'arrêt pose question sur un plan pratique. Il est possible d'avoir quelques motifs d'interrogation sur l'usage qui peut être fait d'une clause statutaire faisant échapper, momentanément il est vrai, à la procédure de liquidation judiciaire, une somme d'argent due par la société à l'associé au titre du compte courant. De là à imaginer que c'est un moyen simple de protéger une partie du patrimoine d'un débiteur par création d'une personne morale, il y a un pas qu'il est aisé de franchir. Toutefois, il devrait être possible de démontrer la création d'une personne morale fictive, ce qui ouvrirait la voie à une action en extension de procédure.

## ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'ordonnance autorisant une cession de gré à gré ne devient parfaite et la cession définitive qu'une fois la voie de recours à son encontre expirée, déclarée irrecevable ou rejetée. En cas d'inexécution de la part du cessionnaire ne voulant procéder à la réitération par acte authentique, il est possible de saisir le tribunal pour qu'il rende un jugement valant acte authentique.

Cass. com., 11 oct. 2011, no 10-20032 : Me A. ès qual. liq. Sté TCEL et a. c/ Me F. ès qual. liq. Sté Cuisinier Euro Link et a. - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Limoges, 12 mai 2010 - Mme Favre, prés. - Me Copper-Royer, SCP Laugier et Caston, av.

Si le principe selon lequel la cession de gré à gré est parfaite dès l'autorisation du juge-commissaire est acquis de longue date<sup>58</sup>, il n'en demeure pas moins que la pratique se retrouve souvent en proie à des difficultés.

Cet arrêt, bien qu'inédit, est intéressant à deux points de vue. D'abord, il indique ici que l'ordonnance ne devient définitive et la vente parfaite qu'une fois la voie de recours à son encontre expirée, déclarée irrecevable ou rejetée. Ensuite - cela est assez rare pour le souligner -, cet arrêt atteste qu'en cas d'inexécution de la part du cessionnaire, il est possible de saisir le tribunal de commerce pour qu'il constate le caractère parfait de la cession et rende un jugement valant acte authentique.

En l'espèce, une société de transport Cuisinier Euro Link fut mise en redressement judiciaire le 29 avril 2008, converti en liquidation judiciaire le 28 août 2008. Entre-temps (le 1er août), la société TF avait déposé une offre de cession partielle d'entreprise. Compte tenu de la conversion, cette offre ne fut pas entérinée par le tribunal dans le cadre d'une cession d'entreprise, mais par le juge-commissaire dans le cadre des cessions isolées de l'actif de la société. Le 12 septembre 2008, le juge-commissaire a, en effet, ordonné la « vente à forfait partielle de l'entreprise ». Un conflit naquit alors entre cédant et cessionnaire, ce dernier ne voulant plus acquérir, arguant notamment pour cela de la nullité de la cession.

Deux procédures furent alors lancées. Le 8 janvier 2009, le liquidateur assigna le cessionnaire devant le tribunal de commerce afin que ce dernier constate la perfection de la cession et rende un jugement valant acte authentique. Par jugement du 3 avril 2009, le tribunal constata que la vente était parfaite à la date du 12 septembre 2008 et que son jugement valait acte authentique. Cette décision fut confirmée par la cour d'appel de Limoges dans un arrêt du 12 mai 2010, objet du présent pourvoi.

Parallèlement, le 9 janvier 2009, le cessionnaire fit appel de l'ordonnance du juge-commissaire pour qu'il la déclare nulle. Cet appel fut déclaré irrecevable le 9 décembre 2009 au motif que l'ordonnance du 18 décembre 2008 n'étant pas applicable à l'espèce, le seul recours recevable consistait à saisir le tribunal dans les dix jours de la notification de l'ordonnance. Le cessionnaire se pourvut alors en cassation contre cet arrêt.

L'arrêt étudié statue sur le pourvoi exercé dans le cadre de la première procédure. Il est reproché à la cour d'appel de Limoges d'avoir confirmé que la vente était parfaite dès l'ordonnance du 12 septembre 2008, principalement pour deux raisons.

Tout d'abord, le cessionnaire souligne que la cour d'appel ne pouvait considérer que l'ordonnance était définitive dans la mesure où un recours exercé à son encontre était encore pendant, l'arrêt ayant déclaré irrecevable l'appel contre l'ordonnance faisant en effet l'objet d'un pourvoi au moment où elle statuait.

Ensuite, le cessionnaire rappelle que la cession n'est réalisée que par l'accomplissement d'actes postérieurs à la décision du juge-commissaire. Or, arguant du fait que l'ordonnance ne respectait pas son offre, le cessionnaire refusait d'y procéder.

Sur le premier point, la chambre commerciale rejette le pourvoi. Elle affirme que l'ordonnance est devenue définitive dès que l'appel a été déclaré irrecevable. En d'autres termes, le pourvoi en cassation exercé contre cet arrêt n'a aucune influence sur le caractère définitif de l'ordonnance. Au-delà, on peut en tirer comme conséquence que l'ordonnance devient définitive et la vente parfaite à l'issue du délai de dix jours au cours duquel le recours peut être exercé, ou encore, en cas de confirmation de l'ordonnance (autrefois par le tribunal, aujourd'hui par la cour d'appel en application de l'ordonnance du 18 décembre 2008). Cette solution suscite réflexions et interrogations.

Pourquoi avoir retardé le caractère définitif de l'ordonnance à la déclaration d'irrecevabilité de l'appel ?

D'abord, on peut se demander si cela est bien conforme avec le principe d'exécution provisoire de plein droit.

Ensuite, sur un plan théorique, on peut se demander si cela est justifié. De prime abord, cela pourrait l'être par l'argument selon lequel, à cet instant, l'ordonnance passe en force de chose jugée. Pourtant, à bien y réfléchir, rien n'est moins certain. Selon l'article 500 du Code de procédure civile, « a force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution ». Or, l'ordonnance du juge-commissaire est exécutoire de plein droit à titre provisoire et ne peut faire l'objet d'aucun recours suspensif... De là à considérer qu'elle a force de chose jugée...

Sur le second point, rappelons qu'il faut dissocier « perfection » et « réalisation » des cessions de gré à gré 59. La cession est parfaite dès l'ordonnance du juge-commissaire passée en force de chose jugée, mais n'est réalisée que par des actes postérieurs. Cela signifie simplement que, contrairement au droit commun, le transfert de propriété n'est pas concomitant à la formation de la cession. Il est différé. Pour autant, le cessionnaire ne peut y échapper. Il ne peut se rétracter. Et s'il ne veut pas procéder aux actes de cession, rien ne s'oppose, comme en l'espèce, à ce qu'un tribunal soit saisi afin de rendre un jugement s'y substituant. Son seul moyen d'échapper à la cession est de recourir contre l'ordonnance... encore faut-il à cette fin emprunter la bonne voie.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Le dessaisissement de plein droit de l'administration et de la disposition de ses biens du débiteur en application de l'article L. 622-9 du Code de commerce n'entraîne pas la disposition de son droit de propriété sur l'immeuble, de sorte que le liquidateur n'a pas qualité pour poursuivre l'expulsion de ce dernier avant la réalisation définitive de la cession de cet immeuble.

Cass. com., 25 oct. 2011, no 10-21146 : M. P. c/ Selarl Gauthier Sohm ès qual. liq. M. P. - FS - P+B  
- Cassation partielle CA Paris, 23 janv. 2009 - Mme Favre, prés. - SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier-Bourdeau, av.

L'enseignement de cet arrêt est simple : tant que la cession autorisée par le juge-commissaire n'a pas été réitérée par acte notarié, le débiteur ne peut être délogé sans son consentement.

En l'espèce, une fois l'autorisation de céder l'immeuble de gré à gré donnée, le liquidateur a procédé à l'expulsion du débiteur. La cour d'appel de Paris lui a donné raison en considérant qu'il en avait le pouvoir en application de l'ancien article L. 622-9 du Code de commerce (devenu, depuis la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 641-9 du même code). Sans doute a-t-elle considéré que le dessaisissement au profit du liquidateur ne constitue pas une mesure d'incapacité. Il ne représente pas l'intérêt du débiteur. Cette mesure est une marque de défiance à l'encontre du débiteur et protège les intérêts des créanciers en contribuant à la préservation de leur gage<sup>60</sup>. En somme, le pouvoir de représentation du liquidateur est un pouvoir issu de la saisie collective. Il est alors logique que le liquidateur puisse prendre une décision allant à l'encontre même de l'intérêt du débiteur, mais dans l'intérêt des créanciers, en décidant de l'expulser. Le pourvoi souligne d'ailleurs que, pour la cour d'appel, l'ordonnance autorisant la cession étant devenue définitive, il était de l'intérêt, dans l'intérêt des créanciers, que l'immeuble soit vendu libre de toute occupation.

Cette solution est ici censurée par la chambre commerciale. Elle estime que le dessaisissement ne prive pas le débiteur de sa propriété. C'est parce que le débiteur garde la propriété de ses biens qu'on ne peut le déloger sans son consentement.

Cette solution est inéluctable. Certes, en vertu du dessaisissement, c'est au liquidateur de procéder, en liquidation, aux expulsions des personnes sans droit ni titre installées dans un immeuble. Mais là est la différence. Le débiteur n'est pas un occupant sans droit ni titre, il est le propriétaire. Il a été dessaisi de son pouvoir d'administrer et de disposer de ses biens. À ce titre, il ne peut plus accomplir d'actes juridiques sur ses biens. Mais tant que le transfert de propriété n'a pas lieu, il garde seul, en qualité de propriétaire, le pouvoir de fait qui découle de sa propriété : l'utilisation matérielle de son bien.

Une fois que la transmission aura eu lieu, l'expulsion pourra intervenir, mais cela ne relève pas du pouvoir du liquidateur qui a terminé sa mission. Il reviendra à l'acquéreur de déloger celui qui occupe son bien sans droit ni titre. Indéniablement, sachant cela, les acquéreurs risquent de proposer des prix moins élevés lorsque le bien est occupé. L'expulsion est souvent une épreuve longue et difficile. L'efficacité de la liquidation risque dès lors d'en pâtir...

D'aucuns pourraient considérer cette solution comme étonnante. Après tout, on pourrait admettre qu'il échoit au liquidateur représentant le débiteur dessaisi de procéder aux cessions de gré à gré de ses biens. Dès lors, si l'on admet qu'il puisse littéralement exproprier le débiteur contre sa volonté et porter en cela le coup le plus vif qu'il soit à son droit de propriété, il pourrait à tout le moins décider de sa dépossession. Sous cet angle, il est vrai qu'il est étonnant que la chambre commerciale avance, pour interdire l'expulsion, le droit de propriété - déjà bien atteint -, et non pas le droit au logement ou à la dignité ou encore à la vie privée et familiale.

Mais ce serait là faire une erreur quant aux pouvoirs du liquidateur. Ce n'est pas lui en tant que représentant du débiteur qui porte atteinte à son droit de propriété. Il ne prend pas plus la décision de céder les biens du débiteur dans le cadre des cessions de gré à gré que dans le cadre des enchères. Le principe de ces transferts est définitivement acquis dès le prononcé de la liquidation. Le liquidateur a alors pour mission de parvenir à ce que cette cession se fasse dans les meilleures conditions possibles. L'autorisation du juge-commissaire a d'ailleurs pour seul but de vérifier l'efficacité de la transmission en cause. Ce n'est pas elle qui décide de l'expropriation du débiteur.

En somme, le jugement ouvrant la liquidation est l'acte décidant du principe de la réalisation des biens du débiteur dans le but de désintéresser les créanciers. Jusqu'à ce que ces cessions soient réellement effectuées, il reste propriétaire et, à ce titre, possesseur. Le liquidateur ne peut mettre fin à cette possession sous peine de lui amputer son droit avant l'heure...

## **VII. LE PASSIF**

### *A. L'arrêt des poursuites individuelles*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

La déclaration de créance du transporteur à la procédure de l'expéditeur n'a pas d'effet interruptif à l'égard du destinataire.

Cass. com., 12 juill. 2011, no 10-18675 : Sté Transports Kessler c/ Sté Cora - FS - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Paris, pôle 5, ch. 5, 1er avr. 2010 - Mme Favre, prés. ; M. Lecaroz, cons. rapp. ; Mme Bonhomme, av. gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Lesourd, av.

L'arrêt rendu le 12 juillet 2011<sup>61</sup> par la chambre commerciale de la Cour de cassation intéressera aussi bien les spécialistes du droit des procédures collectives que ceux du droit des transports.

Au cas d'espèce, une société de transports se voit confier l'acheminement de marchandises par une société à destination des magasins d'une autre. L'expéditeur est ensuite placé en liquidation judiciaire. Le transporteur déclare sa créance. Un peu plus d'une année plus tard, il assigne la société destinataire du paiement du prix des transports, mais sa demande est jugée irrecevable par les juges du fond, ce que confirme la Cour de cassation. Pour cette dernière, la déclaration de créance au passif de l'expéditeur ne peut avoir d'effet interruptif sur la prescription à l'égard du destinataire. Or, le transporteur n'avait délivré aucun acte interruptif de prescription à celui-ci. En conséquence, la prescription est effectivement intervenue et l'action du transporteur contre le destinataire est bien irrecevable.

Sur le plan pratique, la solution est claire. La déclaration de créance du transporteur à la procédure collective de l'expéditeur - et il devrait en aller de même si c'est le destinataire qui est défaillant - n'interrompt pas la prescription à l'égard de l'autre « garant ». Mais comme cela a été relevé par l'un des premiers commentateurs de cet arrêt, si la solution paraît ferme et claire, elle « est entourée d'un certain mystère »<sup>62</sup>.

En effet, pour mieux comprendre cette décision, il faut tout d'abord rappeler que l'article L. 132-8 du Code de commerce institue une action directe en paiement du transporteur à l'encontre « de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport ».

Or, dans son pourvoi, le transporteur soutenait d'une part que l'expéditeur et le destinataire étaient garants solidaires, ce qui lui permettait d'invoquer la violation des articles 1202 et 1206 du Code civil et d'en déduire que les poursuites à l'égard de l'un interrompaient la prescription à l'égard de l'autre.

D'autre part, le transporteur tentait de se placer sur le terrain du cautionnement pour invoquer cette fois l'article 2250 du Code civil, dans sa rédaction alors applicable, et selon lequel l'interpellation faite au débiteur principal interrompt la prescription. Malheureusement pour le transporteur, ni l'un ni l'autre de ces arguments n'ont séduit la Cour de cassation.

Si l'on voit assez bien ce que n'est pas l'action directe, la haute juridiction se garde bien de nous donner sa qualification. Sans doute faut-il y voir, comme le propose le professeur Philippe Delebecque, une « institution sui generis »<sup>63</sup>... mais en droit des procédures collectives du moins, le transporteur sait désormais à quoi s'en tenir, et si sa déclaration à l'un des « garants » n'a pas d'effet interruptif, elle n'est pas une condition pour agir à l'encontre de l'autre<sup>64</sup>... On ne peut pas gagner sur tous les plans !

## *B. L'arrêt des voies d'exécution*

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

C'est à bon droit qu'une cour d'appel soumet à l'article R. 622-19 du Code de commerce une nouvelle procédure ouverte après le 1er janvier 2006, suite à la résolution d'un plan adopté dans une procédure ouverte avant cette date.

En relevant la carence des parties à ne pas saisir elles-mêmes la juridiction compétente pour connaître de l'exception d'illégalité de l'article R. 622-19, la cour d'appel a implicitement, mais nécessairement, fait ressortir que celle-ci ne présentait pas un caractère sérieux.

Cass. com., 13 sept. 2011, nos 10-14721 et 10-18130 : Sté Débitel France c/ Sté B., ès qual. liq. Sté Phone Avenue - FS - P - Irrecevabilité et rejet pourvoi c/ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 12 janv. 2010 - Mme Favre, prés. ; M. Arbellot, cons. rapp. ; M. Bonnet, av. gén. - Me Bertrand, Me de Nervo, SCP Baraduc et Duhamel, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, av. - Act. proc. coll. 16/2011, no 250, obs. L. Fin-Langer

On se souvient que par un arrêt du 8 juin 2010, que nous avons d'ailleurs commenté dans cette revue<sup>65</sup>, la Cour de cassation, renversant sa jurisprudence antérieure à la loi du 26 juillet 2005, avait jugé que le séquestre conventionnel ne résistait plus à la procédure collective.

Au cas d'espèce, les juges du fond n'avaient fait qu'appliquer cette nouvelle jurisprudence et les créanciers ne la contestaient pas vraiment, ou plutôt ils contestaient la légalité de l'article R. 622-19 du Code de commerce, fondement de cette solution. En effet, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, et

donc dans les procédures ouvertes à compter du 15 février 2011, la solution précitée trouve un fondement légal dans l'article L. 622-21, II, du Code de commerce, modifié par cette ordonnance.

Mais dans les procédures relevant des textes initiaux de juillet 2005, la solution ne pouvait être fondée que sur l'article R. 622-19. Et les plaideurs de reprocher, dans leur pourvoi, aux juges du fond d'avoir rejeté leur demande de sursis à statuer, alors qu'ils invoquaient l'exception d'illégalité du texte réglementaire. Ils soutenaient notamment que cette règle, qui prive les créanciers du débiteur soumis à la procédure collective de leurs droits sur les sommes séquestrées, touche aux principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales. Et ils en déduisaient que le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour adopter un tel texte, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

Mais ce n'est pas ainsi que l'entend la Cour de cassation. Se plaçant sur le terrain du sursis à statuer, elle rappelle qu'il ne s'impose qu'à la condition que l'exception présente un caractère sérieux. Or, en relevant la carence des parties à ne pas saisir elles-mêmes la juridiction compétente pour connaître de l'exception d'illégalité invoquée, la haute juridiction estime que la cour d'appel a implicitement fait ressortir que ladite exception ne présentait pas un caractère sérieux.

Aussi bien, si la question pouvait se poser sous le régime des textes initiaux de 2005, elle ne devrait plus l'être sous celui des textes de 2008, puisque désormais l'article R. 622-19 n'est plus que l'application de l'article L. 622-21, II.

Par ailleurs, la question se posait de savoir quel était le régime applicable au regard du droit transitoire. En effet, initialement une procédure avait été ouverte le 27 janvier 2005 et elle avait abouti à un plan de continuation le 22 juin 2006. Cette procédure relevait donc du régime des textes antérieurs à la loi de 2005. Mais le plan avait été résolu le 18 janvier 2007 et une liquidation judiciaire avait alors été ouverte. Or les créanciers soutenaient que l'article R. 622-19 n'était pas applicable à la liquidation judiciaire, certes ouverte après le 1er janvier 2006, mais concomitamment à la résolution du plan de la première procédure qui elle, ayant été ouverte avant le 1er janvier 2006, relevait des textes antérieurs.

Sans entrer dans les détails, la Cour de cassation se limite à relever que c'est à bon droit que les juges d'appel ont soumis la nouvelle procédure à l'article R. 622-19, et donc aux nouveaux textes, puisque cette procédure a été ouverte suite à une déclaration de cessation des paiements le 28 décembre 2006 par une décision rendue le 18 janvier 2007.

Même si la haute juridiction ne le précise pas, la procédure ouverte suite à la résolution d'un plan de continuation est une nouvelle procédure. Partant, c'est la loi en vigueur au jour de son ouverture qui doit recevoir application et donc, en l'espèce, les textes de 2005.

### *C. L'interdiction des paiements*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Dès lors que la compensation de dettes réciproques s'est opérée avant l'ouverture de la procédure collective, c'est sans méconnaître l'autorité de la chose jugée attachée à la décision de rejet de la déclaration

de la créance compensée, que les juges du fond peuvent admettre cette compensation, peu important le moment où elle est invoquée.

Cass. com., 27 sept. 2011, no 10-24793 : Me T. ès qual. liq. Sté Gestion moderne c/ Abn Amro Commercial Finance - F - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Paris, pôle 5, ch. 8, 29 juin 2010 - Mme Favre, prés. ; M. Albertini, cons. rapp. ; M. Le Mesle (premier av. gén.), av. gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Piwnica et Molinié, av.

La solution énoncée par l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 27 septembre 2011 n'est a priori pas nouvelle. Tout au plus a-t-elle de prime abord une vertu pédagogique.

Il est en effet rappelé que « la compensation s'opère de plein droit, même en l'absence de lien de connexité, entre les dettes réciproques des parties, dès lors qu'elles sont certaines, liquides et exigibles avant le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective ».

Comme l'ajoute la haute juridiction, le moment où elle est invoquée importe peu. En effet, dès lors que les conditions sont remplies avant le jugement d'ouverture, cette compensation s'opère de plein droit, et même à l'insu des débiteurs selon l'article 1290 du Code civil, étant ajouté qu'il n'est pas besoin que ces créances soient connexes.

Toutefois, en l'espèce, le créancier avait eu l'idée - heureuse ou malheureuse ? - de déclarer sa créance. Celle-ci ayant été rejetée par le juge-commissaire, le liquidateur avait assigné le créancier en restitution de la somme retenue au titre de la compensation. Et ledit liquidateur de soutenir que l'autorité de la chose jugée attachée à cette décision interdisait une telle compensation.

Fort heureusement, la Cour de cassation rejette le pourvoi. Les juges du fond avaient en effet fait ressortir que la compensation s'était opérée avant l'ouverture de la procédure. En d'autres termes, il importe peu que le créancier ait eu, comme en l'espèce, la mauvaise idée de déclarer sa créance et que sa déclaration soit rejetée, ce rejet n'ayant aucune incidence sur la compensation. On ne peut que s'en réjouir puisqu'il est toujours tentant, pour un créancier, de procéder à la déclaration de sa créance, même s'il a bénéficié d'une compensation légale avant le jugement d'ouverture. Il peut en effet toujours craindre sa remise en cause.

On se réjouira d'autant plus de cette décision que la Cour de cassation avait jugé, dans un arrêt du 3 mai 2011, qu'un créancier ayant déclaré sa créance, alors qu'il était créancier postérieur, s'était vu opposer l'autorité de la chose jugée de l'admission de sa créance<sup>66</sup>. Comme quoi, pour paraphraser le professeur Françoise Pérochon, « le créancier n'est pas [toujours] l'ennemi »<sup>67</sup> !

#### *D. Déclaration, vérification et admission des créances*

##### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Le collaborateur de l'avocat exerçant à titre individuel est dispensé de prouver qu'il est titulaire d'un pouvoir spécial pour déclarer la créance du client de son patron.

Cass. com., 25 oct. 2011, no 10-24658 : Sté Autodrome Cannes et Me E. ès qual. c/ M. P. et Me C. ès qual. Sté Autodrome Cannes - F - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Aix-en Provence, 29 nov. 2009 - Mme

Favre, prés. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Gaschignard, av. - Lexbase Hebdo, 17 nov. 2011, no 273, note E. Le Corre-Broly

Lorsque la créance est déclarée par un tiers, ce dernier doit être titulaire d'un pouvoir spécial, dont la Cour de cassation a récemment admis qu'il pouvait être prouvé jusqu'à ce que le juge statue.

L'avocat est légalement dispensé de prouver qu'il est titulaire d'un pouvoir spécial<sup>68</sup>. On sait que la règle ne vaut pas pour le secrétaire de l'avocat, dès lors que ce secrétaire n'est pas lui-même titulaire d'un pouvoir spécial l'autorisant à déclarer la créance<sup>69</sup>.

Que décider lorsque la créance est signée par le collaborateur de l'avocat, lui-même avocat ? La Cour de cassation juge que le collaborateur d'un avocat exerçant à titre individuel bénéficie de la même dispense de preuve du pouvoir spécial, sans qu'il y ait à distinguer selon que le collaborateur agit sur les instructions de son patron ou du client de ce dernier.

La solution avait précédemment été posée au profit du collaborateur d'avocats exerçant en société civile professionnelle ou en société d'exercice libéral<sup>70</sup>. Elle pouvait être justifiée par l'idée que le mandat était confié à la société, non à l'avocat à titre personnel. En posant la solution au profit du collaborateur de l'avocat exerçant à titre individuel, la Cour de cassation va plus loin : le collaborateur étant lui-même avocat, doit bénéficier de la dispense d'avoir à prouver qu'il est titulaire d'un pouvoir spécial, comme tout avocat. Le statut de l'avocat justifie la solution, la dispense de preuve du pouvoir étant légale.

Sous réserve du cas du collaborateur, il faut toutefois faire état d'une décision plus ancienne qui avait jugé que si un avocat, qui n'était pas celui du créancier, avait signé la déclaration de créance, la démonstration de l'accord du créancier à la substitution d'avocat devait être rapportée. Elle pouvait résulter des conclusions versées aux débats par le créancier<sup>71</sup>. Ainsi, il ne s'agit plus alors d'une dispense de preuve du pouvoir spécial, car il n'existe pas de mandat entre le créancier et l'avocat. Mais quel créancier serait assez masochiste pour ne pas verser aux débats des conclusions ratificatives ?

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

L'absence de vérification d'une créance, fut-elle privilégiée, et la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, n'emportent pas extinction de la créance. Il en résulte que le créancier est en droit de poursuivre la caution, dès lors qu'il prouve avoir déclaré sa créance et que la caution ne démontre pas que la créance a été contestée.

Cass. com., 12 juill. 2011, no 10-16227 : M. K. c/ Sté UHR Ltd - FS - D - Rejet pourvoi c/ CA Paris, pôle 4, ch. 9, 28 janv. 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Yves et Blaise Capron, av.

La créance privilégiée - dont le créancier prouve qu'elle a été déclarée au passif - qui n'est pas vérifiée, n'est pas éteinte, même si la liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actif, sauf démonstration par la caution que la créance avait été contestée.

Dans le régime de la liquidation judiciaire, seules les créances privilégiées, outre les créances salariales, sont vérifiées, lorsqu'il apparaît que le produit de la vente des actifs sera intégralement absorbé par les créanciers privilégiés. Il faut toutefois, depuis la loi de sauvegarde des entreprises, préciser que,

dans la liquidation judiciaire simplifiée, les créances privilégiées ne sont vérifiées que si elles permettent à leur titulaire de venir en rang utile dans les répartitions.

On sait, de longue date, que la créance non vérifiée n'est ni admise ni rejetée. Si le créancier entend se prévaloir de sa créance non vérifiée pour poursuivre une caution, il doit établir ses droits, devant le juge du cautionnement, selon les règles du droit commun, sans pouvoir, évidemment, se prévaloir d'une quelconque autorité de chose jugée attachée à l'admission d'une créance qui, par hypothèse, n'a pas été vérifiée. La caution ne peut donc se réfugier derrière l'absence d'admission au passif de la créance non vérifiée pour prétendre à son extinction et, par voie accessoire, à l'extinction de son cautionnement<sup>72</sup>.

Mais que se passe-t-il si la créance n'a pas été vérifiée, alors qu'elle devait l'être, parce qu'il s'agissait d'une créance privilégiée, et alors que la procédure de liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actif ? C'est à cette question que répond un arrêt de la chambre commerciale du 12 juillet 2011.

Le demandeur au pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir autorisé à pratiquer une saisie des rémunérations contre une caution, alors que le créancier ne prouvait pas avoir été admis au passif. La Cour de cassation va rejeter, à juste titre, le pourvoi. Elle valide l'interprétation de la cour d'appel qui considère que, dès lors que le créancier prouve avoir déclaré sa créance au passif, il n'a pas à démontrer que sa créance a été admise, dès lors que la caution, pour sa part, ne prouve pas que la créance aurait été contestée. La clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne change rien aux données du problème, dès lors que, selon une solution bien acquise, cette clôture prive, par principe, le créancier du droit d'agir en justice contre le débiteur, sans emporter interdiction de poursuivre la caution<sup>73</sup>.

La Cour de cassation reprend ainsi le principe de solution selon lequel une créance déclarée au passif, et qui n'est pas vérifiée, n'est, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, ni éteinte, ni admise au passif<sup>74</sup>. La circonstance que la créance devait être vérifiée, parce qu'elle était privilégiée, est indifférente. La solution n'est pas différente sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises.

Le créancier ne peut se prévaloir de l'autorité de chose jugée attachée à l'admission de sa créance au passif, et par voie de conséquence, ne peut opposer cette autorité de chose jugée à la caution. Il devra donc établir son droit de créance à l'égard de la caution, selon les règles du droit commun. Pour sa part, la caution pourra soulever, pour sa défense, non seulement, les exceptions personnelles qu'elle peut continuer à opposer, nonobstant l'admission de la créance au passif du débiteur principal<sup>75</sup>, mais, en outre, toutes les exceptions inhérentes à la dette, ce qu'elle n'aurait pu faire si la créance avait été admise au passif, sauf par le jeu de la réclamation à l'état des créances.

## **VIII. L'ACTIF**

### *A. Reconstitution de l'actif par le jeu des nullités de la période suspecte*

L'infirmité de la décision en vertu de laquelle un paiement forcé a été effectué, remet les parties dans la situation où elles se trouvaient avant l'exécution et fait disparaître la cause du paiement, l'obligation de rembourser résultant de plein droit de la réformation. Dès lors, c'est à bon droit qu'ayant infirmé la décision de condamnation au profit du cessionnaire pour prononcer la condamnation au profit du liquidateur, les juges du fond ont substitué une condamnation à une autre, ce qui a eu pour effet d'écarter les dispositions de l'article 1240 du Code civil.

Cass. com., 11 oct. 2011, no 10-11938 : Association Fonds de garantie des mareyeurs des ports du littoral Nord Pas-de-Calais c/ Selarl Soinne ès qual. liq. SARL HB La Halle - F - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Douai, ch. 2, sect. 2, 24 nov. 2009 - Mme Favre, prés. - Me Spinosi, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.

L'application des nullités de la période suspecte continue de générer un contentieux important, mais surtout elle peut aboutir à des solutions pratiques pour le moins inattendues et parfois regrettables, comme c'est le cas en l'espèce.

Ainsi, une SARL avait effectué un dépôt de garantie auprès de l'association d'un fonds de garantie de mareyeurs. Elle avait ensuite cédé sa créance. La société cédante est alors mise en redressement puis en liquidation judiciaire, tandis que la cessionnaire obtient condamnation à paiement du fonds de garantie par jugement assorti de l'exécution provisoire. Le liquidateur avait toutefois demandé au tribunal de sursoir à statuer en raison de l'action en nullité qu'il avait diligentée à l'encontre de la cession de créance intervenue en période suspecte. Il relève donc appel de cette décision et obtient la condamnation du fonds de garantie. Or ce dernier avait déjà effectué un paiement entre les mains du cessionnaire de la créance en vertu du jugement assorti de l'exécution provisoire prononcé à son encontre, et la décision prononcée par les juges d'appel aboutissait à le condamner une deuxième fois à payer la même créance.

La solution peut, de prime abord, paraître inique pour le fonds de garantie. Elle n'en est pas moins confirmée par la Cour de cassation. Son raisonnement est limpide et tout à fait logique. L'infirmité de la décision en vertu de laquelle le paiement forcé a été effectué, remet les parties dans la situation où elles se trouvaient avant l'exécution. Par voie de conséquence, elle fait disparaître la cause du paiement, l'obligation de rembourser résultant de plein droit de la réformation. Dès lors, c'est à bon droit que les juges du fond, après avoir infirmé la décision de condamnation du fonds à payer le cessionnaire, prononcent sa condamnation au profit du liquidateur. Partant, comme le relève la haute juridiction, la cour d'appel n'a fait que substituer une condamnation à une autre. À noter également que c'est à bon droit que les juges d'appel ont écarté les dispositions de l'article 1240 du Code civil, selon lesquelles « Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ».

On peut à première vue être surpris par les effets de cette décision, mais il faut rappeler que le créancier bénéficiaire de l'exécution provisoire, qui décide de recourir à l'exécution forcée, le fait à ses risques et périls<sup>76</sup>. En cas d'infirmité en appel du jugement exécuté, les risques que le créancier a accepté de courir se réalisent et il devra donc en supporter toutes les conséquences, c'est-à-dire non seulement restituer ce qu'il a obtenu, mais aussi réparer le préjudice<sup>77</sup>. Mais surtout, cette solution rejoint celle selon laquelle la nullité des actes de la période suspecte est opposable erga omnes, et en particulier au tiers sous-

acquéreur, même s'il est de bonne foi<sup>78</sup>. Il conviendra donc, pour le fonds de garantie, de se retourner contre le cessionnaire.

### *B. Soustraction à l'actif: revendications et situation des propriétaires de meubles*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Ne satisfait pas aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile la cour d'appel qui ne répond pas aux conclusions du vendeur réservataire de propriété soutenant que sa créance avait été admise au passif, ce dont il résulterait que le prix n'aurait pas été intégralement payé et qu'en conséquence, ce vendeur serait resté propriétaire du bien vendu.

Cass. com., 12 juill. 2011, no 10-30799 : Sté CERI c/ BNP Paribas Lease Group et a. - F - D - Cassation partielle CA Versailles, 20 mai 2010 - Mme Favre, prés. - Me Le Prado, SCP Boullez, SCP Defrénois et Levis, av.

Même s'il n'est pas appelé à la publication au Bulletin, cet arrêt de la chambre commerciale rendu le 12 juillet 2011 mérite d'être signalé car il a trait à l'intéressante question de la portée de l'autorité de la chose jugée attachée à l'admission de la créance au passif sur la qualité de propriétaire.

En l'espèce, en 2003 puis 2004, la société Fabris avait acquis de la société CERI deux machines identiques vendues sous clause de réserve de propriété et désignées respectivement par les numéros SP 199 et SP 200. En décembre 2005, la société Fabris avait, en règlement du prix, procédé au virement de sommes au profit de la société CERI, dont l'imputation sur l'une ou l'autre des deux machines devait ultérieurement être discutée.

Afin d'obtenir de la trésorerie, la société Fabris avait conclu une opération de cession-bail portant sur la machine SP 199 achetée en 2003 : la société Fabris avait alors cédé au crédit-bailleur (en l'espèce, un pool constitué par la société BNP Lease Group et Bail Écureuil) cette machine au prix d'achat et, en qualité de crédit-preneur, elle avait pris en location financière la machine en question. Dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire ultérieurement ouverte, le crédit-bailleur avait récupéré la machine objet du contrat de crédit-bail résilié, cependant que le vendeur réservataire de propriété était parallèlement admis au passif au titre du solde de prix de vente de la machine SP 199.

Soutenant que la société BNP Lease Group, chef de file du pool, avait commis une faute lors de la conclusion du contrat de crédit-bail en ne vérifiant pas si la société Fabris était propriétaire de la machine vendue avec clause de réserve de propriété, la société CERI a assigné le crédit-bailleur en paiement de la somme qui lui restait due au titre de la vente sous clause de réserve de propriété.

La cour d'appel avait débouté le vendeur réservataire au motif que la recherche de la responsabilité du crédit-bailleur supposait que soit établi le non-paiement du solde du prix de la machine SP 199 vendue en 2003 et que, en l'espèce, n'était pas apportée la preuve que le virement effectué en décembre 2005 ne pouvait s'imputer sur le solde du prix de la machine SP 199, mais qu'il aurait été imputé sur le solde du prix

de la machine SP 200. Les juges du fond considéraient que, la société Fabris ayant réglé le solde de cette machine SP 199, les banques n'avaient commis aucune faute en la rachetant à la société Fabris pour la lui louer sous forme de crédit-bail, et que la société CERI n'avait donc subi aucun préjudice, ayant été intégralement payée de cette machine, peu important qu'elle restât créancière de la société Fabris pour la deuxième machine qui n'avait jamais fait, quant à elle, l'objet d'un crédit-bail.

La chambre commerciale casse l'arrêt d'appel et juge qu'« en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions par lesquelles la société CERI soutenait que sa créance au titre du solde du prix de vente de la machine SP 199 avait été admise au passif de la liquidation judiciaire de la société Fabris, ce dont il résulterait que le prix n'avait pas été intégralement payé, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé [l'article 455 du Code de procédure civile] ».

Sur le plan procédural, la solution doit être approuvée car le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motif conduisant à l'annulation de la décision de justice attaquée<sup>79</sup>.

La cause, qui est donc renvoyée par la chambre commerciale devant une autre cour d'appel, a trait à l'intéressante question de la portée de l'autorité de la chose jugée sur la qualité de propriétaire.

On sait que la décision d'admission de la créance au passif est lourde de conséquences<sup>80</sup>. Cette admission au passif, véritable décision de justice, présente un caractère irrévocable lorsqu'elle est passée en force de chose jugée.

Au regard de la jurisprudence, la portée de l'autorité de chose jugée de l'admission au passif est particulièrement large, notamment au carrefour du droit de créance et du droit de propriété. Ainsi a-t-il été jugé que l'autorité de chose jugée attachée à l'admission de la créance fait obstacle à la remise en cause de la propriété du débiteur sur un fonds de commerce, si la créance a été admise à titre nanti sur ledit fonds<sup>81</sup>.

Au regard des faits de l'espèce, si la créance du vendeur réservataire a été admise au titre du solde du prix de vente de la machine SP 199, cela signifie nécessairement que le prix de vente de cette machine n'a pas été totalement payé et qu'en conséquence, le vendeur réservataire en demeurerait propriétaire.

Reste à savoir si ce droit de propriété est opposable à l'acquéreur a non domino, en l'occurrence le crédit-bailleur. Ce dernier peut-il se prétendre protégé par la présomption posée par l'article 2276 du Code civil selon laquelle « en fait de meuble, la possession vaut titre » ? En d'autres termes, peut-il être considéré comme un acquéreur de bonne foi protégé par cette disposition ?

La bonne foi de l'acquéreur est présumée, à charge pour le véritable propriétaire de démontrer la connaissance qu'aurait dû avoir l'acquéreur a non domino du droit du véritable propriétaire. La bonne foi s'entend de la croyance pleine et entière où se trouvait l'acquéreur, au moment de son acquisition, des droits de propriétaire de son auteur. Le doute sur ce point est exclusif de la bonne foi. Il faut donc que le sous-acquéreur n'ait pu ignorer qu'il tenait le bien de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire<sup>82</sup>. L'appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi de l'acquéreur, d'après les circonstances de la cause, est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond et échappe ainsi au contrôle de la Cour de cassation<sup>83</sup>.

En l'espèce, le fait que le sous-acquéreur (le crédit-bailleur) n'ait pas vérifié l'affirmation de son vendeur, la société Fabris, selon laquelle le prix de la vente initiale de la machine SP 199 avait été réglé,

est-il constitutif de la mauvaise foi du crédit-bailleur ? Telle est la question à laquelle devront finalement répondre les juges du fond auxquels la cause est renvoyée.

Certes, le vendeur initial essaie de se placer sur le terrain de la responsabilité, en reprochant au sous-acquéreur (le crédit-bailleur) de ne pas avoir vérifié la qualité de propriétaire de son auteur. Mais cette question rejoint celle de la bonne ou de la mauvaise foi du sous-acquéreur, dans la mesure où, si un doute sur la qualité de propriétaire de son auteur existe dans l'esprit du sous-acquéreur, il est en faute de ne pas procéder à cette vérification et, si doute il y a, il est de mauvaise foi.

Pareille appréciation semblerait sévère à l'égard du sous-acquéreur si ce dernier était resté dans l'ignorance de la vente de plusieurs machines identiques au même prix, et donc dans l'ignorance de l'existence d'une éventuelle difficulté d'imputation du paiement effectué - paiement dont la démonstration lui avait été apportée par l'acquéreur revendeur.

Quoiqu'il en soit, une leçon doit être tirée de cette affaire : plutôt que de se contenter des éléments de preuve (relevé de compte de l'acquéreur-revendeur faisant état d'un virement au profit du vendeur initial) qui avaient été portés à sa connaissance par l'acquéreur-revendeur pour le convaincre du paiement intégral du prix de la vente initiale de la machine, le crédit-bailleur aurait été bien inspiré de se rapprocher directement du vendeur initial pour en obtenir la confirmation. Tel est le conseil à donner aux crédit-bailleurs procédant à des opérations de lease-back dans de telles circonstances.

Le crédit-bailleur aurait également été bien inspiré de former réclamation à l'état des créances, dans le délai de l'article R. 624-8 du Code de commerce<sup>84</sup>. L'exercice de cette voie de recours, ouverte aux tiers intéressés, à l'encontre des décisions d'admission des créances aurait, en l'occurrence, permis de discuter de l'imputation, sur le prix de la machine SP 199 ou 200, du paiement effectué.

## **IX. L'ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES**

### *La responsabilité de l'établissement de crédit*

#### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Il ne peut être reproché à la banque d'avoir manqué à ses obligations de mise en garde et de conseil dès lors qu'il ne résulte ni des conclusions ni de l'arrêt que cela ait été soutenu devant les juges du fond.

Si les dirigeants de la société emprunteuse font état de perspectives datées et chiffrées d'amélioration de la situation, les juges peuvent en déduire que la banque n'avait pas apporté un soutien artificiel à la société dont la situation n'apparaissait pas irrémédiablement compromise.

Cass. com., 11 oct. 2011, no 10-21414 : Cts D. c/ CRCAM Charente Périgord - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Bordeaux, 25 mai 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Yves et Blaise Capron, av.

Le présent arrêt vient rappeler que la responsabilité du banquier ne peut être engagée avec succès qu'à la condition que le grief ait été porté devant les juges du fond, et qu'un soutien abusif n'est pas

caractérisé dès lors que les comptes prévisionnels présentés à la banque concluaient à l'amélioration de la situation.

En l'espèce, une société avait sollicité divers concours d'un pool bancaire au sein duquel une banque avait consenti un prêt ainsi qu'une ouverture de crédit dont notamment le gérant et son épouse s'étaient rendus cautions solidaires. La société est ensuite mise en redressement puis liquidation judiciaire, ce qui conduit la banque, après avoir déclaré sa créance, à assigner les cautions en exécution de leurs engagements. Condamnées par les juges du fond, celles-ci forment alors un pourvoi aux termes duquel le banquier professionnel du crédit n'était pas dispensé de ses obligations de mise en garde et de conseil à l'égard d'un professionnel de la filière du bois. Puis, en raison d'une rupture tardive de crédit, postérieure à la date de cessation des paiements finalement arrêtée, les cautions lui reprochent son soutien abusif pour avoir maintenu le concours à une date où la situation de la société était irrémédiablement compromise.

La Cour de cassation rejette cependant leur pourvoi, d'une part, pour n'avoir pas invoqué le manquement à ses obligations de mise en garde et de conseil devant les juges du fond, d'autre part, parce que les dirigeants de la société emprunteuse s'étaient prévalus de perspectives datées et chiffrées d'amélioration de la situation.

L'arrêt doit être approuvé car le droit n'est pas fait pour les négligents. On ne peut non plus soutenir tout à la fois une chose et son contraire.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Les juges du fond ne peuvent condamner la banque sans rechercher à concurrence de quel montant exact la société avait bénéficié des fonds prêtés pour régler certaines de ses dettes, et quel était le préjudice résultant de l'octroi fautif du crédit.

Le préjudice correspond à la totalité des échéances mensuelles, aux frais de dossier et de garanties, ainsi qu'à l'indemnité de résiliation découlant de la déchéance du terme, dès lors que cette créance a été déclarée et admise au passif. Mais la partie des fonds utilisée pour le paiement des dettes fiscales de la société est exclue du calcul du préjudice.

Cass. com., 8 nov. 2011, no 10-17194 : Crédit maritime mutuel atlantique c/ Sté Dolley et associés ès qual. - F - D - Cassation partielle CA Rennes, 23 févr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Le Prado, SCP Gatineau et Fattaccini, av.

Cet arrêt, rendu à propos d'une banque condamnée pour avoir consenti des « crédits noirs » - entendus comme finançant des opérations illicites -, retiendra l'attention des praticiens en ce qu'il oblige à faire un décompte très précis de la réparation.

Un prêt de 300 000 € avait en l'espèce été accordé à une SARL pour financer le rachat des parts sociales de l'un de ses associés avant que cette société ne soit mise en liquidation judiciaire, la date de cessation des paiements étant reportée à une date antérieure au prêt. La banque déclare sa créance au titre du prêt, tandis que le liquidateur recherche sa responsabilité délictuelle ; avec succès puisque la banque est condamnée à lui payer un peu plus de 362 000 €, somme augmentée des intérêts au taux légal et de leur capitalisation. Et ce, au motif que la banque savait qu'elle participait à une opération interdite par la loi, non

conforme à l'objet social de la société et contraire à son intérêt dès lors que l'opération lui faisait supporter la charge d'un prêt sans contrepartie et que si une partie des fonds (pratiquement le tiers du montant du prêt) a été utilisée pour le paiement de quelques-unes des dettes fiscales de la société, cet élément n'atténue en rien le comportement fautif de la banque.

Les juges considèrent que le préjudice résultant de ce financement fautif doit être fixé à ce que la société a versé ou aurait dû verser en exécution du prêt, soit une somme correspondant aux quatre-vingt-quatre échéances mensuelles, aux frais de dossier et de garanties. Les juges du fond excluent l'indemnité de résiliation due à la suite du prononcé anticipé de la déchéance du terme par la banque.

Sur le fondement du principe de la réparation intégrale du préjudice, l'arrêt est cependant cassé.

En premier lieu, parce que les juges du fond ne pouvaient s'abstenir de « rechercher à concurrence de quel montant exact la société avait bénéficié des fonds prêtés pour régler certaines de ses dettes, et dès lors quel était le préjudice résultant de l'octroi fautif de ce crédit ».

En second lieu, parce que l'indemnité de résiliation due à la suite du prononcé anticipé de la déchéance du terme par la banque avait été déclarée et admise.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Si la banque commet une faute en renouvelant son concours puis en l'augmentant, la demande ne peut consister dans la totalité du passif déclaré, dans la mesure où l'octroi du crédit initial n'est pas fautif, mais dans sa seule aggravation éventuelle.

Cass. com., 8 nov. 2011, no 10-21971 : M. P. ès qual. c/ CRCAM Champagne-Bourgogne - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Reims, 25 mai 2010 - Mme Favre, prés. - Me Spinosi, SCP Defrénois et Levis, av.

La question du préjudice et de son évaluation est une source intarissable de difficultés, qui oblige le juge à une particulière vigilance. Entre les demandes exorbitantes de ceux qui engagent la responsabilité de la banque et le préjudice effectivement en lien avec la faute qu'elle a commise, la différence peut être abyssale. La présente espèce en est une nouvelle illustration.

Une banque avait consenti à quatre sociétés un prêt de 7 500 000 F (1 143 367,60 €) à chacune d'entre elles, avant qu'elles ne soient ultérieurement mises en redressement puis liquidation judiciaires. Trois des sociétés ayant remboursé leurs prêts, la banque déclare au passif de la quatrième sa créance, d'un montant de 15 005 365,50 F (soit 2 287 553,17 €), mais le liquidateur, lui reprochant son soutien abusif, l'assigne en responsabilité en réclamant pas moins de 45 000 000 F (6 860 205,70 €) à titre de dommages-intérêts, somme correspondant au montant du passif déclaré pour les quatre sociétés. Débouté par les juges du fond, le liquidateur forme alors un pourvoi qui est rejeté.

Le rejet intervient tout d'abord parce que si la banque avait commis une faute en renouvelant son concours puis en augmentant le montant du crédit, la demande ne peut consister dans la totalité du passif déclaré - dans la mesure où l'octroi du crédit initial de 7 500 000 F (1 143 367,60 €) n'est pas fautif -, mais dans sa seule aggravation éventuelle. Même si ce n'est pas tant l'aggravation du passif que l'aggravation de l'insuffisance d'actif que le banquier a contribué à créer qui constitue le préjudice<sup>85</sup>, il est certain que le banquier n'a pas à répondre de la totalité du passif.

Deux autres raisons justifiaient encore le rejet du pourvoi. D'une part, les comptes ne permettaient pas de déterminer si la structure de l'endettement avait évolué du fait de l'accroissement des dettes en capital consécutives aux avenants du prêt ou simplement du fait des seuls intérêts échus. D'autre part, le maintien du crédit et l'augmentation du capital emprunté avaient permis la poursuite de la construction de l'immeuble.

## **X. LA SITUATION DES SALARIÉS**

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

La question de la conformité de l'article L. 641-4 du Code de commerce au principe d'égalité du citoyen devant la loi ne présente pas un caractère sérieux en ce que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

Tel est le cas de la situation de l'employeur en liquidation judiciaire qui est soumis, par application combinée des articles L. 641-4 du Code de commerce et L. 3253-8 du Code du travail, à la même obligation de reclassement préalable au licenciement d'un salarié pour motif économique que celle à laquelle est tenu un employeur in bonis, tout en l'obligeant à procéder au licenciement du salarié dans un délai de quinze jours suivant l'ouverture de la liquidation judiciaire, dès lors que cette différence est justifiée par le fait que les sommes dues au titre de la rupture sont prises en charge par un régime d'assurance garantissant les créances salariales contre l'insolvabilité des employeurs et que la réduction de la période couverte par la garantie satisfait à des raisons d'intérêt général.

Cass. soc., 6 oct. 2011, nos 11-40056 et 11-40057 : Sté Grave Wallyn Randoux, ès qual. mand. liq. Sté Sit industries tubes et pipes France c/ M. T. (1er arrêt), M. L. (2nd arrêt) et CGEA, AGS, Unedic - F - P+B - Non-lieu à transmission - QPC Cons. prud'h. Soissons, 6 juill. 2011 - M. Lacabarats, prés. - SCP Piwnica et Molinié, av.

Le principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi<sup>86</sup> ne permettra pas l'assouplissement des obligations pesant sur le liquidateur judiciaire qui procède aux licenciements pour motif économique des salariés du débiteur dessaisi, dans le délai de quinze jours à compter de la liquidation judiciaire. La question est tranchée par la Cour de cassation dans les présentes affaires.

Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée à la Cour de cassation<sup>87</sup>, portant sur la conformité de l'article L. 641-4 du Code de commerce au principe d'égalité devant la loi, en regard des charges qu'il fait peser sur le liquidateur judiciaire. Le renvoi par cet article aux articles L. 321-8 et L. 321-9 du Code du travail, respectivement devenus L. 1233-60 et L. 1233-58<sup>88</sup>, impose au liquidateur judiciaire de procéder à la mise en place de mesures de reclassement préalables à tout licenciement, alors même qu'il est soumis à l'obligation de licencier les salariés dans un délai limité à quinze jours, par l'effet des dispositions de l'article L. 3253-8 du Code du travail. L'employeur en liquidation judiciaire fait ainsi face

aux mêmes obligations que l'employeur in bonis, alors qu'il ne dispose que d'un temps limité pour les accomplir.

L'inégalité de traitement n'est pas contestée. Elle est au demeurant dénoncée depuis longtemps par les praticiens des procédures collectives dont le risque de mise en cause de leur responsabilité civile professionnelle est important dès lors que les licenciements n'interviennent pas dans le délai de quinze jours, condition de garantie de l'AGS. En l'espèce, l'inégalité ne résulte pas d'une différence de traitement de personnes placées dans une situation identique, mais de l'application des mêmes règles à des personnes se trouvant dans des situations bien distinctes.

S'érigeant en juge constitutionnel grâce au rôle de filtre qu'elle remplit dans le dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>89</sup>, la Cour de cassation fait une application du principe d'égalité fidèle à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, en rappelant que « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général »<sup>90</sup>.

Tel est le cas, d'après la Cour de cassation, de la situation de l'employeur en liquidation judiciaire dès lors que cette différence de traitement est justifiée par le fait que les sommes dues au titre de la rupture sont prises en charge par un régime d'assurance garantissant les créances salariales contre l'insolvabilité des employeurs et que la réduction de la période couverte par la garantie satisfait à des raisons d'intérêt général. Elle en conclut que la question posée ne présente pas un caractère sérieux et dit n'y avoir lieu à transmission au Conseil constitutionnel.

Envisagée sous cet angle, il n'est pas certain que la question des charges de l'employeur en liquidation judiciaire eût été traitée autrement si elle avait passé avec succès le filtre de la Cour de cassation.

Il ne peut être contesté qu'il soit dérogé au principe d'égalité pour les raisons d'intérêt général se trouvant dans la garantie de paiement des sommes dues au titre de la rupture dans le cadre de la défaillance de l'employeur, garantie assurée durant une durée nécessairement limitée. De même, il ne peut être nié que la rupture d'égalité est en rapport direct avec la loi qui l'établit. Par ailleurs, si la question des difficultés d'application de l'obligation de reclassement individuel fondée sur l'article L. 1233-4 du Code du travail n'est pas envisagée dans les présents arrêts, on ne doute pas que la solution n'aurait pas été différente en considération de la généralité de la formule employée par la Cour de cassation.

Peut-être ne faut-il compter que sur une application prétorienne des textes qui tiendrait compte des difficultés rencontrées par le liquidateur judiciaire<sup>91</sup> pour espérer limiter l'atteinte manifeste au principe de sécurité juridique<sup>92</sup>.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

D'une part, l'article 3 de la directive no 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, dans la version de celle-ci antérieure à celle découlant de sa modification par la directive no 2002/74/CE, doit être interprété en ce sens que, lorsque l'employeur, déclaré insolvable avant le 8 octobre 2005, n'est pas établi dans l'État membre dans lequel est habituellement exécuté le travail

par le salarié et remplit son obligation de contribution au financement de l'institution de garantie dans l'État membre de son siège, c'est cette institution qui est responsable des obligations définies par cet article.

D'autre part, la directive no 80/987 CEE ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoit qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet État membre, à titre complémentaire ou substitutif par rapport à celle offerte par l'institution désignée comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection du travailleur.

Cass. soc., 21 sept. 2011, no 08-41512 : M. D. c/ M. W., mand. liq. ès qual., Office national de l'emploi en Belgique (Fonds de fermeture des entreprises), et CGEA de Lille - FS - P+B - Cassation partielle sans renvoi CA Douai, 31 janv. 2008 - Mme Collomp, prés. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Gatineau et Fattacini, SCP Piwnica et Molinié, av.

À la question de la détermination de la compétence de l'institution de garantie des créances salariales lorsque le lieu d'exercice de l'activité salariée se trouve dans un autre État membre que celui du siège social de la société débitrice, le présent arrêt apporte une réponse en s'inscrivant dans l'état du droit antérieur<sup>93</sup> à la modification de la directive no 80/987/CEE du 20 octobre 1980 par la directive no 2002/74/CE du 23 septembre 2002, à la suite de l'arrêt rendu par la CJUE le 10 mars 2011<sup>94</sup> sur question préjudicielle posée le 18 novembre 2009 par la Cour de cassation, dans cette affaire<sup>95</sup>.

Les faits de l'espèce avaient conduit un salarié, ayant travaillé sur un chantier situé en Belgique pour une société dont le siège social était situé en France, placée en liquidation judiciaire par une juridiction consulaire française, à solliciter devant les juridictions prud'homales la mise en cause de l'institution française de garantie des créances salariales à titre principal, et celle de l'institution belge à titre subsidiaire.

La cour d'appel<sup>96</sup> avait retenu la mise en cause de l'institution belge, située sur le territoire duquel le travailleur exerçait habituellement son travail. Ce faisant, la cour d'appel avait appliqué le principe désormais posé par la directive no 2002/74/CE modifiant la directive no 80/987/CEE<sup>97</sup>, qui eût été applicable si la procédure d'insolvabilité avait été ouverte après le 8 octobre 2005.

À l'instar de la Cour de justice, la Cour de cassation<sup>98</sup> a relevé que la société débitrice ne disposait d'aucun établissement en Belgique alors qu'elle cotisait en France, lieu de son siège social. Elle a ainsi pu retenir la compétence de l'institution française au visa de l'article L. 3253-6<sup>99</sup> du Code du travail, d'une part, et de l'interprétation juridictionnelle<sup>100</sup> que fait la CJUE de l'article 3 de la directive no 80/987/CEE du 20 octobre 1980 dans sa rédaction antérieure à la directive no 2002/74/CE du 23 septembre 2002, d'autre part. L'application de la directive dans sa version antérieure à la modification est d'importance dans la mesure où un nouveau critère d'identification de l'institution de garantie compétente a été institué par la directive du 23 septembre 2002 : celui du lieu habituel d'exécution du travail<sup>101</sup>.

On peut s'interroger sur la solution qui aurait été retenue si la société débitrice avait disposé d'un établissement stable dans un autre État membre, la Belgique en l'occurrence, au sein duquel elle aurait également pu cotiser<sup>102</sup>. C'est peut-être pour envisager un tel cas de figure, que la Cour de justice, suivie par la Cour de cassation, a retenu la possibilité pour le salarié de se prévaloir de la garantie salariale d'une autre institution que celle désignée compétente en application de cette directive, à la double condition que

ce choix soit prévu par la législation nationale et que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection du travailleur.

Il faut, en tout état de cause, retenir que le principe posé par la Cour reste cantonné aux faits soumis à l'application de la directive no 80/987/CEE dans sa version antérieure à la modification par la directive no 2002/74/CE du 23 septembre 2002. On ne peut que regretter l'émiettement des règles de conflit appliquées au sort des créances salariales en droit de l'Union européenne. La diversité des critères de rattachement dans cette matière l'entretient sans doute. Un débat devrait être engagé : celui des conséquences néfastes de l'émancipation des critères d'identification de l'institution de garantie compétente du critère du lieu de contribution au financement de l'institution et de celui relatif au recours subrogatoire destiné à permettre le recouvrement des créances salariales avancées.

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque. Dès lors qu'elle remplit cette condition, l'AGS est recevable en sa tierce opposition sans qu'il y ait lieu de rechercher le caractère exécutoire de la décision attaquée.

Cass. soc., 28 sept. 2011, no 10-19764 : M. V. c/ AGS d'Orléans, Entreprise Arts et Paysages, M. P., mand. jud. ès qual. - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Riom, 19 janv. 2010 - M. Bailly, prés. - SCP Le Griel, av.

L'arrêt rendu a le mérite de rappeler une solution connue<sup>103</sup> qui ne pourra que réjouir l'AGS. Cette dernière est bien fondée à former tierce opposition.

En l'espèce, un salarié avait d'abord obtenu une ordonnance de référé favorable. Puis le conseil des prud'hommes avait rendu en sa faveur une décision de condamnation de l'employeur. Trois jours plus tard, le tribunal de commerce ouvrait le redressement judiciaire de l'employeur. L'AGS, à laquelle il avait certainement été demandé d'intervenir, décida de former tierce opposition à la décision prud'homale.

L'arrêt infirmatif avait déclaré la tierce opposition recevable. Au soutien de son pourvoi, le salarié faisait grief à l'arrêt de ne pas avoir constaté que le jugement frappé de tierce opposition n'était pas, au jour de la saisine de la juridiction prud'homale, devenu définitif. La Cour de cassation approuve les seconds juges d'avoir écarté une telle critique.

Il est vrai que la critique n'avait aucune chance de pouvoir prospérer. L'article 583 du Code de procédure civile ne pose que deux conditions à la recevabilité de la tierce opposition : avoir intérêt à former la voie de recours, et n'avoir été ni partie ni représenté au jugement attaqué.

C'est peu dire que l'AGS a un intérêt évident à soumettre à la juridiction prud'homale ses arguments concernant la situation des salariés dont elle est amenée à devoir garantir les créances salariales ou celles résultant de la rupture du contrat de travail, puisque tel est son objet selon les dispositions des articles L. 3253-15 et suivants du Code du travail.

De la même manière, c'est parce qu'elle n'est pas partie à l'instance ayant abouti à la décision frappée de tierce opposition que l'AGS est recevable à agir. On rappellera que la mise en cause de l'AGS dans le

cadre de l'instance prud'homale est subordonnée à l'ouverture d'une procédure collective (C. com., art. L. 631-18 et L. 641-14).

Au cas d'espèce, les conditions procédurales de la mise en cause de l'AGS n'étaient pas réunies puisque l'ouverture du redressement judiciaire était postérieure de trois jours au prononcé de la décision prud'homale. L'AGS pouvait donc critiquer le jugement rendu sans que son intervention soit subordonnée au caractère exécutoire de la décision attaquée. Sa seule existence suffisait.

La tierce opposition permet ainsi à l'AGS de faire valoir son droit propre de contestation, surtout lorsqu'il lui est donné de constater que la juridiction prud'homale n'a pas été saisie de l'intégralité des arguments. En effet, en pratique, et en contemplation d'une procédure collective que l'on sait aussi prochaine qu'inéluctable, il apparaît parfois un certain laxisme quant à la qualité des arguments opposés aux demandes du salarié. L'AGS doit alors trouver les moyens de rééquilibrer le débat. Ce qu'elle n'a pu faire a priori, la loi lui reconnaît le droit de pouvoir le faire a posteriori. La tierce opposition devient alors une procédure de sauvegarde... des intérêts propres de l'AGS. Pour autant, les droits du salarié ne sont pas en péril. L'article 591, alinéa 1 in fine du Code de procédure civile énonce : « Le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés ».

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

L'avance faite par l'AGS à hauteur d'un mois et demi de salaire pendant la période d'observation n'induit pas que l'AGS ait à garantir les salaires à hauteur d'un mois et demi de salaire après le jugement de liquidation judiciaire.

Cass. soc., 28 sept. 2011, no 10-21350 : AGS et Unedic ès. qual. c/ M. H., Sté Yvon Périn-Jean-Philippe Borkowiak, ès qual. mand. liq. - F - D - Cassation partielle sans renvoi CA Douai, 28 mai 2010 - M. Bailly, prés. - SCP Piwnica et Molinié, av.

La garantie des créances salariales due aux salariés dont les employeurs font l'objet d'une procédure collective est particulièrement étendue. Elle n'est cependant pas illimitée. C'est ce qu'en filigrane la Cour de cassation vient rappeler dans sa décision du 28 septembre 2011.

En l'espèce, une entreprise avait été placée en redressement judiciaire le 3 décembre 2007, puis en liquidation judiciaire le 30 avril 2008. Un de ses salariés avait saisi la juridiction prud'homale pour obtenir le paiement de diverses créances, dont des salaires arriérés. L'AGS avait déjà procédé à l'avance, pendant la période d'observation, de l'équivalent d'un mois et demi de salaires. C'est à tort que la cour d'appel avait jugé que l'AGS devait garantir les salaires dus après le jugement de liquidation judiciaire à hauteur d'un mois et demi de salaires, au motif que les salaires dus pendant la période d'observation, à concurrence d'un mois et demi, ne privaient pas le salarié de la garantie due au titre des créances salariales nées après la liquidation judiciaire.

L'article L. 3253-8 du Code du travail définit le périmètre exact de la garantie des créances salariales.

Dans l'hypothèse d'une procédure de redressement judiciaire ultérieurement convertie en liquidation judiciaire, l'AGS doit garantir les salaires dus pendant la période d'observation dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail (C. trav., art. L. 3253-8, 4°, a).

S'il advient que des salaires sont dus postérieurement au prononcé de la liquidation judiciaire, la garantie est limitée à une durée de quinze jours (C. trav., art. L. 3253-8, 4°, b).

C'est donc par erreur que la cour d'appel avait cru pouvoir retenir qu'ayant déjà garanti, au cours de la période d'observation, l'équivalent d'un mois et demi de salaire, pareille garantie était due à compter du prononcé de la liquidation judiciaire. Il était inévitable que la Cour de cassation casse la décision qui lui était déférée.

Le caractère cumulatif des périodes de garantie ne déroge pas au principe selon lequel chaque période de garantie est limitativement encadrée. Le salarié dont l'employeur se retrouve en liquidation judiciaire après avoir fait l'objet d'un redressement judiciaire, est en droit de percevoir, au titre de la garantie, quarante-cinq jours de travail sur la période d'observation, puis l'équivalent de quinze jours après la liquidation judiciaire.

La garantie n'est ni absolue ni générale. Les cas dans lesquels les créances salariales dépassent, en période d'observation, le plafond du mois et demi de salaire, ne constituent pas une simple hypothèse d'école. De la même manière, des salaires dus postérieurement aux quinze jours qui suivent la liquidation judiciaire peuvent demeurer impayés. C'est certainement regrettable pour le salarié, mais c'est là une conséquence directe d'une application littérale et stricte des dispositions légales que la jurisprudence n'a pas les moyens de contourner par une interprétation extensive, comme elle a su par ailleurs le faire pour certains types de créances, de dommages et intérêts rattachés plus ou moins artificiellement soit à la notion d'exécution du contrat de travail soit à celle de sa rupture.

## **XI. LE CONJOINT**

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de savoir si la reprise en nature du bien acquis par le conjoint avec les valeurs fournies par le débiteur, telle qu'elle est prévue par l'article L. 624-6 du Code de commerce, est contraire au principe de protection du droit de propriété.

Cass. com., 2 nov. 2011, no 10-25570 : Mme X ép. Y c/ Liq. de M. X - QPC incidente - CA Rennes, 29 juin 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Richard, av.

Le droit des procédures collectives n'échappe pas à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>104</sup>. Depuis l'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif, la matière a suscité diverses questions, même si, jusqu'à présent, une seule avait été transmise au Conseil constitutionnel<sup>105</sup>. Dans ce contexte, l'arrêt de renvoi de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 novembre 2011 ne pouvait être ignoré.

Les faits à l'origine de l'affaire n'ont rien d'original. Dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, le liquidateur a été admis à réunir à l'actif un immeuble acquis par l'épouse du débiteur au moyen de deniers fournis par celui-ci sur le fondement de l'article L. 624-6 du Code de commerce<sup>106</sup>. Contestant la décision des juges du fond, l'épouse, fort bien conseillée, profite de son pourvoi pour poser de façon

incidente la question de la constitutionnalité de la disposition légale<sup>107</sup>. C'est donc cette question que la chambre commerciale a décidé de renvoyer au Conseil constitutionnel, considérant que « si le but de l'article L. 624-6 du Code de commerce est d'intérêt général comme tendant à l'apurement du passif, le moyen utilisé, consistant, non en un rapport à la procédure collective des valeurs fournies par le débiteur à son conjoint, mais en la reprise en nature du bien acquis grâce à elles, peut apparaître disproportionné à l'objectif assigné au texte, en privant le conjoint du débiteur de tout droit réel sur le bien litigieux (...) ; la question posée présente donc un caractère sérieux au regard du principe de protection du droit de propriété ».

Quelle sera alors la décision du Conseil constitutionnel : constitutionnalité ou inconstitutionnalité de la disposition légale ? Nul ne peut présager de sa teneur, mais la nuance devrait selon nous être privilégiée.

En effet, la reprise en nature du bien acquis par le conjoint du débiteur ne saurait être discutée lorsque le débiteur a financé l'intégralité du bien. Dans ce cas, il s'agit simplement de rapporter à l'actif « un bien qui devrait normalement s'y trouver »<sup>108</sup>. La restitution doit donc se faire en nature, privant par voie de conséquence le conjoint de tout droit réel sur ce bien<sup>109</sup>. Les exigences de reconstitution de l'actif et d'apurement du passif du débiteur justifient la dérogation ainsi portée au droit des régimes matrimoniaux, et spécialement à la règle selon laquelle, en régime de séparation de biens, le propriétaire d'un bien est celui au nom duquel l'acquisition a été faite.

En revanche, le même raisonnement ne pourrait être retenu en cas de financement partiel par le débiteur. L'hypothèse n'a rien de théorique car - faut-il le rappeler ? - l'action en réintégration n'est pas subordonnée à la condition de paiement intégral du prix par le débiteur<sup>110</sup>. Or, dans cette situation, la reprise en nature et non en valeur apparaît critiquable et pourrait encourir la censure du Conseil constitutionnel. À l'instar de certains auteurs<sup>111</sup>, il nous semblerait plus opportun de faire jouer ici la théorie de l'accessoire. Seul un paiement de plus de la moitié du prix d'acquisition opéré par le débiteur pourrait ouvrir la voie à la réintégration en nature. L'époux in bonis perdrait certes la propriété du bien et deviendrait simple créancier de son conjoint, à charge pour lui de déclarer sa créance. À l'inverse, si le débiteur a financé moins de la moitié du bien, son conjoint devrait être autorisé à conserver la propriété dudit bien, à charge pour lui de rembourser son époux. Respectueuse du droit de propriété, une telle solution permettrait sans aucun doute de concilier au mieux les intérêts du conjoint et ceux de la procédure collective.

Reste à savoir si le Conseil constitutionnel sera sensible à de tels arguments<sup>112</sup>. Sa solution est attendue avec impatience...

## **XII. LES SANCTIONS**

### *A. Les sanctions civiles*

La détermination précise de la date de cessation des paiements constitue la condition nécessaire pour retenir à l'encontre d'un dirigeant un retard dans le dépôt de la déclaration de cessation des paiements.

Chacune des fautes ayant contribué à l'insuffisance d'actif, retenues à l'encontre du dirigeant, doit être légalement justifiée. À défaut, le principe de proportionnalité justifie la cassation de l'arrêt d'appel.

Cass. com., 11 oct. 2011, no 10-20423 : Me S. c/ M. T. - F - D - Cassation CA Nouméa, ch. com., 25 mars 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Ancel, Couturier-Heller et Meier-Bourdeau, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, av.

Par jugements en date des 6 décembre 2000 et 17 avril 2002, le tribunal de commerce ouvre une procédure de redressement judiciaire puis de liquidation judiciaire à l'encontre de la société Z. Le liquidateur judiciaire assigne le dirigeant, M. X, en liquidation judiciaire personnelle et, à titre subsidiaire, en condamnation au paiement de l'insuffisance d'actif.

Par arrêt en date du 25 mars 2010, la cour d'appel de Nouméa, qui avait retenu l'existence de deux fautes distinctes - la poursuite d'une activité déficitaire après plusieurs années sans reconstituer les capitaux propres, et l'absence de déclaration de cessation des paiements -, condamne M. X à supporter une partie de l'insuffisance d'actif de la société Z, à hauteur de 20 000 000 F CFP (soit 167 600 €), au titre de ces deux fautes de gestion.

Le dirigeant reprochait à l'arrêt de l'avoir condamné à supporter une partie de l'insuffisance d'actif tout en ayant constaté qu'une partie des difficultés de l'entreprise résultait d'une cause étrangère, la présence de termites au sein des locaux de l'entreprise.

La Cour de cassation ne retient pas cette excuse originale et rappelle de façon classique qu'un dirigeant peut être condamné à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif, dès lors que la faute qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif. Si la faute de gestion d'un dirigeant doit être en lien avec l'insuffisance d'actif, il suffit, pour que la condamnation puisse être prononcée, que ce lien existe et que la faute ait simplement contribué à l'insuffisance d'actif.

La théorie de l'équivalence des conditions s'exprime ici par le choix du mot « contribué ». L'existence d'autres causes, qu'elles proviennent d'autres dirigeants ou de tiers, est ici indifférente, sauf à ce qu'elles soient prises en compte dans le montant de la condamnation. Au cas d'espèce, le rôle des termites n'a pas été considéré comme une cause exonératoire.

Le grief du retard dans le dépôt de la déclaration de cessation des paiements avait été retenu par la cour d'appel, trop rapidement car sans référence à l'actif disponible ne permettant pas la comparaison des deux composantes de l'état de cessation des paiements. La Cour de cassation rappelle donc, une nouvelle fois cette année<sup>113</sup>, que la constatation de l'état de cessation des paiements nécessite une comparaison, et pour ce faire une appréciation précise<sup>114</sup> de l'actif disponible et du passif exigible, et que la caractérisation de l'état de cessation des paiements reste « la condition nécessaire » pour pouvoir retenir un retard dans la déclaration de cessation des paiements.

À défaut de cette précision, la cassation était prévisible, si ce n'est inéluctable, tout comme la conséquence : l'application du principe de proportionnalité qui veut que chacune des fautes de gestion retenues ayant contribué à l'insuffisance d'actif doit être légalement justifiée<sup>115</sup>. Le montant retenu par la

cour d'appel avait été fixé en considération de plusieurs fautes, dont l'une ne pouvait être retenue. Quand bien même la condamnation prononcée par la cour d'appel se fonde sur trois fautes, la cassation encourue concernant l'une de ces trois fautes entraîne la cassation de l'arrêt.

## *B. Les sanctions pénales*

### **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Il ne peut être reproché aux juges du fond, appréciant souverainement les éléments constitutifs de l'infraction de banqueroute par absence de comptabilité, de n'avoir pas constaté le défaut de tenue de l'intégralité des documents comptables obligatoires pour caractériser l'élément matériel de l'infraction, ni d'avoir déduit l'intention coupable du simple fait que la prévenue n'avait pas désigné un autre gérant tandis qu'elle admettait avoir été dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions.

En constatant, pour déterminer la peine à prononcer, que le comportement de la prévenue s'expliquait plus par son incompétence que par une malhonnêteté avérée, la cour d'appel ne s'est pas contredite, son pouvoir d'appréciation des faits et circonstances de la cause justifiant le libre choix de la sanction.

Cass. crim., 19 oct. 2011, no 11-80509 : Ministère public c/ Mme X - Rejet pourvoi c/ CA Amiens, 15 déc. 2010 - M. Louvel, prés. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.

L'arrêt rapporté, qui se borne à rappeler le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction, apporte cependant d'utiles précisions sur le contenu de l'élément matériel de la banqueroute par absence de comptabilité.

L'article L. 654-2, 4° du Code de commerce incrimine le fait d'« avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ». Si les deux premières hypothèses de fictivité ou de disparition des documents comptables ne posent pas de difficulté de preuve, en ce qu'elles renvoient à un comportement actif du débiteur, il n'en est pas de même de celle de l'abstention, qui suscite les difficultés classiques de la preuve d'un fait négatif. En effet, les textes qui font obligation à tout commerçant, personne physique, ou dirigeant d'une personne morale commerçante, de tenir une comptabilité, et auxquels renvoie l'article L. 654-2, 4° du Code de commerce, imposent la tenue de trois documents : le livre-journal, le grand livre et le livre d'inventaire<sup>116</sup>. La loi pénale étant d'interprétation stricte<sup>117</sup>, la référence, dans le texte d'incrimination, à l'abstention de tenue de « toute comptabilité », oblige-t-elle à constater une abstention de tenue de l'intégralité de ces documents ? C'est ce que le pourvoi fait valoir dans l'arrêt rapporté, reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas constaté que le livre journal, voire le grand livre, n'avaient pas non plus été tenus par la gérante de la société.

Pour la Cour de cassation cependant, les juges du fond ont souverainement caractérisé l'élément matériel du délit, en constatant que la prévenue n'avait pu présenter le bilan et les comptes annuels. Il ne leur incombe donc pas de vérifier que l'intégralité des documents comptables obligatoires fait défaut. C'est

donc au débiteur qu'il appartient de remettre l'intégralité des documents comptables aux organes de la procédure<sup>118</sup>. En réalité, l'absence de représentation de ces documents aux organes de la procédure constitue l'élément matériel du délit.

Certes, la question peut sembler d'un intérêt limité depuis que la loi du 10 juin 1994 a ajouté au délit de banqueroute le cas de la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète<sup>119</sup>. Cette hypothèse de matérialité du délit permet - et elle a d'ailleurs été conçue comme telle par le législateur<sup>120</sup> - de pallier aux difficultés de l'interprétation stricte. Mais la qualification de banqueroute par tenue d'une comptabilité manifestement incomplète n'est pas sans poser d'autres difficultés, relatives cette fois à l'élément moral du délit. En effet, l'utilisation de l'adverbe « manifestement » par le législateur de 1994 implique une violation flagrante des règles comptables<sup>121</sup>, si ce n'est une intention, particulièrement forte, de ne pas respecter complètement les textes qui en font obligation<sup>122</sup>. Or il était délicat en l'espèce de reprocher à la prévenue une telle intention, dès lors que les juges du fond avaient relevé que le comportement de celle-ci s'expliquait plus par son incompétence que par une malhonnêteté avérée.

C'est d'ailleurs en tenant compte de cette relative bonne foi de la prévenue que la juridiction d'appel avait prononcé une condamnation à une peine d'amende de 3 000 €, et à titre de peine complémentaire, une mesure d'interdiction de gérer, diriger, contrôler toute entreprise commerciale pendant une durée de cinq ans. Là encore, cependant, les juges du fond n'ont fait qu'exercer leur pouvoir souverain de personnalisation de la peine, en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur, ainsi que les y invite l'article 132-24 du Code pénal.

## **ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

Un commissaire aux comptes, poursuivi pour complicité de banqueroute, ne peut être relaxé au motif que le fait d'avoir certifié les comptes annuels de la société sans vérification comptable ne constitue pas un acte positif de complicité.

Ayant constaté que le commissaire aux comptes avait lui-même reconnu son insuffisance et sa défaillance dans l'exercice de sa mission, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.

Cass. crim., 18 mai 2011, no 10-87768 : Ministère public c/ M. X - Cassation partielle CA Montpellier, 19 oct. 2010 - M. Dulin, prés. - Me Spinosi, av.

La comptabilité d'une société mise en redressement puis en liquidation judiciaire présentait, depuis plusieurs années, de graves anomalies ayant permis de masquer d'importants déficits et d'obtenir le maintien de concours bancaires. Le commissaire aux comptes de cette société était poursuivi pour s'être rendu complice de la banqueroute et des escroqueries dont les dirigeants de la société avaient été déclarés coupables. Le commissaire avait toutefois bénéficié d'une relaxe en appel, aux motifs que la certification des comptes sans vérification comptable ne constituait pas un acte positif de complicité.

Il est vrai qu'aux termes de l'article 121-7 du Code pénal, le complice est celui qui provoque à la commission d'une infraction, ou celui qui, par son aide ou son assistance, en facilite la préparation ou la consommation. Dans cette seconde hypothèse, l'acte de complicité est un acte antérieur ou concomitant à

l'infraction principale, mais surtout un acte de nature positive, ces caractères étant nécessaires à l'établissement du lien de cause à effet entre le comportement du complice et celui de l'auteur. Il ne saurait donc y avoir en principe de complicité de la part d'une personne qui s'abstient ou qui assiste passivement à la commission d'une infraction.

Toutefois, le lien de cause à effet peut se trouver établi - et par voie de conséquence la complicité par abstention se trouver punissable - lorsqu'il existe entre les comparses une véritable collusion. Cette collusion suppose cumulativement réunis le pouvoir de s'opposer effectivement à l'infraction, la volonté de laisser l'auteur principal accomplir son acte délictueux, et la connaissance que cet acte est en train de se commettre<sup>123</sup>. Cette situation peut être celle du professionnel qui, tout en ayant le devoir d'agir pour empêcher l'infraction, s'abstient volontairement, en toute connaissance de la réalisation de l'acte illégal. La solution a déjà été retenue à l'encontre de commissaires aux comptes<sup>124</sup> ou d'experts-comptables du fait de l'aide procurée à la tenue d'une comptabilité irrégulière, ou bien encore de banquiers du fait de l'aide procurée à l'emploi de moyens ruineux<sup>125</sup>.

En l'espèce, le commissaire aux comptes s'était abstenu d'effectuer des recherches tout en certifiant les comptes. Cela pouvait-il suffire à caractériser l'acte de complicité comme l'exige l'article 121-7 du Code pénal ? Les circonstances de l'espèce permettaient d'y songer. En effet, un certain nombre d'éléments auraient dû encourager le prévenu à procéder à des vérifications comptables approfondies. Ainsi, le commissaire aux comptes qui avait précédemment exercé, avait quant à lui relevé, dans les comptes de la société, un certain nombre d'anomalies. Il avait d'ailleurs refusé de certifier les comptes de plusieurs exercices, émis des réserves sur d'autres, puis découvert une fraude généralisée. En succédant à ce commissaire aux comptes diligent, le prévenu pouvait-il demeurer aussi passif ? Il est permis d'en douter, d'autant qu'il avait lui-même reconnu son insuffisance et sa défaillance dans l'exercice de sa mission.

Ayant constaté toutes ces circonstances, la cour d'appel ne pouvait donc prononcer la relaxe sans se contredire, l'élément matériel de la complicité de banqueroute se trouvant caractérisé. Ainsi la responsabilité pénale du commissaire aux comptes devait être engagée, dès lors qu'il pouvait en outre être démontré qu'il avait agi sciemment, c'est-à-dire en ayant la conscience et la volonté de s'associer au fait principal. Dans l'arrêt rapporté, la question de l'élément moral de la complicité n'était pas posée. Il convient de rappeler qu'en tout état de cause, cet élément aurait pu se déduire de la matérialité des faits à l'encontre d'un professionnel qui, selon une position sévère de la jurisprudence, agit nécessairement en toute connaissance de cause.

---

1 – (1) Sur cet arrêt, A. Lienhard, D. 2011, p. 2272 ; F.-X. Lucas, LEDEN nov. 2011, p. 1 ; R. Dammann et G. Podeur : Bull. Joly Entreprises en difficulté 2011, p. 297, § 162 ; L.-C. Henry et C. Houin-Bressand : Bull. Joly Entreprises en difficulté 2011, p. 305, § 158.

2 – (2) Not. Cass. com., 7 janv. 2003, no 00-13192 : Bull. civ. 2003, IV, no 3 - Cass. com., 26 mai 1998, no 96-10582 : Bull. civ. 1998, IV, no 168 - Cass. com., 1er oct. 1997, no 95-14578, inédit.

3 – (3) V., plus nuancé, D. Demeyere, obs. sous Cass. com., 5 avr. 2011, no 10-16705 : Bull. Joly Entreprises en difficulté 2011, p. 180, § 97.

4 – (4) Not. Cass. com., 19 nov. 2003, no 00-21027, inédit.

- 5 – (5) Pour un exemple récent : Cass. com., 15 juin 2011, no 10-23113 : Rev. sociétés 2011, p. 518, obs. Prevost ; Gaz. Pal. 8 oct. 2011, p. 21, obs. F. Reille, I7303.
- 6 – (6) D. Tricot, Débats in « Droit patrimonial de la famille et entreprises en difficulté », Colloque du Crajefe, Nice, LPA 24 avr. 2003, p. 16.
- 7 – (7) Cass. 2e civ., 19 févr. 2009, no 09-01002.
- 8 – (8) Cass. 1re civ., 18 mai 2005, no 04-50095.
- 9 – (9) Cass. ass. plén., 15 mai 1995, no 90-12705 : Bull. 1995, no 6 - Cass. 3e civ., 4 oct. 1995, no 94-10299 : Bull. civ. 1995, III, no 214 ; Procédures 1995, comm. 293, R. Perrot.
- 10 – (10) Cass. 3e civ., 6 sept. 2011, no 10-24722.
- 11 – (11) CA Toulouse, ch. com., 11 mai 2005, no 03/01360, Work 2000 c/ Bourguignon : Juris-Data no 2005-272232.
- 12 – (12) CA Toulouse, ch. 2, sect. 1, 30 avr. 2008, PB M Méditerranée c/ SCI Plein Sud : Juris-Data no 2008-373234.
- 13 – (13) CA Grenoble, ch. com., 20 févr. 2003, no 01/04103, Béton Lyonnais c/ Bourguignon : Juris-Data no 2003-226540.
- 14 – (14) Cass. com., 30 mars 2010, no 09-10729 : Bull. civ. 2010, IV, no 66 ; Juris-Data no 2010-002934.
- 15 – (15) Cass. com., 30 juin 2004, no 03-12627 : Bull. civ. 2004, IV, no 136.
- 16 – (16) Cass. com., 4 juill. 2000, no 96-22189 : RJDA 2001/1, no 52 - CA Paris, 25e ch. B, 9 nov. 2007, no 2004/18057.
- 17 – (17) Cass. com., 12 juill. 1994, no 92-14349 : Bull. civ. 1994, IV, no 265 ; Rev. proc. coll. 1995, p. 25, no 6 - Cass. com., 23 nov. 1999, no 97-15553 : Act. proc. coll. 2000/1, no 13.
- 18 – (18) C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives » : LPA 9 nov. 2004, p. 11 ; P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012-2013, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011, 6e éd., no 442.12.
- 19 – (19) Cass. com., 19 juin 2007, no 05-17074 : Bull. civ. 2007, IV, no 168 ; D. 2007, p. 1878, obs. A. Lienhard.
- 20 – (20) P.-M. Le Corre, « Continuation des contrats en cours, date de naissance des créances et mandat » : D. 2009, p. 2172.
- 21 – (21) Auparavant, CA Versailles, 12e ch., 27 janv. 2005, no 04/00204, cité par P.-M. Le Corre, op. cit., spéc. note de bas de page 3.
- 22 – (22) P.-M. Le Corre, op. cit. Pour l'agent immobilier, pour la recherche de partenaires, Cass. com., 16 oct. 2007, no 06-11102 : Gaz. Pal. 24 janv. 2008, p. 44, H0852 - pour l'agent commercial, Cass. com., 15 nov. 2005, no 03-13261 : Bull. civ. 2005, IV, no 225 ; Gaz. Pal. 11 févr. 2006, p. 22, obs. L.-C. Henry, G0445.
- 23 – (23) Sur ce point, v. F. Kendérian, « Le bail des locaux professionnels dans les procédures collectives après l'ordonnance du 18 décembre 2008 » : Gaz. Pal. 7 mars 2009, p. 31, spéc. p. 37, Loi de sauvegarde : première réforme. Adde, RTD com. 2009, p. 281, no 1, spéc. p. 288.
- 24 – (24) Pour plus de détails, v. F. Kendérian, Le sort du bail commercial dans les procédures collectives, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, préf. J. Monéger, LexisNexis, Litec, coll. Litec Professionnels, 2011, 3e éd., no 149, avec les réf.
- 25 – (25) V. F. Kendérian, op. cit., no 148.
- 26 – (26) V. Cass. com., 3 juin 2009, no 07-15708 : Juris-Data no 2009-048570 ; LEDEN sept. 2009, p. 7, obs. O. Staes ; Act. proc. coll. 2009, no 215 ; Gaz. Pal. 28 juill. 2009, p. 21, note F. Kendérian, H4614. Comp. cependant, Cass. com., 1er févr. 2011, no 09-17182 : LEDEN mars 2011, p. 5, obs. O. Staes ; D. 2011, act. p. 514, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 25, note F. Kendérian, I5319.
- 27 – (27) V. Cass. com., 13 févr. 2007, no 06-11289 : Bull. civ. 2007, IV, no 34 ; Gaz. Pal. 14 avr. 2007, p. 38, note M. Sénéchal, G3569 ; JCP G 2007, act. 98, obs. B. Le Bars ; JCP I 2007, 153, no 3, obs. P. Pétel ; JCP E 2007, 1450, no 3, obs. P. Pétel ; JCP E 2007, 1523, nos 27 et 28, ou JCP N 2007, 1192, nos 27 et 28, obs. J. Monéger ; JCP N 2007, 1265, note F. Vauvillé ; Act. proc. coll. 2007, comm. 51, obs. C. Regnaut-Moutier ; Loyers et copr. 2007, comm. 105, note P.-H. Brault ; D. 2007, AJ p. 648, 2e esp., obs. A. Lienhard ; AJDI 2007, p. 655, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; RTD civ. 2007, p. 332, no 3, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 367, no 2, obs. P.-Y. Gautier ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 116, 2e esp., note L. Leveneur ; Rev. loyers 2007, p. 215, note C. Quément ; RLDA mars 2007, p. 26, no 804, obs. A. Lefèvre ; RJDA 8-9/2007, no 875, avec les obs. ; RTD com. 2008, p. 856, no 7, obs. C. Saint-

Alary-Houin. Adde sur cet arrêt, H. Kenfack, « Le renforcement de la vigueur du pacte de préférence » : Defrénois 2007, art. 38621, p. 1003, spéc. p. 1010 et s.

28 – (28) V. P. Rubellin, obs. in LEDEN oct. 2011, p. 4.

29 – (29) Rappelons que, en application de l'article L. 622-25, alinéa 1er du Code de commerce, le bailleur ne peut se prévaloir de son privilège que s'il en a fait mention dans sa déclaration de créance. Sur ce point, v. F. Kendérian, Le sort du bail commercial dans les procédures collectives, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, préf. J. Monéger, LexisNexis, Litec, coll. Litec Professionnels, 2011, 3e éd., no 45, et les arrêts cités.

30 – (30) V. C. com., art. L. 631-14, al. 1er, pour le redressement judiciaire, et C. com., art. L. 641-12, dernier al., pour la liquidation judiciaire.

31 – (31) V. A. Lienhard, obs. in D. 2011, act. p. 2653.

32 – (32) V. en ce sens, P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011, 6e éd., no 591.62. Adde, CA Paris, 14 nov. 1995 : D. aff. 1996, p. 77, avec les obs., jugeant que l'article 39, alinéa 1er de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985 (devenu C. com., art. L. 621-31 ancien ; désormais art. L. 622-16), « texte restrictif, d'interprétation stricte, ne saurait en conséquence être étendu au droit d'entrée, quand bien même celui-ci pourrait s'analyser en un supplément de loyer (...) ».

33 – (33) V. P.-M. Le Corre, op. et loc. cit.

34 – (34) V. P.-M. Le Corre, op. et loc. cit. En ce sens aussi, v. B. Soinne, avec la collab. de E. Kerckhove, Traité des procédures collectives, Litec, 1995, 2e éd., no 2330.

35 – (35) V. déjà, Cass. com., 15 déc. 2009, no 08-19723 : Bull. civ. 2009, IV, no 168 ; Bull. inf. C. cass., no 723, 1er juin 2010, p. 22, no 764 ; LEDEN févr. 2010, p. 6, obs. O. Staes ; D. 2010, act. p. 11, 1re esp., obs. A. Lienhard ; Procédures 2010, comm. 42, note B. Rolland ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 77, note J.-J. Fraimout.

36 – (36) En ce sens, v. P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013, op. cit., no 542.59 ; F. Kendérian, op. cit., no 122. V. aussi, sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, CA Angers, 3e ch., 15 janv. 1990 : Juris-Data no 1990-042383 ; Rev. huissiers 1990, p. 1115, obs. D. M., jugeant que le défaut de convocation du cocontractant est sanctionné par la nullité du jugement. V. cependant contra, CA Limoges, 1re ch. civ., 13 août 1986 : JCP G 1986, II, 20693, obs. M. Cabrillac ; Gaz. Pal. 1986, 2, jur. p. 722, note J.-F. Martin ; D. 1987, jur. p. 44, 1re esp., note F. Derrida - CA Paris, 25e ch. A, 17 mars 2000 : D. 2000, AJ p. 249, obs. P. Pisoni.

37 – (37) V. B. Soinne, avec la collab. de E. Kerckhove, Traité des procédures collectives, Litec, 1995, 2e éd., no 1710. Adde, CA Angers, 3e ch., 15 janv. 1990, préc., jugeant que la convocation du cocontractant « constitue un aménagement du principe du contradictoire ».

38 – (38) V. Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005, no 02-19153 : Bull. ch. mixte 2005, no 1 ; Gaz. Pal. 2005, 1, p. 1127, concl. M. Domingo ; Procédures 2005, comm. 87, note R. Perrot ; JCP G 2005, I, 125, no 14, obs. S. Amrani-Mekki ; Dr. et proc., éd. 2005, p. 224, obs. M. Douchy-Oudot ; D. 2005, inf. rap. p. 386, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2006, pan. p. 548, obs. P. Julien et N. Fricero.

39 – (39) V. P.-M. Le Corre, op. cit., no 321.21, in fine, et l'arrêt cité, Cass. com., 16 juin 2009, no 08-13656 : Bull. civ. 2009, IV, no 82 ; Gaz. Pal. 28 juill. 2009, p. 19, note N. Fricero, H4612 ; D. 2009, act. p. 1756, obs. A. Lienhard, et p. 2521, note J. Théron ; Act. proc. coll. 2009, comm. 209, obs. J. Vallansan et P. Cagnoli ; JCP E 2010, 1011, no 3, obs. P. Pétel, jugeant que, constitue un excès de pouvoir rendant recevable un appel-nullité, le fait pour un tribunal, qui se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé conformément à l'article 14 du Code de procédure civile.

40 – (40) V. Cass. com., 30 mars 2010, no 09-12490 : Bull. civ. 2010, IV, no 68 ; Bull. inf. C. cass., no 726, 15 juill. 2010, p. 36, no 1191 ; Act. proc. coll. 2010, comm. 140 ; RJDA 8-9/2010, no 870, avec les obs. ; D. 2010, act. p. 958, obs. A. Lienhard ; RTD com. 2010, p. 429, no 9, obs. J.-L. Vallens.

41 – (41) Dans le même sens, v. J.-L. Vallens, obs. préc.

42 – (42) V. F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, éd. LGDJ-Lextenso, coll. Manuel, 2009, 8e éd., no 446. V. aussi, P.-M. Le Corre, op. cit., no 532.25.

43 – (43) V. Ph. Roussel Galle, « La voie de l'appel-nullité a-t-elle encore un avenir ? » : Dict. perm., Bull., janv. 2011, no 322.

44 – (44) C. com., art. L. 626-27, dont les dispositions ont été immédiatement applicables aux plans en cours d'exécution par l'article 191 de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

- 45 – (45) En effet, il appartient à l'auteur de la demande d'ouverture d'une procédure collective de démontrer que les conditions légales requises sont remplies, Cass. com., 24 mai 2005, no 04-10901 : Gaz. Pal. 5 nov. 2005, p. 12, F7178.
- 46 – (46) Cass. com., 4 oct. 2005, no 04-10055 : Gaz. Pal. 11 févr. 2006, p. 11, G0442.
- 47 – (47) À la suite de la consultation des créanciers dans le cadre de la préparation du plan, C. com., art. L. 626-5.
- 48 – (48) Cass. com., 28 oct. 2008, nos 07-17472 et 07-21712 : Act. proc. coll. 2008, comm. 299, obs. J. Vallansan.
- 49 – (49) C. com., art. L. 626-5.
- 50 – (50) CPC, art. 462.
- 51 – (51) Sur cet arrêt, v. Dalloz actualité, 6 oct. 2011, obs. A. Lienhard.
- 52 – (52) V. Cass. com., 8 déc. 1998, no 95-16503 : Bull. civ. 1998, IV, no 296 ; D. aff. 1999, 80, obs. A. Lienhard.
- 53 – (53) Cass. com., 7 janv. 2003, no 00-14120 : Bull. civ. 2003, IV, no 5.
- 54 – (54) Pour cette reconduction : P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011, 6e éd., no 532.62. Contra : A. Lienhard, obs. préc.
- 55 – (55) Comp. avec l'arrêt ci-dessus commenté, Cass. com., 27 sept. 2011, no 10-24836.
- 56 – (56) V. égal. D. 2011, p. 2592, obs. A. Lienhard.
- 57 – (57) Comp. Cass. com., 27 nov. 2001, no 97-22086 : Bull. civ. 2001, IV, no 189 ; D. 2002, AJ 92, obs. A. Lienhard - Cass. 3e civ., 19 déc. 2007, no 06-18811 : D. 2008, AJ 159.
- 58 – (58) Cass. com., 3 oct. 2000, no 98-10672 : RTD com. 2001, p. 224, obs. C. Saint-Alary-Houin - Cass. com., 11 mars 1997, no 94-19207 : Bull. civ. 1997, IV, no 69 - Cass. com., 4 oct. 2005, no 04-15062 : D. 2005, AJ p. 2593, obs. A. Lienhard ; D. 2006, p. 571, note J. Théron.
- 59 – (59) J. Théron, « De la distinction entre « perfection » et « réalisation » des cessions de gré à gré » : Bull. Joly Entreprises en difficulté 2011, p. 18 et s., § 15.
- 60 – (60) V. par ex. F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instrument de crédit et de paiement, éd. LGDJ-Lextenso, coll. Manuel 2009, 8e éd. ; ou encore J. Vallansan, Juris-Cl. Procédures collectives, fasc. 2702, no 26.
- 61 – (61) Revue des transports, déc. 2011, comm. 170, O. Staes ; Act. proc. coll. 16/2011, p. 1, obs. P. Delebecque ; JCP E, 2011, 1658.
- 62 – (62) P. Delebecque, préc.
- 63 – (63) Ibid.
- 64 – (64) Pour plus de détails, v. P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013, Dalloz Action, 2011, 6e éd., no 621-21.
- 65 – (65) Cass. com., 8 juin 2010, nos 09-68591 et 09-68594 : Bull. civ. 2010, IV, no 109 ; D. 2010, act. 1478, A. Lienhard ; JCP G 2010, no 958, no 4, obs. P. Pétel ; RJC 2011, 58, obs. J.-P. Sortais ; Procédures 2010, no 318, obs. B. Rolland ; Gaz. Pal. 16 oct. 2010, p. 31, I3273, nos obs.
- 66 – (66) Cass. com., 3 mai 2011, no 10-18031 : Bull. Joly Entreprises en difficulté 2011, p. 250, § 127, obs. S. Benilsi ; D. 2011, p. 2079, obs. P.-M. Le Corre.
- 67 – (67) V. Bull. Joly Entreprises en difficulté 2011, p. 233, § 134, édito.
- 68 – (68) Cass. com., 23 janv. 2001, no 97-21311 : Bull. civ. 2001, IV, no 21 : D. 2001, AJ 858, obs. A. Lienhard ; JCP E 2001, no 42, p. 1674, note M. Behar-Touchais ; Gaz. Pal. 20 mars 2001, pan. 19 - CA Paris, 3e ch. B, 30 avr. 2004, 4 arrêts, nos 2003/07680, 2003/07683, 2003/07685 et 2003/07686 - Rapp. Cass. com., 30 juin 2004, no 02-19135, NP.
- 69 – (69) Cass. com., 17 févr. 2009, no 08-13728, no 166 FS-P+B : D. 2009, chron. C. cass. 1240, no 1, note P. Bélaival ; Gaz. proc. coll. 2009/2, p. 31, no 1, note E. Le Corre-Broly ; JCP E 2009, 1347, no 7, obs. P. Pétel ; Act. proc. coll. 2009/5, no 77, note C. Régnaut-Moutier ; Gaz. Pal. 21 mai 2009, p. 11, note S. Piedelièvre ; RTD com. 2009. 450, no 1, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 2010/1, § 12, p. 29, note Legrand.
- 70 – (70) CA Rennes, 2e ch., 27 avr. 2010, no 09/02966 : Rev. proc. coll. mai-juin 2011, comm. 80, p. 43, note F. Legrand et M.-N. Legrand.
- 71 – (71) Cass. com., 15 févr. 2005, no 03-16805, NP.
- 72 – (72) Cass. com., 8 mars 2011, no 00-10387, no 213 F-D.
- 73 – (73) Cass. com., 8 juin 1993, no 91-13295 : Bull. civ. 1993, IV, no 230 ; RTD civ. 1994. 36, obs. Mestre ; JCP E 1993, I, 275, obs. Pétel ; JCP E 1993, II, 525, obs. Lecène-Marénaud ; RTD com. 1993, 583, obs. Martin-Serf ; Bull. Joly 1993. 911, no 265, obs. Jeantin ; JCP 1993. I. 3717, obs. Simler ; JCP

1993, I, 22074, obs. Ginestet ; Defrénois 1994. 577, obs. Sénéchal ; Quot. jur. 28 oct. 1993, IV, obs. P.-M. - Cass. com., 28 juin 1994, no 90-12974, NPT : Dr. sociétés 1994, no 155, obs. Chapat - Cass. com., 28 mars 1995, no 92-11943, NPT : Rev. proc. coll. 1995, 329, no 6, obs. Kerckhove.

74 – (74) Cass. com., 23 nov. 1999, no 97-16870 : Bull. civ. 1999, IV, no 208 ; Act. proc. coll. 1999/20, no 269 ; JCP E 2000, pan. 63 ; RTD com. 2000, 188, obs. Martin-Serf.

75 – (75) P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011, 6e éd., no 712.53.

76 – (76) Droit et pratique de la procédure civile 2009/2010, ss dir. S. Guinchard, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2009, no 431-163.

77 – (77) Ibid., no 431-220.

78 – (78) Cass. com., 3 févr. 1998, no 95-20389 : Bull. civ. 1998, IV, no 53 ; Dr. et patr. juill. 1998, p. 75, obs. M.-H. Monsérié.

79 – (79) V. sur la question, Droit et pratique de la procédure civile 2009/2010, ss dir. S. Guinchard, Dalloz Action, nos 412.181 et s.

80 – (80) Sur les effets de l'admission de la créance, v. not P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013, Dalloz, coll. Dalloz Action, no 683.31 et s.

81 – (81) Cass. com., 13 nov. 2002, no 99-15819, no 1820 F-D, Banque populaire du Centre c/ Me U. et SA C2I, NPT.

82 – (82) V. dans une espèce voisine de la présente (vente faite avec clause de réserve de propriété à un acquéreur qui a ensuite cédé le bien à une société de crédit-bail dans le cadre d'une cession-bail) : Cass. com., 5 févr. 2002, no 99-12004.

83 – (83) Cass. 1re civ., 23 mars 1965 : Bull. civ. 1965, I, no 206 - Cass. crim., 1er févr. 2005, no 04-81962 : Bull. crim., no 37.

84 – (84) Un mois à compter de la publication au Bodacc de l'avis de dépôt au greffe de l'état des créances.

85 – (85) Cass. com., 19 nov. 2003, no 00-19584 - Cass. com., 22 mars 2005, Crédit industriel de l'Ouest c/ Chataignère : Bull. civ. 2005, IV, no 67 ; Gaz. proc. coll. 2005/2, 7 juill. 2005, p. 32, obs. R. Routier ; D. 2005, AJ 1020, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly 2005, § 1213, note F.-X. Lucas ; Banque et droit, juill.-août 2005, p. 71, obs. T. Bonneau ; JCP G 2005, IV, 2091 ; JCP E 2005, 1676, p. 1975, no 32, obs. L. Dumoulin ; RTD com. 2005, 578, obs. D. Legeais ; Dr. et patr. déc. 2005, p. 97, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm - Cass. com., 14 mars 2006, no 03-19944, ce qui été consacré dans un arrêt de principe (Cass. com., 30 oct. 2007, nos 06-16129 et 06-16178, BNP Paribas, Crédit foncier et communal d'Alsace et de Lorraine c/ P.-O. ès qual. et a. : Bull. civ. 2007, IV, no 230 ; Gaz. Pal. 24 janv. 2008, p. 58, note R. Routier, H0803 ; RTD com. 2008, 191, obs. J.-L. Vallens ; Defrénois 2008, art. 38783-2, p. 1219, note D. Gibirila).

86 – (86) Art. VI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'appartenance au « bloc de constitutionnalité » est reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision no 71-44 DC du 16 juill. 1971.

87 – (87) Cons. prud'h. Soissons, 6 juill. 2011 (deux jugements).

88 – (88) L'obligation visée par ces textes consiste dans la présentation aux représentants du personnel des mesures de reclassement ou du plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre des licenciements collectifs pour motif économique.

89 – (89) L. no 2008-724, 23 juill. 2008, loi organique no 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à son application, modifiant l'ordonnance organique no 58-1067 du 7 nov. 1958 - En droit du travail : G. Jolivet, « Les relations de travail à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité » : JCP S 2010, 1353 ; A. Bugada, « La QPC et le droit constitutionnel du contrat de travail » : JCP S 2011, 1265 ; C. Radé, « La Cour de cassation, juge constitutionnel ? » : Lexbase Hebdo 2010, no 403 ; « La chambre sociale de la Cour de cassation, chambre des requêtes constitutionnelles » : Lexbase Hebdo 2011, éd. soc. no 458.

90 – (90) Considérant de principe du Conseil constitutionnel (Cons. const., 7 janv. 1988, no 87-232 DC, cons. 10 - Cons. const., 23 juill. 1996, no 96-380 DC, cons. 9), repris en l'espèce par la Cour de cassation.

91 – (91) Une telle prise en considération est possible : cf. Cass. soc., 31 oct. 2007, no 06-43535.

92 – (92) Le liquidateur dispose de quinze jours pour licencier au risque de voir sa responsabilité civile engagée (Cass. soc., 24 mars 2010, no 09-40147 : Gaz. Pal. 3 juill. 2010, p. 36, obs. C. Gailhbaud, I2248), mais ne doit pas se hâter (Cass. soc., 3 mars 2010, no 08-42526).

93 – (93) Dans cette affaire, la Cour de cassation avait posé, par arrêt du 18 nov. 2009, une question préjudicielle à la CJUE à la lumière de la directive no 80/987/CEE telle que modifiée par la directive no 2002/74/CE du 23 sept. 2002, alors que les faits de l'espèce n'appartenaient pas au champ temporel de la directive modifiée. Dans sa décision du 10 mars 2011, la CJUE a opéré une substitution de fondement en rappelant l'absence de transposition de la directive no 2002/74/CE avant l'expiration du délai imparti, le 8 oct. 2005, date à partir de laquelle seulement s'opère l'effet direct de la directive non transposée. Or, les faits de l'espèce sont antérieurs au 8 oct. 2005.

94 – (94) La date du 17 nov. 2010 évoquée dans les motifs du présent arrêt est celle de la présentation des conclusions de l'avocat général dans cette affaire. La Cour a vraisemblablement entendu viser l'arrêt de la CJUE du 10 mars 2011, aff. C-477/09.

95 – (95) Cass. soc., 18 nov. 2009, no 08-41512 : Gaz. Pal. 17 avr. 2010, p. 39, obs. C. Gailhbaud, I1264 - CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09 : JCP S 2011, 1275, note E. Jeansen ; Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 41, obs. C. Gailhbaud, I5319.

96 – (96) CA Douai, 31 janv. 2008, no 65-08, no 06/01744.

97 – (97) Art. 8 bis de la dir. no 80/987/CEE du 20 oct. 1980 telle que modifiée par la dir. no 2002/74/CE du 23 sept. 2002.

98 – (98) « (...) si le salarié avait exercé habituellement son activité en Belgique, la société Sotimon n'y était pas établie et cotisait auprès de l'AGS (...) ».

99 – (99) Il impose aux employeurs situés en France de contribuer au financement de l'institution de garantie des créances salariales, même lorsque leurs salariés sont détachés à l'étranger.

100 – (100) L'institution compétente est celle de l'État d'ouverture de la procédure de désintéressement collectif ou de la fermeture de l'entreprise ; la Cour relève un lien existant entre l'obligation de paiement incombant à l'institution de garantie et le lieu d'établissement de l'employeur qui, en règle générale, contribue au financement de l'institution et sa conformité à l'économie de la directive (CJCE, 17 sept. 1997, aff. C-117/96, pt 25).

101 – (101) CJUE, 10 mars 2011, aff. C-477/09, pt 22.

102 – (102) La CJUE précise bien : « Il s'ensuit que, lorsqu'une entreprise ayant employé un travailleur ne dispose d'aucun établissement dans l'État membre où ce travailleur exerce son activité et que cette entreprise verse des cotisations sociales en tant qu'employeur dans l'État membre de son siège, l'institution compétente, au titre de l'article 3 de la directive no 80/987, pour le paiement des créances du travailleur issues de l'insolvabilité de son employeur, est l'institution de l'État membre sur le territoire duquel la liquidation judiciaire de l'employeur est ordonnée » (pt 30).

103 – (103) Not. Cass. soc., 11 déc. 1996, no 93-46133 - Cass. soc., 22 mars 2006, no 03-46097.

104 – (104) P. Roussel Galle, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit des procédures collectives » : LPA 29 sept. 2011, p. 66.

105 – (105) Cons. const., 11 févr. 2011, no 2010-101 QPC : D. 2011, 513, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 11, obs. C. Lebel, I5370 ; Dr. et proc., Cah. spéc. 5/2011, no 5, p. 31, obs. P. Roussel Galle.

106 – (106) « Le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif ».

107 – (107) Plus précisément, l'épouse soulève la question de la contrariété de la reprise en nature du bien litigieux, prévue par l'article L. 624-6 du Code de commerce, au droit de propriété tel qu'il est garanti par l'article II de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

108 – (108) F. Pérochon, R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 2009, 8e éd., no 555.

109 – (109) Par exception, la restitution en valeur par le conjoint pourrait être admise en cas de cession du bien antérieure au jugement d'ouverture.

110 – (110) Cass. com., 23 janv. 1996, no 96-19826 : Bull. civ. 1996, IV, no 24 ; JCP E 1996, I, 554, no 15, obs. P. Pétel.

111 – (111) Cf. en ce sens, M. Storck, J.-Cl. commercial, fasc. 3170, spéc. no 19.

112 – (112) En émettant peut-être une réserve d'interprétation.

113 – (113) Cass. com., 15 févr. 2011, no 09-70496 : Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 47, note T. Montéran, I5319 - V. égal. Cass. com., 1er févr. 2011, no 09-72695 : Gaz. Pal. 2 avr. 2011, p. 43, note T. Montéran.

114 – (114) Sur l'appréciation précise : v. P.-M. Le Corre, Droit et Pratique des Procédures Collectives 2012/2013, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2011, 6e éd., no 912.18, p. 2282, note no 4.

115 – (115) Cass. com., 30 mars 2010, no 08-22140.

- 116 – (116) C. com., art. L. 123-12 à L. 123-23.
- 117 – (117) V. Cass. crim., 26 janv. 1987, no 06-90838 : Bull. crim. 1987, no 38, refusant l'application de l'article 197, al. 2 de la loi du 25 janv. 1985 en raison du principe de l'interprétation stricte.
- 118 – (118) V. déjà en ce sens, Cass. crim., 25 févr. 2002, no 03-84357 : Bull. crim. 2002, no 52, à propos d'une comptabilité tenue à disposition des organes de la procédure dans des combles inaccessibles.
- 119 – (119) C. com., art. L. 652-2, 5°.
- 120 – (120) P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013, Dalloz, coll. Dalloz Action no 932.37.
- 121 – (121) C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, Précis Domat 2009, 6e éd., no 1315.
- 122 – (122) V. Cass. crim., 6 juin 2007, no 06-85644 : Dr. Sociétés 2007, no 187, note R. Salomon ; Rev. soc. 2008, p. 405, note B. Bouloc.
- 123 – (123) A. Decocq, « Inaction, abstention et complicité par aide ou assistance » : JCP 1983, I, 3124.
- 124 – (124) Cass. crim., 24 janv. 1994, no 93-80832.
- 125 – (125) V. du Pontavice, « Commissaires aux comptes, experts-comptables et complicité du délit commis par les dirigeants sociaux » : Rev. Sociétés, 1988, p. 489.