

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 (2011) *Entreprises en difficulté - Chronique de
Jurisprudence*. Gazette du Palais (281). p. 20.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

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'Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine (IRDAP), Laetitia Antonini-Cochin, Maître de conférences HDR à l'université de Nice Sophia-Antipolis Directrice adjointe du CERDP, Christine Gailhbaud, Docteur en droit Chargée d'enseignements 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 de la 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'entreprises Membre du CERDP, Thierry Montéran, Avocat au barreau de Paris UGC & 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)

Cour de cassation chambre commerciale, 17 mai 2011, no 10-30425, Sté Atlancim Hirson c/ Me H.

Cour de cassation chambre commerciale, 15 juin 2011, no 10-23113, Banque populaire Lorraine Champagne c/ SCP Bruart

Cour de cassation chambre commerciale, 17 mai 2011, no 10-15518, Me N. c/ Sté Røeben Tonbaustoffe Gmbh

Cour de cassation chambre commerciale, 15 juin 2011, no 10-18726, Caisse nationale du RSI c/ Sté Arddi

Cour de cassation chambre commerciale, 28 juin 2011, no 10-19463, Sté Librairie Galerie l'Albatros et Me A., ès qual. c/ Sté Phard Spa

Cour de cassation 3ème chambre civile, 17 mai 2011, no 10-15957, Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ Sté KC5 et a.

Cour de cassation 3ème chambre civile, 17 mai 2011, no 10-15959, Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ sté KC5 et a.

Cour de cassation 3ème chambre civile, 17 mai 2011, no 10-15964, Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ sté KC5 et a.

Cour de cassation 3ème chambre civile, 17 mai 2011, no 10-15972, Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ sté KC5 et a.

Cour de cassation 3ème chambre civile, 17 mai 2011, no 10-15973, Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ sté KC5 et a.

Cour de cassation 3ème chambre civile, 17 mai 2011, no 10-15974, Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ sté KC5 et a.

Cour de cassation 3ème chambre civile, 17 mai 2011, no 10-30675, Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ sté KC5 et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 28 juin 2011, no 10-19331, SCI Pcfs c/ Me M., ès qual.

Cour de cassation chambre commerciale, 31 mai 2011, no 10-17774, M. Y c/ SELARL Garnier Guillouet

Cour de cassation chambre commerciale, 17 mai 2011, no 10-16526, Sté Rubie's France et a. c/ Société générale

Cour de cassation chambre commerciale, 21 juin 2011, no 10-20878, M. Z et a. c/ Société de développement régional Antilles Guyane

Cour de cassation chambre commerciale, 12 juill. 2011, no 10-20703, Me Y et a. c/ Coopérative agricole de Saint Jean d'Angely

Cour de cassation chambre sociale, 15 juin 2011, no 10-60392, Union générale des ingénieurs, cadres, techniciens de la Confédération générale du travail (UGICT-CGT) et M. G. c/ M. C., M. U., Me P. ès qual.

Cour de cassation chambre sociale, 15 juin 2011, no 10-60393, Union générale des ingénieurs, cadres, techniciens de la Confédération générale du travail (UGICT-CGT) et M. G. c/ M. C., M. U., Me P. ès qual.

Cour de cassation chambre sociale, 29 juin 2011, no 10-20130, Mme L. c/ Me Lemoine, ès qual.

Cour de cassation chambre sociale, 29 juin 2011, no 10-20131, M. L. c/ Me Lemoine, ès qual.

Cour de cassation chambre commerciale, 17 mai 2011, no 10-17736, Crédit Mutuel Antibes Etoile c/ Mme B., M. S. et Mme H., épouse S.

Cour de cassation chambre commerciale, 15 juin 2011, no 10-18850, Caisse d'Épargne et de prévoyance de Bretagne - Pays de Loire c/ Mme L., épouse D.

Cour de cassation 1ère chambre civile, 29 juin 2011, no 10-25098, Me Z c/ Mme Y

Cour de cassation chambre commerciale, 12 juill. 2011, no 10-21882, M. X c/ Me Y

Cour de cassation chambre commerciale, 31 mai 2011, no 09-13975, M. X et a. c/ Me A. et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 31 mai 2011, no 09-14026, M. X et a. c/ Me A. et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 31 mai 2011, no 09-16522, M. X et a. c/ Me A. et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 31 mai 2011, no 09-67661, M. X et a. c/ Me A. et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 15 juin 2011, no 09-14578, Cne Angoulême c/ Me Z et a.

Cour de cassation chambre commerciale, 1er févr. 2011, no 09-72695, Mme Y c/ Me X

Cour de cassation chambre criminelle, 23 févr. 2011, no 10-81143, M. X c/ Ministère public

Cour de cassation chambre criminelle, avr. 2011, no 10-85457, M. X c/ Ministère public

Cour de cassation chambre criminelle, mai 2011, no 10-85470, M. Z et a. c/ Ministère public

Cour de cassation chambre criminelle, 22 sept. 2011, no 09-87363, M. X c/ Ministère public

Cour de cassation chambre criminelle, 22 sept. 2011, no 09-83274, M. X. et a. c/ Ministère public

PLAN

I. L'ouverture de la procédure

par Florence REILLE

II. La période d'observation

A. Délimitation des créances antérieures et postérieures

par Laurence-Caroline HENRY

B. Contrats en cours

par Fabien KENDÉRIAN

III. Les solutions de la procédure

par Julien THÉRON

IV. Le passif

par Emmanuelle LE CORRE-BROLY

V. La situation des salariés

par Christine GAILHBAUD

VI. Les garants et le conjoint

A. Les garants

par Pierre-Michel LE CORRE

B. Le conjoint

par Laetitia ANTONINI-COCHIN

VII. Les sanctions

A. Les sanctions civiles

par Thierry MONTÉRIAN

B. Les sanctions pénales

par Corinne ROBACZEWSKI

I. L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'actif disponible permettant d'apprécier l'état de cessation des paiements ne comprend pas les avances faites par une société mère à sa filiale en difficulté, dès lors que ce crédit, anormal et artificiel, n'a pour objectif que de masquer temporairement la cessation des paiements du débiteur et de retarder sa constatation.

Cass. com., 17 mai 2011, no 10-30425 : Sté Atlancim Hirson c/ Me H. - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Rennes, 15 déc. 2009 - Mme Favre, prés. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Gatineau et Fattaccini, av.

Une société mère peut-elle financer l'activité moribonde de sa filiale par des avances en compte courant et prétendre ensuite s'opposer à ce que la date de cessation des paiements soit appréciée indépendamment du montant de ce crédit artificiel ?

C'est par la négative que la Cour de cassation répond à cette question dans une affaire où étaient en jeu le report de la date de cessation des paiements de la société débitrice et la nullité de cessions de créances effectuées par la filiale au profit de la société mère entre la date ainsi reportée et celle du jugement d'ouverture.

La société mère en cause avait en effet financé pendant plusieurs mois, par des apports en compte courant d'associé, l'activité pour le moins vacillante de sa filiale. Ces crédits avaient été partiellement remboursés au moyen de deux cessions de créances quelques semaines avant l'inévitable soumission de la filiale à une procédure de redressement, rapidement convertie en liquidation judiciaire. Décidant du report de la date de cessation des paiements de la société débitrice antérieurement à celle des cessions, la cour d'appel de Rennes déclarait nulles ces dernières et ordonnait la remise des portefeuilles de créances litigieuses entre les mains du liquidateur.

La société mère contestait la décision, considérant que les crédits consentis par elle à sa filiale devaient être inclus dans l'actif disponible de celle-ci, lequel lui permettait, à la date retenue par les juges du fond sur l'action en report, de faire face à son passif exigible. La haute cour écarte le moyen : constatant la situation très précaire de la société débitrice qui durait depuis plusieurs mois, elle observe « que le maintien de l'activité de la société AI jusqu'au 21 février 2007, date de la déclaration de cessation des paiements, n'a été possible qu'au moyen d'une trésorerie artificiellement entretenue par des avances en compte courant que lui a versé sa société mère, lesquelles n'ont fait que retarder la constatation de la cessation des paiements dans la mesure où le crédit accordé par la société AH revêtait incontestablement un caractère artificiel et résultait de circonstances anormales », pour conclure que « l'impossibilité dans laquelle se trouvait la société AI (...) de faire face à son passif exigible avec son actif disponible avait été masquée par le financement, anormal en l'espèce, dont elle avait bénéficié de la part de sa société mère ».

« Artifice » et « anormalité » des crédits consentis, voici donc nommés les obstacles à la prise en compte des avances en compte courant dans l'appréciation de l'actif disponible.

L'apport ainsi fait à l'appréciation de la notion de cessation des paiements par la Cour de cassation ne surprend guère.

L'anormalité est une limite naturelle que connaît déjà bien le droit des entreprises en difficulté. Sur elle reposent des mécanismes correctifs remarquables comme l'extension de procédure collective en cas de relations financières anormales entre deux entités.

L'artifice évoqué par la décision du 17 mai 2011, quant à lui, n'est pas sans rappeler celui utilisé pour sanctionner le soutien abusif, lequel se définit comme le « soutien artificiel à une entreprise » dont le créancier « connaissait ou aurait dû connaître la situation irrémédiablement compromise »¹. S'il est vrai que, depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les créanciers n'ont quasiment plus à craindre l'engagement de leur responsabilité pour de tels comportements², qu'il soit dit qu'ils ne sont pas à l'abri de

tout et notamment pas de subir les désagréments liés à l'application des dispositions relatives aux nullités de la période suspecte via une approche « corrigée » de la notion de cessation des paiements.

Équitable et logique, la solution mérite, nous semble-t-il, d'être approuvée.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Le fait pour une SCI, liée à une SARL, de faire profiter celle-ci d'un prêt à elle consenti et garanti par une hypothèque sur l'immeuble dont elle est propriétaire, sans qu'aucune modalité de remboursement n'ait été prévue, ni aucun acte juridique n'ait été signé entre les deux sociétés pour concrétiser l'avance de trésorerie, ne suffit pas à caractériser une confusion de leurs patrimoines.

Cass. com., 15 juin 2011, no 10-23113 : Banque populaire Lorraine Champagne c/ SCP Bruart - F - D - Cassation CA Nancy, 28 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Defrénois et Levis, av.

Par cet arrêt du 15 juin 2011, la Cour de cassation offre une illustration de ce que n'est pas la confusion des patrimoines.

La cour d'appel de Nancy a retenu la confusion des patrimoines entre une SCI et une SARL sur la base des éléments suivants : la SCI ayant contracté un prêt en avait reversé une (grande) partie à la SARL avec laquelle elle entretenait des liens étroits. Ce (re)versement avait eu lieu dans un contexte financièrement difficile pour la SARL, qui ne parvenait pas à obtenir du crédit de sa propre banque. Pour garantir le prêt consenti à la SCI, la banque avait obtenu une hypothèque sur l'immeuble de cette dernière. Tirant de ces faits « la preuve de la confusion des comptes et des patrimoines de ces deux sociétés », les juges nancéiens ont prononcé l'extension de procédure collective, sans doute renforcés dans leur conviction par le fait, également relevé, qu'« aucune modalité de remboursement n'a été prévue et aucun acte juridique n'a été signé entre les deux sociétés pour concrétiser l'avance de trésorerie prétendument consentie ».

Une motivation que censure la Cour de cassation : « attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir la confusion du patrimoine de la SARL (...) avec celui de la SCI (...), la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

La solution doit être approuvée car, si les rapports décrits entre les deux sociétés pourraient, éventuellement, être considérés comme des relations financières anormales, indice privilégié de confusion patrimoniale pour la Cour de cassation, ils restent, en toute hypothèse, insuffisants à caractériser une telle confusion. Celle-ci doit en effet s'entendre, comme le relevait fort justement le moyen au pourvoi, d'une impossible dissociation - patrimoniale, rajouterions-nous - des sociétés en cause.

Or, dans l'affaire soumise à la haute Cour, point d'impossible dissociation entre la SCI et la SARL, en dépit des moyens quelque peu particuliers mis en œuvre par la première pour soutenir l'activité de la seconde.

II. LA PÉRIODE D'OBSERVATION

A. Délimitation des créances antérieures et postérieures

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La créance en cause, née de dysfonctionnements et pannes dans la ligne de production de briques, n'est pas issue d'un défaut de délivrance, mais de l'exécution défectueuse des prestations. Elle a son origine antérieurement au jugement d'ouverture et doit être déclarée au passif de la débitrice.

Cass. com., 17 mai 2011, no 10-15518 : Me N. c/ Sté Røeben Tonbaustoffe GmbH - F - D - Cassation CA Lyon, 2 févr. 2010 rendu sur renvoi après cassation de Cass. com., 7 avr. 2009, no 08-12722 - Mme Favre, prés. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, av.

La longue histoire d'une créance née des dysfonctionnements d'une ligne de production de briques commandée par la société Røeben allemande, à la société française BBR mise en redressement judiciaire le 10 février 2000 sert de fil conducteur à une série de décisions dont l'arrêt du 17 mai 2011 est le dernier en attendant l'arrêt de la cour d'appel de renvoi (Grenoble).

La société BBR a fait l'objet d'un plan de cession le 16 mars 2000. Une créance indemnitaire de la société Røeben est admise au passif de la société BBR par un arrêt irrévocable du 3 avril 2003. Le commissaire à l'exécution du plan ayant assigné la société Røeben en paiement du solde du prix de la commande est d'abord débouté de sa demande tandis que la cour d'appel infirme le jugement avant de voir sa décision cassée par Cour de cassation le 7 avril 2009, qui estime que les conditions de réclamation de la créance du solde ne sont pas remplies. La cour d'appel de renvoi (Lyon) confirme le jugement en évoquant un défaut de délivrance à l'encontre du vendeur permettant à la société Røeben d'échapper à l'obligation de déclaration. Cet arrêt subit lui aussi la cassation. La chambre commerciale requalifie la créance de la société allemande et en tire les conséquences. La créance n'est pas une créance de défaut de délivrance de la ligne de production. Des dysfonctionnements et pannes courantes constatés, y compris par expertise, montrent qu'il s'agit d'une créance née de l'exécution défectueuse des prestations de la débitrice. Par conséquent, cette créance antérieure au jugement doit être déclarée à la procédure.

La solution ne surprend pas. L'enjeu de la qualification est évident et explique que la requalification ait été tentée. L'obligation de paiement étant la contrepartie de l'obligation de délivrance, elle correspond au moment de la délivrance du bien objet de la vente³. Si la délivrance intervient avant le jugement d'ouverture, la créance de paiement est antérieure. Réciproquement, si la délivrance est postérieure au jugement, la créance est postérieure. Bien tenté, mais la Cour de cassation corrige cette qualification erronée pour en revenir à une stricte application du droit.

Une fois la qualification assurée, la solution s'impose. La créance née de la mauvaise exécution des prestations de la société débitrice naît de l'exécution défectueuse⁴. Dès lors, comme c'est le cas en l'espèce, que cette exécution défectueuse est antérieure au jugement d'ouverture, la créance est antérieure⁵. Par suite, elle doit être déclarée au passif.

La solution reste pertinente quant à l'application du critère chronologique sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté. En revanche, les conséquences ne sont plus les mêmes. La décision commentée est rendue en application de l'ancien article L. 621-43. L'application de la loi de 1985 entraîne l'extinction de la créance non déclarée dans les délais et non relevée de forclusion. L'absence de déclaration en application des nouveaux textes entraîne l'inopposabilité de la créance à la procédure⁶.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La contribution sociale de solidarité et la contribution additionnelle constituent, pour les sociétés assujetties, une obligation légale. Les créances en résultant sont inhérentes à l'activité de la société et entrent dans les prévisions de l'article L. 622-17 du Code de commerce pour l'activité poursuivie postérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

Cass. com., 15 juin 2011, no 10-18726 : Caisse nationale du RSI c/ Sté Arddi - FS - P+B - Cassation CA Nîmes, 6 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Delvolvé, av.

L'arrêt du 15 juin 2011⁷ est instructif au regard des critères d'élection des cotisations sociales au rang des créances postérieures privilégiées.

Le 12 août 2008, la Caisse nationale du régime social des indépendants fait signifier à une société une contrainte portant sur la contribution sociale de solidarité et des sociétés et la contribution additionnelle 2007 assises sur le chiffre d'affaires de l'année 2006. Or la société concernée est placée en redressement judiciaire le 20 octobre 2006 et a fait opposition à la contrainte le 7 octobre 2008. La cour d'appel annule la contrainte considérant que si la créance est postérieure au jugement d'ouverture, elle ne vérifie pas les conditions d'élection posées par l'article L. 622-17 du Code de commerce. C'est sur ce point qu'intervient la cassation pour violation de la loi.

L'enjeu consistait dans l'élection des cotisations sociales au rang de créances privilégiées en application de l'article L. 622-17 du Code de commerce. La réponse de la Cour de cassation est riche d'enseignements : « la contribution sociale de solidarité et la contribution additionnelle constituent pour les sociétés assujetties une obligation légale prévue par les articles L. 651-1 et L. 245-13 du Code de la sécurité sociale (...) les créances en résultant, qui sont inhérentes à l'activité de la société, entrent dans les prévisions de l'article L. 622-17 du Code de commerce pour l'activité poursuivie postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ». D'abord, elle précise expressément que les cotisations sociales visées constituent des obligations légales. Ensuite, elle introduit le critère de créances inhérentes à l'activité de la société débitrice pour vérifier les conditions d'élection au rang des créances postérieures non soumises à déclaration. Il n'est pas besoin de rechercher point par point si la créance est née en contrepartie d'une prestation fournie à la société débitrice pour son activité professionnelle⁸ ou si la créance répond aux besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation. Inhérente à l'activité de la société⁹, cette créance répond nécessairement aux besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation. Déjà, la deuxième chambre civile avait considéré dans sa décision du 16 septembre 2010¹⁰ que la cotisation d'assurance maladie d'un avocat est une créance élue si l'activité professionnelle se poursuit après le jugement d'ouverture.

Il convient de mesurer les conséquences de la décision commentée. La solution devrait valoir pour toutes les créances fiscales et sociales issues de la poursuite de l'activité du débiteur. Pour affiner le principe, il faudrait, comme le suggère la Cour de cassation, opérer une répartition proportionnelle entre les créances nées de l'activité antérieure au jugement d'ouverture, créances antérieures soumises à déclaration, et les créances dues à l'activité postérieure au jugement d'ouverture qui profiteraient des avantages de l'article L. 622-17 du Code de commerce¹¹. Toutes les créances fiscales ne sont cependant pas inhérentes à l'activité poursuivie par le débiteur soumis à une procédure collective. La carte grise d'un véhicule personnel, la taxe d'habitation, la taxe foncière ne peuvent pas être rattachées à l'activité professionnelle du débiteur¹². Il a été jugé que les créances fiscales nées de la taxe d'apprentissage ou liées à la participation des employeurs à la formation professionnelle ne sont pas des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure¹³. Il faut se garder d'une assimilation trop rapide de la solution de l'arrêt du 15 juin à toutes les obligations légales, charges fiscales pesant sur le débiteur.

Ainsi les contours des créances postérieures élues se précisent sous les coups de pinceau de la Cour de cassation. Or pour les créanciers l'enjeu est de taille : ils n'ont pas à déclarer leurs créances, ils sont payés à l'échéance et à défaut, ils bénéficient du privilège de procédure.

B. Contrats en cours

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive, il résulte de l'article L. 622-13, alinéa 4 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, que le fournisseur du distributeur en redressement judiciaire doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par celui-ci d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture.

Cass. com., 28 juin 2011, no 10-19463 : Sté Librairie Galerie l'Albatros et Me A., ès qual. c/ Sté Phard Spa - F - P+B - Cassation CA Aix-en-Provence, 2e ch., 22 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Foussard, SCP Richard, av.

Rendu à propos d'un contrat de distribution exclusive, cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation - qui sera publié au Bulletin -, fournit une excellente illustration de la « mise en échec du droit commun des obligations par le droit spécial des faillites »¹⁴.

En l'espèce, une société, distributrice des vêtements d'une autre société - en vertu d'un contrat de distribution, intitulé en fait « accord commercial » -, lui avait commandé des articles de la collection automne-hiver 2007-2008. Mais, avant livraison de la commande, la première société avait été mise en redressement judiciaire par jugement du 7 septembre 2007. La seconde société avait alors refusé, pendant la période d'observation, de livrer les commandes passées en application de l'accord commercial.

Pour justifier le refus de livraison et rejeter, en conséquence, la demande d'indemnisation formée par la société distributrice, la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait, par arrêt du 22 avril 2010, retenu que

« celle-ci n'avait pas payé les livraisons précédentes et que la société Phard [le fournisseur] pouvait donc invoquer l'exception d'inexécution ».

La chambre commerciale, après avoir rappelé, sous le visa de l'article L. 622-13, alinéa 4 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, rendu applicable au redressement judiciaire par l'article L. 631-14, I du même code, que « le cocontractant du débiteur doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par celui-ci d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture », casse l'arrêt d'appel : « Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte susvisé ».

Cette solution n'appelle guère de commentaire, puisqu'elle ne fait que reprendre une règle traditionnelle du droit des procédures collectives, qui figure désormais, depuis l'ordonnance de 2008, à l'article L. 622-13, I, alinéa 2 du Code de commerce. En application de cette règle, le cocontractant ne saurait refuser l'exécution d'un contrat en cours, et ce, même lorsque le débiteur a manqué à ses obligations avant l'ouverture de la procédure collective¹⁵. Il ne saurait davantage invoquer l'exception d'inexécution, cette voie de justice privée qui permet à une partie de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due¹⁶. En effet, en censurant les juges du fond qui avaient, en dépit de la mise en procédure collective de la société distributrice, admis le jeu de l'exception d'inexécution, la haute juridiction considère, dans son arrêt du 28 juin 2011, que celle-ci est paralysée en pareille circonstance¹⁷. Ainsi que le précise le texte précité (C. com., art. L. 622-13, I, al. 2 in fine), le cocontractant ne peut que déclarer au passif la créance correspondant à l'inexécution antérieure.

Rappelons enfin que la règle de l'indifférence des inexécutions antérieures pour la poursuite des contrats en cours, est le corollaire du principe de la continuation de plein droit de ces mêmes contrats posé par le I de l'article L. 622-13¹⁸. Ces deux règles peuvent paraître bien sévères pour le cocontractant, qui, n'ayant pas été payé par le passé, peut légitimement craindre la poursuite du contrat. Elles s'imposent pourtant à lui afin de préserver le réseau contractuel de l'entreprise en difficulté, lequel est indispensable à son sauvetage¹⁹.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'action introduite par le bailleur commercial, avant la mise en redressement judiciaire du preneur, en vue de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire prévue au bail pour défaut de paiement des loyers échus antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, ne peut, dès lors qu'elle n'a donné lieu à aucune décision passée en force de chose jugée, être poursuivie après ce jugement.

Cass. 3e civ., 17 mai 2011, nos 10-15957, 10-15959, 10-15964, 10-15972, 10-15973, 10-15974 et 10-30675 : Sté Multiples, Mes H. et D., ès qual. c/ sté KC5 et a. - F - D - Cassation CA Paris, pôle 1, ch. 3, 23 févr. 2010 - M. Lacabarats, prés. - SCP Bouillez, av.

Le contentieux suscité par le jeu de la clause résolutoire insérée dans un bail commercial, pour défaut de paiement des loyers et charges antérieurs à l'ouverture de la procédure collective du preneur, ne faiblit pas²⁰. En atteste ce nouvel arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 17 mai 2011, dont la non-publication au Bulletin s'explique par le grand classicisme de sa solution.

En l'espèce, une société était preneuse à bail de divers locaux à usage commercial appartenant à sept propriétaires différents, lesquels lui avaient délivré chacun, courant avril ou mai 2009, un commandement de payer des loyers visant la clause résolutoire des baux, puis l'avaient assigné en acquisition de ces clauses. Mais, ultérieurement, la société preneuse fut placée en redressement judiciaire, par jugement du 8 septembre 2009.

Malgré cette dernière circonstance, la cour d'appel de Paris, statuant en référé, avait, par sept arrêts du 23 février 2010, accueilli la demande des bailleurs et autorisé l'expulsion de la preneuse, en retenant que, « par les ordonnances du 29 juillet 2009 déferées, les effets des clauses résolutoires des baux ont été suspendus tant que la locataire réglait les loyers courants, que cette dernière n'a pas payé à bonne date les loyers courants du troisième trimestre 2009, que les clauses résolutoires ont été acquises à l'expiration du délai d'un mois à compter des divers commandements de payer, et que la société Multiples [la preneuse] ne peut donc plus invoquer utilement l'effet suspensif résultant du jugement d'ouverture de la procédure collective rendu à son égard le 8 septembre 2009, soit postérieurement à la date à laquelle les clauses résolutoires ont produit leurs effets ».

Sur pourvoi de la société preneuse, la troisième chambre civile, au double visa des articles L. 622-21 et L. 145-41 du Code de commerce, casse et annule, dans toutes leurs dispositions, les arrêts rendus par la cour de Paris : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'action introduite par le bailleur, avant la mise en redressement judiciaire du preneur, en vue de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire prévue au bail pour défaut de paiement des loyers échus antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure ne peut, dès lors qu'elle n'a donné lieu à aucune décision passée en force de chose jugée, être poursuivie après ce jugement, la cour d'appel, qui a constaté que la société Multiples avait été placée en redressement judiciaire avant qu'elle ne statue, a violé les textes susvisés ».

La solution est si connue que les présentes observations se limiteront à quelques rappels : selon la Cour de cassation, en cas de non-paiement des loyers et charges antérieurs, le bailleur ne peut poursuivre la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire s'il n'a pas obtenu, avant l'ouverture de la procédure, une décision passée en force de chose jugée, c'est-à-dire ne pouvant plus faire l'objet d'un recours suspensif d'exécution²¹. Tel n'était pas le cas dans la présente affaire, puisque, ainsi que le relève la haute juridiction, la société preneuse avait été placée en redressement judiciaire avant que la cour d'appel ne statue.

Cette solution trouve son fondement dans le fait que le preneur à bail commercial peut, en application de l'article L. 145-41 du Code de commerce - texte appartenant au statut des baux commerciaux -, demander des délais de paiement et la suspension des effets de la clause résolutoire, et ce, tant que la résiliation du bail n'est pas constatée par une décision passée en force de chose jugée²². Elle se justifie aussi, bien évidemment, par le principe de l'arrêt des poursuites individuelles posé par l'article L. 622-21 du Code de commerce²³.

La Cour de cassation a, on le sait, initié cette jurisprudence dès 1990²⁴, et elle ne cesse depuis de la réaffirmer, que ce soit par l'intermédiaire de sa troisième chambre civile²⁵, ou par celle de sa chambre commerciale²⁶. Mais, en dépit de cette jurisprudence absolument constante, on assiste à une certaine résistance des juges du fond, qui, comme en l'espèce, privilégient un anéantissement plus précoce du contrat

de bail et autorisent le bailleur à poursuivre son action après le jugement d'ouverture de la procédure. Cette observation avait été faite par un auteur en 2007²⁷, et force est de constater qu'elle est toujours d'actualité, les derniers arrêts rendus en la matière étant presque tous des arrêts de cassation²⁸. Il faut dire que la solution rappelée par l'arrêt commenté n'est pas à l'abri de la critique. En effet, elle favorise le débiteur de mauvaise foi - qui a tout intérêt à former un appel purement dilatoire pour empêcher l'acquisition de la clause résolutoire -, et met le créancier à la merci des lenteurs judiciaires²⁹. Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence est aujourd'hui bien acquise devant la Cour de cassation. Reste à savoir quand elle sera enfin acceptée par les juges du fond.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Les dispositions de l'article L. 622-14 du Code de commerce ne dérogent pas aux dispositions de l'article L. 145-41 du même code prévoyant, en cas de clause résolutoire, la délivrance préalable d'un commandement.

Cass. com., 28 juin 2011, no 10-19331 : SCI Pefs c/ Me M., ès qual. - F-D - Rejet pourvoi c/ CA Aix-en-Provence, 1re ch., 26 févr. 2009 - Mme Favre, prés. - SCP Piwnica et Molinié, av. - Dalloz Actualité, 18 juill. 2011, obs. A. Lienhard

Bien qu'il ne soit pas - curieusement - destiné à une publication au Bulletin, l'arrêt ci-dessus rapporté, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 juin 2011, est important et mérite d'être ici signalé. En effet, c'est la première fois, à notre connaissance, que la Cour est amenée à se prononcer sur la question de l'autonomie de l'article L. 622-14, 2° du Code de commerce - qui permet au bailleur de demander ou de faire constater la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, à condition d'agir au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement -, par rapport à l'article L. 145-41 du même code, qui régit la clause résolutoire insérée dans les baux commerciaux, en exigeant notamment la délivrance préalable d'un commandement.

En bref, dans cet arrêt, il était une nouvelle fois question de l'articulation du droit des procédures collectives avec le statut des baux commerciaux, question d'autant plus délicate à résoudre que les deux sont d'ordre public³⁰.

Les faits de l'espèce étaient des plus classiques : une SCI avait donné à bail commercial à une société des locaux affectés à l'activité de son entreprise, étant précisé que le bail contenait une clause résolutoire pour défaut de paiement des loyers et charges. Par jugement des 25 juillet 2007 et 22 avril 2008, la société preneuse avait été mise en redressement puis liquidation judiciaire ; et Mme M., nommée successivement mandataire judiciaire puis liquidateur, avait opté pour la continuation du bail en cours. Mais, le 19 février 2008, la SCI bailleresse avait, sur le fondement du 2° de l'article L. 622-14 précité et de la clause résolutoire figurant dans le contrat, assigné devant le juge des référés la preneuse, alors en redressement judiciaire, et Mme M., ès qualités, aux fins de résiliation du bail commercial pour défaut de paiement des loyers et charges postérieurs au jugement d'ouverture, d'expulsion et de condamnation au paiement de diverses sommes et indemnités. Il est important de préciser que la bailleresse n'avait pas cru nécessaire de délivrer

à la preneuse un commandement de payer visant la clause résolutoire, ainsi que l'exige pourtant l'article L. 145-41 du Code de commerce.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait, par arrêt du 26 février 2009, déclaré irrecevables les demandes de la SCI bailleuse, au motif précisément que les dispositions de l'article L. 622-14 « ne dérogent pas aux dispositions de l'article L. 145-41 du Code de commerce qui prévoient en cas de clause résolutoire la délivrance préalable d'un commandement de payer »³¹.

Dans son pourvoi, la bailleuse faisait valoir, notamment, qu'aux termes de l'article L. 622-14, 2° du Code de commerce, le bailleur demande ou fait constater la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, à la seule condition - selon elle - de respecter un délai de trois mois pour agir à compter du jugement d'ouverture. Et, dans la mesure où elle avait agi en résiliation après l'expiration de ce délai - le défaut de paiement des loyers et charges n'étant pas, par ailleurs, contesté par le liquidateur -, elle considérait qu'en déclarant sa demande de résiliation du bail irrecevable à défaut de délivrance d'un commandement de payer visant la clause résolutoire, la cour d'appel avait violé la disposition susvisée.

Le pourvoi est sèchement rejeté par la chambre commerciale de la Cour de cassation : « Mais attendu qu'ayant retenu que les dispositions de l'article L. 622-14 du Code de commerce ne dérogeaient pas aux dispositions de l'article L. 145-41 du même code prévoyant, en cas de clause résolutoire, la délivrance préalable d'un commandement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

La solution adoptée par l'arrêt rapporté avait déjà été affirmée par certains juges du fond³², ainsi que par la doctrine³³. Elle ne peut qu'être approuvée au regard du caractère d'ordre public de l'article L. 145-41 régissant la clause résolutoire. En outre, si le bailleur dont le preneur est en procédure collective, peut, naturellement, agir en résiliation du bail commercial pour non-paiement des loyers et charges postérieurs en invoquant le bénéfice de la clause résolutoire prévue au bail, il est logique que la réglementation de cette clause soit alors applicable. En effet, comme le souligne très justement un auteur³⁴, « si la clause continue à jouer, il n'est pas anormal que l'ensemble du dispositif légal qui la régit trouve application ». Il s'ensuit que la résiliation de plein droit du bail après jugement d'ouverture n'est pas acquise tant qu'il n'y a pas eu, en application de l'article L. 145-41 du Code de commerce, signification par acte d'huissier d'un commandement de payer, mais aussi écoulement du délai d'un mois attestant que ce commandement est demeuré infructueux - ainsi que des délais de grâce éventuellement octroyés au débiteur³⁵.

Relevons tout de même, pour finir, que cette application du régime protecteur de l'article L. 145-41 prive pratiquement d'effet, en matière de baux commerciaux, l'article R. 622-13, alinéa 2 du Code de commerce, qui attribue au juge-commissaire le pouvoir de constater la résiliation de plein droit des contrats, notamment dans les cas prévus à l'article L. 622-14 relatif au bail³⁶. Du même coup, ce sont les chances de sauvegarde et de redressement de l'entreprise locataire qui se trouvent une nouvelle fois renforcées.

III. LES SOLUTIONS DE LA PROCÉDURE

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'auteur d'une offre d'acquisition de gré à gré d'un actif du débiteur en liquidation judiciaire n'ayant aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du CPC n'est pas recevable à exercer un recours contre la décision du juge-commissaire rejetant son offre, même si l'ordonnance lui est notifiée.

Cass. com., 31 mai 2011, no 10-17774 : M. Y c/ SELARL Garnier Guillouet - F - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Paris, 9 mars 2010 - Mme Favre, prés. - Me Le Prado, SCP Blanc et Rousseau, av.

La jurisprudence semble définitivement arrêtée³⁷ : l'auteur d'une offre d'acquisition de gré à gré évincé ne peut exercer de recours contre l'ordonnance autorisant la cession à un tiers. Le motif en est simple : il n'émet pas de prétention au sens des articles 4 et 31 du Code de procédure civile. Aussi, il ne peut être assimilé à une partie, peu importe - et c'est sans doute ici l'apport de l'arrêt - que l'ordonnance autorisant la cession lui ait été notifiée. Il n'est aucune raison que la solution ne perdure pas en application de la réforme des voies de recours contre les ordonnances du juge-commissaire³⁸.

Voilà donc définitivement enterrée la pratique judiciaire permettant au juge-commissaire de notifier l'ordonnance aux candidats évincés afin de susciter un prix de cession meilleur³⁹. On pourrait s'en émouvoir. Après tout, la réalisation des biens du débiteur au sein de la liquidation a pour objet de désintéresser au maximum les créanciers. Il apparaît dans cette perspective dommage de faire disparaître toute possibilité d'améliorer une offre une fois l'ordonnance autorisant la cession arrêtée. Pourtant cette solution était inéluctable. Il n'est d'ailleurs nullement besoin de recourir aux articles 4 et 31 du Code de procédure civile pour abolir ce type de pratique. Ce n'est pas l'absence de qualité de partie qui interdit au pollicitant évincé d'effectuer ce type de recours. C'est tout simplement que cette pratique détournait l'objet des voies de recours. Les voies de recours ont vocation à corriger les éventuelles erreurs d'un premier jugement. Ici, il ne s'agissait nullement de cela mais d'organiser une véritable procédure de surenchère. Il n'est donc pas choquant que cette pratique ait été condamnée. D'autant que pour les biens les plus importants, la jurisprudence considère que les procédures de surenchère de droit commun continuent à s'appliquer⁴⁰.

Il en va différemment lorsque, comme dans l'espèce étudiée, un candidat évincé exerce un recours au motif que le juge-commissaire n'a pas choisi la meilleure offre. Ici, c'est bien une erreur de jugement qui est dénoncée. Le seul moyen d'écarter son action repose alors sur une condition d'ordre subjectif. Comme le lui oppose ici la Cour de cassation, n'étant pas partie, il n'est pas titulaire de la faculté de faire opposition contre l'ordonnance du juge-commissaire devant le tribunal, ni même de faire appel-nullité contre le jugement statuant sur ce recours.

De prime abord, comme cela a pu être relevé, raisonner au regard des articles 4 et 31 du Code de procédure civile ne paraît pas adéquat⁴¹. On n'est pas ici en matière de litige, mais en matière gracieuse⁴². Le litige se définit par deux conditions cumulatives. D'une part, la mise en cause du droit subjectif d'une personne et d'autre part, le fait qu'à l'origine de cette atteinte se trouve l'attitude d'une autre personne. En matière d'autorisation de cession de gré à gré la situation est totalement différente. Ici, il n'est point de litige.

Il s'agit d'une matière gracieuse. Nul n'a saisi le juge au motif que la cession lui porte atteinte. Bien au contraire, le législateur impose un contrôle parce qu'il estime que les intérêts en cause risquent de ne pas être parfaitement défendus et donc d'être atteints. Il est, dans ce contexte, étonnant de viser l'article 4 du Code de procédure civile aux termes duquel « l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties ». Dans le même sens, le visa de l'article 31 du même code est tout aussi surprenant. Il détermine en effet les titulaires de l'action. Or faut-il rappeler que l'action est inextricablement liée à la notion de litige. L'article 30 la définit en effet comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

Mais, au fond, la Cour de cassation avait-elle le choix ? Sur un plan théorique, il est vrai qu'elle aurait pu prendre en considération la véritable nature gracieuse de la procédure. Contrairement au litige qui est en quelque sorte la chose des parties, la matière gracieuse ne l'est pas. Aussi, le juge doit dans ce type de situation s'approcher d'une vérité objective, et pas seulement de celle qui convient aux « parties ». Une fois cette prémisse prise en considération, il faut reconnaître que ce n'est pas parce que personne n'exerce de recours contre l'ordonnance du juge-commissaire qu'elle est dépourvue d'erreur. Il se peut tout à fait que les seules « parties »⁴³ dont les droits peuvent être affectés n'agissent pas par négligence ou encore parce qu'elles n'ont pas conscience de l'erreur. Aussi, pour être certain que toute erreur puisse être purgée par l'exercice de voies de recours faudrait-il ouvrir de la manière la plus large possible les voies de recours. Indéniablement, le candidat qui affirme que son offre a été rejetée alors qu'elle était plus intéressante que celle qui a été retenue dénonce une erreur de jugement qui mériterait d'être vérifiée. S'il n'a pas de « prétention » au sens des articles 4 et 31 du Code de procédure civile, son recours pourrait néanmoins être admis dans l'intérêt de la procédure de liquidation. Néanmoins, cette solution est inenvisageable en pratique tant le risque de recours de pollicitants déçus et donc d'allongement des procédures est grand.

Aussi, faisant référence aux articles 4 et 31 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a-t-elle entendu limiter l'exercice des voies de recours à ceux auxquels l'ordonnance est susceptible de faire grief. Ces derniers sont proches des titulaires d'une action. En effet, ils n'agissent pas contre un adversaire, mais émettent néanmoins une « prétention » à l'encontre de l'ordonnance. La référence à ces articles n'est donc pas anodine ni déplacée, elle marque seulement la volonté de la chambre commerciale de limiter les titulaires de voies de recours.

IV. LE PASSIF

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'inobservation du délai dans lequel doit être exercée la voie de recours ouverte à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire statuant sur l'admission de la créance constitue une fin de non-recevoir d'ordre public de sorte qu'il appartient à la cour d'appel de rechercher d'office si l'appel a été formé dans le délai légal.

Cass. com., 17 mai 2011, no 10-16526 : Sté Rubie's France et a. c/ Société générale - F - P+B - Cassation CA Dijon, 23 févr. 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, av.

La voie de recours ouverte aux parties à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire statuant en matière d'admission des créances est, sous réserve des décisions rendues en dernier ressort, l'appel. Au regard des dispositions de l'article R. 661-3 du Code de commerce, cette voie de recours doit, en matière de procédure collective, être exercée dans un délai de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance.

Le caractère tardif d'une voie de recours - en l'occurrence l'appel - constitue une fin de non-recevoir susceptible, à ce titre, d'être opposée en tout état de cause, sans que celui qui l'invoque ait à faire la preuve d'un grief.

Lorsque l'intimé ne s'est pas prévalu du caractère tardif de l'appel interjeté, la cour d'appel doit-elle rechercher d'office si l'appel a été formé dans le délai légal ? Dans un arrêt, appelé à la publication au Bulletin, rendu le 17 mai 2011, la chambre commerciale répond à cette question par l'affirmative⁴⁴.

En l'espèce, le débiteur avait interjeté appel d'une ordonnance d'admission d'un créancier près d'un mois après sa notification. Malgré le caractère tardif de l'appel, les juges du second degré avaient jugé celui-ci recevable et annulé l'ordonnance frappée de la voie de recours. Sur le pourvoi diligenté par le créancier, la Cour casse et annule l'arrêt d'appel en considérant « qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher d'office si l'appel avait été formé dans le délai légal, la cour d'appel a violé les textes susvisés »⁴⁵.

Cette solution est rendue au visa de l'article 125 du Code de procédure civile, dont le 1er alinéa dispose que « les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ».

Les termes précis employés par la chambre commerciale méritent l'attention. La Cour n'indique pas qu'il appartenait aux juges du fond de « relever d'office » mais de « rechercher d'office » si l'appel avait été formé dans le délai légal. La distinction n'est pas anodine car le terme « relever » suppose que les faits propres à caractériser la fin de non-recevoir aient été portés à la connaissance du juge⁴⁶. En revanche, le terme « rechercher » suppose une démarche teintée d'investigation de la part du juge. Force est cependant de constater que la recherche s'avère ici extrêmement succincte dans la mesure où, nécessairement, dans les pièces de procédure, la cour d'appel trouvera l'indication de la date de notification de la décision attaquée ainsi que celle de la date de l'appel qui en aura été interjeté...

La leçon devra être retenue par les juridictions du second degré : lorsqu'un appel est interjeté à l'encontre d'une décision d'admission au passif, avant de s'intéresser au fond du litige, il appartiendra à la cour de vérifier que l'appel a été interjeté dans le délai de dix jours à compter de la notification et, le cas échéant, de soulever la fin de non-recevoir tenant à l'inobservation du délai d'exercice de la voie de recours.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Si la nomination d'un directeur général délégué est effectuée conformément aux conditions fixées par les statuts de la société, le directeur général délégué a pouvoir pour déclarer les créances car l'article L. 227-6 du Code de commerce reconnaît explicitement les pouvoirs de représentation aux personnes dotées de ce titre.

Cass. com., 21 juin 2011, no 10-20878 : M. Z et a. c/ Sté de développement régional Antilles Guyane - FS - P+B - Rejet pourvoi c/ CA Fort de France, 15 janv. 2010 rectifié par arrêt du 30 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Brouchet, SCP Delaporte, Briard et Trichet, av.

Il ressort de l'article L. 227-6 du Code de commerce que la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts et que ce dernier est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Cet article précise en son troisième alinéa que les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par l'article L. 227-6. Ce directeur général délégué a-t-il qualité pour déclarer les créances de la société ? Telle est l'intéressante question portée devant la chambre commerciale de la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 21 juin 2011. En l'espèce, les statuts d'une SAS fixaient les conditions de nomination des directeurs généraux délégués sans préciser quels étaient les pouvoirs attribués à ces derniers. Dans la mesure où les statuts prévoyaient que le conseil d'administration était habilité pour nommer le directeur général délégué, le conseil d'administration avait ainsi désigné cet organe et précisé que ce dernier était chargé « du recouvrement et du contentieux (...) avec le pouvoir de procéder aux déclarations de créances au nom de [la société] ». Au regard de ces éléments, la cour d'appel de Fort-de-France avait considéré que le directeur général délégué avait bien qualité pour déclarer la créance de la société. Les cautions et les héritiers du débiteur ne l'entendaient cependant pas ainsi et s'étaient pourvus en cassation en soutenant que si les statuts de la société fixaient les conditions de nomination des directeurs généraux délégués, ils ne fixaient pas leur pouvoir. Ils en concluaient que le conseil d'administration n'était pas habilité à déterminer les pouvoirs du directeur général délégué.

Par un arrêt du 21 juin 2011, appelé aux honneurs de la publication au Bulletin, la chambre commerciale rejette le pourvoi et approuve la cour d'appel d'avoir retenu qu'en nommant le directeur général délégué conformément aux statuts, le conseil d'administration était habilité à préciser les pouvoirs de représentation liés à ses fonctions.

Cette position doit être totalement approuvée dans la mesure où elle ne fait que respecter la lettre claire de l'article L. 227-6 du Code de commerce dont l'alinéa 3 précise que le directeur général ou le directeur général délégué peut exercer les pouvoirs confiés au président de la société. Or, le président se voit confier par le texte les « pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » et donc celui de déclarer la créance - démarche que la jurisprudence analyse comme équivalant à celle d'une demande en justice.

Ainsi, même si le conseil d'administration, habilité par les statuts à nommer un directeur général délégué, ne lui confère pas expressément le pouvoir de déclarer les créances, ce pouvoir lui est nécessairement octroyé au regard des dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce. Il en est a fortiori de même si le conseil d'administration a, comme en l'espèce, pris la précaution de confier au directeur général délégué le pouvoir de procéder aux déclarations de créances au nom de la société.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La démonstration du caractère volontaire de l'omission du débiteur lors de l'établissement de la liste de ses créanciers prévue à l'article L. 622-6 du Code de commerce est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le caractère volontaire de l'omission est établi lorsqu'un jugement de condamnation a été rendu à l'encontre du débiteur, qu'au cours de l'instance ce dernier a sollicité des délais de paiement et que le jugement lui a été signifié quelques jours avant l'établissement de la liste.

Cass. com., 12 juill. 2011, no 10-20703 : Me Y et a. c/ Coopérative agricole de Saint Jean d'Angely - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Poitiers, 20 avr. 2010 - Mme Favre, prés. - Me Brouchet, av.

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la seule possibilité pour le créancier retardataire d'obtenir un relevé de forclusion résidait dans la démonstration que sa défaillance n'était pas due à son fait. Faisant preuve de davantage de clémence à l'égard du créancier, le législateur du 26 juillet 2005 a élargi la voie du relevé de forclusion. Ainsi, l'article L. 622-24 ouvre-t-il le relevé de forclusion au créancier dont la défaillance est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste de ses créanciers. Cette liste, prévue par l'article L. 622-6, alinéa 2 du Code de commerce, doit être remise par le débiteur au mandataire judiciaire ou au liquidateur dans les huit jours du jugement d'ouverture. Les créanciers ainsi connus de ces organes seront alors avertis par leurs soins d'avoir à déclarer leurs créances.

Le législateur a tracé les principaux traits de ce nouveau cas autonome⁴⁷ de relevé de forclusion. Il reste à la jurisprudence d'en dessiner les détails. Un arrêt rendu le 12 juillet 2011 par la chambre commerciale de la Cour de cassation s'inscrit dans cette œuvre prétorienne.

En l'espèce, le débiteur auteur du pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir édicté une présomption d'omission volontaire résultant de l'absence de mention d'une créance dans la liste sans caractériser en quoi le débiteur se serait rendu coupable d'une omission frauduleuse. Or, en l'espèce, un jugement de condamnation avait été signifié au débiteur quelques jours avant l'établissement de la liste des créances. La chambre commerciale rejette en conséquence le pourvoi en considérant que, dans ces circonstances, la cour d'appel avait « retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que le débiteur ne pouvait ignorer l'existence de sa dette et qu'il a, de mauvaise foi, omis de la déclarer au mandataire judiciaire ».

Cette position doit être pleinement approuvée. Elle rappelle que la démonstration du caractère volontaire de l'omission du débiteur est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond⁴⁸. L'omission volontaire doit-elle supposer une fraude de la part du débiteur, c'est-à-dire une « action révélant chez son auteur la volonté de nuire à autrui »⁴⁹ ? Il n'en est rien et il apparaît que la simple

mauvaise foi du débiteur, qui se définit comme « un comportement incorrect qui participe, à des degrés divers, de l'insincérité, voire de la déloyauté »⁵⁰, est suffisante pour caractériser le caractère volontaire de l'omission.

À notre sens, l'omission volontaire doit être définie comme une omission dont il n'est pas concevable qu'elle ait pu exister si le débiteur avait établi la liste de ses créanciers avec le minimum de sérieux que l'on est en droit d'exiger de lui - en somme, le sérieux d'un bon père de famille. Dans cet ordre d'idée, le débiteur devra porter sur cette liste le nom de ceux qui se présentent à lui comme étant ses créanciers même si le débiteur ne se reconnaît pas comme étant leur débiteur⁵¹.

L'omission volontaire constitue un fait juridique⁵² qui, comme tel, pourra être établi par tout moyen. Ce sera au créancier, qui souhaite se prévaloir de cette omission volontaire, d'en rapporter la preuve. Mais alors, quand un juge du fond doit-il considérer que l'omission du débiteur est volontaire ? Le caractère volontaire de l'omission du débiteur devrait être retenu lorsque le débiteur a omis de la liste une créance d'un montant important au regard de la physionomie globale de son passif ; lorsqu'il a oublié son principal fournisseur, son unique banquier ou son bailleur en de locaux ; lorsqu'il a omis la créance de son prêteur immobilier ou des organismes sociaux auxquels il est affilié⁵³ ; lorsqu'il a été relancé ou poursuivi ou encore, comme en l'espèce, lorsqu'il a sollicité des délais de paiement et qu'il s'est vu signifier un jugement de condamnation quelques jours avant l'établissement de la liste. Un autre cas d'omission volontaire devrait classiquement se rencontrer : celui du dirigeant de l'entreprise débitrice qui omet de mentionner une créance pour laquelle il a été mis en demeure ou poursuivi en sa qualité de caution.

Dans toutes ces hypothèses, il semble peu concevable qu'un débiteur qui n'est pas frappé de sénilité oublie de faire mention de la créance en question...

V. LA SITUATION DES SALARIÉS

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La contestation de la désignation du représentant des salariés doit intervenir, à peine de forclusion, dans les deux jours de celle-ci. Ce délai ne court qu'à compter de la proclamation nominative des résultats de l'élection ou, à défaut, de l'accomplissement de la formalité de dépôt du procès-verbal au greffe. Il en va de même en cas de remplacement du représentant des salariés.

En raison des fonctions et prérogatives attribuées au représentant des salariés, la méconnaissance des règles régissant leur désignation ou leur remplacement porte atteinte à l'intérêt collectif de la profession. Viole les articles L. 2132-3 du Code du travail et R. 621-14 du Code de commerce, le tribunal, qui, pour dire irrecevable l'intervention volontaire du syndicat au soutien de l'action du salarié, retient que le représentant des salariés ne peut être considéré comme une institution représentative du personnel au sens du Code du travail.

Cass. soc., 15 juin 2011, nos 10-60392 et 10-60393 : Union générale des ingénieurs, cadres, techniciens de la Confédération générale du travail (UGICT-CGT) et M. G. c/ M. C., M. U., Me P. ès qual.

- FS - P+B - Cassation TI Paris, 6e arr., 24 sept. 2010 - Mme Collomp, prés. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Thouin-Palat et Boucard, av. - JCP S 2011, no 1390, note L. Fin-Langer

Le présent arrêt, rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 15 juin 2011, publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, suscite un intérêt particulier. Outre l'importance de ses enjeux⁵⁴, l'arrêt apporte une importante contribution aux règles applicables en matière de contentieux de la désignation du représentant des salariés et de son remplacement en tranchant deux questions : d'une part, le point de départ du délai de contestation de sa désignation ou de son remplacement, d'autre part, la recevabilité de l'action en contestation de cette élection par un syndicat.

À la première question, la haute juridiction répond que le délai pour contester la désignation ou le remplacement du représentant des salariés, court à compter de la proclamation nominative du résultat de l'élection ou de l'accomplissement de la formalité de dépôt du procès-verbal de désignation au greffe⁵⁵. À la seconde question, la Cour répond que les irrégularités dans la désignation du représentant des salariés sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession, justifiant la recevabilité de l'action en contestation d'un syndicat.

Une telle décision n'allait pas de soi. En l'espèce, un juriste, salarié d'un avocat, soumis à une procédure de redressement judiciaire⁵⁶ ouverte le 22 janvier 2009, avait été élu représentant des salariés. Il a saisi le tribunal d'instance par déclaration au greffe du 21 juin 2010 de la contestation de son remplacement en qualité de représentant des salariés, exposant en avoir pris connaissance le 8 avril 2009 par simple procès-verbal signé par l'autre salarié du cabinet. L'Union générale des ingénieurs, cadres, techniciens de la CGT est intervenue volontairement à l'instance.

En premier lieu, le premier enseignement de cet arrêt permet d'affiner le régime de la contestation de la désignation ou du remplacement du représentant des salariés : par un attendu de principe à vocation pédagogique, la Cour de cassation rappelle l'ensemble des règles applicables à la désignation du représentant des salariés telles qu'elles découlent des articles L. 621-4, L. 621-6, R. 621-14 et R. 621-15 du Code de commerce. C'est en combinant ces textes aux principes généraux du droit électoral, que la haute juridiction a pu poser le principe selon lequel le délai de contestation de la désignation ne court qu'à compter de la proclamation nominative des résultats de l'élection ou, à défaut, de l'accomplissement de la formalité de dépôt du procès-verbal au greffe. Elle ajoute, en visant l'article L. 621-7 du code, qu'il en va de même en cas de remplacement.

Ce faisant, la Cour de cassation est venue préciser le dispositif normatif lacunaire du contentieux de la désignation du représentant des salariés, ne mentionnant la désignation⁵⁷ comme point de départ du délai pour agir. Le tribunal d'instance⁵⁸ avait d'ailleurs pu considérer que le délai de contestation était expiré en se fondant sur la seule connaissance qu'avait le salarié de son remplacement. La haute juridiction a cassé la décision des premiers juges, en indiquant qu'il n'était ni allégué qu'une proclamation des résultats avait été faite, ni démontré que le procès-verbal établissant le remplacement avait été déposé au greffe. Si une telle solution n'est pas nouvelle⁵⁹, il n'en demeure pas moins qu'elle n'avait pas encore été formulée aussi nettement. Le contenu flou⁶⁰ des principes généraux du droit électoral⁶¹ fournit à la haute juridiction le fondement juridique de son œuvre créatrice.

En second lieu, c'est en refusant au représentant des salariés le statut d'institution représentative du personnel⁶² que le tribunal d'instance a considéré son intervention volontaire irrecevable. L'article L. 2132-3 du Code du travail⁶³, visé par la Cour de cassation pour casser la décision des premiers juges, ne conditionne nullement la recevabilité de l'action syndicale à la qualité d'institution représentative du personnel. L'intérêt à agir d'un syndicat est fondé sur l'existence d'une atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession. La Cour de cassation adopte une conception large de la notion d'intérêt collectif de la profession en admettant qu'un syndicat puisse contester les résultats d'élections professionnelles dans le cadre desquelles il n'a pas présenté de candidat⁶⁴, en dépit de la possibilité d'en mandater un. Pour autant, aucune décision n'avait encore été rendue concernant une élection dans le cadre de laquelle un syndicat n'est pas autorisé à présenter de candidat. La présente décision permet de détacher la définition de l'atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession des modalités de désignation de l'institution objet de la contestation et de la lier aux fonctions exercées. L'article L. 621-4 du Code du travail dispose en effet que le représentant des salariés exerce les fonctions dévolues par le titre II du Code de commerce, au comité d'entreprise, ou à défaut, aux délégués du personnel⁶⁵, en l'absence de telles institutions dans l'entreprise débitrice. Il faut noter que la décision a été rendue au sujet d'une entreprise ne disposant pas d'institutions représentatives du personnel en raison de sa taille.

On peut dès lors s'interroger sur la portée du présent arrêt : l'intérêt collectif de la profession pourrait ne pas être affecté par la désignation du représentant des salariés auprès d'un employeur comportant déjà des institutions représentatives du personnel ordinaires. Le rôle du représentant des salariés se limite alors à la vérification des créances salariales. La formulation générale du principe fondant la recevabilité de l'action syndicale laisse cependant penser que la haute juridiction a souhaité en consacrer le principe quelle que soit la taille de l'entreprise débitrice, sans pour autant assimiler le représentant des salariés aux représentants institutionnels du personnel dans l'entreprise. Le représentant des salariés reste un « organe ad hoc »⁶⁶, un représentant spécial des salariés⁶⁷, propre à la procédure collective, expliquant les limites de ses fonctions⁶⁸.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

En relevant que la salariée qui était l'épouse du dirigeant de l'entreprise, avait, dans la perspective d'aider l'entreprise, renoncé à réclamer le paiement de ses primes et salaires, la cour d'appel a pu estimer que la volonté de modifier la nature de la créance était établie pour en déduire l'existence d'une novation de la créance salariale en créance civile ou commerciale.

Une décision similaire est rendue concernant le fils du dirigeant de la société débitrice.

Cass. soc., 29 juin 2011, nos 10-20130 et 10-20131 : Mme L. (1er arrêt) et M. L. (2e arrêt) c/ Me Lemoine, ès qual. - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Rouen, 4 mai 2010 - Mme Collomp, prés. - SCP Blanc et Rousseau, SCP Roger et Sevaux, av.

Pour que l'AGS octroie sa garantie de paiement de certaines créances dues en exécution du contrat de travail⁶⁹, encore faut-il que ces créances soient admises au passif de la société en étant inscrites sur le relevé des créances salariales. On comprend dès lors que la nature juridique de la créance réclamée par le salarié donne lieu à un abondant contentieux. La nature juridique de la créance du salarié est en question

lorsqu'une novation de sa créance en créance civile ou commerciale est alléguée par le représentant des créanciers : pour que la créance puisse être réglée au titre d'une créance salariale et qu'elle soit susceptible d'être garantie par l'AGS dans les limites prévues par les textes⁷⁰, il ne faut pas qu'elle ait subi de novation.

C'est la question qu'a du trancher la chambre sociale de la Cour de cassation dans les deux arrêts rapportés concernant des demandes de fixation au passif de la société de créances de salaire postérieures à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire⁷¹, formulées, quatre années plus tard, par l'épouse et le fils du dirigeant de la société débitrice.

La haute juridiction a considéré, dans les deux affaires, que les demandeurs avaient, dans la perspective d'aider l'entreprise, renoncé à réclamer le paiement de leurs primes et salaires, et ainsi exprimé la volonté de modifier la nature de la créance conduisant à la novation de la créance salariale en une créance civile ou commerciale. Les salariés avaient pourtant fondé leur pourvoi sur les dispositions de l'article 1273 du Code civil⁷² dont l'application prétorienne imposait l'existence d'une volonté d'opérer la novation résultant clairement de l'acte. Une jurisprudence constante⁷³ de la chambre sociale de la Cour de cassation, au visa de l'article 1273 du code, permettait de fonder le principe selon lequel l'absence de réclamation du paiement des salaires, motivée par le souci de permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés de trésorerie, ne suffisait pas à constituer l'acte positif nécessaire pour démontrer la volonté non équivoque du salarié de nover sa créance en créance civile ou commerciale. La haute juridiction avait été jusqu'à considérer que l'inscription, par le salarié associé, de sa créance sur un compte de dépôt ouvert dans les livres de la société, n'emportait pas novation de cette créance⁷⁴. L'introuvable *animus novandi* n'a pas non plus été caractérisé pour une salariée impliquée dans la création de la société ayant accepté de ne pas percevoir de salaire pendant deux années et ayant obtenu le paiement partiel par compensation avec un emprunt personnel auprès de la société⁷⁵. Il en a été de même pour une salariée, associée de la société familiale débitrice, ayant attendu la mise en liquidation judiciaire pour réclamer le paiement de ses salaires⁷⁶. Le chemin était tout tracé, dans les présentes affaires, pour refuser de caractériser l'intention de nover les créances salariales en créances civiles ou commerciales de l'épouse et du fils du dirigeant de la société débitrice, qui s'étaient abstenus de réclamer le paiement de créances salariales pendant quatre ans.

Tel n'a pas été le cas, permettant de penser que la Cour de cassation a entendu infléchir sa position quant à la prise en compte d'un acte négatif au même titre qu'un acte positif pour caractériser l'intention de nover du salarié. Les faits de l'espèce⁷⁷ ont pu conduire la Cour de cassation à confirmer la position adoptée par la cour d'appel de Rouen. Peut-être est-ce un retour aux décisions qu'elle avait pu rendre auparavant, prenant en considération les faits de la cause⁷⁸ pour rechercher l'intention de nover ? Les arrêts rapportés rassureront les auteurs qui dénonçaient l'irréalisme des décisions permettant aux associés et dirigeants de se dissimuler « sous le masque du salariat » afin de bénéficier de la garantie de l'AGS pour le paiement de leurs créances commerciales⁷⁹. Il est regrettable toutefois que la notion de novation continue à être malmenée dans les motifs des arrêts : il ne devrait pas s'agir d'établir la volonté de modifier la nature de la créance mais plutôt l'intention d'éteindre une créance ancienne et d'en créer une nouvelle pour la remplacer. Ce n'est pas toujours le sens que la Cour de cassation donne au terme de novation qu'elle emploie pour désigner les modifications qui peuvent affecter le contrat de travail⁸⁰.

VI. LES GARANTS ET LE CONJOINT

A. Les garants

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Le transfert de la charge de la sûreté s'applique au financement d'un bien, ce qui englobe le prêt consenti pour des travaux d'amélioration. Le créancier commet une faute entraînant décharge de la caution sur le fondement de l'article 2314 du Code civil, s'il n'inscrit pas le nantissement sur le fonds de commerce initialement envisagé. Le préjudice de la caution existe dès lors que le créancier, s'il avait inscrit le nantissement, aurait pu être payé.

Cass. com., 17 mai 2011, no 10-17736 : Crédit Mutuel Antibes Étoile c/ Mme B., M. S. et Mme H., épouse S. - F-D - Rejet CA Bourges, ch. civ., 18 mars 2010 - Mme Favre, prés. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Delaporte, Briard et Trichet, av.

L'arrêt ici commenté est rendu sur renvoi après cassation. Il présente deux intérêts majeurs.

Le premier intérêt tient à l'énoncé de la solution selon laquelle le mécanisme du transfert de la charge de la sûreté, qui oblige le repreneur à payer au prêteur le montant des échéances restant à échoir après transfert de propriété à son profit, s'applique de façon générale à tout financement d'un bien sur lequel une sûreté est inscrite du chef du débiteur, peu important que le financement ait servi à l'acquisition ou à l'amélioration du bien, ce qui est le cas, en l'espèce, d'un prêt destiné à financer des travaux d'aménagement. Le prêt pourrait tout aussi bien être consenti pour permettre l'entretien du bien⁸¹.

Le deuxième intérêt de l'arrêt est de coordonner les règles du transfert de la charge de la sûreté avec celles du cautionnement.

De façon classique, en application de l'article 2314 du Code civil, la caution peut prétendre être déchargée de ses obligations lorsque la subrogation aux droits préférentiels du créancier ne peut plus être effectuée, par le fait du créancier. Tel est le cas de la non inscription d'un nantissement sur le fonds de commerce, envisagé lors de la souscription du prêt et de l'engagement de cautionnement.

La caution n'est toutefois déchargée qu'à hauteur du préjudice que lui fait, par sa faute, subir le créancier.

Telle était la question centrale ici posée. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation a accepté la décharge totale de la caution sur démonstration que le créancier, s'il avait inscrit son nantissement, aurait pu obtenir l'intégralité du paiement de sa créance. Le préjudice est donc total pour la caution, ce qui justifie que cette dernière soit totalement déchargée.

La preuve du montant du préjudice incombe au créancier⁸². Bien que certains auteurs soient farouchement hostiles à l'idée de préjudice subi par la caution⁸³, l'analyse de la jurisprudence nous semble conduire à énoncer la règle selon laquelle la décharge de la caution sera complète, en cas de faute de la part du créancier rendant impossible une correcte subrogation dans ses droits préférentiels, à moins que le créancier ne prouve que la perte d'un droit préférentiel a causé à la caution un préjudice inférieur au montant

de la poursuite ou ne lui en a causé aucun⁸⁴. D'une autre manière, pour ne pas encourir la déchéance de ses droits contre la caution, il appartient au créancier d'établir que la subrogation, qui est devenue impossible, n'aurait pu être efficace⁸⁵. Il importe donc que le créancier conteste l'évaluation des droits pouvant être transmis par subrogation et qui ont été perdus par son fait exclusif⁸⁶. Il en est ainsi lorsqu'un créancier ne sollicite pas l'attribution judiciaire d'actions nanties à son profit, dès lors que la mise en liquidation judiciaire de la société, dont les actions avaient été nanties, rendait inaccessibles ses actions⁸⁷.

Il ne suffit donc pas, pour décharger la caution, de prétendre que la valeur des droits préférentiels perdus excède la valeur de la créance. Il faut également rechercher, ainsi que le créancier le demande, si la valeur du bien [par exemple un fonds de commerce qui aurait dû être nanti au profit du créancier et qui ne l'a pas été] n'aurait pas été, au moins en partie, absorbée par le montant des droits des créanciers de rang préférable. Ainsi, si le créancier invoque une absorption au moins partielle du prix de vente du bien objet théorique de la garantie, les juges du fond ne peuvent décharger totalement la caution sans procéder à la vérification demandée⁸⁸.

Si, à l'inverse, il est établi que la créance correspondant aux échéances antérieures au jugement adoptant le plan de cession aurait été payée, grâce au droit de préférence du créancier, que la créance correspondant aux échéances postérieures au jugement adoptant le plan de cession aurait été payée, grâce au jeu du transfert de la charge de la sûreté, il y a place à décharge totale de la caution. C'est la solution ici posée dans l'arrêt commenté.

Il est intéressant d'observer le raisonnement ici mené : puisque les organismes de sécurité sociale ont été payés, au titre du privilège général de la sécurité sociale, le prêteur l'aurait également été, puisque son nantissement prime le privilège général accordé à la sécurité sociale. Dès lors que les fonds provenant de la vente du fonds de commerce auraient permis de désintéresser un créancier de rang subséquent par rapport au créancier nanti, la preuve était rapportée que l'absence d'inscription du nantissement était constitutive d'une faute ayant fait perdre à la caution le droit d'être payée préférentiellement au créancier titulaire du privilège de la sécurité sociale, si après avoir payé, elle avait exercé son recours subrogatoire en remboursement.

Terminons en indiquant que, pour écarter la déchéance, les juges du fond sont obligés de vérifier l'identité des situations⁸⁹. L'appréciation du préjudice se fait à la date d'exigibilité de la dette de cautionnement⁹⁰.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La déchéance du terme résultant de la liquidation judiciaire d'un débiteur n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et reste sans incidence sur la situation de ses coobligés solidaires poursuivis en paiement.

Cass. com., 15 juin 2011, no 10-18850 : Caisse d'Épargne et de prévoyance de Bretagne - Pays de Loire c/ Mme L., épse D. - FS - P+B - Rejet CA Rennes, 1e ch. B, 11 mars 2010 - Mme Favre, prés. - Me Foussard, av.

Très intéressant arrêt que celui rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 juin 2011, appelé à la publication au Bulletin.

On sait que les obligés solidaires à une même dette se représentent mutuellement à l'instance engagée contre l'un d'eux. L'une des applications majeures de cet effet de représentation mutuelle des coobligés, qui fait l'objet d'une critique sévère de la part de certains auteurs⁹¹, est trouvée dans l'admission de la créance au passif de l'un des obligés solidaires. Cette admission est opposable aux autres codébiteurs solidaires⁹².

L'admission de la créance au passif interdira au codébiteur solidaire de faire valoir les exceptions communes à tous les codébiteurs, dès lors que ces exceptions n'ont pu être retenues par la décision ayant statué sur l'admission de la créance. L'opposabilité au codébiteur solidaire de l'admission de la créance au passif ne contrarie pas le droit au procès équitable posé par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH), du fait de la possibilité pour le codébiteur solidaire de former réclamation à l'état des créances, afin d'empêcher l'admission au passif de devenir définitive à son égard⁹³.

Pour que l'admission de la créance au passif de l'un des codébiteurs soit opposable à un autre, elle doit être devenue irrévocable, ce qui présuppose, lorsque l'on raisonne à l'égard d'un codébiteur, non seulement que la créance ait été définitivement admise dans les rapports entre le créancier et le débiteur, le délai d'appel étant expiré, mais encore que le délai de réclamation à l'état des créances ouvert aux personnes intéressées autres que les parties, au rang desquelles il faut placer les codébiteurs solidaires, soit expiré⁹⁴ - délai du mois, depuis la loi de sauvegarde des entreprises, qui court à compter de l'avis d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc) du dépôt de l'état des créances au greffe.

Mais encore faut-il mesurer exactement la portée de l'opposabilité de l'admission au passif. Telle est la question centrale posée par le présent arrêt.

Le créancier soutenait que, du fait de l'admission de la créance au passif et de l'opposabilité au coobligé solidaire de cette admission, la déchéance du terme encourue par le débiteur placé sous procédure collective, du fait du prononcé de sa liquidation judiciaire, pouvait être opposée au codébiteur, ce qui aurait ainsi autorisé sa poursuite immédiate pour le tout.

La Cour de cassation, suivant en cela la position des juges du fond, réfute l'argument. Si elle rappelle le principe selon lequel l'admission au passif est opposable aux codébiteurs solidaires, elle en limite la portée à l'existence et au montant de la créance. Notons au passage qu'elle aurait pu encore rappeler que l'admission de la créance portait également sur la nature de la créance⁹⁵, ce qui est tout aussi opposable aux codébiteurs solidaires. En revanche, la Cour de cassation refuse de considérer que la déchéance du terme encourue par l'un des obligés solidaires est opposable à tous.

Cette solution s'appuie sur un solide principe : celui de l'autonomie des engagements de codébiteurs les uns par rapport aux autres. Il n'y a pas ici de dette principale et de dette accessoire. L'autonomie de chacun des liens obligatoires rend possible l'affectation de modalités propres. Ainsi, le terme de l'un des codébiteurs peut-il être différent de celui des autres⁹⁶. Le codébiteur à terme ne peut être poursuivi avant l'arrivée de son terme. Par voie de conséquence, la déchéance du terme encourue par l'un des codébiteurs n'atteint pas les autres⁹⁷. Il dès lors logique, comme l'énonce la Cour de cassation, que la déchéance du

terme encoure par le codébiteur placé en liquidation judiciaire soit sans effet sur le terme affectant l'engagement d'un autre codébiteur solidaire.

La solution obligera le créancier à ne poursuivre le codébiteur solidaire qu'au fur et à mesure de l'exigibilité de la créance à son encontre.

Notons toutefois que l'autonomie du lien obligataire entre codébiteurs solidaires est parfois tenue en échec par la législation des procédures collectives. Il en est ainsi, en matière de plan de sauvegarde, puisque le codébiteur solidaire bénéficie des dispositions de ce plan. Mais il faut bien comprendre que la règle joue à sens unique : elle profite au garant du débiteur, et notamment au codébiteur solidaire ; elle ne peut lui nuire. Mais encore faut-il cependant que le garant soit une personne physique. De la sorte, le codébiteur solidaire in bonis paiera selon le terme affectant son propre engagement, à moins que les délais du plan de sauvegarde, qui ont été accordés au codébiteur, ne lui soient plus favorables.

B. Le conjoint

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Le liquidateur judiciaire est recevable à exercer l'action en partage du débiteur dessaisi, sur le fondement de l'article 815 du Code civil, sans avoir à justifier d'une créance.

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, no 10-25098 : Me Z c/ Mme Y - F - P+B+I - Cassation CA Aix-en-Provence, 4 mai 2010 - M. Charruault, prés. - SCP Bénabent, SCP Célice, Blancpain et Soltner, av.

Par cet arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation démontre à nouveau que le droit de l'indivision et le droit des procédures collectives se concilient parfaitement.

En l'espèce, des époux, mariés sous le régime de participation aux acquêts, avaient acquis en indivision un immeuble d'habitation. L'époux mis en liquidation judiciaire, le liquidateur décide alors d'assigner l'épouse en partage et licitation du bien indivis sur le fondement de l'article 815 du Code civil. La cour d'appel le déboute considérant que le passif de la liquidation judiciaire a été intégralement réglé et que, dès lors, il ne justifie d'aucune créance. Cette décision est cassée et annulée par la première chambre civile de la Cour de cassation au motif « qu'en subordonnant l'exercice de l'action en partage à la justification d'une créance, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 815 du Code civil et l'article 152 de la loi du 25 janvier 1985 devenu L. 622-9 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 »⁹⁸.

Une telle solution, déjà admise par la chambre commerciale⁹⁹, ne peut qu'être approuvée, car elle résulte de l'application combinée de deux principes essentiels.

Le premier, issu du droit de l'indivision, est consacré à l'article 815 du Code civil aux termes duquel « Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision ». Tout indivisaire peut donc provoquer le partage sans avoir à justifier d'un intérêt particulier.

Le second, issu du droit des entreprises en difficulté, est propre à la liquidation judiciaire. En vertu du dessaisissement frappant le débiteur, le liquidateur est seul compétent pour exercer ses droits et actions de nature patrimoniale pendant la durée de la procédure.

En subordonnant l'exercice de l'action en partage par le liquidateur à la preuve d'une créance, la cour d'appel ne pouvait ainsi que méconnaître ces règles et encourir la censure de la haute juridiction. Exercée par le liquidateur au nom du débiteur dessaisi, l'action en partage, dont la nature patrimoniale est indiscutée, ne pouvait être soumise à une telle exigence qu'aucun texte n'imposait.

En revanche, faut-il le souligner, exiger l'existence d'une créance aurait été sans doute plus justifié si le liquidateur avait agi en partage, en sa qualité de représentant des créanciers personnels de l'époux indivisaire en application de l'article 815-17 du Code civil¹⁰⁰. Mais ce n'était pas le cas en l'espèce¹⁰¹.

Il ne fallait pas se tromper sur le rôle et le fondement de l'action du liquidateur. C'est pourtant ce qu'ont fait les juges du fond. Errare humanum est.

VII. LES SANCTIONS

A. Les sanctions civiles

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'article L. 653-11 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde est, en application de l'article 191 7° de ladite loi, applicable aux procédures en cours au jour de son entrée en vigueur. Les conditions dans lesquelles un dirigeant peut être relevé de l'interdiction de gérer prononcée à son encontre avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde sont celles posées par l'article L. 653-11.

Cass. com., 12 juill. 2011, no 10-21882 : M. X c/ Me Y - F - P+B - Cassation CA Aix-en-Provence, 19 oct. 2006 - Mme Favre, prés. - SCP Yves et Blaise Capron, av.

Par un jugement du 16 décembre 2003, le tribunal de commerce prononce une interdiction de gérer pour une durée de cinq ans puis, ultérieurement, il rejette une demande de réhabilitation sur le fondement de l'article L. 625-10 du Code de commerce applicable en la cause.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 19 octobre 2006, confirme le rejet de la demande au visa de l'article L. 625-10, alinéa 3, dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde.

Cet arrêt est, à juste titre, cassé au motif que l'article L. 653-11 issu de la loi de sauvegarde est applicable aux procédures en cours à compter du 1er janvier 2006 comme le prévoit l'article 191 de la loi du 26 juillet 2005.

La réhabilitation du chef d'entreprise condamné, au titre des sanctions personnelles, à une mesure d'interdiction de gérer est réglementée par l'actuel article L. 653-11 du Code de commerce, lequel prévoit deux régimes différents : l'un pour la faillite personnelle, nécessitant la preuve d'une contribution suffisante au paiement du passif, l'autre pour l'interdiction de gérer qui suppose rapportée la preuve que le chef d'entreprise présente toutes garanties démontrant sa capacité à diriger ou contrôler une entreprise.

L'article L. 625-10, dans la législation antérieure à la loi de sauvegarde, ne prévoyait qu'un seul régime pour la faillite personnelle et pour l'interdiction de gérer : le chef d'entreprise devait apporter une contribution suffisante au paiement du passif.

La loi de sauvegarde, plus favorable au chef d'entreprise et soucieuse de favoriser son « rebond », avait, par son article 191 7°, rendu applicable aux procédures en cours le nouveau régime de l'article L. 653-11¹⁰².

La réhabilitation a pour objet de permettre au chef d'entreprise de rebondir, sous réserve qu'il démontre que les mêmes causes ne produiront pas les mêmes effets parce que, par exemple, il a suivi une formation en gestion, un peu à la manière dont les conducteurs maladroits ou inattentifs récupèrent les points sur leur permis de conduire.

C'est pour ne pas avoir tenu compte de l'application de la loi dans le temps que l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence est annulé au visa de l'article 191 7° de la loi du 26 juillet 2005 (application immédiate) et de l'article L. 653-11 du Code de commerce (nouveau régime).

Rien de nouveau d'autant plus que la mention de cette application immédiate figurait dans tous les codes.

Avec le recul, les observations suivantes peuvent être faites :

- le rejet de la demande de réhabilitation par le tribunal était à juste titre juridiquement fondé sur l'article L. 625-10 applicable en la cause ;

- la cour d'appel en confirmant ce jugement fait une erreur qu'elle aurait dû relever, ce qu'elle n'aurait pas manqué de faire si les conseils (avocats et avoués) le lui avaient suggéré : le dirigeant aurait eu ainsi une chance de voir ramenée l'interdiction de gérer de cinq à trois ans.

La procédure, qui ne présente en 2011 plus aucun intérêt pour le demandeur dont l'interdiction a pris fin en 2008, est renvoyée devant la cour d'appel de renvoi.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Malgré les modifications intervenues avec la loi NRE du 15 mai 2001, les administrateurs de sociétés anonymes demeurent des dirigeants de droit au sens du droit des procédures collectives et peuvent faire l'objet d'une procédure en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Il peut être reproché aux administrateurs une faute d'abstention consistant en une passivité à réagir aux difficultés.

Cass. com., 31 mai 2011, nos 09-13975, 09-14026, 09-16522 et 09-67661 : M. X et a. c/ Me A. et a. - F - P+B - Rejet et irrecevabilité pourvois c/ CA Montpellier, 3 mars 2009 - Mme Favre, prés. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Gadiou et Chevallier, SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Yves et Blaise Capron, av.

Par jugement du 24 juillet 2002, le tribunal de commerce de Montpellier a ouvert après qu'un mandat ad hoc ait échoué, une procédure de redressement judiciaire au bénéfice de la société C2D, société cotée, sur déclaration de cessation des paiements du 12 juillet 2002. Après l'extension de la procédure à l'une de

ses filiales, par jugement du 4 avril 2003, le redressement judiciaire a été converti en liquidation judiciaire. Le tribunal a fixé la date de cessation des paiements au 28 février 2002.

Le passif atteignant 23 millions d'euros, le liquidateur judiciaire a engagé plusieurs actions : certaines civiles, à l'encontre des commissaires aux comptes, comptables et banques, d'autres pénales et commerciales, à l'encontre des dirigeants de droit de la société C2D.

Par jugement du 22 août 2008, le tribunal a condamné solidairement les dirigeants à contribuer à l'insuffisance d'actif à hauteur de 18 565 218 euros, la décision étant assortie de l'exécution provisoire, et prononcé une mesure d'interdiction de gérer d'une durée de cinq ans pour chacun d'eux.

Après avoir obtenu la suspension de l'exécution provisoire, les dirigeants ont vu leurs condamnations réduites par la cour d'appel de Montpellier, le président de la société étant condamné à payer la somme de 4 000 000 d'euros et les administrateurs, solidairement avec le président, à 4 082 000 euros.

Les administrateurs soutenaient qu'ils n'étaient pas dirigeants de droit au sens de l'article L. 624-3 du Code de commerce dès lors que, depuis la loi NRE du 15 juin 2001, la direction générale de la société est uniquement assurée par le président du conseil d'administration ou par un directeur général, le conseil d'administration ne disposant pas de pouvoir de direction.

Cette argumentation n'a été retenue ni par la cour d'appel, ni par la Cour de cassation qui retient qu'« après avoir énoncé qu'en application des dispositions de l'article L. 225-35, alinéas 1er et 3 du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société, veille à leur mise en œuvre, se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société, règle par ses délibérations les affaires qui la concernent et procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportun, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ils n'assument pas la direction générale de la société, les administrateurs ont la qualité de dirigeants de droit au sens de l'article L. 624-3 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, applicable en la cause ».

L'application des sanctions patrimoniales aux administrateurs n'est pas nouvelle. Dans un arrêt du 10 mars 2004, la Cour de cassation avait même énoncé qu'« en sa qualité d'administrateur de la société Nouvelle Term industries, Mme A. participait nécessairement à la direction de la société et pouvait se voir imputer des fautes de gestion dans l'exercice de ses pouvoirs propres, même si le président et directeur général disposait des pouvoirs les plus étendus »¹⁰³.

Les dirigeants de droit au sens de l'article L. 624-3, devenu L. 651-2, n'ont pas nécessairement en charge la direction générale de l'entreprise, il suffit qu'ils disposent de pouvoirs de direction.

La modification intervenue par la loi du 15 mai 2001 n'a donc pas pour effet de soustraire les administrateurs aux sanctions propres aux procédures collectives dès lors qu'ils conservent le pouvoir d'insuffler les orientations de l'entreprise, de veiller à leur mise en œuvre et de se saisir de toute question intéressant la bonne marche de l'entreprise, au besoin en procédant à tous contrôles qu'ils estiment opportuns.

Les pouvoirs dont disposent les présidents et directeurs généraux, d'une part, et les administrateurs, d'autre part, n'étant pas les mêmes, il ne peut leur être reproché la même faute de gestion.

C'est également ce que rappelle la Cour de cassation dans cet arrêt puisqu'il est reproché aux membres du conseil d'administration une abstention fautive : « les administrateurs, qui ont un devoir de contrôle et de surveillance et disposent de tous pouvoirs à cette fin, n'ont eu aucune réaction, que cette abstention s'est renouvelée lors des séances des 4 et 21 mars 2002 ; ne cessant que le 13 mai 2002 et que cette faute a eu pour conséquence la poursuite d'une exploitation déficitaire d'une entreprise en état de cessation des paiements (...) ; les administrateurs devaient exiger du représentant légal des sociétés débitrices qu'il déclare la cessation des paiements sans attendre, comme il l'a fait, le 12 juillet 2002 ».

Ici aussi, la solution n'est pas nouvelle¹⁰⁴. Si le pouvoir de déclarer la cessation des paiements n'appartient pas aux membres du conseil d'administration, les administrateurs doivent néanmoins opérer un contrôle effectif et exiger du représentant légal de déposer une déclaration de cessation des paiements lorsque les conditions en sont réunies. Ils doivent utiliser leurs pouvoirs ou démissionner ; à défaut, un manquement au devoir de contrôle ou de surveillance pourra leur être reproché.

Mais si le principe ne souffre pas de critique, la solution n'en demeure pas moins sévère au cas d'espèce puisque le président du conseil d'administration avait dissimulé la situation réelle de l'entreprise, ce dernier étant d'ailleurs condamné avec les commissaires aux comptes par l'AMF pour avoir tenu et certifié des « comptes reposant sur une évaluation dépourvue de toute justification ayant pour effet d'optimiser la situation financière de la société C2D à un point tel qu'elles en inversaient les résultats ».

En l'espèce, la Cour de cassation reproche aux administrateurs, qui s'étaient pourtant réunis à plusieurs reprises entre les mois de février et mai 2002, de ne pas avoir réagi plus tôt, leur réaction n'étant intervenue qu'au mois de mai.

Informés de la situation réelle de l'entreprise lors du conseil d'administration qui s'était tenu le 11 février 2002, après le déclenchement par les commissaires aux comptes de la procédure d'alerte, par les propos tenus par le président au cours de ce conseil et peu avant par les doutes sur la lisibilité des comptes exprimés lors de la démission d'un autre administrateur le 7 février 2002, ils auraient dû selon la Cour de cassation réagir dès cette date et exiger du président qu'il dépose une déclaration de cessation des paiements « sans attendre ».

S'ils avaient réagi plus vite, peut-être auraient-ils pu bénéficier d'une circonstance atténuante comme ce fut le cas pour des administrateurs auxquels la situation avait été dissimulée par le président du conseil d'administration et dont certains d'entre eux n'avaient même pas été convoqués¹⁰⁵.

C'est bien cette relative lenteur qui est ici condamnée, puisque le montant de l'insuffisance d'actif mis à leur charge est constitué des pertes réalisées à compter du 11 février 2002, date à laquelle ils auraient dû réagir, quand bien même la date de cessation des paiements n'était fixée qu'au 28 février 2002.

La Cour de cassation exige des administrateurs une prise de décision rapide et tout retard est susceptible de les exposer à supporter une partie au moins de l'insuffisance d'actif constituée des pertes réalisées à compter du jour où ils auraient dû réagir.

La décision est particulièrement sévère compte tenu des dissimulations commises par le président jusque-là, couvertes par les commissaires aux comptes, et aboutit à de lourdes condamnations alors même

que les administrateurs visés ne bénéficiaient pas de jetons de présence et que l'un d'entre eux n'avait été désigné qu'en décembre 2001.

Le devoir des administrateurs, subitement informés d'une situation financière catastrophique, n'est-il pas, même en présence d'une procédure d'alerte qui n'en est qu'à sa première phase, de prendre le temps de la réflexion, de la vérification et de l'information précédant toute action ? À cet égard, la solennité de la Cour apparaît d'autant plus lourde que le conseil d'administration s'était réuni les 11 février, 4 et 21 mars et le 13 mai 2002 et que seule la date la plus lointaine a été retenue.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Est dirigeant de fait d'une association sportive une commune en mesure d'imposer ses choix financiers par l'intermédiaire de ses représentants au comité directeur, même minoritaires, exerçant un contrôle sur la gestion et les décisions de l'association.

La mise en place de financements détournés, entretenant l'illusion d'une bonne santé financière de l'association, ainsi que le fait de s'abstenir de contraindre le dirigeant de droit de l'association à déposer le bilan dès sa connaissance de l'état de cessation des paiements constituent des agissements fautifs ayant contribué à augmenter le passif de l'association.

Cass. com., 15 juin 2011, no 09-14578 : Cne Angoulême c/ Me Z et a. - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Bordeaux, 24 mars 2009 - Mme Favre, prés. - Me Ricard, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, av.

Par arrêt du 24 mars 2009, la cour d'appel de Bordeaux a confirmé un jugement ayant condamné les dirigeants de droit et de fait d'une association sportive sur le fondement de l'article L. 624-3 du Code de commerce applicable en la cause, au titre de leur contribution à l'insuffisance d'actif de l'association.

La commune reprochait à l'arrêt attaqué de l'avoir considérée comme un dirigeant de fait de l'association, alors que les faits qui lui étaient reprochés, notamment la participation de trois représentants au comité directeur de l'association sur douze ou vingt-cinq membres selon le cas, l'octroi de subventions et l'exigence de comptes rendus de gestion, étaient, selon la commune, impropres à établir la direction de fait.

La commune faisait également grief à l'arrêt d'avoir considéré que ses agissements étaient constitutifs de fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en soulignant que la cour d'appel avait relevé que la commune était en mesure de dicter ses choix par le poids de son soutien financier à l'association et qu'elle avait imposé une subvention, non à fonds perdu, mais remboursable pour un montant qui manifestement ne pourrait être remboursé. La Cour de cassation en déduit que la commune, en imposant ses choix financiers par l'intermédiaire de ses représentants au comité directeur, même minoritaires, exerçait un contrôle sur la gestion et les décisions de l'association, caractérisant ainsi une activité positive de direction de fait de l'association.

La direction de fait établie, la Cour de cassation a retenu la notion de faute de gestion à l'encontre de la commune lui reprochant la mise en place de financements détournés, entretenant l'illusion d'une bonne santé financière de l'association, ainsi que le fait de s'être abstenue de contraindre le dirigeant de droit de

l'association à déposer le bilan dès sa connaissance de l'état de cessation des paiements, contribuant ainsi à l'insuffisance d'actif.

Les mêmes faits d'abstention sont également reprochés aux membres du conseil d'administration des personnes morales qui, connaissant l'état de cessation des paiements, n'ont pas soit démissionné, soit tenté d'imposer le placement de l'entreprise sous protection de la justice.

Est-ce à dire que le soutien de la commune serait abusif en raison de la connaissance qu'elle avait de l'impossibilité pour l'association de rembourser des subventions ou est-ce le maintien de ce prêt en cette même connaissance de la situation qui caractérise l'acte positif de direction ou de gestion accompli en toute indépendance ?

Pour rappel, l'action en insuffisance d'actif relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire lorsque la responsabilité de la collectivité publique est recherchée au titre d'une activité à caractère industriel ou commercial sans qu'il y ait lieu de distinguer si la collectivité publique concernée a agi en qualité de dirigeant de droit ou de fait¹⁰⁶.

B. Les sanctions pénales

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La décision du juge répressif, qui s'est bornée à constater l'absence d'intention frauduleuse pour prononcer la relaxe du chef du délit de banqueroute, ne prive pas le juge civil du pouvoir d'apprécier les faits qui lui sont soumis, et de constater l'existence d'une faute de gestion.

Le contentieux pénal a pour fondement le délit de banqueroute de l'article L. 626-2 du Code de commerce tandis que l'action en comblement du passif a pour fondement les fautes de gestion même légères d'imprudence ou encore d'abstention de l'article L. 651-2 du Code de commerce. Il ne s'agit ni de la même juridiction, ni des mêmes parties ni de la même cause.

Cass. com., 1er févr. 2011, no 09-72695 : Mme Y c/ Me X - F - D - Cassation CA Bastia, 14 oct. 2009 - Mme Favre, prés. - Me Spinosi, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, av.

La décision rapportée est relative à l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil. Le juge civil, saisi d'une action civile, doit tenir pour vrai ce qui a été jugé par la juridiction répressive : « le criminel emporte le civil »¹⁰⁷. Mais le domaine d'application de la règle n'est pas illimité. Si l'affirmation d'une faute pénale s'impose au juge civil, tout comme au juge pénal statuant sur l'action civile dans le cas d'une décision de condamnation, il convient, en cas de décision de relaxe, de faire une distinction selon la raison de la décision. Lorsque la relaxe est fondée sur l'inexistence de l'infraction, la décision s'impose à la juridiction civile qui n'a pas la possibilité d'octroyer une réparation. En revanche, lorsque la décision de relaxe se fonde sur le seul défaut d'intention, la décision civile peut s'appuyer sur une faute de nature non intentionnelle sans contredire la décision pénale. Ainsi la relaxe d'un dirigeant du chef de banqueroute pour défaut d'intention n'interdit pas au juge civil de constater l'existence d'une faute de gestion, pouvant consister, ainsi

que le rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt du 1er février 2011, en une imprudence, même légère, ou encore en une simple abstention.

En l'espèce, une gérante, poursuivie du chef de banqueroute pour absence de comptabilité, avait été relaxée faute d'intention frauduleuse caractérisée. Assignée en paiement des dettes sociales, elle invoquait l'autorité de la décision pénale. L'absence de faute pénale impliquerait selon elle l'absence de faute de gestion. Le raisonnement n'avait pas convaincu en appel. Il ne séduit pas plus les magistrats de la Cour de cassation, pour lesquels le moyen n'est pas fondé. Comme le remarque un auteur à propos de l'arrêt, c'est l'intention qui fait la différence¹⁰⁸. La banqueroute est en effet une infraction intentionnelle, même si la jurisprudence se contente - comme souvent en droit pénal des affaires -, de l'examen du comportement pour en déduire l'intention¹⁰⁹. Dans les cas de banqueroute par comptabilité frauduleuse, irrégulière ou inexistante, visés par le 5° de l'article L. 654-2 du Code de commerce, aucun dol spécial n'est même requis, ce qui permet aux juridictions répressives de déduire un peu plus encore des faits le caractère délibéré du comportement du dirigeant¹¹⁰. Mais la chambre commerciale prend ici en considération l'absence d'identité de juridictions, de parties, de cause. Le contentieux pénal a pour fondement le délit de banqueroute de l'ancien article L. 626-2 du Code de commerce, alors que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif repose sur des fautes de gestion, même légères, d'imprudence ou encore d'abstention de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

Si la cassation est prononcée en l'espèce, c'est donc sur le fondement d'un tout autre moyen, tiré d'un défaut de base légale. Tandis que les juges du fond ont eu raison de constater l'existence d'une faute de gestion nonobstant la relaxe au pénal, ils auraient dû, dès lors que cette faute consistait dans l'omission de déclarer la cessation des paiements, préciser le jour exact retenu comme celui de la cessation des paiements. Leur décision est donc censurée dans son ensemble, conformément au principe de proportionnalité.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La faillite personnelle et l'interdiction de gérer s'appliquent à la gestion de droit et à la gestion de fait, peu important la situation du gérant de fait au regard du droit du travail.

Les motifs d'une décision prud'homale ne s'imposent pas à la juridiction pénale, de sorte qu'un contrat de travail régulier n'est pas exclusif d'une gestion de fait.

Cass. crim., 23 févr. 2011, no 10-81143 : M. X c/ Ministère public - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Orléans, 1er févr. 2010 - M. Dulin, prés. - SCP Waquet, Farge et Hazan, av.

Frappé d'une interdiction de gérer pendant dix ans prononcée par la juridiction commerciale l'ayant condamné à supporter personnellement une part du passif d'une société placée en liquidation judiciaire, M. X avait exercé, par la suite, une activité de gestion et de direction au sein d'une autre société. Or l'article L. 654-15 du Code de commerce punit « le fait pour, toute personne, d'exercer une activité professionnelle ou des fonctions en violation des interdictions, déchéances ou incapacité prévues par les articles L. 653-2 et L. 653-8 », respectivement relatifs à la faillite personnelle et à l'interdiction de gérer.

Pour sa défense, le prévenu faisait valoir qu'un jugement du conseil de prud'hommes avait validé un contrat de travail correspondant à sa nouvelle activité et que cette décision excluait la qualité reprochée de

gérant de fait de l'entreprise pour laquelle il travaillait. L'argument ne pouvait prospérer. D'abord, l'arrêt retient que les motifs d'un jugement prud'homal ne s'imposent pas à la juridiction pénale. D'une manière plus générale, en effet, les jugements civils n'ont pas d'autorité sur le pénal. Mais surtout, l'arrêt commenté précise qu'un contrat de travail régulier n'est pas exclusif d'une gestion de fait.

Si les articles L. 653-2 et L. 653-8 relatifs, respectivement, à la faillite personnelle et à l'interdiction de gérer, auxquels renvoie l'article L. 654-15 du Code de commerce, ne précisent nullement que l'interdiction concerne aussi bien la gestion de droit que la gestion de fait, l'arrêt rapporté consacre la solution de l'assimilation des deux situations¹¹¹. Une telle solution est d'autant plus logique que la situation de salarié reconnue par le conseil de prud'hommes n'est pas incompatible avec la condamnation pénale pour violation de l'interdiction professionnelle. Traité comme un salarié par son employeur, le prévenu aurait dû s'abstenir de jouer le rôle prépondérant qu'on lui reproche¹¹².

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Selon l'article 132-24, alinéa 3 du Code pénal, en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1 du même code, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-5 à 132-28 dudit code.

Méconnaît les exigences de l'article 132-24 du Code pénal l'arrêt qui retient qu'une peine d'emprisonnement ferme est adaptée en raison du montant des abus de biens sociaux, de la gravité des faits et des nombreux antécédents judiciaires de ce dernier, dont le casier judiciaire comporte de nombreuses mentions.

Cass. crim., 6 avr. 2011, no 10-85457 : M. X c/ Ministère public - F - D - Cassation partielle CA Paris, 24 juin 2010 - M. Louvel, prés. - SCP Thouin-Palat et Boucard, av.

Le pourvoi posait principalement la question des éléments constitutifs du délit de banqueroute par absence de comptabilité. Le 4° de l'article L 654-2 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 ». Or pour la jurisprudence, tout acte de commission et toute forme d'omission constituent des comportements constitutifs de ce cas de banqueroute. Ainsi, le fait de refuser de remettre sa comptabilité ou de la rendre inaccessible est une soustraction de comptabilité constitutive de l'infraction¹¹³. Mais le délit est-il constitué en cas de disparition des documents comptables et des factures des sociétés concernées ? En l'espèce, l'enquête n'avait pas permis de confirmer les déclarations du prévenu selon lesquelles les documents comptables ainsi que les factures avaient disparu, ni de retrouver les experts-comptables chargés de les conserver. Sévèrement, la chambre criminelle considère que la banqueroute par absence de comptabilité peut se trouver caractérisée par le fait pour le gérant d'une société mise en redressement judiciaire de ne pas

remettre sa comptabilité aux organes de la procédure collective ou aux autorités judiciaires, peu important la cause de ce défaut de remise. Elle est pourtant dans la droite ligne de sa jurisprudence¹¹⁴.

Mais l'intérêt de la décision rapportée réside surtout dans le moyen de cassation relevé d'office et tiré de la violation de l'article 132-24 du Code pénal. Depuis sa modification par la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009¹¹⁵, ce texte prévoit en effet qu'en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1 du même code, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate. Dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 du Code pénal. La peine d'emprisonnement ferme doit donc faire l'objet d'une motivation particulièrement circonstanciée par les juges du fond, lorsqu'ils décident d'entrer de la sorte en voie de condamnation. Or en l'espèce, la motivation était tirée du montant des abus commis, de la gravité des faits et des nombreux antécédents judiciaires du prévenu, dont le casier judiciaire comportait dix-neuf mentions. La cassation partielle de l'arrêt d'appel sur la nature et le montant de la sanction prononcée était inévitable.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Les dispositions de l'article 480-1 du Code de procédure pénale, selon lesquelles les personnes condamnées pour un même délit ou pour des délits connexes ou indivisibles, sont tenues solidairement des restitutions et des dommages et intérêts, n'introduisent aucune inégalité avec les règles du droit civil ni ne dérogent à l'obligation d'établir un lien direct de causalité entre le fait dommageable et le préjudice qui en résulte.

Cass. crim., 6 mai 2011, no 10-85470 : M. Z et a. c/ Ministère public - F - D - Pourvoi c/ CA Dijon, 25 févr. 2010 - Rejet QPC - M. Louvel, prés. - Me Spinosi, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Thouin-Palat et Boucard, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée à la chambre criminelle de la Cour de cassation était celle de savoir si le principe constitutionnel d'égalité garanti par les articles 1er, 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le principe constitutionnel de responsabilité individuelle garanti par l'article 4 du même texte, avaient été méconnus par l'interprétation constante donnée en jurisprudence à l'article 480-1 du Code de procédure pénale. Aux termes de ce texte, en effet, les personnes condamnées pour un même délit sont tenues solidairement des restitutions et des dommages et intérêts. Or la jurisprudence a fait une interprétation constante mais extensive de l'article pour retenir la solidarité des auteurs de délits simplement connexes, au sens de l'article 203 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire qui présentent un lien de temps, de lieu ou d'unité de pensée criminelle. Ainsi plusieurs infractions distinctes, commises par des personnes différentes et en des lieux différents, mais après accord conclu à l'avance et ou procédant d'une conception unique, ou tendant au même but, présentent un lien de connexité justifiant la solidarité¹¹⁶.

En l'espèce, la solidarité avait été appliquée à l'ensemble des auteurs de délits de banqueroute, présentation de comptes annuels infidèles, complicité de faux et d'usage. Or pour les demandeurs à la QPC, en étendant son champ d'application aux personnes déclarées coupables de différentes infractions rattachées entre elles par des liens d'indivisibilité ou de connexité, alors que l'obligation in solidum doit être fondée sur la causalité et non sur la connexité, l'article 480-1 du Code de procédure pénale instaure une rupture d'égalité liée au choix laissé à la victime de porter son action en réparation devant le juge répressif plutôt que devant les juridictions civiles. En outre - et toujours selon les demandeurs à la QPC -, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 480-1 du Code de procédure pénale porte atteinte au principe de la responsabilité personnelle, dès lors qu'il permet d'engager la responsabilité civile d'une personne qui n'a pas concouru à la réalisation du dommage subi par la partie civile.

Pour refuser le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation considère que celle-ci ne présente pas un caractère sérieux « en ce que les dispositions du premier alinéa de l'article 480-1 précité ne méconnaissent pas, à l'évidence, les principes d'égalité et de responsabilité individuelle invoqués ; qu'en effet, ces dispositions, selon lesquelles les personnes condamnées pour un même délit ou pour des délits connexes ou indivisibles, sont tenues solidairement des restitutions et des dommages-intérêts, n'introduisent aucune inégalité avec les règles du droit civil ni ne dérogent à l'obligation d'établir un lien direct de causalité entre le fait dommageable et le préjudice qui en résulte ». En d'autres termes, l'exigence d'un lien de causalité entre le préjudice à réparer et le fait générateur de responsabilité se retrouve tant en droit civil qu'en droit pénal¹¹⁷. Ainsi, la jurisprudence n'applique-t-elle la solidarité des auteurs d'infractions connexes qu'en cas de réalisation d'un dommage unique découlant directement de ces infractions¹¹⁸. Le refus de transmission de la QPC est parfaitement motivé. Comme le souligne un auteur, la solution se justifie, en matière pénale comme en droit des obligations, permettant aux victimes de trouver plus facilement un débiteur solvable et de lui demander de leur payer l'intégralité de la somme qui leur est due¹¹⁹. Mais il est à noter que la connexité peut entraîner d'autres conséquences, comme la condamnation solidaire des coauteurs et complices au paiement des amendes¹²⁰.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Encourt la cassation l'arrêt d'appel qui n'a pas recherché si l'administrateur provisoire, désigné par le tribunal de commerce pour se substituer aux organes statutaires d'une société et qui a sciemment contrevenu à sa mission en maintenant à son poste le président et en mettant en place à ses côtés un « comité de direction », n'avait pas eu conscience de fournir à certaines personnes désignées pour faire partie de ce comité, les moyens de commettre les détournements dont ceux-ci se sont rendus coupables pendant toute la durée de son mandat.

Cass. crim., 22 sept. 2010, no 09-87363 : M. X c/ Ministère public - F - D - Cassation CA Versailles, 25 sept. 2009 - M. Louvel, prés. - Mes Le Prado, Spinosi, SCP Thouin-Palat et Boucard, av.

Désigné par le tribunal de commerce comme administrateur provisoire d'une société en redressement judiciaire, avec la mission de se substituer au président puis à tous les membres du conseil d'administration, M. X avait décidé d'en maintenir le président à son poste et de créer un « comité de direction » comprenant, notamment, MM. Y et Z, déclarés finalement coupables de délits d'abus de biens

sociaux et de banqueroute. M. X avait été condamné par le tribunal correctionnel de complicité de ces délits, mais le jugement avait été infirmé, les juges d'appel ayant été convaincus de ce que ce dernier n'exerçait qu'un contrôle superficiel des dépenses, ne se rendant pas dans les locaux de l'entreprise, ni n'influant sur sa stratégie. Ainsi la cour d'appel avait-elle considéré qu'il n'était pas possible « de déceler une quelconque mauvaise foi de sa part ».

Sans surprise, la décision est censurée. Les juges du fond auraient dû rechercher si le prévenu, qui a sciemment contrevenu à sa mission en maintenant à son poste le président et en mettant en place à ses côtés un « comité de direction », n'avait pas eu conscience de fournir à MM. Y et Z, désignés pour faire partie de ce comité, les moyens de commettre les détournements dont ceux-ci se sont rendus coupables pendant toute la durée de son mandat.

Outre le fait qu'il soit relatif à des poursuites engagées à l'encontre d'un organe de la procédure, l'arrêt rapporté présente l'intérêt de préciser les éléments constitutifs de la complicité du délit de banqueroute¹²¹.

Aux termes de l'article 121-7 du Code pénal, la complicité implique une participation à un fait principal punissable, suivant un mode légal de complicité et en toute connaissance de cause. À cet égard, la complicité de banqueroute ne bénéficie pas d'un régime particulier¹²². Le complice du banqueroutier n'est donc punissable que s'il s'est associé en sachant que ses gestes ou ses paroles serviraient à commettre l'infraction. Si cet élément intentionnel se déduit logiquement de la réalisation d'actes de provocation ou d'instruction en vue de commettre l'infraction principale, il est plus délicat à caractériser lorsque les actes de complicité consistent en une aide ou une assistance. Il convient alors de relever que le complice a agi « sciemment », c'est-à-dire qu'il a eu la conscience et la volonté de s'associer au fait principal.

Mais s'agissant de professionnels, la jurisprudence se contente d'une présomption de mauvaise foi. Parce qu'il est professionnel, l'intéressé est nécessairement compétent, de sorte qu'il ne peut pas ne pas savoir. Or, ayant de par sa profession les moyens légaux de s'opposer à l'infraction, s'il ne l'a pas empêchée, c'est qu'il est de mauvaise foi. En l'espèce, le professionnel poursuivi avait été bien mal conseillé dans sa stratégie de défense, consistant à démontrer ses abstentions dans l'entreprise ! C'est cette abstention dans la fonction qui permet de présumer son intention. Une telle sévérité à l'égard des professionnels n'est pas nouvelle. Ainsi, les juridictions répressives ont, de longue date, considéré que le professionnel doit se poser des questions sur la finalité des opérations soumises à son contrôle¹²³, retirer son concours d'une opération délictueuse¹²⁴, mais aussi laisser apparaître l'infraction commise¹²⁵. Complice par abstention du délit de banqueroute, le professionnel est frappé des mêmes peines que l'auteur principal, selon l'application classique de la théorie de la complicité.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Se rend coupable de banqueroute par emploi de moyens ruineux, la banque qui, ayant connaissance de la situation de cessation des paiements d'une société, lui maintient artificiellement des crédits en compte-courant, dans le but de réaliser des actifs à son profit et de réduire ainsi le débit de ce compte, tandis que les intérêts et frais comptabilisés excèdent les capacités de remboursement de la société.

Cass. crim., 22 sept. 2010, no 09-83274 : M. X. et a. c/ Ministère public - F - D - Rejet pourvoi c/ CA Colmar, 17 avr. 2009 - M. Louvel, prés. - Me Le Prado, SCP Defrénois et Levis, av.

L'article L. 654-2 du Code de commerce sanctionne celui qui, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, fait des achats en vue de revente au-dessous des cours, ou emploie des moyens ruineux pour se procurer des fonds. Ce cas de banqueroute recouvre en réalité tous les moyens frauduleux utilisés pour obtenir et utiliser des crédits très largement excessifs au regard des capacités d'emprunt d'une société, ce qui a pour effet, au moins à court terme, de masquer l'état de cessation des paiements. Mais il est le seul qui exige la caractérisation d'un mobile. Ainsi la condamnation est-elle subordonnée à la preuve que les moyens frauduleux ont été utilisés dans l'intention précise de retarder ou d'éviter l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. La preuve du dol spécial est également exigée pour le complice qui, pour être condamné, doit connaître la volonté de l'auteur principal d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective.

En l'espèce, une banque est condamnée pour avoir consenti à une société civile immobilière des concours financiers, sous forme notamment d'avances en compte courant, afin de réaliser des opérations immobilières. Or, les intérêts et frais durant cette période avaient excédé les capacités de remboursement de la société civile immobilière. Condamnée en l'espèce en tant que personne morale, auteur principal du délit, la banque aurait également pu faire l'objet de poursuites pénales du chef de complicité de banqueroute¹²⁶. La preuve du dol spécial aurait été tout autant exigée pour le complice qui doit connaître la volonté de l'auteur principal d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective, ce qui démontre que le complice s'associe à la commission de l'infraction en connaissance de cause¹²⁷.

1 – (1) V. not. Cass. com., 22 mars 2005, no 03-12922 : Bull. civ. 2005, IV, no 67.

2 – (2) C. com., art. L. 650-1.

3 – (3) P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2010-2011, Dalloz Action, no 442-15 et la jurisprudence citée. Cass. com., 15 févr. 2000, no 96-17884 : Bull. civ. 2000, IV, no 32 ; JCP E 2000, pan. p. 588 ; RJ com. 2001, p. 83, no 1574, note J.-L. Courtier - Cass. com., 3 avr. 2001, no 98-14049 : Rev. proc. coll. 2002, p. 101, no 5, obs. C. Saint-Alary-Houin.

4 – (4) P.-M. Le Corre, op. cit., no 442-24.

5 – (5) Déjà, Cass. com., 13 févr. 2007, no 05-20778 : Gaz. Pal. 14 avr. 2007, no 104, p. 34, G3517, note L.-C. Henry. De même en présence d'une clause pénale et d'un défaut total d'exécution, Cass. 3e civ., 13 oct. 1999, no 97-15994 : Bull. civ. 1999, III, no 203 ; Gaz. Pal. 16 mars 2000, no 76, p. 16, C0439, note J.-L. Courtier.

6 – (6) Cass. com., 3 nov. 2010, no 09-70312 : Bull. civ. 2010, IV, no 165 ; Gaz. Pal. 8 janv. 2011, no 8, p. 18, I4196, note E. Le Corre-Broly ; Dict. perm. Difficulté des entreprises, Bull. no 321, déc. 2010, p. 8, obs. M. Dizel ; Rev. sociétés 2011, p. 194, obs. P. Roussel Galle.

7 – (7) Dict. perm. Difficultés des entreprises, Bull. no 328, juill. 2011, p. 8, obs. M. Dizel ; LEDEN, juill. 2011, p. 4, obs. E. Mouial-Bassilana.

8 – (8) L'arrêt est rendu sous l'empire de la loi du 26 juillet 2006, avant sa modification par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En ce qui concerne les procédures collectives ouvertes après le 15 février 2009, l'affectation à l'activité professionnelle disparaît. Sont élues toutes créances nées en contrepartie d'une prestation faite au débiteur.

9 – (9) Terme employé par la doctrine, cf. P.-M. Le Corre, op. cit., no 453-22.

10 – (10) Cass. 2e civ., 16 sept. 2010, no 09-16182 : LEDEN, nov. 2010, p. 5, obs. E. Mouial-Bassilana.

11 – (11) B. Lagarde, « Le Trésor public : un créancier comme les autres », Gaz. Pal. 10 sept. 2005, no 253, p. 28, F6975 (spéc. au sujet des les créances fiscales dans la procédure). TGI Toulouse, 2 mars 2009, no 09/00067 : Gaz. Pal. 3 nov. 2009, no 307, p. 15, H5228, note L.-C. Henry.

- 12 – (12) P.-M. Le Corre, op. cit., no 453-22.
- 13 – (13) CA Limoges, 4 févr. 2010 : Rev. sociétés 2010, p. 197, obs. P. Roussel-Galle ; RTD com 2010, p. 611, obs. A. Martin-Serf.
- 14 – (14) Selon l'expression de C. Brunetti-Pons, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », RTD com. 2000, p. 783, spéc. no 13, p. 791.
- 15 – (15) V. M. Jeantin et P. Le Canu, Droit commercial, entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 2007, 7e éd., no 714.
- 16 – (16) V. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, Défrénois-Lextenso, 2009, 4e éd., no 858.
- 17 – (17) V. déjà, en ce sens, C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien-Lextenso, 2009, coll. Domat-droit privé, 6e éd., no 562 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, LGDJ-Lextenso, 2009, 8e éd., no 285-2.
- 18 – (18) V. C. Brunetti-Pons, op. cit.
- 19 – (19) V. sur ce point, T. Montéran, « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats », Gaz. Pal. 2003, doct. p. 2716 ; P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2010/2011, Dalloz Action, 2009, 5e éd., no 430.09.
- 20 – (20) V. sur l'ensemble de la question, F. Kendérian, Le sort du bail commercial dans les procédures collectives, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, préf. J. Monéger, LexisNexis, Litec, 2011, 3e éd., nos 27 et s.
- 21 – (21) V. CPC, art. 500.
- 22 – (22) V. Cass. 3e civ., 5 oct. 1994, no 92-15714 : Bull. civ. 1994, III, no 161.
- 23 – (23) V. Code des baux 2011, commenté par J. Lafond et B. Vial-Pedroletti, avec la participation de F. Kendérian et C. Coutant-Lapalus, LexisNexis, 10e éd., annexe 58, Procédures collectives, p. 1064.
- 24 – (24) V. Cass. com., 12 juin 1990, no 88-19808 : Bull. civ. 1990, IV, no 172 ; JCP G 1990, IV, no 323 ; D. 1990, jur. p. 450, 2e esp., note F. Derrida ; RDI 1990, p. 419, obs. G. Brière de l'Isle et J. Derruppé ; JCP E 1991, I, 46, no 15, obs. M. Cabrillac.
- 25 – (25) V. par ex., Cass. 3e civ., 9 janv. 2008, no 06-21499 : Bull. civ. 2008, III, no 1 ; Gaz. Pal. 29 avr. 2008, H3822, p. 20, note F. Reille ; Act. proc. coll. 2008, no 22, obs. C. Regnaut-Moutier ; Loyers et copr. 2008, no 83, note P.-H. Brault ; D. 2008, AJ, p. 291 ; AJDI 2008, p. 288, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Administrer, mars 2008, p. 30, obs. D. Lipman- W. Boccara ; Rev. loyers 2008, p. 155, note C.-H. Gallet ; JCP E 2009, 1041, no 25, obs. H. Kenfack ; RTD com. 2009, p. 81, no 1, spéc. p. 84, obs. F. Kendérian.
- 26 – (26) V. par ex., Cass. com., 28 oct. 2008, no 07-17662 : Bull. civ. 2008, IV, no 184 : Gaz. Pal 22 janv. 2009, p. 32, note F. Kendérian ; Act. proc. coll. 2008, no 297 ; Loyers et copr. 2008, no 280, note P.-H. Brault ; D. 2008, AJ, p. 2865, obs. A. Lienhard ; RJDA 2009, no 707 ; JCP E 2009, no 1382, note C. Bourgeois ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 108, note F. Macorig-Venier ; Procédures 2009, no 22, obs. B. Rolland ; Rev. loyers 2009, p. 8, note C.-H. Gallet. Adde, dernièrement, Cass. com., 15 févr. 2011, no 10-12747 : Bull. Joly Entreprises en difficulté 2011, p. 118, note G. Berthelot ; Loyers et copr. 2011, no 120, obs. P.-H. Brault.
- 27 – (27) V. F. Macorig-Venier, obs. in Rev. proc. coll. 2007, p. 134, no 3, et les décisions citées.
- 28 – (28) V. Cass. 3e civ., 9 janv. 2008, préc. - Cass. com., 15 févr. 2011, préc.
- 29 – (29) V. en ce sens, C. Regnaut-Moutier, obs. préc. in Act. proc. coll. 2008, no 22 ; v. aussi notre étude, « La cessation de l'activité de l'entreprise et le bail commercial », in Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques, Étude du centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris, s.-dir. J. Monéger, par C. Alexandre-Caselli, F. Kendérian, H. Kenfack, A. Mbotaingar, J. Monéger, D. Moréno, A. Reygrobellet et J. Schmidt, LexisNexis, Litec, 2010, no 553, p. 297, spéc. p. 299.
- 30 – (30) V. nos obs. in 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 4.
- 31 – (31) V. le moyen annexé à l'arrêt commenté, p. 4.
- 32 – (32) V. T. com. Paris, 5e ch., 9 avr. 1999, Juris-Data no 1999-043193 ; Loyers et copr. 1999, no 242, note P.-H. Brault, jugeant mal fondée, en l'absence de commandement de payer, l'opposition à l'encontre d'une ordonnance rendue par le juge-commissaire déclarant irrecevable la demande formée par le bailleur sur le fondement de l'article 38 de la loi du 25 janvier 1985 (C. com., art. L. 622-14).

- 33 – (33) V. M. Pédamon, « Les incidences de la loi du 10 juin 1994 sur le bail à usage commercial », *Gaz. Pal.* 1995, 1, doct. p. 10, spéc. no 7, p. 12 ; et C. Saint-Alary-Houin, « La résiliation du bail commercial », rapp. colloque Crajeffe, Continuation des contrats en cours et sort du bail dans le redressement et la liquidation judiciaires, Nice Sophia-Antipolis, 27 avr. 1996, LPA, no spécial, 8 juill. 1996, p. 22, spéc. no 20, p. 25-26. V. aussi nos obs. in *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, op. cit., no 92. V. contra, P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2010/2011*, Dalloz Action, 2009, 5e éd., no 433.25, spéc. p. 728 ; J. Vallansan, obs. in *J.-Cl. Proc. coll.*, fasc. 2335, 2007, no 103.
- 34 – (34) V. P. Pétel, obs. sur Cass. com., 10 juill. 2001 : *JCP G* 2002, I, 109, no 14.
- 35 – (35) En ce sens, v. M. Pédamon et C. Saint-Alary-Houin, op.cit. ; adde, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, op. cit., no 92.
- 36 – (36) Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, R. Martin, « Le sort du bail commercial dans les procédures collectives », *Ann. loyers* 1996, p. 1264, spéc. no 28, p. 1277-1278
- 37 – (37) Depuis Cass. com., 3 déc. 2003, no 00-20298 : *Bull. civ.* 2003, IV, no 193.
- 38 – (38) Qui s'exercent désormais directement devant la cour d'appel (C. com., art. R. 642-37-1 et R. 642-37-3) et non devant le tribunal comme en l'espèce.
- 39 – (39) P. Gourdain, « La contestation des ordonnances du juge-commissaire en matière d'autorisation de cession », *D.* 2011 p. 114.
- 40 – (40) Cass. 3e civ., 17 janv. 2007, no 05-17695 (en matière immobilière pour les créanciers inscrits) - Cass. com., 6 janv. 2006, no 03-19519 (pour la cession de gré à gré du fonds de commerce).
- 41 – (41) J. Vallansan, *Act. Proc. Coll.* 2011, no 12, 190.
- 42 – (42) *Ibid.*
- 43 – (43) Créanciers inscrits ou débiteur, par exemple.
- 44 – (44) CPC, art. 125 ; C. com., art. R. 661-3.
- 45 – (45) Il a d'ailleurs été jugé par la première chambre civile que si le défendeur ne fait pas mention des faits propres à caractériser la fin de non-recevoir, il ne peut reprocher au juge de ne pas l'avoir soulevé d'office (Cass. 1re civ., 18 sept. 2008, no 07-15473 : *Bull. civ.* 2008, I, no 207 ; *Procédures* 2008, comm. 324, note R. Perrot).
- 46 – (46) Sur le caractère autonome de ce cas de relevé de forclusion, v. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2012/2013*, Dalloz Action, 6e éd., à paraître en oct. 2011, no 665.53. Rapp. J.-J. Hyst, au nom de la commission des lois du Sénat, *Doc. Sénat* 2005, no 335, p. 53 et 218 ; A. Lienhard, *Procédures collectives*, Delmas, 2011, 4e éd., no 1109 ; J. Vallansan, *J.-Cl. com.*, fasc. no 2352, 2007, nos 136 et 158. V. solution implicite, CA Paris, 8 nov. 2007, no 2007/2567 : *RTD com.* 2008, p. 194, obs. A. Martin-Serf.
- 47 – (47) V. Cass. com., 16 mars 2010, no 09-13511 : *Gaz. Pal.* 3 juill. 2010, no 184, p. 34, I2248, note E. Le Corre-Broly ; *RTD com.* 2010, p. 606, obs. A. Martin-Serf.
- 48 – (48) *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2005, 15e éd. vo « fraude ».
- 49 – (49) *Id.*, vo « mauvaise foi. »
- 50 – (50) Cass. com., 12 janv. 2010, no 09-12133 : *Bull. civ.* 2010, IV, no 6 ; *D.* 2010, p. 264, obs. A. Lienhard ; *Act. proc. coll.* 2010/5, no 69, note O. Staes ; *RTD com.* 2010, p. 606, obs. A. Martin-Serf ; *Defrénois* 2010, p. 1480, note D. Gibirila ; *Gaz. Pal.* 17 avr. 2010, no 107, p. 35, I1264, note E. Le Corre-Broly.
- 51 – (51) Sur ce point, v. P.-M. Le Corre, op. cit., no 665.53.
- 52 – (52) Cass. com., 16 mars 2010, préc.
- 53 – (53) En cas d'expiration du délai de contestation, la désignation du représentant des salariés, se trouve purgée de ses vices même si elle se trouve affectée d'irrégularités (Cass. soc., 23 sept. 2009, no 08-40603 : *JCP* 2010, 100, no 18, obs. P. Petel).
- 54 – (54) C. com., art. R. 621-14.
- 55 – (55) Une telle procédure ne peut être ouverte à l'égard d'un cabinet d'avocats que depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le 1er janvier 2006 (Cass. com., 17 mai 2011, no 10-13460 : *Gaz. Pal.* 9 juill. 2011, I6487, p. 16, obs. F. Reille).
- 56 – (56) C. com., art. R. 621-15.
- 57 – (57) *TI Paris*, 6e arr., 24 sept. 2010.
- 58 – (58) Déjà dans un arrêt du 13 janvier 2010, concernant la désignation d'un représentant des salariés avant l'ouverture d'une procédure collective, la Cour de cassation avait précisé qu'aucun délai de

contestation n'avait pu courir dès lors qu'il n'avait pas été constitué de bureau de vote pour le déroulement du scrutin et la proclamation des résultats (Cass. soc., 13 janv. 2010, no 08-18802).

59 – (59) F. Petit, « Les principes généraux du droit électoral dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », D. 2005, p. 1815.

60 – (60) La solution adoptée se rapproche de celle qui prévaut dans le contentieux des élections professionnelles concernant les institutions représentatives du personnel (s'agissant de l'élection des délégués du personnel, la proclamation nominative des résultats par le bureau de vote fait courir le délai de contestation : Cass. soc., 10 déc. 1996, no 95-60956 : RJS 1997, no 67).

61 – (61) Le représentant des salariés ne figure pas dans la liste des représentants institutionnels du personnel du livre troisième du Code du travail.

62 – (62) Art. L. 2132-3, al. 2 : « Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant directement ou indirectement atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ».

63 – (63) Cass. soc., 20 mars 1985, no 84-60560 : Bull. civ. 1985, V, no 198.

64 – (64) Article 17 de la loi no 94-475 du 10 juin 1994 modifiant l'article 10 de la loi no 85-98 du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-8 du Code de commerce, puis l'article L. 621-4 sous le régime de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005.

65 – (65) Cf. P. Petel, obs. sous Cass. soc., 23 sept. 2009, no 08-40603 : JCP 2010, 100, no 18.

66 – (66) B. Teyssié, Droit du travail, Relations collectives, Litec, 2007, 5e éd., nos 296 et s.

67 – (67) Son intervention ne permet pas de couvrir d'éventuelles irrégularités de procédure de licenciement pour motif économique consécutives à l'absence d'institutions représentatives du personnel (Cass. soc. 23 sept. 2008, nos 06-45528 et 06-45529 : Bull. civ. 2008, V, no 170).

68 – (68) C. trav., art. L. 3253-8.

69 – (69) C. trav., art. L. 3253-8, L. 3253-17 et D. 3253-5.

70 – (70) La société débitrice a ensuite été mise en liquidation judiciaire.

71 – (71) C. civ., art. 1273 : « La novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ».

72 – (72) Cass. soc., 7 janv. 2003, no 01-40815 - Cass. soc., 11 juin 2003, no 01-42907 - Cass. soc., 29 juin 2005 : JCP S 2005, no 1260, obs. P. Morvan - Cass. soc., 7 déc. 2005, no 03-44920 : JCP S 2006, no 1159, note P. Morvan - Cass. soc., 24 mars 2010, no 08-44441 : Gaz. Pal. 3 juill. 2010, p. 38, note P. Duprat.

73 – (73) Cass. soc., 1er oct. 2003, no 01-44590.

74 – (74) Cass. soc., 7 déc. 2005, préc.

75 – (75) Cass. soc., 24 mars 2010, préc.

76 – (76) La réclamation des demandeurs en paiement des salaires et primes n'avait été formulée que quatre années après l'ouverture de la procédure collective à quelques mois de l'expiration du délai de prescription quinquennale. La qualité d'épouse et de fils des salariés a par ailleurs été mise en exergue dans les motifs des deux arrêts rapportés.

77 – (77) Deux arrêts rendus sous la plume d'un même président : Cass. soc., 15 oct. 2002, no 00-42364 - Cass. soc., 22 févr. 2006, no 03-47190 (concernant un salarié associé et caution pour le remboursement d'un prêt bancaire contracté par la société débitrice).

78 – (78) P. Morvan, chron. préc.

79 – (79) P. Morvan, chron. préc.

80 – (80) T. com. Paris, 1re ch., 5 févr. 2001 : Gaz. Pal. 2 juill. 2002, somm. p. 29. Adde, Y. Guyon, Droit des affaires, Entreprises en difficulté, *Économica*, 2001, t. II, 8 éd., no 1289 ; L.-C. Henry et D. Fabiani, « L'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 », LPA 20 sept. 2000, no 188, p. 22 et s., spéc. p. 26, no 21 ; P. Le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, refonte de l'ouvrage de M. Jeantin, Dalloz, 2006, 7e éd., no 1077. Adde, solution implicite : Cass. com., 4 janv. 2005, no 04-16019.

81 – (81) G. Amlon, « Les créanciers titulaires de sûretés personnelles dans la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaire », avr. 2007, J.-Cl. proc. coll., fasc. 2382, no 60.

82 – (82) M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, Droit des sûretés, Litec, 2010, 9e éd., no 309.

83 – (83) Cass. com., 27 févr. 1996, no 94-14313 : Bull. civ. 1996, IV, no 68 - Cass. com. 13 mai 2002, Bull. civ. 2002, IV, no 73 - Cass. 1re civ., 18 mai 2004, no 03-12284 : JCP E 2005, chron. 179, p. 179, no 10, obs. P. Simler : Rev. proc. coll. 2005/2, p. 140, no 10, obs. C. Léguevaques - Cass. 1re civ., 22 mai 2008, no 07-14808 : RD bancaire et fin., août 2008, p. 50, no 106, note A. Cerles - CA Paris, 15e ch. B, 3 mars 2006, no 2004/18529.

- 84 – (84) Cass. com., 27 févr. 1996, no 94-14313 : Bull. civ. 1996, IV, no 68 ; D. 1996, somm. p. 269, obs. L. Aynès ; Rev. proc. coll. 1996, 496, no 7, obs. E. Kerckhove.
- 85 – (85) Cass. com., 3 nov. 2010, no 09-70811.
- 86 – (86) Cass. com., 15 févr. 2011, no 08-70303.
- 87 – (87) Cass. com., 22 sept. 2009, no 08-17908 : Gaz. Pal. 10 janv. 2010, I0106, p. 41, note P.-M. Le Corre.
- 88 – (88) Cass. 1re civ., 26 janv. 1999, no 96-21328 : Bull. civ. 1999, I, no 27 ; JCP 1999, II, no 10041, concl. J. Sainte-Rose ; Rev. proc. coll. 2000, 58, no 8, obs. E. Kerckhove.
- 89 – (89) Cass. civ. 1re, 24 févr. 1987, no 85-12406 : Bull. civ. 1987, I, no 64 ; D. 1987, somm. p. 451, obs. L. Aynès ; RD bancaire et bourse 1988, 27, obs. M. Contamine-Raynaud - Cass. com., 10 juin 2008, no 07-18159 : RD bancaire et fin., août 2008, p. 51, no 107, note D. Legeais.
- 90 – (90) V. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, Droit des sûretés, Litec 2010, 9e éd., no 462.
- 91 – (91) Cass. com., 20 sept. 2005, no 04-14410 - Cass. com., 1er avr. 2008, no 06-21296 : Gaz. Pal. 29 juill. 2008, H2083, p. 59, note P.-M. Le Corre ; Rev. proc. coll. 2008, p. 59, no 137, note F. Legrand ; Rev. proc. coll. 2009, p. 50, no 60, note M.-P. Dumont-Lefrand ; Lexbase hebdo 22 mai 2008, no 305, no N9582BEM, note P.-M. Le Corre - CA Paris, 8e ch. B, 4 déc. 2003, no 2003/07691.
- 92 – (92) Cass. com., 30 oct. 2007, no 04-16655 : Bull. civ. 2007, IV, no 229 ; Gaz. Pal. 24 janv. 2008, H0815, p. 65, note P.-M. Le Corre ; Lexbase hebdo, 22 nov. 2007, no 282, note E. Le Corre-Broly.
- 93 – (93) Sur ce principe de solution en matière de cautionnement, transposable en présence de codébiteurs solidaires, Cass. com. 16 mars 1999, no 96-21920, Bull. civ. 1999, IV, no 62 ; Act. proc. coll. 1999/7, no 94 ; D. aff. 1999, 674, no 11 ; RTD com. 1999, 971, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 2000, 56, no 6, obs. E. Kerckhove - Cass. com., 20 juin 2000, no 97-17567 ; RD bancaire et fin. 2000/4, no 160, obs. F.-X. Lucas - Cass. com., 3 nov. 2009, no 07-14329 : Gaz. Pal. 10 janv. 2010, I0106, p. 39, note P.-M. Le Corre ; Lexbase hebdo, 19 nov. 2009, no 372, note P.-M. Le Corre.
- 94 – (94) Cass. com., 13 juin 1989, Rev. proc. coll. 1989, 565, obs. B. Dureuil - Cass. com., 8 janv. 2002, no 98-21745 : Act. proc. coll. 2002/8, no 98 - Cass. com., 3 mai 2011, no 10-18031 : D. 2011, AJ 1279, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2001, p. 12, note E. Le Corre-Broly ; Act. proc. coll. 2011/10, comm. 148, note L. Fin-Langer ; Lexbase hebdo, 19 mai 2011, no 251, note P.-M. Le Corre.
- 95 – (95) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit civil - Les obligations, Dalloz, 2009, 10e éd., no 1254.
- 96 – (96) CA Amiens, 19 nov. 1921, Gaz. Pal. 1922, I, 375.
- 97 – (97) C. com., art. L. 641-9 dans sa rédaction issue de la L. no 2005-845, 26 juill. 2005.
- 98 – (98) Cass. com., 3 déc. 2003, no 01-01390 : Bull. civ. 2003, IV, no 189 ; D. 2004, p. 141.
- 99 – (99) Cass. com., 3 oct. 2006, no 05-16463 : Bull. civ. 2006, IV, no 194.
- 100 – (100) En tout état de cause, quel aurait été l'intérêt du liquidateur à agir en partage au nom des créanciers du débiteur puisque le passif de la liquidation judiciaire avait été intégralement réglé ?
- 101 – (101) V. T. Montéran, « Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005 », Gaz. Pal. 10 sept. 2005, no 253, p. 37, F6849.
- 102 – (102) Cass. com., 28 janv. 2004, no 02-16774 - Cass. com., 10 mars 2004, no 01-03004 - Cass. com., 27 févr. 2007, no 05-20038.
- 103 – (103) Cass. com., 10 mars 2004, préc.
- 104 – (104) Cass. com., 14 mai 2002, no 00-14891.
- 105 – (105) T. confl., 20 nov. 2006, no C3570 : Lebon 2006, p. 641.
- 106 – (106) Cass. ch. mixte, 10 oct. 2008, no 04-16174 : Bull. civ. 2008, ch. mixte, no 2 (consacrant « le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil »).
- 107 – (107) V. J.-P. Legros, note sous Cass. com., 1er févr. 2011, no 09-72695, Dr. sociétés 2011, comm. 159.
- 108 – (108) V. par ex., Cass. crim., 19 janv. 1981 : JCP G 1981, II, 19640 (où « la mauvaise foi du prévenu résulte du caractère fallacieux et ruineux de moyens auxquels il a eu recours pour se procurer du crédit »).
- 109 – (109) Cass. crim., 26 janv. 2005, no 04-81206 : Dr. sociétés 2005, comm. 146, note R. Salomon (où le comportement délibéré du dirigeant est déduit de l'absence totale de comptabilité).
- 110 – (110) V. déjà Cass. crim., 9 sept. 2009, no 08-87047 - Cass. crim., 25 fév. 2009, no 08-84209 - Cass. crim., 25 nov. 2008, no 08-80226.
- 111 – (111) V. J.-H. Robert, note sous Cass. crim., 23 févr. 2011, no 10-81143, Dr. pén. 2011, comm. 69.

- 112 – (112) Cass. crim., 25 fév. 2004, no 03-84357 : Bull. crim. 2004, no 52 ; Dr. pén. 2004, comm. 112, note J.-H. Robert ; Rev. Sociétés 2004, p. 917, obs. B. Bouloc ; RTD com. 2004, p. 610, obs. C. Mascala. Dans cette affaire, le prévenu avait archivé sa comptabilité dans des combles d'accès particulièrement difficile.
- 113 – (113) V. déjà en ce sens Cass. crim., 19 oct. 1992, no 91-86761.
- 114 – (114) L. no 2009-1436, 24 nov. 2009 : JO 25 nov. 2009, p. 20192.
- 115 – (115) Par ex., Cass. crim., 21 mars 1996, no 94-85492 : Bull. crim. 1996, no 130 - Cass. crim., 17 nov. 2004, no 03-82657 : Bull. crim. 2004, no 291.
- 116 – (116) Comp. C. civ., art. 1382 et C. pr. pén., art. 2.
- 117 – (117) Cass. crim., 17 nov. 2004, préc.
- 118 – (118) V. R. Salomon, obs. sous Cass. crim., 6 mai 2011, no 10-85470, Dr. sociétés 2011, comm. 142.
- 119 – (119) C. pr. pén., art. 480-1, al. 2.
- 120 – (120) V. B. Dondero, obs. sous Cass. crim., 22 sept. 2010, no 09-87363, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 129, § 64.
- 121 – (121) L'ordonnance du 18 décembre 2008 supprime pour plus de clarté l'alinéa 2 de l'article L. 654-3 du Code de commerce, qui spécifiait que le complice n'avait pas à être commerçant (etc.), ou dirigeant de personne morale. Cf. C. Mascala, « Les sanctions pénales dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », Rev. proc. coll. 2009, p. 105 (qui évoque « une précision inutile qui pouvait laisser penser qu'en matière de banqueroute un régime spécial de complicité était prévu »).
- 122 – (122) Cass. crim., 24 nov. 1986, no 85-94140 : Bull. crim. 1986, no 352 (pour une complicité de fraude à la TVA commise par un banquier).
- 123 – (123) Cass. crim., 15 janv. 1979, no 77-90394 : Bull. crim. 1979, no 21 (relatif à une complicité de fraude fiscale d'un expert-comptable).
- 124 – (124) Cass. crim., 6 sept. 2000, no 00-80989 (à propos d'une complicité d'abus de biens sociaux d'un expert-comptable).
- 125 – (125) C. Mouly, « La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur », D. 1984, chron. p. 32 ; Y. Letartre, « Le banquier complice », RD bancaire et bourse 1988, p. 192.
- 126 – (126) CA Paris, 14 févr. 2000 : RTD com. 2001, p. 238, note C. Mascala - Cass. crim., 8 oct. 2003, no 02-80449.