

# REVUE DES PROCÉDURES COLLECTIVES CIVILES ET COMMERCIALES

N° 1, JANVIER-FÉVRIER 2010 - 25<sup>e</sup> année - ISSN 1292-8216

SOUS LA DIRECTION DE :  
Bernard SOINNE  
*agrégé des facultés de droit*  
Michel MENJUCQ  
*agrégé des facultés de droit*

## 3 Brèves observations sur le passif de l'auto-entrepreneur

*Étude par Frédéric VAUVILLÉ (p. 17)*

## 1 La détection précoce des difficultés des entreprises

*Table ronde animée par Michel MENJUCQ, avec l'aimable participation de Messieurs Jean-Bertrand DRUMMEN, Thierry BELLOT et Dominik ZWARGER (p. 49)*

### REPÈRE

#### 1 Le temps

*Repère par Bernard SOINNE (p. 1)*

### FOCUS

#### 1 L'avocat et l'expert-comptable, pour une convergence de compétences au service de l'entreprise en difficultés

*par Jean-François TOGNACCIOLI (p. 3)*

### ÉTUDES

#### 1 Actualité jurisprudentielle 1<sup>er</sup> nov. - 31 déc. 2009

*par Florent PETIT (p. 11)*

#### 2 Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R. 651-5 du Code de commerce)

*par Christophe DELATTRE (p. 14)*

### COMMENTAIRES

#### 1 à 5 Aspects procéduraux

*par Stéphane GORRIAS, Véronique MANIE et Pierre CAGNOLI (p. 22)*

#### 6 à 18 Créanciers hors du privilège de procédure

*par Olivier STAES, Francine MACORIG-VENIER, François LEGRAND et Marie-Noëlle LEGRAND (p. 27)*

#### 19 à 27 Nullités de la période suspecte

*par Gérard BLANC (p. 36)*

#### 28 à 37 Droit social

*par François TAQUET (p. 43)*

Les tables annuelles 2009 sont jointes au présent numéro

**Pub\_1 : rpc1001\_p1.pdf**

# Index

<b>Accord d'entreprise</b> Créance salariale ..... comm. 37	Nullités de la période suspecte ..... comm. 19, 20	<b>Nullités de la période suspecte</b> Appel provoqué du liquidateur ..... comm. 20
<b>Acte à titre gratuit</b> État liquidatif de partage de communauté ..... comm. 23	<b>Créances</b> Cotisations à une caisse de retraite ..... comm. 18	Auteur de l'acte ..... comm. 21
<b>Actualité jurisprudentielle</b> 1 <sup>er</sup> novembre-31 décembre 2009 ..... étude 1	Créance envers une compagnie aérienne ..... alerte 10	Contrat de travail ..... comm. 19
<b>Administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire</b> Désignation ..... étude 4	Créance fiscale ..... comm. 15	Date de cessation des paiements ..... comm. 22
<b>Admission des créances</b> Autorité de chose jugée ..... comm. 1	Créance salariale ..... alerte 2	Nullités de droit ..... comm. 23 à 26
Instance en cours ..... comm. 7		Nullités facultatives ..... comm. 27
<b>AGS</b> Créance salariale ..... alerte 2	<b>Déclaration de créance</b> Cautionnement ..... comm. 16	Qualité pour agir ..... comm. 20, 21
Créance salariale résultant d'un accord d'entreprise ..... comm. 37	Créance fiscale ..... comm. 15	<b>Obligation de reclassement</b> Mise en oeuvre ..... comm. 33 à 35
<b>Alerte</b> Commissaire aux comptes et expert-comptable ..... table ronde 1	Instance en cours ..... comm. 7, 10	<b>Ordonnance du juge-commissaire</b> Appel-nullité ..... comm. 5
Président du tribunal ..... table ronde 1	Modalités ..... comm. 12	Voies de recours ..... comm. 4
<b>Arrêt des poursuites individuelles</b> Sentence arbitrale ..... comm. 9	Relevé de forclusion ..... comm. 14	<b>Organes</b> Administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire ..... étude 4
<b>Auto-entrepreneur</b> Protection patrimoniale ..... étude 3	<b>Déclaration de créances</b> Erreur sur l'identité du créancier ..... comm. 13	<b>Ouverture de la procédure</b> Choix de la procédure ..... alerte 1
Règlement du passif ..... étude 3	Qualité pour déclarer ..... comm. 12	Qualité du débiteur ..... étude 3
<b>Caisse de retraite</b> Créances de cotisations ..... comm. 18	<b>Défaillance d'entreprises</b> Statistiques ..... alerte 8	<b>Païement de dettes non échues</b> Nullités de la période suspecte ..... comm. 25
<b>Caution</b> Déclaration de créances ..... comm. 16	<b>Délais de paiement</b> ..... alerte 7	<b>Plan de sauvegarde</b> Plan préparé ..... alerte 1
<b>Centre d'information sur la prévention des difficultés des entreprises</b> ..... alerte 1	<b>Droit international</b> Suspension des poursuites individuelles ..... comm. 9	<b>Prévention des difficultés des entreprises</b> Outils ..... alerte 1
<b>Cessation des paiements</b> Extension de procédure à un dirigeant ..... comm. 22	<b>Extension de procédure</b> Date de cessation des paiements ..... comm. 22	Outils de prévention ..... table ronde 1
<b>Cession</b> Voies de recours ..... comm. 3	<b>Faillite internationale</b> Suspension des poursuites individuelles ..... comm. 9	<b>Priorité de réembauchage</b> Recrutement interne ..... comm. 36
<b>Cession de créances professionnelles</b> Nullités de la période suspecte ..... comm. 25	<b>Groupe de sociétés</b> Licenciement économique ..... comm. 30	<b>Procédure</b> Frais de justice ..... alerte 6
<b>Chambre nationale des huissiers de Justice</b> ..... alerte 4	<b>Insaissabilité</b> Compte bancaire ..... alerte 5	Qualité pour agir ..... comm. 20, 21
<b>Compagnie aérienne</b> Faillite ..... alerte 10	<b>Instance en cours</b> Péremption ..... comm. 11	<b>Procédures collectives</b> Durée de la procédure ..... repère 1
<b>Compétence</b> Nullités de la période suspecte ..... comm. 19	Référé-provision ..... comm. 6	<b>Procédures collectives successives</b> Admission des créances ..... comm. 1
Tribunal de grande instance ..... alerte 9	<b>Instances en cours</b> Contestation de la créance ..... comm. 7	<b>Relevé de forclusion</b> Action en responsabilité pour omission de la liste ..... comm. 14
Tribunal d'instance ..... alerte 9	Créance non déclarée ..... comm. 10	<b>Responsabilité pour insuffisance d'actif</b> Faute de gestion ..... étude 2
<b>Compte bancaire</b> Solde insaisissable ..... alerte 5	Fixation de la créance ..... comm. 8	Montant de la condamnation ..... étude 2
<b>Conciliation</b> ..... table ronde 1	<b>Interprofessionnalité</b> Avocats et experts-comptables ..... alerte 1	<b>Restitutions</b> Ordonnance du juge-commissaire ..... comm. 4
<b>Conférence générale des juges consulaires de France</b> ..... alerte 3	<b>Juge-commissaire</b> Compétence ..... comm. 2	<b>Sanctions</b> Responsabilité pour insuffisance d'actif ..... étude 2
<b>Contrat commutatif déséquilibré</b> Nullités de la période suspecte ..... comm. 24	Pouvoirs ..... comm. 11	<b>Vérification des créances</b> Contestation relative à l'exécution défectueuse d'un contrat ..... comm. 2
<b>Contrat de travail</b> Cumul avec un mandat social ..... comm. 29	<b>Licenciement</b> Licenciement économique ..... comm. 30 à 36	Instance en référé ..... comm. 17
Fictivité ..... comm. 28	<b>Liquidation judiciaire</b> Contestation de créance ..... comm. 2	Relevé de forclusion ..... comm. 14
	<b>Liste des créanciers</b> Omission ..... comm. 14	<b>Voies de recours</b> Appel ..... comm. 3
	<b>Mandat ad hoc</b> ..... table ronde 1	Appel-nullité ..... comm. 5
	<b>Mandataire de justice</b> Responsabilité ..... alerte 2	Ordonnance du juge-commissaire ..... comm. 4
	<b>Ministère public</b> Rôle ..... étude 4	Tierce opposition ..... comm. 3

« Le sommaire se trouve en page 57 et 58 »

# 1 Le temps

Bernard SOINNE,  
agrégé des facultés de droit

**Q**ue vient donc faire le temps dans le droit des procédures collectives ? Le droit applicable est immuable quel que soit l'écoulement du temps dès lors que la procédure est ouverte sous un certain régime. On connaît des procédures collectives qui ont duré quinze ans ou vingt ans ou même davantage. Il suffit qu'interviennent des décisions ressortissant de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ou encore lorsque l'on se trouve devant un échec d'actions de part ou d'autre qu'il convient de purger les unes après les autres.

La procédure collective est longue parce que la procédure en général l'est également. Il y a contradiction entre l'exigence d'une procédure collective très rapide et le respect des règles de procédure. La règle du contradictoire doit être respectée. Il en est de même de l'exercice des voies de recours. Une procédure devant le tribunal de grande instance dure en générale une bonne année. S'il y a appel il y a une à deux années supplémentaires. S'il y a pourvoi en cassation, il y a une année et demie supplémentaire environ.

Il suffit de deux actions successives dont l'une est conditionnée par l'autre pour aboutir à une durée évidemment excessive pour le commun des mortels. Plus on assortit le droit des procédures collectives de garanties procédurales et de respect pour les intervenants plus la durée est longue. Il faut quelquefois savoir choisir entre deux impératifs qui sont contradictoires. Il y va parfois de la responsabilité du mandataire s'il ne tient pas compte d'une procédure qui n'est pas achevée.

Une procédure collective, ce sont évidemment

**« Il faut arbitrer entre deux impératifs contradictoires : l'exigence de rapidité des procédures collectives et le respect des garanties procédurales »**

des règles de droit. Ce sont aussi des impératifs économiques. Le droit peut attendre. L'économie d'entreprise n'attend pas. La survie ou le maintien de celle-ci ne peut pas s'accommoder des litiges et des controverses juridiques. Il faut une solution pour chaque entreprise dans les plus brefs délais afin d'assurer la sécurité et la direction de celle-ci. Il faut totalement approuver le législateur lorsqu'il s'agit d'une entreprise de réduire considérablement l'exercice des voies de recours tandis que la situation est beaucoup plus large lorsqu'il ne s'agit que d'un patrimoine à réaliser. S'il y a contentieux à propos d'une cession d'entreprise on peut être assuré qu'il en résultera des turbulences graves voire irrémédiables pour la gestion et l'administration de celle-ci. Les concurrents n'ont jamais été des altruistes. Les rumeurs en cours portent préjudice à l'entreprise en difficulté. Un contentieux juridique est encore plus grave puisqu'il peut affecter non seulement l'existence même de l'unité mais sa direction et son orientation économique et sociale.

En dehors du maintien de l'entreprise l'objet d'une procédure collective est globalement de calmer les souffrances et de panser les blessures. Le temps est un cicatrisant particulièrement efficace. Il peut s'honorer de résoudre les difficultés les plus aiguës. Une affaire qui est ingérable lors de l'ouverture en raison de conflits d'intérêts particulièrement « saignants » s'apaise au fil des années.

Les créanciers se manifestent vivement au cours des premiers jours. Seuls les créanciers particulièrement importants se souviennent de l'affaire au bout d'un an. Beaucoup font passer en pertes et profits la créance et ont récupéré la TVA. L'affaire est oubliée. Au bout de dix ans personne ne se souvient plus de cette procédure. Lorsqu'un créancier reçoit un dividende passé ce délai il perçoit cela comme une sorte de miracle sans qu'il ait été nécessaire pour lui de faire un pèlerinage à Lourdes ou à Saint-Jacques de Compostelle.

→ Suite page 2

## Revue des procédures collectives civiles et commerciales

REVUE BIMESTRIELLE DU JURISCLASSEUR

Président-Directeur général,  
Directeur de la publication :  
Philippe Carillon

Directeur éditorial :  
Guillaume Deroubaix  
guillaume.deroubaix@lexisnexis.fr

Directeurs scientifiques :  
Bernard Soinne  
Agrégé des Facultés de droit  
Michel Menjucq  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur à l'université  
Paris I - Panthéon-Sorbonne  
Société d'avocats Cabinet LEXIA

Rédacteur en chef :  
Marie-France Bonneau  
Tél. : 01 45 58 92 82  
marie-france.bonneau@lexisnexis.fr

Secrétaire d'édition :  
Sabrina Suire  
sabrina.suire@lexisnexis.fr

Collaborateurs chargés de la  
rédaction des chroniques :  
Rosine d'Abboville, Antoine  
Barret, Olivier Barret, Gérard  
Blanc, Thierry Bonneau, Partick  
Canet, Christophe Delattre,  
Marie-Pierre Dumont-Lefrand,  
Jean-Jacques Framout, Sophie

Gjidara-Decaix, Stéphane  
Gorrias, Marion Hubert,  
Christine Lebel, François  
Legrand, Cécile Lisanti, Francine  
Macorig-Venier, Arlette Martin-  
Serf, Corinne Mascala, Michel  
Menjucq, Marie-Hélène  
Monsérié-Bon, Philippe Neau-  
Leduc, Nathalie Patureau,  
Corinne Perot-Reboul, Philippe  
Roussel Galle, Corinne Saint-  
Alary-Houin, Bernard  
Saintourens, Bernard Soinne,  
Olivier Staes, François Taquet

Publicité : IM Régie, Caroline Spire  
23, rue Faidherbe 75011 Paris  
Tél. : 01 40 24 13 35  
c.spire@impub.fr

Abonnement annuel 2010  
France métropolitaine : 311,23 € TTC  
DOM-TOM et Étranger : 318,60 € HT  
Prix de vente au numéro : 68,58 € TTC  
www.lexisnexis.fr  
Tél. : 0 821 200 700  
0,112 € puis 0,09 €/min à partir d'un poste fixe

LexisNexis SA  
SA au capital de 1 584 800 €  
552 029 431 RCS Paris  
Principal associé :  
Reed Elsevier France SA  
Siège social :  
141, rue de Javel  
75747 Paris Cedex 15  
N° Impr. 3465  
N° Éd. 4782  
Dépôt légal à parution

Chaque année en moyenne disparaissent physiquement ou juridiquement par un changement de domiciliation environ 10 % des créanciers, personnes physiques. Les personnes morales disparaissent plus rapidement. Les dividendes qui sont attribués après ce délai ne sont plus reçus par les créanciers qui n'ont pas pris la précaution d'énoncer ce qui est le cas le plus général leur changement de domicile. Les mandataires de justice, Dieu merci, n'ont pas l'obligation de rechercher le sort des successions ni le résultat de la dissolution des personnes morales, à supposer que celle-ci se soit faite. Ils ne suffiraient pas à la tâche.

Pourtant on s'inquiète de la trop longue durée des procédures. Les contrôleurs périodiques ou occasionnels s'étonnent de l'existence de procédures encore ouvertes au bout de dix ans ou vingt ans. Ils exigent force explications et justifications. Il en est de même, de plus en plus, des parquets. Ce dernier s'étonne d'avoir encore un nombre de procédures qui selon lui est excessif par mandataire de justice. Les mandataires doivent purger les procédures. Ils doivent être de leur côté soucieux de respecter les prescriptions impératives et ne sauraient clôturer les procédures qui ne sont pas totalement achevées. Il est mal séant que des tiers s'étonnent de l'existence d'actifs non réalisés alors que la procédure est clôturée.

Il n'y a qu'avantage pour le mandataire à clôturer vite une procédure. Conserver des procédures c'est les réexaminer périodiquement et c'est les reprendre dans la comptabilité ce qui constitue un coût pour le cabinet de mandataires. L'idéal serait de clôturer le lendemain de l'ouverture et de solliciter parallèlement le fonds destiné à régler les mandataires pour les dossiers impécunieux.

Il n'y a aujourd'hui que des inconvénients à faire durer la procédure par l'engagement de la responsabilité de tiers ou de dirigeant. Il n'y a généralement rien à espérer de telles actions sauf des critiques graves. La personne assignée s'empresse d'examiner, le plus souvent avec une loupe, l'activité du mandataire et de critiquer celui-ci qui n'aurait pas recouvré les créances dont il pouvait disposer, qui n'a pas réalisé les actifs comme il aurait fallu, qui a oublié un

matériel qui n'a pas été vendu. Ce sont des actions risquées, l'accusateur se retrouve très rapidement dans la situation d'accusé. Il est relativement aisé pour un mandataire judiciaire de n'exercer jamais aucune action en responsabilité. Beaucoup soutiennent que c'est là la tâche du Parquet et non pas la leur. C'est évidemment une erreur mais c'est ainsi. Les actions doivent faire partie des diligences qui doivent être portées à l'attention des juridictions afin de montrer l'activité du cabinet de mandataire auquel ils font confiance. Ce n'est pas toujours leur façon de penser.

Il n'y a aucun paramètre fixé pour la durée des procédures. Celle-ci peut être cernée mais bien approximativement. Une procédure doit durer en moyenne environ trois années. On réalise donc des statistiques, des affaires « entrant » et des affaires « sortant ». Le ratio doit être satisfaisant car s'il ne l'est pas on peut inévitablement subir la critique des contrôleurs dits réguliers ou irréguliers de nature occasionnelle. Le rythme doit être sauvegardé. L'appréciation est globale. Il n'est pas du tout tenu compte des particularités de chaque affaire, de leur importance, ou de leur inexistence de fait. C'est une statistique comme toutes les autres sans autre signification précise. Force est de constater cependant que globalement un mandataire, en dehors évidemment de sa conscience professionnelle, a plutôt intérêt à une approche la plus sommaire et la plus artificielle possible.

Sur le plan européen des actions ont été intentées pour déni de justice à l'occasion de procédures considérées comme trop longues. La jurisprudence à ce sujet a été examinée (*Soinne, L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme en date du 17 juillet 2003 : Soinejuris n° 50669 ; Rev. proc. coll. 2003, p. 303*). On s'interroge philosophiquement pour savoir si le temps est nécessairement continu ou si inversement, en termes de perception, il est discontinu. C'est cette seconde vision qui doit selon nous l'emporter. Le temps s'écoule vite, c'est bien connu, dans les périodes heureuses et très lentement dans celles malheureuses. Pour les procédures collectives c'est une discontinuité évidente.

Cela dit, évidemment, le temps est incontournable et personne ne parviendra jamais à l'accélérer ou à le ralentir.

## ● Focus

# 1 L'avocat et l'expert-comptable, pour une convergence de compétences au service de l'entreprise en difficultés

Jean-François TOGNACCIOLI,  
avocat au barreau de Nice,  
président de la Commission Droit des Entreprises en Difficultés,  
Union des Avocats Européens

Le rapport de la Commission présidée par mon confrère Jean-Michel Darrois recommande l'inter-professionnalité, sous des formes audacieuses et innovantes comme la possibilité pour les avocats – diplômés en la matière du chiffre – de devenir experts-comptables ou envisage encore pour les sociétés d'avocats la possibilité d'engager des experts-comptables.

D'ores et déjà, il est un lieu, le tribunal de commerce, il est une matière, celle des procédures collectives, où depuis longtemps, les professionnels du droit et du chiffre font converger leurs compétences respectives au service de l'entreprise en difficulté. Ce sont avec les administrateurs et mandataires judiciaires, les professionnels de la prévention et du traitement de la défaillance de l'entreprise.

En matière d'insolvabilité, l'inter-professionnalité est déjà de droit dans 15 États membres de l'Union Européenne, dans lesquels avocats spécialisés et experts-comptables exercent même à titre accessoire la profession de syndic. Tel est le cas notamment en Allemagne, en Belgique, en Grèce et en Suède ou encore en Italie et à Malte. Tel est encore le cas en Espagne où à l'instar de tous les États membres, si le syndic est un mandataire de justice désigné par le tribunal, ses fonctions sont ici exercées par un organe collégial composé d'un avocat, d'un expert-comptable et d'un créancier.

L'objet de la présente contribution n'est pas d'exposer les modalités d'une inter-professionnalité à la française mais de faire part de la pratique quotidienne des avocats et experts-comptables, soucieux de répondre, comme les juges consulaires et le ministère public, à l'impératif d'efficacité et de célérité des procédures collectives.

À l'égard de tous les chefs d'entreprise, et pas seulement de leurs clients, avocats et experts-comptables se sont donnés les moyens de coopérer en vue d'informer sur la prévention des difficultés (1).

Au service du client commun, dans le cadre du phénomène de contractualisation du droit des procédures collectives, la coopération cède la place à une véritable collaboration stratégique (2).

### 1. Une coopération dans l'information à l'égard de tous les dirigeants d'entreprise

Dans le domaine de la défaillance d'entreprise, avocats et experts-comptables font le même constat : « l'ignorance coûte plus cher que l'information ».

En matière d'information sur la prévention, des initiatives d'une coopération ont vu le jour : ce sont notamment les Centres d'Information sur la Prévention des Difficultés des Entreprises. En revanche les moyens d'informer le débiteur failli en vue d'un nouveau départ restent à développer.

#### ● L'information sur les outils de prévention et de traitement des difficultés

À destination des chefs d'entreprises, le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables, la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes et la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce ont créé dès 1999, le Centre d'Information sur la Prévention des Difficultés des Entreprises (CIP). Le Barreau de Paris a rejoint le CIP dès l'an 2000. Le Conseil National des Barreaux en 2001.

Le CIP et ses antennes régionales et départementales mettent à la disposition des chefs d'entreprises une documentation accessible notamment en ligne et comportant l'information sur les outils d'anticipation, de détection et de traitement des difficultés.

Par ailleurs, des entretiens confidentiels et gratuits, dénommés « Les Jeudis de la Prévention », sont proposés par une équipe formée de délégués du CIP et composée d'un magistrat consulaire honoraire du tribunal de commerce, d'un expert-comptable et d'un avocat.

Il s'agit seulement d'informer, pas de conseiller. En effet, les délégués n'ont à connaître de l'entreprise que par les informations transmises par le dirigeant lors de ces entretiens. Aucune investigation n'est possible, ni souhaitée. Selon le type de société, son dirigeant est notamment informé que son défaut de diligence pourrait conduire certains tiers (commissaire aux comptes avec la procédure d'alerte ou comité d'entreprise par exemple) à prendre l'initiative d'informer le président du tribunal, des difficultés détectées.

Ainsi aucun conflit n'est possible entre le rôle d'information du CIP et le rôle de conseil réservé aux professionnels libéraux, d'une part, aucun conflit n'est possible avec la compétence juridictionnelle du président du tribunal de commerce et des juges délégués à la prévention, d'autre part. Les CIP réalisent seulement une action contribuant au rôle préventif du tribunal de commerce.

#### ● L'information sur les moyens d'un nouveau départ du débiteur failli

Les conditions d'un nouveau départ dans la vie des affaires du débiteur failli ont longtemps été ignorées par un droit de la faillite qui ne distinguait pas le débiteur malheureux du débiteur malhonnête.

Faciliter le nouveau départ ou « fresh start » du débiteur malheureux est une préoccupation de la Commission Européenne qui a entendu promouvoir une politique de la seconde chance. Cette recommandation figure dans le « Small business act » adopté en décembre 2008 et devient un axe prioritaire s'agissant de l'action de Bruxelles en matière de procédures collectives dans les termes suivants :

« Les États membres doivent veiller à ce que les entrepreneurs honnêtes qui ont déposé le bilan bénéficient rapidement d'une seconde chance. Les États membres sont invités à :

- Encourager une attitude positive de la société à l'égard des entrepreneurs qui veulent prendre un nouveau départ, par exemple grâce à des campagnes d'information du public ;

- Essayer de limiter à un an la durée totale des procédures juridiques de liquidation d'une entreprise dans le cadre d'une faillite non frauduleuse ;

- Veiller à ce que ceux qui retiennent leur chance soient placés sur un pied d'égalité avec les entreprises nouvellement constituées, notamment dans le contexte des régimes de soutien. »

Certains États membres – dont la France – ont anticipé ces recommandations en modifiant leur législation en ce sens : la loi de sauvegarde a créé la procédure de liquidation judiciaire simplifiée d'une durée maximale d'un an (dans l'Union européenne, le temps moyen nécessaire pour clôturer une procédure de liquidation judiciaire varie de quatre mois à neuf ans selon le pays) et a maintenu le principe de la libération du débiteur de ses dettes, à la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire sauf dans les cas de fraude.

Le système de notation de la Banque de France mérite également une action commune des avocats et des experts-comptables en vue de nécessaires aménagements. Actuellement les dirigeants d'entreprise qui ont fait l'objet d'une liquidation judiciaire sont handicapés

pendant trois ans par une cotation défavorable qui ne prend en compte ni l'importance du passif, ni les motifs de la défaillance, ni l'existence ou l'absence de sanction.

Avocats et experts comptables, pourraient bientôt être invités à participer à des actions de formation organisées par les chambres de commerce, formation que le débiteur failli devrait obligatoirement suivre en vue d'un nouveau départ.

## 2. Une collaboration au service du client commun

D'un point de vue institutionnel, en matière de conseil, ce n'est qu'en 2006 que le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables et le Conseil National des Barreaux ont ratifié une charte de collaboration interprofessionnelle. Cette charte instaure un cadre déontologique applicable aux professionnels appelés à intervenir sur des dossiers communs.

D'un point de vue pratique, en matière de procédures collectives, cette collaboration s'exerce à deux stades :

- dans le choix de la procédure adaptée à la défaillance ;
- dans la mise en œuvre de la procédure choisie.

### • Une collaboration dans le choix de la procédure adaptée à la défaillance

Un constat s'impose avec la loi de sauvegarde : que leurs missions de conseil soient ponctuelles ou permanentes, ni l'avocat, ni l'expert-comptable ne sont en mesure de conseiller unilatéralement le dirigeant d'entreprise dans le choix de l'outil de prévention ou de traitement eu égard :

- à la multiplicité des outils mis à sa disposition (mandat *ad hoc*, conciliation, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) ;
- et ceci d'autant plus que certaines procédures peuvent s'appliquer concurremment.

Jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, la tâche était plus aisée car une notion phare des procédures collectives délimitait la frontière entre le conventionnel et le judiciaire, entre le facultatif et l'obligatoire, entre la prévention et le traitement. Il s'agit bien entendu de la notion juridico-comptable de cessation des paiements, définie par l'article L. 631-1 du Code de commerce, comme une « impossibilité », celle « de faire face au passif exigible avec son actif disponible ».

Depuis la loi du 26 juillet 2005, ce n'est plus le cas puisque :

- L'état de cessation des paiements de moins de 45 jours permet désormais de s'orienter vers une procédure de prévention : la conciliation (inutile de vous dire que l'avocat laissera à l'expert-comptable le soin de vérifier si l'état de cessation des paiements date de moins de 45 jours, après lui avoir préalablement formulé des vœux de réussite dans une telle exploration) ;
- L'absence de cessation des paiements permet néanmoins de bénéficier d'une procédure collective portant suspension des poursuites des créanciers : la sauvegarde.

De surcroît, l'ordonnance du 18 décembre 2008, en consacrant une pratique des tribunaux, a modifié l'article L. 631-1 précité en ajoutant que « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements ». En pratique, il suffirait d'obtenir de ces créanciers des moratoires de paiement des dettes exigibles – ne serait-ce que de quelques mois – de façon à éteindre l'incendie de la cessation des paiements et solliciter aussitôt une procédure de prévention. Autrement dit, une situation qui relevait obligatoirement du redressement judiciaire avant le 15 février 2009, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, peut désormais bénéficier de la sauvegarde, de la conciliation ou du mandat *ad hoc*.

Le vœu du politique est de privilégier les outils de la prévention sur le traitement, en faisant du redressement judiciaire, une procédure subsidiaire par rapport à la sauvegarde.

Dans ce contexte, avocats et experts-comptables n'ont pas d'autres choix que d'unir leurs compétences pour conseiller au mieux le client commun dans le choix de la procédure par l'établissement d'une méthodologie commune. En deux étapes :

- l'étape préalable : Répondre à la question suivante : y-a-t-il cessation des paiements ?
- Déterminer ensuite les critères du choix de la procédure à adopter.

- Répondre à la question préalable : y-a-t-il cessation des paiements ? Dans l'affirmative, seule la conciliation sera possible dans l'hypothèse où la cessation des paiements est de moins de 45 jours. À défaut, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire s'imposent puisqu'il s'agit d'une obligation pour le débiteur que de déclarer la cessation des paiements.

S'il n'y a pas cessation des paiements, la loi de sauvegarde permettra de bénéficier d'un mandat *ad hoc*, d'une conciliation ou d'une sauvegarde.

• Comment faire alors un choix ? En fonction de trois critères que la pratique a dégagés :

- en fonction de la difficulté à traiter. S'il s'agit d'un problème de financement, le mandat *ad hoc* ou la conciliation seront adaptés. En revanche, si la restructuration est plus globale (résiliation de certains contrats, restructuration du personnel), la sauvegarde s'impose ;
- en fonction du secteur d'activité et de la nature de la clientèle. Se pose ici la question de l'impact négatif de la publicité de la procédure. Il conviendra alors de privilégier les procédures confidentielles comme le mandat *ad hoc* ou la conciliation. Les praticiens saluent l'apport remarquable de l'article R. 626-20 modifié par le décret du 12 février 2009 qui prévoit que si le plan de sauvegarde est toujours en cours à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de son arrêté, les mentions relatives à la procédure et à l'exécution du plan sont, à l'initiative du débiteur, radiées des registres ou répertoires sur lesquels elles ont été portées ;
- en fonction des intérêts du dirigeant, personne physique. À la différence du redressement judiciaire, si le dirigeant est caution, il pourra se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. Le remplacement du dirigeant est exclu en sauvegarde. Ce dernier conserve la quasi-totalité de ses pouvoirs de gestion. La cession de l'entreprise est exclue en conciliation et en sauvegarde. La rémunération du dirigeant n'est pas réglémentée en sauvegarde.

### • Une collaboration dans la mise en œuvre de la procédure choisie

- Un phénomène de contractualisation du « droit de la faillite »

Le phénomène de contractualisation de la procédure collective conduit l'avocat et l'expert-comptable à redéfinir ensemble les modalités de leurs missions de conseil. Aujourd'hui la procédure collective tend à être plus choisie que subie. Par ailleurs, dans une économie en mutation et donc incertaine, la procédure collective devient un outil de gestion à part entière du risque de défaillance.

Ce phénomène de contractualisation se manifeste notamment par :

- la possibilité de proposer au tribunal le nom du mandataire *ad hoc*, du conciliateur ou de l'administrateur judiciaire en procédure de sauvegarde ;
- la possibilité en procédure de sauvegarde d'accords dérogoires avec certains créanciers, ouvrant la voie à une véritable ingénierie juridico-comptable et financière de restructuration du passif. Le « prepack » en est l'illustration récente de l'année 2009.

- Le « prepack »

Avocats et experts-comptables ont ainsi un nouveau rôle à jouer dans le cadre de la restructuration du passif : alors qu'il est impératif en redressement judiciaire, le principe d'égalité de traitement des créanciers est subsidiaire en sauvegarde. Dès lors la créativité des hommes et femmes du droit et du chiffre trouve un nouveau terrain d'expression illustré notamment par le « prepack » à la française.

La problématique est la suivante : Comment à la fois préserver la confidentialité d'une procédure et imposer à tous les créanciers la suspension des poursuites et un plan d'apurement du passif ? En deux étapes.

D'abord, en négociant un accord de restructuration avec des créanciers représentant au moins 2/3 du passif dans le cadre d'une procédure confidentielle (mandat *ad hoc* ou conciliation) qui a le mérite de ne pas inquiéter les dispensateurs de crédit, les fournisseurs, les clients et plus généralement le marché.

Ensuite, cet accord sera soumis au vote des comités de créanciers dans le cadre d'une sauvegarde, procédure collective non plus confidentielle. Le vote des comités de créanciers se faisant désormais à la majorité des 2/3, il est certain que l'accord préalablement négocié sera entériné. Par l'effet de la sauvegarde, tous les créanciers seront soumis à l'arrêt des poursuites individuelles et aux dispositions

d'un plan de sauvegarde qui n'est en réalité qu'un accord préalable négocié avec les 2/3 d'entre eux, souvent des banques et fonds d'investissement.

Le jugement d'adoption du plan de sauvegarde permettra la consécration judiciaire et la reconnaissance de l'effet *erga omnes* d'un pré-accord contractuel conclu entre un débiteur et ses principaux créanciers.

En France, le Groupe Autodistribution, leader européen de la distribution de pièces détachées pour automobiles a bénéficié du

premier « prepack » à la française en mars 2009. La procédure de sauvegarde n'a duré que 33 jours.

Le « prepack » ou procédure de sauvegarde accélérée par pré-accord contactuel préalable, est un exemple parmi d'autres, de ce que certains appellent l'intelligence coordonnatrice en vue d'adapter la loi de sauvegarde des entreprises à l'exigence du réel.

Acceptons-en l'augure.

## ● Veille

### 2 Les indemnités extralégales de licenciement et la responsabilité des mandataires de justice

Bernard Soinne

On connaît la difficulté aujourd'hui majeure des licenciements des salariés à la suite de l'ouverture d'une procédure. Le climat est souvent particulièrement difficile. On ne peut d'ailleurs que compatir devant les blessures et les misères subies par les salariés. Parfois il n'existe pas ou peu de perspectives de reclassement. Les pressions s'exercent de tous côtés et à juste titre pour améliorer la situation des salariés. On ne saurait le déplorer.

Les meilleures intentions du monde ont toujours cependant une limite : l'application de la règle de droit. On ne saurait bouleverser les règles juridiques, mépriser des principes économiques, pour satisfaire une bonne intention. Certes celle-ci sera perçue avec grande satisfaction par ceux qui en bénéficient mais sans qu'ils soient capables d'en mesurer les conséquences économiques et juridiques sur le plan local mais surtout national.

La pratique des indemnités extralégales versées aux salariés sur l'actif de l'entreprise paraît se développer. On cite certaines entreprises qui en ont bénéficié. L'hebdomadaire Usine nouvelle a publié dans son numéro du mois de juin 2009 la tendance à propos de ce qui est appelé pudiquement « indemnité supplémentaire ».

Un arrêt de la Cour de cassation en date du 30 septembre 2009 (*Cass. soc.*, 30 sept. 2009, n° 08-42.076, FS-P+B : *JurisData* n° 2009-049703 ; *Soinnejuris* n° 57877) se situe dans ce contexte. Une somme avait été versée au-delà des indemnités légales à l'occasion d'un plan de cession accompagné de licenciement. L'AGS s'était logiquement et normalement opposée à ce paiement et elle soutenait qu'elle n'avait pas à régler cette somme. La garantie de l'AGS joue à propos du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique en application d'un accord d'entreprise, d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale d'un employeur lorsque l'accord a été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de dix-huit mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation. On ne saurait tenir compte des accords obtenus par un chef d'entreprise à la dérive, incapable de conserver un sang froid absolu et en totale désespérance. Le juge du fond qui avait accordé la garantie de l'AGS avait donc manifestement transgressé l'article L. 143-11-3 devenu L. 3253-12 du Code du travail. Il faut ajouter que l'administration du travail (Circulaire ministérielle du 29 janvier 1993 relative à la modification des procédures de licenciement pour motif économique) ne cesse de répéter que le plan de sauvegarde de l'emploi doit prévoir des mesures mais ayant un objectif de reclassement professionnel ce qui n'est assurément pas le cas pour les indemnités extralégales. Le reclassement professionnel implique des recherches, le cas échéant des mesures de perfectionnement, de reconversion, des stages mais en aucun cas des sommes permettant aux salariés ou à sa famille de vivre pendant un certain délai. Il ne s'agit absolument pas de subventions aux chômeurs.

L'interprétation à cet égard doit être particulièrement stricte. Mais l'arrêt cité ci-dessus a rejeté le pourvoi en considérant que le juge du fond ayant constaté que la créance du salarié résultait d'un accord d'entreprise conclu postérieurement au jugement arrêtant le plan de cession en a justement décidé que l'AGS devait sa garantie.

Le dévoiement des règles relatives à l'AGS et implicitement celles du droit des procédures collectives et même du droit privé est évident. Les fonds des entreprises en difficulté ne sont pas destinés, au-delà des indemnités légales ou conventionnelles, à permettre jusqu'à leur épuisement aux salariés de vivre. Cette méthode est peu encourageante en définitive pour les salariés qui ne sont plus incités à retrouver un emploi. Elle est de plus parfaitement illégale car les fonds en question sont destinés aux créanciers. Ceci est explicitement prévu par le Code de commerce. Cette manière de perturber le déroulement normal de la procédure collective est parfaitement anormale. Elle peut conduire à ruiner la situation des créanciers mais également celle des fournisseurs en définitive du crédit en général. Elle obère tout octroi de crédit par les établissements de crédit qui ne seraient évidemment plus assurés d'obtenir la restitution de ce qu'ils ont avancé même s'il existe des garanties sérieuses.

Les mandataires de justice qui verraient avec indifférence de telles pratiques ou qui les accepteraient implicitement ou non pourraient voir leur responsabilité engagée. Les fonds dont il est question ne leur appartiennent pas. Ils n'ont aucun pouvoir pour exprimer à ce sujet un accord quelconque. La décision prise par le juge-commissaire ne serait pas davantage légale. Le juge-commissaire doit appliquer la loi et ne saurait décider discrétionnairement du sort des disponibilités en caisse.

À tous égards et même dans l'intérêt des salariés eux-mêmes ce dévoiement doit être sévèrement dénoncé et contesté. Ce qui importe pour les salariés c'est la possibilité de retrouver du travail par un reclassement adapté à la suite, le cas échéant, d'un perfectionnement des connaissances ou d'une plus grande spécialisation. L'oisiveté ou des stages de perfectionnement irréalistes et sans espoir doivent être proscrits. La décision de la Cour de cassation ci-dessus relatée fait partie d'une dégradation contre l'interprétation légale et réglementaire portant sur le champ d'application et la portée de l'intervention de l'AGS. Il faut se méfier vivement car à force d'alourdir la barque celle-ci risque de couler ce qui réduirait à néant le dispositif régulateur de l'AGS avec les conséquences catastrophiques qui en résulteraient.

### 3 Conférence Générale des Juges Consulaires de France

Source : Conférence Générale des Juges Consulaires de France

Le Conseil d'administration de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, réuni le 10 décembre 2009, a élu son nouveau bureau pour deux ans comme suit :

**Président** : Jean-Bertrand Drummen (Président du Tribunal de Commerce de Nanterre)

**Vice-Président** : Édith Candelier (Président du Tribunal de Commerce de Clermont-Ferrand)

**Vice-Président** : Philippe Westrelin (Président du Tribunal de Commerce de Grasse)

**Secrétaire Général** : Gérard Meauxsoone (Président du Tribunal de Commerce de Lille)

**Trésorier** : Christian de Baecque (Président du Tribunal de Commerce de Paris)

#### 4 Chambre nationale des huissiers de justice

Source : *Chambre nationale des huissiers de justice*

La Chambre nationale des huissiers de justice a élu son nouveau bureau dirigeant qui entre en fonction le 1<sup>er</sup> janvier 2010.

Élus pour 6 ans, les 35 délégués de la Chambre nationale des huissiers de justice ont élu les 7 membres de l'instance dirigeante pour les deux prochaines années :

**Président** : Maître Jean-Daniel Lachkar

**Vice-Président** : Maître Jean-François Bauvin

**Secrétaire** : Maître Bernard Remuzat

**Trésorier** : Maître Patrick Sannino

**Secrétaire adjoint** : Maître Patrick Safar

**Trésorier adjoint** : Maître Pierre Beaudran

**Membre** : Maître Guy Duvelleroy

La Chambre nationale des huissiers de justice (CNHJ) :

Instaurée par l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'organisation professionnelle des huissiers de justice comprend les chambres départementales, régionales et nationale. La Chambre nationale des huissiers de justice est composée de 35 délégués représentant chacun un territoire de cour d'appel.

Le CNHJ a pour mission d'assurer la représentation des huissiers de justice auprès des pouvoirs publics, et à l'étranger auprès des organismes internationaux. Elle contracte également toutes les assurances nécessaires pour garantir l'ensemble des risques mis à la charge des huissiers de justice, organise la formation des collaborateurs et stagiaires en cursus initial et continu, enfin, la CNHJ organise les congrès, conférences, séminaires et colloques de la profession tels que les 25<sup>e</sup> Journées de Paris qui se sont tenues du 17 au 18 décembre 2009.

#### 5 Simplification de la mise à disposition du solde bancaire insaisissable

Source : *D. n° 2009-1694, 30 déc. 2009 ; JO 31 déc. 2009, p. 23110*

On se souvient que l'article 20 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a prévu que le titulaire d'un compte faisant l'objet d'une saisie conserve de plein droit la disposition d'une somme égale au montant forfaitaire du revenu garanti par le dispositif du revenu de solidarité active. Le Journal officiel du 31 décembre 2009 publie le décret n° 2009-1694 du 30 décembre 2009 dont l'objet est de mettre les dispositions réglementaires régissant les saisies des comptes bancaires en conformité avec cette loi. Cette mise en conformité s'accompagne d'une modification du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 qui a institué de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution. Ainsi, lorsqu'un compte fait l'objet d'une saisie, le tiers saisi doit laisser à la disposition du débiteur personne physique, sans qu'aucune demande soit nécessaire, et dans la limite du solde créditeur au jour de la saisie, une somme à caractère alimentaire d'un montant égal au montant forfaitaire, pour un allocataire seul, du revenu garanti par le dispositif du revenu de solidarité active. Il en avertit aussitôt le débiteur.

En cas de pluralité de comptes, il est opéré une mise à disposition au regard de l'ensemble des soldes créditeurs ; la somme est imputée, en priorité, sur les fonds disponibles à vue (*D. 31 juill. 1992, art. 46 nouv.*).

#### 6 Modifications procédurales en matière de procédure collective

Source : *D. n° 2009-1661, 28 déc. 2009 ; JO 30 déc. 2009, p. 22686*

Le décret n° 2009-1661 du 28 décembre 2009 est relatif aux frais de justice en matière commerciale et aux auxiliaires de justice. Pour l'essentiel, il s'applique aux procédures ouvertes à compter de l'entrée en vigueur du décret.

Le liquidateur, avant de percevoir le droit fixe qui lui est dû au titre de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, doit verser au greffier du tribunal de commerce une somme forfaitaire de 200 €, ce qui permettra la prise en charge plus fréquente de ces frais par le débiteur (*D. n° 2009-1661, art. 1<sup>er</sup> et art. 4, 2°*).

Le décret assure, pour les autorités judiciaires et le ministère de la Justice, un accès gratuit aux informations et actes délivrés par les greffes des juridictions consulaires, y compris lorsque cette consultation est opérée par voie électronique (*D. n° 2009-1661, art. 2 et 3 ;*

*C. com., art. R. 743-143 et R. 743-146*) ; dans ce dernier cas, la disposition est applicable aux consultations effectuées par voie électronique trois mois après l'entrée en vigueur du décret.

Il modifie le tarif des greffiers des tribunaux de commerce en matière d'admission de créances non contestées et précise celui des commissaires-priseurs judiciaires et des huissiers de justice en matière d'inventaires et de prises (*D. n° 2009-1661, art. 4, 1° et art. 5 et 6*).

En outre, il élargit le champ d'application de l'arrêt de l'exécution provisoire des décisions rendues en matière de procédures collectives que peut ordonner le premier président de la cour d'appel (*D. n° 2009-1661, art. 7*) et étend la possibilité pour le débiteur de solliciter la radiation des mentions relatives à la procédure de sauvegarde sur les registres et répertoires dans toutes les procédures en cours d'exécution à la date de sa publication (*D. n° 2009-1661 art. 8 ; applicable aux plans de sauvegarde en cours d'exécution*).

Il prévoit enfin une obligation de conformité des logiciels de comptabilité des huissiers de justice aux prescriptions d'un arrêté et leur certification par un commissaire aux comptes (*D. n° 2009-1661, art. 9*).

#### 7 Délais de paiement : rapport 2009 de l'observatoire

Source : *Observatoire des délais de paiement*

Le quatrième rapport 2009 de l'Observatoire des délais de paiement présenté par Jean Paul Betbeze relève que déjà dans les chiffres de 2008 étaient anticipés les effets à venir de la LME. Ainsi la moyenne des délais de paiement des clients des entreprises s'établit-elle à 54 jours de chiffre d'affaires en 2008 contre 56 en 2007, celle des fournisseurs représentant 61 jours contre 65 en 2007.

Toutes les enquêtes actuellement disponibles (celle de l'AFDCC – septembre 2009, d'Altares – premier trimestre 2009, de la DGCCIS – de juillet à septembre 2009, de la Fédération des centres de gestion agréés – juin 2009, de la Fédération des industries mécaniques – octobre 2009, d'Euler Hermes SFAC – de mai à septembre 2009) convergent sur le constat d'une réduction des délais de paiement à 10 jours.

L'article 21 de la LME ouvrait la possibilité de déroger temporairement à la loi pour que les entreprises puissent s'adapter progressivement aux nouveaux délais. 39 secteurs représentant 20 % de l'économie française sont actuellement concernés ; le décret relatif au secteur du disque va être prochainement publié.

Les mille contrôles effectués par la DGCCRF ont établi que 9/10èmes des entreprises ont respecté les nouveaux délais de paiement, les dépassements se limitant à 2 – 5 jours.

Le caractère stratégique de la réduction des délais de paiement a été réaffirmé, en particulier pour les PME et notamment dans le secteur des services – services aux entreprises, commerce, construction, biens intermédiaires... une économie chiffrée à environ 10 milliards.

Le rapport, porte son analyse sur les délais de paiement à l'international, soulignant la création d'un Observatoire – ESSEC en Asie, présentant la typologie des risques de paiement et les comportements de paiement en Europe.

#### 8 Bilan 2009 des défaillances d'entreprises

Source : *Altares, communiqué 19 janv. 2010*

**Défaillances.** – En 2009, 61 595 jugements d'ouverture de redressement ou de liquidation judiciaire directe ont été prononcés. Sur un an, les RJ & LJ ressortent en hausse de 11,4 % en 2009 contre 10,9 % en 2008.

Sur la décennie, le nombre de défaillances était resté contenu en-dessous de 50 000 par an avant de brutalement dépasser ce plafond en 2008 (55 300). En 2009, si la dégradation se poursuit, elle se maintient toutefois à un rythme à peine plus élevé que celui observé en 2008. En dépit de prévisions très alarmistes de quelques acteurs, les entreprises ont finalement mieux résisté à la conjoncture très défavorable. Plus exactement, la forte sinistralité des entreprises s'est concentrée sur un an ; second semestre 2008 et premier semestre 2009.

**Sauvegardes.** – Dans un contexte économique difficile, quatre ans après sa mise en place, la procédure de sauvegarde semble rencontrer son succès. Altares a recensé 1 452 sauvegardes (contre 701 en

2008 et à peine plus de 500 les deux premières années ; augmentation de 107 % sur un an).

De façon assez constante depuis sa mise en application, la procédure de sauvegarde est plutôt plébiscitée par les entreprises de petite taille. 57 % (823) emploient moins de 6 salariés. Cette tendance tend à se renforcer sur les micro-entreprises sans salarié. Il y a en 2009 trois fois plus de sauvegardes ouvertes sur ce type de structure qu'en 2008. Néanmoins, l'ampleur de la crise conduit à ce que les PME également recourent plus nombreuses à ce dispositif préventif. 74 PME de 50 à 99 salariés ont sollicité une sauvegarde ; c'est là encore trois fois plus qu'un an plus tôt.

## 9 Précisions sur la répartition des compétences entre le TGI et le tribunal d'instance

Source : D. n° 2009-1693, 29 déc. 2009 : JO 31 déc. 2009, p. 23109

Un décret n° 2009-1693 du 29 décembre 2009 relatif à la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance est paru au Journal officiel. Le TGI a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire lorsque le débiteur n'est ni commerçant ni immatriculé au répertoire des métiers (COJ, art. R. 211-4).

Le tribunal d'instance connaît des actions relatives à l'inscription et à la radiation sur le fichier national recensant les informations sur les

incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels prévu à l'article L. 333-4 du Code de la consommation (art. R. 221-39-1).

## 10 Renforcement des droits des passagers en cas de faillite des compagnies aériennes

Sources : PE, communiqué, 24 nov. 2009

Rev. dr. trans. 2010, alerte 6

Le Parlement européen a présenté le 25 novembre 2009 une résolution visant à protéger les passagers contre les faillites des transporteurs aériens. Les députés européens proposent à cette fin la création d'un fonds de garantie et la mise en place d'un système d'assurances pour les passagers et pour les transporteurs. Cette protection des passagers pourra aussi passer par un système de responsabilité mutuelle. Les compagnies desservant des destinations identiques à la compagnie faisant l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire s'engageront, si elles possèdent des sièges libres, à rapatrier les passagers bloqués dans des aéroports étrangers. Ce renforcement des droits est d'autant plus nécessaire selon le Parlement européen que les passagers victimes de faillites de transporteurs sont généralement des touristes, non habitués à ce type de difficultés, à la différence des hommes d'affaires.

Depuis 2000, soixante-dix-sept compagnies aériennes ont fait faillite.

## ● Veille législative → Du 1<sup>er</sup> décembre 2009 au 31 janvier 2010

DOMAINE	PUBLICATION	INTITULÉ
COMPÉTENCE	JO 31 déc. 2009, p. 23109	<b>D. n° 2009-1693, 29 déc. 2009</b> relatif à la répartition des compétences entre le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance
SAISIE	JO 31 déc. 2009, p. 23110	<b>D. n° 2009-1694, 30 déc. 2009</b> relatif à la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi
FINANCES	JO 31 déc. 2009, p. 22856	<b>L. n° 2009-1673, 30 déc. 2009</b> de finances pour 2010
PROCÉDURE	JO 30 déc. 2009, p. 22686	<b>D. n° 2009-1661, 28 déc. 2009</b> relatif aux frais de justice en matière commerciale et aux auxiliaires de justice
FIDUCIE	JO 26 déc. 2009, p. 22310	<b>D. n° 2009-1927, 23 déc. 2009</b> relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats
DETTES SOCIALES	JO 27 déc. 2009, p. 22523	<b>A. 23 déc. 2009</b> portant application de l'article 2 du décret n° 2009-1654 du 23 décembre 2009 relatif à la liste des informations à fournir pour bénéficier d'un sursis à poursuites et d'un plan d'apurement des dettes sociales
ENTREPRISE DE COMMUNICATION AUDIOVISUELLE	JO 18 déc. 2009, p. 21825	<b>L. n° 2009-1572, 17 déc. 2009</b> relative à la lutte contre la fracture numérique (art. 17)

## ● Veille des manifestations

Nice – 20 mars 2010

Centre Universitaire Méditerranéen  
65 Promenade des Anglais – 06000 Nice  
Journée nationale du CRAJEFF – CERDP  
**SÛRETÉS RÉELLES ET DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**  
Présidence de Madame Claire Favre  
Représentante du Premier Président de la Cour de cassation

Renseignements :

Secrétariat du CERDP  
Faculté de Droit, des Sciences Politiques, Économiques et de Gestion  
Avenue Doyen Louis Trotabas – 06050 Nice cedex  
Tél. : 04 92 15 71 65 – Fax : 04 92 15 71 67  
<http://www.unice.fr/CERDP/>

## ● Veille des publications

### NOTES DE LECTURE

par Philippe Roussel Galle

#### Dominique Legeais

**Sûretés et garanties de crédit : LGDJ, coll. Manuel, Lextenso éditions, 7<sup>e</sup> éd. 2009 (563 p.)**

Le droit des entreprises en difficulté n'est jamais bien loin du droit des sûretés, aussi signalons-nous cet ouvrage à nos lecteurs, bien évidemment à jour des dernières réformes du droit des procédures collectives mais également de la fiducie. L'auteur, professeur à l'Université Paris-Descartes, est un spécialiste reconnu du droit des sûretés, qui apporte ici une vision pragmatique de cette matière souvent réputée complexe. On en profitera pour signaler ci-dessous un autre ouvrage du même auteur.

#### Dominique Legeais

**Droit commercial et des affaires : Sirey, 18<sup>e</sup> éd. 2009 (578 p.)**

Dans lequel Dominique Legeais, tout en traitant des acteurs de la vie commerciale, de l'exercice de l'activité commerciale sous forme individuelle, des sociétés commerciales, du droit de la concurrence, des moyens de paiement et de crédit, des contrats conclus par les commerçants, consacre de substantiels développements au droit des entreprises en difficulté (7<sup>e</sup> partie, p. 489 à 556).

#### Marie-Laure Coquelet

**Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit : Dalloz, coll. hyper cours, 3<sup>e</sup> éd. 2010 (563 p.)**

La troisième édition de l'ouvrage de Marie-Laure Coquelet, Professeur à Nanterre, vient d'être publiée. Même si elle traite également des instruments de paiement et de crédit, plus de la moitié de son ouvrage (384 pages) est consacrée au droit des entreprises en difficulté, ce qui lui permet d'aborder la matière dans son ensemble. L'ouvrage, dont on soulignera la clarté, est pour ce qui concerne le droit des entreprises en difficulté, divisé en 14 chapitres. À la fin de chacun d'entre eux, le lecteur trouvera un bref mémo particulièrement utile, mais également un « quid », une bibliographie et des exercices corrigés. Cet ouvrage qui, pour reprendre la quatrième de couverture, « s'adresse principalement aux étudiants en master en droit ou AES, à ceux des écoles de commerce ainsi qu'aux candidats à l'examen d'entrée au CRFPA » devrait en outre, selon nous, être utile aux étudiants qui souhaitent préparer les examens d'accès aux stages et aux professions d'administrateurs judiciaires ou mandataires judiciaires et plus généralement à tous ceux qui souhaitent aborder une matière devenue d'une grande complexité.

#### Corinne Saint-Alary-Houin

**Droit des entreprises en difficulté : Montchrestien, Domat, Droit privé, 6<sup>e</sup> éd. 2009 (896 p.)**

Parmi les ouvrages désormais bien connus, on signalera la dernière édition de l'ouvrage du Professeur Corinne Saint-Alary-Houin. Traitant dans une première partie des techniques de prévention et de règlement consensuel ou administratif des difficultés des entreprises, cet ouvrage consacre sa seconde partie au régime de la sauvegarde, et du redressement et de la liquidation judiciaires. Bien évidemment à jour des dernières réformes, ce livre, devenu un « classique » dans notre domaine, puisqu'il s'agit de la sixième édition, fait une analyse complète et détaillée de toutes les techniques juridiques permettant de traiter les difficultés des entreprises.

Étudiants et acteurs de la vie économique y trouveront donc de précieux et utiles enseignements.

L'auteur est une spécialiste reconnue du droit des entreprises en difficulté, et il suffira de rappeler qu'elle est Professeur agrégée des facultés de droit à Toulouse I Capitole où elle codirige le centre de droit des affaires (CDA) et de recherche sur les entreprises en difficulté (CREDIF), véritable « école » du droit des entreprises en difficulté bien connue de par ses membres, ses recherches et ses colloques.

### BIBLIOGRAPHIE

**Abbatucci Séverin**, L'influence de la crise sur les garanties des constructeurs et des sous-traitants : *RD imm.* 2010, p. 31.

**Actes du Colloque**, Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne, Paris, 19 mars 2009 : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237.

**André Marc**, L'accès à la profession en France, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 29.

**Antonini-Cochin Laetitia**, Les garants et le conjoint. Le conjoint : *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 43.

**Barbiéri Jean-Jacques**, Exploitations en difficulté. Société en sommeil et procédure collective (CA Pau, 5 mai 2009) : *RD rur.* 2009, comm. 160.

**Beguery Marc**, Les commissions de surendettement : *Rev. Trésor* 2009, p. 963.

**Beynéix Isabelle et Rovinski Jean**, Reclassement : l'employeur ne peut limiter ses offres en fonction de la volonté présumée de l'intéressé de les refuser (Cass. soc., 25 nov. 2009, n° 08-42.755, F-P+B) : *JCP S* 2010, 1012.

**Bidan Christophe**, Les organes de la procédure. L'administrateur judiciaire et le commissaire à l'exécution du plan : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 9.

**Bienvenu Sandra**, Dossier « Mode d'emploi ». Négociation des délais ou des remises avec ses créanciers publics : *La lettre de l'OCED*, n° 34, oct. 2009, p. 21.

**Bonhomme Régine**, L'établissement de crédit dans les procédures collectives. Instruments de crédit et de paiement : *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 31.

**Bourbouloux Hélène**, Introduction et conditions d'exercice des AJMJ en France, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 41.

**Cabrillac Michel et Pétel Philippe**, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises : *JCP E* 2010, 1011.

**Carriat Jérôme**, Convergences et divergences dans la mise en œuvre de la garantie du règlement des créances de salaire en cas d'insolvabilité de l'employeur. Le regard de la Commission européenne (DG Justice, Liberté, Sécurité), in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 83.

**Caverni Golfredo**, Italie : Le traitement préférentiel que le système juridique italien réserve aux travailleurs indépendants, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 73.

**Curavic Marko**, Convergences et divergences dans la mise en œuvre de la garantie du règlement des créances de salaire en cas d'insolvabilité de

l'employeur. Le regard de la Commission européenne (DG Entreprises et industrie), in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 79.

**Dallemagne Anne-Sophie**, La force contraignante de la clause de réserve de propriété (Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-15.048) : *JCP G* 2009, 566.

**Dammann Reinhard**, La loi de sauvegarde à l'épreuve du droit des sociétés. Propos introductifs : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1108, § 225.

**Dammann Reinhard et Podeur Gilles**, La conversion de créances en capital dans les entreprises en difficulté : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1126, § 229.

**Dammann Reinhard et Robinet Mylène**, La sauvegarde, un outil pour protéger les associés du débiteur ? : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1116, § 227.

**Daudier de Cassini Jean-Dominique et Noury Anne-Sophie**, Obligataires et procédures collectives : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1123, § 228.

**Delebecque Philippe**, La responsabilité du fiduciaire : *Dr. et patrimoine-nov.* 2009, n° 186, p. 42.

**Dupichot Philippe**, L'unicité du patrimoine aujourd'hui. Observations instructives : *JCP N* 2009, 1356.

**Duprat Philippe et Gailhbaud Christine**, La situation des salariés : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 31.

**Durand Silvain**, Les professionnels libéraux ne sont pas des entreprises en difficulté comme les autres... (CA Nîmes, 2<sup>e</sup> ch., sect. B, 22 juin 2009) : *JCP G* 2009, 576.

**Eeckhoudt Marjorie**, La prévention de la faillite bancaire : *LPA* 14 janv. 2010, p. 3.

**Fasquelle Daniel**, Quelles convergences pour la profession de syndic et pour le traitement des entreprises en difficulté dans l'Union européenne ?, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 8.

**Ferre Juan**, L'exercice de la profession de syndic de faillite en Espagne, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 31.

**Fornal Zbigniew**, Pologne : Pérennité de l'entreprise : plan de continuation ou cession ?, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 64.

**Fricero Natalie**, Les aspects procéduraux et les voies de recours : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 14.

**Gailhbaud Christine**, Délivrance de l'attestation pour l'assurance chômage et paiement de créances salariales : l'étendue du domaine d'intervention du liquidateur judiciaire (Cass. com., 23 sept. 2009) : *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 9. – La situation des salariés : *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 36.

**Gerber-Lemaire Martine**, Nouveau départ et traitement des difficultés des entreprises au Luxembourg, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 86.

**Godfrey Patricia**, Comment devenir syndic agréé au Royaume-Uni ?, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 22.

**Gorrias Stéphane**, Les organes de la procédure. Le liquidateur judiciaire : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 13.

**Hermann Ottmar**, Allemagne : Comment intervenir au plus tôt pour sauver les entreprises ?, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 57.

**Henry Laurence-Caroline**, La période d'observation. Délimitation des créances antérieures et postérieures : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 15. – *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 18.

**Huertas Xavier**, Comment intervenir au plus tôt pour sauver les entreprises ? Introduction, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 68.

**Inacio Emmanuelle et Mailly Myriam**, Ouverture : Étude de droit comparé du statut de syndic dans les 27 États membres de l'Union européenne ?, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 13.

**Jamin Christophe**, Les syndicats en Europe : quelques interrogations autour du thème de la convergence des statuts, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 45.

**Jazottes Gérard**, La situation favorable du débiteur : les apports de la réforme, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 63.

**Katz Muriel**, L'intérêt d'accroître l'information relative aux entreprises en difficulté : *D.* 2009, p. 2852.

**Kantner Hans-Georg**, Institution de garantie des créances de salaire en cas d'insolvabilité de l'employeur en Autriche, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 69.

**Kendérian Fabien**, La période d'observation. Bail commercial et procédures collectives : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 16. – *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 20.

**Lebel Christine**, L'ouverture d'une procédure de sauvegarde : Thomson SA : *JCP E* 2009, act. 604. – Distinction entre le refus de payer et la cessation des paiements (CA Angers, ch. com., 17 mars 2009) : *RD rur.* 2009, comm. 161. – Les issues de la procédure. Plans de continuation, de sauvegarde et de redressement : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 18. – *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 22.

**Le Cannu Paul**, La poursuite de l'activité, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 68.

**Le Corre Pierre-Michel**, Les garants et le conjoint. Cautions, codébiteurs et garants : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 38 ; *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 39. – L'apparition de l'état de cessation des paiements et la résolution d'un plan arrêté au profit de diverses sociétés à patrimoines confondus : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1137, § 230.

**Le Corre-Broly Emmanuelle**, Les créanciers antérieurs. Déclaration, vérification et admission des créances : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 26. – *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 27. – Les propriétaires : *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 44.

**Legais Dominique et Cerles Alain**, Garanties du crédit : *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 188 à 196.

**Legrand François**, Mise en œuvre des sûretés, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 74.

**Legrand Isabelle**, La fiducie-sûreté : le bilan de l'aventure législative de 3 ans : *Banque & droit nov.-déc.* 2009, n° 128, p. 19.

**Legros Jean-Pierre**, Sociétés en difficulté : *Dr. sociétés* 2009, comm. 230 à 232.

**Lienhard Alain**, Extinction de la créance causée par la fraude du débiteur (Cass. com., 17 nov. 2009, n° 08-11.198) : *D.* 2009, p. 2861. – Intervention des prescriptions résultant de l'admission d'une créance (Cass. com., 17 nov. 2009, n° 08-16.605) : *D.* 2009, p. 2805. – Déclaration des créances : caution subrogée après paiement (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009) : *D.* 2009, p. 2928. – Ouverture d'une sauvegarde pour Thomson (T. com., Nanterre, 30 nov. 2009) : *D.* 2009, p. 2929. – Faillite personnelle : pluralité de griefs et proportionnalité de la sanction (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009) : *D.* 2010, p. 7. – Plan de cession : recours en cas de cession de contrat (Cass. com., 15 déc. 2009, 3 arrêts) : *D.* 2010, p. 11. – Défaut d'inventaire : incidence en cas de revendication (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-13.187) : *D.* 2010, p. 12. – Annulation du jugement d'ouverture pour irrégularité de la saisine (Cass. com., 17 nov. 2009) : *D.* 2009, p. 2930. – Recours-nullité : qualité de partie (Cass. com., 17 nov. 2009) : *D.* 2009, p. 2930.

**Lofalk Guy**, La garantie des salaires en droit suédois, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 74.

**Macorig-Venier Francine**, Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés : *Dr. et patrimoine janv. 2010*, n° 188, p. 26.

**Marshall Jane**, Le choix, la nomination, le contrôle et la rémunération des syndicats de faillite en Irlande, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 36.

**Martin Pierre**, Déclaration d'insaisissabilité et liquidation judiciaire : *Procédures* 2010, étude 1.

**Météyé Thierry**, Convergences et divergences dans la mise en œuvre de la garantie du règlement des créances de salaire en cas d'insolvabilité de l'employeur. Introduction, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 77.

**Mascala Corinne**, Réforme du régime des sanctions, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 85.

**Mastrullo Thomas**, Principe de proportionnalité et faillite personnelle (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-17.187) : *JCP G* 2009, 564.

**Monsérié-Bon Marie-Hélène**, Les objectifs de la réforme, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 51.

**Montéran Thierry**, Les sanctions. Les sanctions civiles : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 44 ; *Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010*, p. 45.

**Montravers Marie-Hélène**, Faciliter le rebond du chef d'entreprise en France, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le

traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 90.

**Panzani Luciano**, Les conditions d'exercice des syndics de faillite en Italie, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 34.

**Pérochon Françoise**, Les propriétaires : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 40.

**Pétel Philippe**, Les nouveaux critères d'ouverture, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 59.

**Piedelièvre Stéphane**, Recouvrement des créances – Surendettement : *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 204 à 209.

**Pierre Jean-Luc**, L'entreprise à patrimoine affecté : la résurgence d'un serpent de mer : *JCP E* 2009, 2184.

**Prager Martin**, Comment devient-on administrateur de l'insolvabilité en Allemagne ?, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 27.

**Raymond Guy**, Nature juridique de la commission de surendettement (CA Angers, 2 juin 2009) : *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 301. – Appréciation de la bonne foi dans la procédure de rétablissement (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 2009) : *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 29. – L'APA n'entre pas dans le calcul des ressources du surendetté (CA Paris, 22 sept. 2009) : *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 30. – Recommandations et saisie immobilière (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 juin 2009) : *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 31.

**Reifeferste Stephan**, Nature de l'action en paiement exercée par le vendeur initial bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété à l'encontre du sous-acquéreur (Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-15.048) : *JCP E* 2009, 2144.

**Reille Florence**, L'ouverture de la procédure : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 3. – *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 15.

**Robaczewski Corinne**, Les sanctions. Les sanctions pénales : *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 47.

**Rohart-Messager Isabelle**, Les créanciers antérieurs. Situation générale. Arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 23. – La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce : *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 5.

**Rolland Blandine**, Absence d'effet dévolutif permettant à la cour d'appel d'ouvrir d'office une liquidation judiciaire (Cass. com., 17 nov. 2009, n° 08-15.693) : *Procédures* 2010, comm. 14. – Admission de créances et impartialité de la cour d'appel (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 nov. 2009, n° 08-18.029) : *Procédures* 2010, comm. 15. – Clôture de la procédure et reprise des poursuites individuelles (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 09-11.581) : *Procédures* 2010, comm. 16. – Interruption des poursuites et reprise d'une instance devant le juge de proximité (Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-20.490) : *Procédures* 2010, comm. 17.

**Roussel Frédéric**, Combinaison fiducie et entreprise à patrimoine affecté : le regard de l'entrepreneur : *JCP N* 2009, 1361.

**Roussel Galle Philippe**, Le droit des entreprises en difficulté après les réformes du 26 juillet 2005 et du 18 décembre 2008 : *Rev. Trésor* 2009, p. 955. – Les plans : apports de la réforme, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 79. – Les créanciers antérieurs. Interdiction des paiements : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 24. – *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 26. – Associés, dirigeants et plans de continuation dans la société en difficulté : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1109, § 226. – La faillite personnelle à l'épreuve du principe de proportionnalité (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-17.187, FS P+B+R+I) : *JCP G* 2010, 55.

**Routier Richard**, L'établissement de crédit dans les procédures collectives. La responsabilité de l'établissement de crédit : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 30 ; *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 33.

**Saint-Alary-Houin Corinne**, Propos conclusifs, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 91. – L'influence de la crise sur l'exécution des contrats et la mise en œuvre des procédures collectives : *RD imm.* 2010, p. 34.

**Staes Olivier**, Clarification et harmonisation du traitement procédural des entreprises en difficulté, in La réforme du droit des entreprises en difficulté. Adaptations et nouveautés : *Dr. et patrimoine déc.* 2009, n° 187, p. 53.

**Stanescu Arin Octav**, La loi-cadre des activités des praticiens de l'insolvabilité en Roumanie, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 24.

**Sortais Jean-Pierre**, Procédures collectives : recours de la caution (Cass. com., 22 sept. 2009) : *LPA* 22 déc. 2009, n° 20, p. 20. – Les conditions de la faillite personnelle (Cass. com., 22 sept. 2009) : *LPA* 30 déc. 2009, n° 260, p. 10.

**Strong Elizabeth**, Nouveau départ et traitement des difficultés des entreprises aux États-Unis, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 84.

**Taylor Stephen**, Angleterre : Pérennité de l'entreprise : plan de continuation ou cession ?, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 61.

**Teboul Georges**, La dépossession des actionnaires comme mode de traitement des difficultés d'une entreprise : *JCP E* 2009, 2171.

**Thévenot Christophe**, Les remises de dettes des créanciers publics dans le cadre de la loi de sauvegarde : *La lettre de l'OCED*, n° 34, oct. 2009, p. 17.

**Tomasin Daniel**, L'influence de la crise sur les garanties des acquéreurs : *RD imm.* 2010, p. 41.

**Jean-Philippe Tricoire**, La compensation judiciaire des créances connexes dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (Cass. com., 30 juin 2009) : *LPA* 8 janv. 2010, p. 6.

**Vallansan Jocelyne**, Quel sort pour les frais irrépétibles et les dépens dans les instances en cours, créances postérieures inutiles ? (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 oct. 2009) : *JCP E* 2009, 2194.

**Vallender Heinz**, Nouveau départ pour le débiteur en Allemagne, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 88.

**Vallens Jean-Luc**, Pour la CJCE, l'action en revendication ne s'insère pas dans la procédure collective (CJCE, 10 sept. 2009) : *D.* 2009, p. 2782. – Rapport de synthèse, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 93.

**Varanelli Luigi**, L'exercice de la profession de syndic de faillite et leur rémunération en Slovénie, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 32.

**Voitot Denis**, Les issues de la procédure. Liquidation judiciaire : *Gaz. Pal. proc. coll.* 2009, n° 4, 1<sup>er</sup>-3 nov. 2009, p. 19. – *Gaz. Pal.* 8-9 janv. 2010, p. 23.

**Wind Hans J.**, Les syndics de faillite aux Pays-Bas, in Actes du Colloque « Quelles convergences pour améliorer le traitement des difficultés des entreprises dans l'Union européenne ? » : *LPA* 27 nov. 2009, n° 237, p. 26.

## REVUE DES THÈSES

La *Revue des Procédures Collectives Civiles et Commerciales* publie une rubrique « Revue des Thèses » destinée à présenter les thèses soutenues en droit des procédures collectives et droit du surendettement ou sur des sujets pouvant intéresser ces matières.

Les personnes qui ont soutenu leur thèse depuis environ un an et qui souhaitent la voir signalée et présentée peuvent prendre contact avec la *Revue des Procédures Collectives Civiles et Commerciales* aux adresses postale et électroniques indiquées ci-dessous. Elles devront adresser leur thèse accompagnée d'un bref résumé (une page dactylographiée maximum).

marie-france.bonneau@lexisnexis.fr

philippe.roussel-galle@laposte.net

Marie-France Bonneau - LexisNexis SA - 141 rue de Javel - 75747 PARIS Cedex 15

# 1 Actualité jurisprudentielle

## 1<sup>er</sup> novembre – 31 décembre 2009

Florent PETIT,

maître de conférences à l'université de Caen Basse-Normandie,  
membre du CRDP

La fin de l'année 2009 fait place à de nombreux arrêts portant sur la question des voies de recours ouvertes contre le jugement arrêtant le plan de cession (n° 11 à 14). Signalons également deux arrêts intéressants admettant la possibilité pour le créancier, qui, sous l'empire de la loi antérieure, voit sa créance éteinte faute de l'avoir déclarée, d'exercer une action en responsabilité délictuelle contre le débiteur qui l'aurait intentionnellement omis de la liste des créanciers (n° 7). Enfin, la Cour de cassation tire les conséquences du mécanisme de la subrogation en décidant que le subrogé est en principe le seul à pouvoir exercer les demandes en justice concernant sa créance à l'encontre du débiteur en procédure collective (n° 2 et 3).

### 1 - Extension de procédure pour confusion des patrimoines ou fictivité. – Auteur de la saisine. – Administrateur judiciaire (oui). – Loi de 2005 (régime antérieur à l'ordonnance de 2008).

L'administrateur judiciaire a qualité pour exercer l'action visant à étendre la procédure collective d'une personne à une autre sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité (C. com., art. L. 621-2, al. 2 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008). Cette solution est désormais consacrée par la loi qui prévoit que l'extension de la procédure peut être prononcée à la demande de l'administrateur, ainsi que du mandataire judiciaire, du ministère public ou encore d'office (C. com., art. L. 621-2, al. 2 dans sa rédaction issue de l'ordonnance précitée) (Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20.934, n° 1188, F-P+B, Sté Mediterranean Fruit Juices et a. c/ SCP Douhaire-Avazeri et a. : *JurisData* n° 2009-050788 ; Rejet CA Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch. C, 18 sept. 2008).

### 2 - Créance antérieure au jugement d'ouverture. – Reprise des instances en cours aux fins de fixation du montant de la créance. – Reprise de plein droit. – Conditions. – Appel en cause du mandataire judiciaire. – C. com., art. L. 622-22 et R. 622-20.

Sous réserve des dispositions relatives aux instances devant la juridiction prud'homale, les instances en cours à la date du jugement d'ouverture du redressement judiciaire qui tendent à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont reprises de plein droit une fois que la déclaration de créance aura été réalisée et que le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan, auront été dûment appelés. Ces instances n'auront alors plus pour objet le paiement d'une somme d'argent mais tendront uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant (C. com., art. L. 622-21, L. 622-22, R. 622-20 et R. 631-22). Est donc logiquement cassé le jugement déclarant irrecevable l'action en réparation formée avant l'ouverture de la procédure, par un demandeur ayant déclaré sa créance et appelé en cause le mandataire judiciaire et l'administrateur, aux motifs que le juge-commissaire est seul compétent pour statuer sur les déclarations de créances et qu'il n'appartient pas à la juridiction de proximité de se substituer au juge-commissaire en empiétant sur ses attributions (Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-20.490, n° 996, F-P+B, David c/ Sté Laureau et Jeannerot es qualités et a. : *JurisData* n° 2009-050158 ; Cass. J. proximité Rambouillet, 15 mai 2008, renvoi J. proximité Versailles).

### 3 - Subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré indemnisé. – Action de l'assuré en fixation d'une créance. – Irrecevabilité.

Une fois qu'il a indemnisé son assuré, l'assureur se trouve subrogé dans ses droits. De son côté, l'assuré n'a plus qualité pour agir contre son débiteur, sauf convention expresse ou tacite l'habilitant à agir en justice dans l'intérêt de son assureur. L'assuré est donc irrecevable à agir en justice pour solliciter la fixation de sa créance dont il a été indemnisé au passif de la procédure collective de son débiteur (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-20.656, n° 1138, FS-P+B+R, Sté Direct Océan c/ Sté L'Espadon et a. : *JurisData* n° 2009-050597 ; Rejet CA Douai, 2<sup>e</sup> ch. civ., sect. 2, 16 sept. 2008).

### 4 - Déclaration des créances. – Auteur de la déclaration. – Déclaration du subrogeant. – Caution subrogée. – Paiement réalisé avant l'ouverture de la procédure collective du débiteur.

Une fois qu'elle a payé tout ou partie de la dette qu'elle garantit, la caution se trouve, par l'effet subrogatoire de son paiement, investie des droits et actions du créancier, subrogeant, à due concurrence du paiement effectué. Lorsque, postérieurement à ce paiement, une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur, la caution, subrogée dans les droits de ce dernier, a seule qualité pour déclarer sa créance. Le créancier subrogeant n'est admis à agir en ses lieu et place qu'en vertu d'une convention lui conférant le pouvoir de le faire et doit respecter les conditions propres à la déclaration de créance par un tiers. À défaut d'une telle convention, la caution subrogée ne peut se prévaloir de la déclaration effectuée par le créancier subrogeant, ce dernier n'ayant plus qualité pour agir (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-12.806 et 08-12.811, n° 1139, FS-P+B+R, Sté MAAF Assurances c/ Rimbaud et a. : *JurisData* n° 2009-050598 ; Rejet CA Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch. civ., 16 janv. 2008).

### 5 - Déclaration des créances. – Coemployeurs. – Délégation de pouvoir à un préposé.

Pour qu'un préposé puisse déclarer la créance de son employeur, il n'a pas à justifier d'un pouvoir spécial émanant du représentant légal de la société créancière. Il suffit que le préposé soit investi d'une délégation régulière l'autorisant à effectuer des déclarations de créance pour le compte du créancier. Lorsqu'une personne est responsable d'un service contentieux commun à deux sociétés, il convient de considérer qu'elle est préposée de deux coemployeurs et peut sur simple délégation de l'une de ces sociétés déclarer la créance de cette dernière (Cass. com., 17 nov. 2009, n° 07-21.257, n° 1067, FS-P+B, SCP Berlioz & Co c/ SA Franfinance location : *JurisData* n° 2009-050356 ; Rejet CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. civ., 18 oct. 2007).

### 6 - Déclaration des créances. – Décision d'admission des créances au passif. – Effets. – Interruption de prescription. – Interven-

### sion de prescription-. Opposabilité au constituant d'une sureté réelle (oui).

La déclaration de créance au passif emporte un effet interruptif de la prescription de la créance. Lorsque les règles antérieures à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile sont applicables, la décision d'admission de créance possède également un effet interservif de prescription. Ces deux effets sont opposables au constituant d'une sureté réelle consentie dans le but de garantir la créance ainsi admise (*Cass. com.*, 17 nov. 2009, n° 08-16.605, n° 1068, FS-P+B, Société Générale c/ SCP du Brinon : *JurisData* n° 2009-050357 ; *Act. proc. coll.* 2010-1, comm. 9, note P. Cagnoli ; *Cass. CA Lyon*, 6<sup>e</sup> ch. civ., 19 juin 2008, renvoi CA Lyon).

### 7 - Déclaration des créances. – Absence. – Extinction de la créance. – Dissimulation intentionnelle d'un créancier par le débiteur. – Réparation du préjudice du créancier. – Responsabilité délictuelle du débiteur.

Le créancier qui n'a pas bénéficié de l'avertissement aux créanciers connus d'avoir à déclarer leur créance par suite de son omission de la liste certifiée des créanciers et du montant des dettes subit un préjudice lié à l'extinction de sa créance. La Cour de cassation admet qu'après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, ce créancier est recevable à agir contre le débiteur en réparation du dommage subi sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La mise en jeu de cette responsabilité délictuelle suppose qu'il établisse que ce dernier a commis une fraude en dissimulant intentionnellement sa dette. Pour autant le montant des dommages-intérêts que le créancier peut réclamer au titre de la réparation de son préjudice ne correspond pas nécessairement au montant de la créance éteinte (*Deux espèces* : *Cass. com.*, 17 nov. 2009, n° 08-11.198, n° 1069, FS-P+B, Broche et a. c/ Gervais : *JurisData* n° 2009-050358 ; *Cass. CA Orléans*, 12 nov. 2007, renvoi CA Bourges. – *Cass. com.*, 17 nov. 2009, n° 07-21.157, n° 1070, FS-P+B, Perrot c/ Herviaux et a. : *JurisData* n° 2009-050457 ; *Cass. CA Rennes*, 2<sup>e</sup> ch. com., 18 sept. 2007, renvoi CA Rennes. – *Sur ces deux espèces*, V. note P. Cagnoli : *Act. proc. coll.* 2010-1, comm. 4).

### 8 - Revendication. – Bien en nature au jour du jugement d'ouverture de la procédure. – Absence d'inventaire. – Charge de la preuve.

Lorsque la personne désignée par le tribunal pour établir l'inventaire qui doit être dressé dès l'ouverture de la procédure collective n'accomplit pas la mission qui lui est confiée, il n'est pas fait obstacle à l'exercice des actions en revendication et restitution (*C. com.*, art. L. 622-6, al. 5). Aussi, à défaut de réalisation de la formalité obligatoire d'inventaire, la preuve que les biens revendiqués n'existaient plus en nature au jour de l'ouverture de la procédure collective, incombe au liquidateur, représentant la société débitrice (*Cass. com.*, 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-13.187, n° 1125, F-P+B, BNP Paribas Lease Group c/ Brénac : *JurisData* n° 2009-050593 ; *Cass. CA Toulouse*, 2<sup>e</sup> ch. civ. sect. 2, 8 janv. 2008, renvoi CA Toulouse).

### 9 - Continuation des contrats en cours. – Contrat d'assurance. Mise en demeure de payer. – Paiement partiel des primes. – Résiliation (non).

Suite au prononcé de la liquidation judiciaire, un contrat d'assurance est continué. Après avoir adressé au liquidateur une mise en demeure de payer les primes qui lui sont dues, l'assureur ne reçoit qu'un règlement partiel correspondant à la période postérieure au jugement d'ouverture de la procédure. La mise en demeure adressée par l'assureur postérieurement au jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire pour le paiement de primes échues pour partie antérieurement à ce jugement est sans effet sur la résiliation du contrat. En effet, le jugement d'ouverture d'une procédure collective emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement à ce jugement (*C. com.*, art. L. 622-7) (*Cass. com.*, 17 nov. 2009, n° 08-19.537, n° 1054, F-P+B, Sté MMA IARD c/ Rafoni ès qualités : *JurisData* n° 2009-050355 ; *Rejet CA Aix-en-Provence*, 8<sup>e</sup> ch. C, 30 avr. 2008).

### 10 - Règles antérieures à la Loi de 2005. – Plan de cession. – Détermination de l'actif cédé. – Report en arrière du déficit (carry back). – Créance incessible et inaliénable. – CGI, art 220 quinquies.

La créance de report en arrière des déficits est inaliénable et incessible (*CGI*, art. 220 quinquies, I, al. 6). Par conséquent, lorsque cette créance fait partie de l'actif d'un débiteur en redressement judiciaire, elle ne peut faire partie de l'actif cédé dans le cadre d'un plan de cession arrêté par le tribunal (*Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-13.419, n° 1242, FP-P+B, Lagarde c/ Clément ès qualités : *JurisData* n° 2009-05792 ; *Rejet CA Montpellier*, 2<sup>e</sup> ch, 20 nov. 2007).

### 11 - Arrêté du plan de cession. – Recours contre l'arrêt statuant sur l'appel du cocontractant de l'article L. 642-7 du Code de commerce. – Pourvoi en cassation. – Excès de pouvoir (non).

Il résulte de la combinaison des articles textes L. 661-6, III, et L. 661-7, alinéa 2, du Code de commerce que le contractant mentionné à l'article L. 642-7 du Code de commerce peut interjeter appel de la partie du jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise qui emporte la cession de son contrat. Le pourvoi en cassation contre l'arrêt statuant sur cet appel lui est fermé. En effet, ce pourvoi est réservé au ministère public. Il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir. (*Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-19.723, n° 1185, F-P+B, SCP Fosséon c/ Hervouet ès qualités et a. : *JurisData* n° 2009-05787 ; *Irrecevabilité CA Rennes*, 2<sup>e</sup> ch. com., 1<sup>er</sup> juill. 2008).

### 12 - Arrêté du plan de cession. – Contrat nécessaire au maintien de l'activité. – Contrat de nature à aggraver les engagements souscrits par le repreneur. – Contrat non mentionné dans l'offre de reprise. – Contrat non cédé. – Pourvoi en cassation. – Excès de pouvoir (non).

Le tribunal qui arrête le plan de cession est tenu de déterminer les contrats qui au sens de l'article L. 642-7 du Code de commerce sont nécessaires au maintien de l'activité. Le jugement du tribunal emporte une cession de ces contrats. Néanmoins, lorsqu'il constate que l'exécution d'un de ces contrats serait de nature à aggraver les engagements souscrits par le repreneur, dont l'offre ne mentionne pas la reprise de ce contrat, le tribunal ne peut imposer sa cession (*C. com.*, art. L. 626-10, al. 3). Le cocontractant de l'article L. 642-7 du Code de commerce ne peut, sauf excès de pouvoir, exercer un pourvoi en cassation contre l'arrêt confirmant le jugement arrêtant le plan. Cette voie de recours est réservée au ministère public (*C. com.*, art. L. 661-7, al. 2) (*Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-21.235, n° 1191, F-P+B, Sté Servipalm c/ Sté Fructicom et a. : *JurisData* n° 2009-05789 ; *Irrecevabilité CA Pau*, 2<sup>e</sup> ch, sect. 1, 18 sept. 2008).

### 13 - Jugement arrêtant le plan de cession. – Cession de biens grevés d'une sureté réelle spéciale. – Irrecevabilité de l'appel du créancier. – Créancier de l'article L. 642-7 du Code de commerce (non). – Excès de pouvoir (non).

En vertu de l'article L. 642-12 du Code de commerce, lorsque des biens sont grevés d'une sûreté mobilière ou immobilière spéciale garantissant le remboursement du crédit ayant permis leur financement, le créancier conserve sa garantie. Le cessionnaire doit alors supporter le paiement des échéances restant dues. Pour autant, le créancier titulaire d'une telle garantie n'est pas nécessairement un cocontractant de l'article L. 642-7 du Code de commerce. S'il ne l'est pas, il ne peut exercer un appel contre le jugement arrêtant le plan de cession totale des actifs d'un débiteur en liquidation judiciaire qu'à condition que cette décision soit entachée d'excès de pouvoir (*C. com.*, art. L. 661-6, III) (*Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-21.553, n° 1202, FS-P+B, Banque Scalbert Dupont-CIN c/ Doutressoulle et a. : *JurisData* n° 2009-05790 ; *Irrecevabilité CA Caen*, 1<sup>re</sup> ch. sect. civ. et com., 9 oct. 2008).

### 14 - Liquidation judiciaire. – Vente d'immeuble de gré à gré. – Recours contre le jugement statuant sur l'ordonnance du juge-commissaire. – Excès de pouvoir (non).

La Cour de cassation rappelle un principe bien établi au visa des articles L. 623-5 et L. 622-16 du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à la Loi de sauvegarde des entreprises. Le jugement statuant sur le recours formé contre une ordonnance rendue par le juge-commissaire décidant de la vente d'un immeuble de gré à gré en application de l'article L. 622-16 n'est susceptible d'un appel ou d'un pourvoi en cassation que de la part du ministère public. Faute de pouvoir relever en l'espèce l'existence d'un excès de pouvoir, le pourvoi formé par le liquidateur amiable de la société en liquidation judiciaire est irrecevable (*Cass. com.*, 3 nov. 2009, n° 07-14.993, n° 1007, FS-P+B, Fabre c/ Hauguel : *JurisData* n° 2009-050159 ; *Irrecevabilité CA Versailles*, 13<sup>e</sup> ch. civ., 8 mars 2007).

**15 - Faillite personnelle. – Multiplicité des comportements justifiant la sanction. – Qualité de commerçant contestée. – Principe de proportionnalité.**

La sanction de faillite personnelle peut être prononcée dans l'un des cas visés aux articles L. 625-3 et L. 625-5 (anciens) du Code de commerce. Elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Lorsque plusieurs comportements prévus par ces textes peuvent être recensés par les juges, chacun d'entre eux doit être légalement justifié. Se trouve ainsi cassée pour défaut de base légale la décision des juges du fond prononçant une sanction de faillite personnelle de dix ans à l'encontre du débiteur fondée sur l'absence de tenue d'une comptabilité régulière et l'omission de déclaration de la cessation des paiements. Il leur est reproché de ne pas s'être expliqués sur la qualité de commerçant du débiteur, qualité contestée par ce dernier, qui constitue une condition nécessaire pour retenir à son encontre le défaut de tenue d'une comptabilité régulière (*Cass. com.*, 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-17.187, n° 1136, FS-P+B+R+I, Delaval c/ Deltour ès qualités : *JurisData* n° 2009-050595 ; *Cass. partielle CA Reims*, ch. civ, 1<sup>re</sup> sect., 10 mars 2008).

**16 - Règles antérieures à la Loi de 2005. – Insuffisance d'actif. – Faute de gestion. – Multiplicité des comportements justifiant la sanction. – Principe de proportionnalité.**

Lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion, même unique, ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées par ses dirigeants. Le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Néanmoins, conformément au principe de proportionnalité, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif sont retenues, chacune d'entre elles doit être légalement justifiée. La décision condamnant un dirigeant pour ne pas avoir déclaré l'état de cessation des paiements de sa

société sans caractériser l'état de cessation des paiements de cette dernière doit donc être cassée (*Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-21.906, n° 1142, FS-P+B+R+I, M. X c/ Canet ès qualités : *JurisData* n° 2009-050876 ; *Cass. CA Versailles*, 13<sup>e</sup> ch. civ., 25 oct. 2007, renvoi *CA Versailles*).

**17 - Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité. – Déclaration de créance par le préposé d'une société. – Loi applicable. – Délégation de pouvoir. – Preuve de la délégation. – Attestation postérieure à l'expiration du délai de déclaration.**

Aux termes de l'article 4, § 2, h du Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité (*Comm.*, CE n° 1346/2000, 29 mai 2000), c'est la loi de l'État d'ouverture d'une procédure qui régit les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Lorsque la procédure est ouverte en France, c'est le droit français qui règle les questions concernant la production, la vérification et l'admission des créances. En droit français, la déclaration de créance, que possède une société contre un débiteur, peut être effectuée par ses représentants légaux ou bien par tout préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte. La preuve de cette délégation peut être établie en fournissant une attestation des représentants légaux de la société créancière, certifiant que le préposé déclarant dispose d'une délégation de pouvoir à cette fin émanant d'un organe ayant qualité pour la donner. Cette attestation peut être délivrée postérieurement à l'expiration du délai de déclaration des créances (*Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-14.949, n° 1203, FS-P+B, Sté Aenix et a. c/ Sté Access Graphics BV : *JurisData* n° 2009-05791 ; *Rejet CA Paris*, 3<sup>e</sup> ch., sect. B, 6 mars 2008).

**18 - Surendettement des particuliers. – Procédure de rétablissement personnel. – Réalisation d'actifs. – Débiteur usufruitier. – Refus de vente du nu-proprétaire. – Excès de pouvoir (oui)**

Suite au refus du nu-proprétaire de réaliser une vente amiable d'immeubles dont l'usufruit est détenu par un débiteur contre lequel une procédure de rétablissement personnel est ouverte, un juge de l'exécution ordonne la vente forcée de ces biens. Ce faisant, il commet un excès de pouvoir (*Violation des articles 545 et 599 du Code civil et de l'article L. 332-8 du Code de la consommation*). Le juge de l'exécution ne peut en effet, sans excéder ses pouvoirs, ordonner la vente forcée de la pleine propriété de biens dont le débiteur est seulement usufruitier contre la volonté du nu-proprétaire (*Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 18 nov. 2009, n° 08-19.875, n° 1311, FS-P+B, Guerletty c/ Barde et a. : *JurisData* n° 2009-050350, *Cass. partielle TGI Bergerac*, 30 juin 2008, renvoi *TGI Périgueux*). ■

**Mots-Clés :** Actualité jurisprudentielle - 1<sup>er</sup> novembre-31 décembre 2009

## 2 Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R. 651-5 du Code de commerce)

Christophe DELATTRE,  
magistrat

Pour être efficace, une action en responsabilité pour insuffisance d'actif doit être préparée. Il est non seulement nécessaire de bien caractériser la ou les fautes ayant conduit à l'insuffisance d'actif ainsi que le lien de causalité mais il peut également s'avérer très utile de rechercher quelle est la faculté contributive réelle du dirigeant poursuivi afin d'éviter d'engager une action qui aboutira à une condamnation impossible à exécuter en pratique. La procédure prévue à l'article L. 651-4 du Code de commerce offre, à cet égard, d'intéressantes perspectives.

1 - En cas de faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif, la responsabilité du dirigeant peut être recherchée. Dans ce cas, il peut être condamné à payer tout ou partie de cette insuffisance d'actif en application des dispositions de l'article L. 651-2 du Code de commerce.

La détermination de l'insuffisance d'actif est indispensable car c'est au regard de cette dernière que le tribunal pourra décider du montant de la condamnation à faire supporter au dirigeant<sup>1</sup>.

2 - Cependant, d'autres éléments doivent entrer en ligne de compte pour la détermination de la condamnation.

En effet, le montant de la condamnation doit tenir compte de la nature des fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, de la gravité des fautes retenues et de la proportion dans laquelle ces fautes ont contribué à l'insuffisance d'actif<sup>2</sup>. Il a été également jugé que le seul fait que le dirigeant ait commis une faute même si elle n'est à l'origine que d'une partie de l'insuffisance d'actif, permet de le condamner à en payer l'intégralité<sup>3</sup>.

C'est la réunion de l'ensemble de ces éléments qui doit permettre au tribunal de statuer.

3 - Deux décisions récentes de la chambre commerciale de la Cour de cassation ont toutefois apporté des précisions très importantes en intégrant dans la décision de sanction l'élément de proportionnalité tant en ce qui concerne le prononcé d'une mesure de faillite personnelle que dans le prononcé d'une mesure de comblement de passif. La formulation générale tend à penser que le principe dégagé par ces jurisprudences sera transposable sous la législation actuelle. La Cour rappelle un principe : chaque fait retenu doit être légalement justifié tout en laissant au juge la possibilité de moduler la peine<sup>4</sup>.

4 - On peut cependant s'interroger sur la nécessité de tenir compte ou non d'un autre élément : les capacités contributives du dirigeant.

Si la caractérisation de l'insuffisance d'actif, les fautes de gestion, leur nature, leur importance et le lien causal avec l'insuffisance d'actif ne doivent pas trop poser de difficultés, la part contributive du dirigeant est plus délicate à déterminer et à appréhender.

En effet, l'ensemble des premiers points doit être établi par le demandeur à l'action et pour ce faire, il se fonde sur les pièces de la procédure collective de l'entreprise judiciairement liquidée (documents comptables, déclarations de créance, documents issus d'un contrôle fiscal...). Afin de permettre au demandeur de mieux cerner sa demande, il vient d'être jugé que le liquidateur peut solliciter en référé des mesures d'investigation sur la situation financière du débiteur en application des dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile<sup>5</sup>.

5 - En revanche, il est beaucoup plus délicat de connaître la capacité contributive du dirigeant poursuivi car cela suppose d'obtenir des informations extérieures à la procédure collective. En effet, le demandeur ne pourra pas trouver dans les pièces de la procédure des informations sur le patrimoine du dirigeant lequel n'est pas directement concerné par la dite procédure. Dans ces conditions, il n'a pas à déclarer ses actifs personnels.

Pour en connaître la consistance, certains praticiens estiment que l'on peut se fier aux seules déclarations de l'intéressé<sup>6</sup> pour déterminer son assise financière. Cependant, « sans tomber dans la paranoïa » on peut s'interroger sur le point de savoir si cette simple information du dirigeant est suffisante ou s'il ne faut pas suivre une autre procédure qui n'est, certes pas obligatoire, mais qui permet de mieux cerner la situation.

1. Sur la notion d'insuffisance d'actif V. Cass. com., 7 juin 2005, n° 04-13.262 : *JurisData* n° 2005-028869 ; *JCP E* 2005, 1751, note Ch. Delattre ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 194, note J.-P. Legros.

2. *CA Versailles*, 3 mai 1990 : *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 664, note J.-J. Daigre.

3. Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-13.649, F-P+B : *JurisData* n° 2007-037790.

4. Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-17.187, n° 1136, P-B+R+I, *Delaval c/ Deltour* ès qual. : *JurisData* n° 2009-050595. – Sur cet arrêt : A. Lienhard, *Faillite personnelle : pluralité de griefs et proportionnalité de la sanction* : *D.* 2010, p. 7. – Th. Mastrullo, *Principe de proportionnalité et faillite personnelle* : *JCP G* 2009, 564. – J.-P. Rémy, *Motivation de la faillite personnelle* : *Dictionnaire Difficultés des Entreprises*, bull. 310, 14 déc. 2009, p. 4005. – Ph. Roussel Galle, *La faillite personnelle à l'épreuve du principe de proportionnalité* : *JCP G* 2010, 55. –

*Cass. com.*, 15 déc. 2009, n° 08-21.906, n° 1142, P-B+R+I : *JurisData* n° 2009-050876 ; *D.* 2010, p. 10, note A. Lienhard, *Comblement de passif : pluralité de fautes de gestion et proportionnalité de la sanction*.

5. Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-17.205, F-D, *SARL Exentys c/ SCP Bécheret Sénéchal Gorrias* : *JurisData* n° 2009-049765 ; *Act. proc. coll.* 2009-17, comm. 267.

6. « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », *table ronde LexisNexis du 17 septembre 2009 organisée par le professeur M. Menjucq avec F. Legrand, mandataire judiciaire, O. Bouru, avocat, et Ch. Delattre, magistrat* : *Rev. proc. coll.* 2009/5, p. 61 et suivantes, table ronde 2.

Cette procédure est celle prévue à l'article L. 651-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce qui permet de rechercher les éléments d'actifs du dirigeant.

6 - Cette disposition n'est pas récente bien qu'elle ait été modifiée au gré des évolutions législatives.

Ainsi, sous les lois du 25 janvier 1985 et du 10 juin 1994, l'article 184 prévoyait que le tribunal pouvait charger le juge-commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, la communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants personnes physiques ou morales ainsi que des personnes physiques représentants permanents des dirigeants personnes morales de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale et des établissements de crédit. Les modalités d'application de cette disposition étant reprises à l'article 164 du décret du 25 décembre 1985 modifié par le décret du 21 octobre 1994. Avec la codification de 2000, l'article 184 était repris à l'article L. 624-7 du Code de commerce.

7 - La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a repris cette disposition dans son article L. 651-4 lequel dispose :

pour l'application des dispositions de l'article L. 651-2, d'office ou à la demande de l'une des personnes mentionnées à l'article L. 651-3, le président du tribunal peut charger le juge-commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction qu'il désigne d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants et des représentants permanents des dirigeants personnes morales mentionnées à l'article L. 651-1 de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale et des établissements de crédit.

Le président du tribunal peut, dans les mêmes conditions, ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants visés à l'alinéa qui précède.

Les dispositions du présent article sont également applicables aux personnes membres ou associées de la personne morale en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, lorsqu'elles sont responsables indéfiniment et solidairement de ses dettes.

8 - Pour l'application de l'article L. 651-4 du Code de commerce, le règlement prévoit dans son article R. 651-5 :

... le juge désigné par le président du tribunal peut se faire assister de toute personne de son choix dont les constatations sont consignées dans son rapport. Ce rapport est déposé au greffe et communiqué par le greffier au ministère public. Le ou les dirigeants mis en cause sont avertis par le greffier, au moins un mois avant la date d'audience, qu'ils peuvent en prendre connaissance.

Le tribunal statue sur le rapport du juge désigné après avoir entendu ou dûment appelé les contrôleurs.

9 - Ce texte ne semble pas souvent utilisé mais ne gagnerait-il pas à être plus souvent mis en œuvre ?

Quelle est l'utilité d'obtenir la condamnation d'un dirigeant poursuivi à payer une somme au titre de sa contribution s'il n'est pas en mesure de la régler et que les conséquences de l'inexécution de cette condamnation ne sont guères dissuasives<sup>7</sup> ?

En effet, l'article L. 653-6 du Code de commerce dispose que :

le tribunal peut prononcer la faillite personnelle du dirigeant de la personne morale qui n'a pas acquitté les dettes de celle-ci mises à sa charge.

Cette sanction de l'inexécution de la condamnation pécuniaire se déroule donc dans un second temps.

7. Voir en ce sens, la position de l'auteur de la présente note lors de la table ronde organisée par LexisNexis le 17 septembre 2009 évoqué *supra* note 6.

Or, il arrive fréquemment que le tribunal prononce dans la même décision de condamnation pécuniaire une mesure de faillite personnelle<sup>8</sup> car il est bien rare qu'aucune autre infraction ne soit relevée.

10 - Le législateur a souhaité supprimer « feu » l'article L. 624-4 du Code de commerce<sup>9</sup> (L. n° 85-98, 25 janv. 1985, art. 181 ancien) qui permettait de tenir compte de l'inexécution du comblement de passif pour ouvrir une procédure collective contre le dirigeant condamné qui n'avait pas réglé les sommes mises à sa charge.

Au regard de la situation actuelle, il nous semble intéressant d'avoir plus souvent recours aux dispositions de l'article L. 651-4 du Code de commerce même si certains praticiens considèrent que cela alourdirait la procédure. Cela permettrait, selon nous, de rendre l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif plus efficace et d'éviter une longue procédure<sup>10</sup>. À ce titre, on peut évoquer une décision récente qui a considéré que la condamnation du dirigeant n'apparaissait pas opportune eu égard à la situation très précaire de l'intéressé qui bénéficiait du RMI ainsi que d'un plan de surendettement des particuliers<sup>11</sup>.

La procédure de l'article L. 651-4 doit permettre au tribunal d'appréhender au plus juste la capacité contributive du dirigeant et de tenir compte de cette information ainsi que des autres éléments nécessaires pour condamner l'intéressé à une peine adaptée et en tout cas exécutable.

11 - Le recours au juge-commissaire ou à un membre de la juridiction pour recueillir ces informations relève d'une prérogative du Président du tribunal<sup>12</sup> et il s'agit d'une faculté et non d'une obligation<sup>13</sup>.

Aucune disposition législative contraire, relative notamment au secret professionnel, ne peut être opposée pour ne pas répondre à la demande.

Quand la demande est adressée à l'administration fiscale, il convient de se reporter aux dispositions de l'article L. 145 C du Livre des procédures fiscales lequel dispose :

Conformément aux dispositions de l'article L. 651-4 du Code de commerce, pour l'application des dispositions des articles L. 651-2 et L. 652-1<sup>14</sup> du même code, d'office ou à la demande de l'une des personnes mentionnées à l'article L. 651-3 du même code, le président du tribunal peut charger le juge-commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction qu'il désigne, d'obtenir de l'administration communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants ainsi que des personnes physiques représentants permanents des dirigeants personnes morales mentionnées à l'article L. 651-1 du même code.

8. C. com., art. L. 653-5.

9. Voir en ce sens, C. Delattre, *Contribution à l'étude sur la nature de l'article 181 de la loi du 25 janvier 1985* : Rev. proc. coll. 2000, p. 183. — En sens contraire, A. Lienhard commentaire sous C. com., art. L. 651-2 dans *Code des procédures collectives* : Dalloz, 7<sup>e</sup> éd. 2009.

10. « Quelle place pour les sanctions civiles et pénales en droit des procédures collectives ? », table ronde LexisNexis du 17 septembre 2009 organisée par le professeur M. Menjucq avec F. Legrand, mandataire judiciaire, O. Bouru, avocat, et Ch. Delattre, magistrat : Rev. proc. coll. 2009/5, p. 61 et suivantes, table ronde 2.

11. CA Toulouse, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 9 sept. 2009, n° 08/00473 : *JurisData* n° 2009-016517.

12. Et non plus le tribunal depuis la loi de sauvegarde. Le but recherché étant « d'alléger et accélérer les procédures qui exigent une organisation adaptée pour être pleinement efficaces » voir en ce sens, rapp. X de Roux, n° 2095, p. 414 et 415. — V. en ce sens, Ord. prés. T. com. Valenciennes, 25 janv. 2010 désignant un membre de la juridiction à cet effet. Le président avait été saisi par le ministère public.

13. Cass. com., 24 sept. 2003, n° 01-00.477 : *JurisData* n° 2003-020226 ; Bull. civ. 2003, IV, n° 144 ; D. 2003, p. 2440, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2003-18, comm. 235 ; JCP E 2004, 151, n° 18, obs. Ph. Pétel ; Rev. proc. coll. 2004, p. 270, n° 9, obs. M.-P. Dumont ; RTD com. 2004, p. 603, n° 8, obs. C. Mascala ; LXB n° N9276AAS, note P.-M. Le Corre.

14. L'article L. 652-1 du Code de commerce a été abrogé par l'article 133 de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Les dispositions du premier alinéa sont applicables aux personnes membres ou associées de la personne morale en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire lorsqu'elles sont responsables indéfiniment et solidairement de ses dettes.

12 - Si les pouvoirs d'investigations sont étendus, ils ne sont cependant pas limités aux seules entités visées par l'article L. 651-1 du Code de commerce de sorte que cela peut toucher d'autres professionnels. Le dispositif de l'article L. 651-4 du Code de commerce est étendu aux membres ou associés de la personne morale en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, lorsqu'elles sont responsables indéfiniment et solidairement de ses dettes<sup>15</sup>.

13 - Certains y voient la volonté d'aider le juge à fixer le montant de la réparation afin d'éviter de condamner le dirigeant à des dommages et intérêts qui ne peuvent être payés, à moins, selon le doyen Germain, que cette disposition ne serve « à proportionner la réparation à la gravité de la sanction que le juge veut prononcer »<sup>16</sup>. Le principe de proportionnalité mis en exergue par le doyen Germain se retrouve dans les deux arrêts de la chambre commerciale des 1<sup>er</sup> et 15 décembre 2009 évoqués supra<sup>17</sup> ?

Dès lors qu'il s'agit d'une faculté et non d'une obligation, il apparaît qu'en l'absence d'utilisation de la faculté issue de l'article L. 651-4, la nullité du jugement ne peut être sollicitée pour défaut d'établissement du dit rapport<sup>18</sup>.

En revanche et dans le cas contraire, la nullité sera encourue si un juge a été désigné en ce sens<sup>19</sup>. Néanmoins, une autre cour d'appel a pu décider le contraire<sup>20</sup>.

14 - Procéduralement, en cas de désignation d'un juge, il devra déposer le rapport au greffe en application des dispositions de l'arti-

cle R. 651-5 du Code de commerce. Le rapport est communiqué au ministère public par le greffier et le ou les dirigeants concernés sont avisés, par le greffier, qu'ils peuvent en prendre connaissance. L'information du ou des dirigeants devant s'effectuer au moins un mois avant la date de l'audience.

15 - Le dépôt du rapport étant obligatoire, il doit donc être écrit<sup>21</sup> et il va de soi que l'ensemble des pièces qui ont servi à l'établissement du rapport doivent être versées au débat<sup>22</sup>. La communication du rapport seul, sans les pièces, est insuffisante pour établir la preuve du bien-fondé des prétentions du liquidateur. Le strict respect du principe élémentaire du contradictoire milite pour une telle solution.

16 - Le versement du rapport aux débats ne s'impose qu'en première instance. Ainsi, dans le cas où la cour d'appel viendrait à censurer le jugement querellé du fait de l'absence complète ou imparfaite du rapport<sup>23</sup>, elle pourra, en application du principe de l'effet dévolutif, statuer à nouveau, étant précisé qu'en cause d'appel, l'établissement d'un rapport n'est pas exigé<sup>24</sup>.

17 - Le tribunal devra statuer sur le rapport du juge commis et sur le rapport du juge-commissaire dont le rapport pourra n'être qu'oral<sup>25</sup>. Il convient de rappeler que, en matière de sanctions, le juge-commissaire ne peut ni siéger dans la formation de jugement, ni participer au délibéré en application des dispositions de l'article L. 651-3, alinéa 3<sup>26</sup>.

L'article L. 651-4 du Code de commerce doit permettre de rendre une décision plus conforme à la réalité de la situation et éviter une procédure longue, coûteuse et très difficile à exécuter. ■

**Mots-Clés :** Responsabilité pour insuffisance d'actif - Faute de gestion - Proportionnalité de la sanction

Responsabilité pour insuffisance d'actif - Montant de la condamnation - Capacité contributive du dirigeant - Article L. 651-4 du Code de commerce

Sanctions - Responsabilité pour insuffisance d'actif - Montant de la condamnation

15. Voir commentaire de A. Lienhard sous C. com., art. L. 651-4 dans *Code des procédures collectives* : Dalloz, 7<sup>e</sup> éd. 2009. - J. Vallansan, P. Cagnoli, L. Fin-Langer et C. Regnaut-Moutier, *Difficultés des Entreprises* : Litec, 5<sup>e</sup> éd. 2009. - Ph. Roussel Galle, *Réforme du droit des entreprises en difficulté* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 2007, n° 830. - P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : Dalloz action 2010/2011, n° 921-36.

16. M. Germain, *L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial*, Livre du bicentenaire : Dalloz 2007, p. 243, spéc. p. 257.

17. V. note 4.

18. Cass. com., 24 sept. 2003, cité supra note 12. - Cass. com., 3 déc. 2003, n° 01-03.323 et Cass. com., 11 févr. 2004, n° 02-16.193 : *JurisData* n° 2003-021428 et n° 2004-022438 ; *Rev. proc. coll.* 2006/1, p. 83, n° 16, obs. A. Barret. - CA Caen, 1<sup>re</sup> ch., sect. civ. et com., 28 mai 2009, n° 08/02511.

19. CA Pau, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>re</sup> sect., 18 déc. 1997 : *Rev. proc. coll.* 2000, p. 66, n° 1, obs. F. Bach.

20. CA Angers, ch. com., 8 janv. 2001 : *BICC* 15 mai 2001, n° 547.

21. CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 30 sept. 1999 : *RJDA* 2000, n° 75, p. 66.

22. Cass. com., 9 nov. 2006, n° 05-14.456, inédit, n° 1816 FS-D : *Gaz. Pal.* 2007, p. 600, note Th. Montéran.

23. CA Amiens, ch. éco., 30 sept. 2004, RG n° 02/03779.

24. Cass. com., 3 déc. 2003, n° 01-02.222 inédit et n° 01-02.323, cité supra note 17.

25. Ph. Modat, *Le nouveau droit des sanctions commerciales issu de la loi du 25 juillet 2005* : *Rev. Lamy dr. aff. juill.* 2007, n° 18, p. 75 s. sp. p. 77.

26. Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 132 et 136. - CA Paris, 26 févr. 2008 : *D.* 2008, p. 915, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2008, 1905, note Ch. Delattre.

### 3 Brèves observations sur le passif de l'auto-entrepreneur

Frédéric VAUVILLÉ,

professeur à l'université de Lille 2,  
conseiller scientifique du Cridon Nord-est,  
avocat au barreau de Lille

**Le nouveau statut d'auto-entrepreneur apparaît à première vue attractif pour qui veut bénéficier d'un complément de revenus ou créer son entreprise : formalités simplifiées à l'extrême, statut fiscal et social avantageux... Reste à savoir ce qu'il en advient en cas d'insolvabilité et si, en particulier, les portes des procédures collectives sont ouvertes.**

1 - Le « travailler plus pour gagner plus » semble avoir vécu. En période de crise, où les carnets de commandes des entreprises s'allègent, la formule paraît devenue économiquement décalée. C'est oublier le statut d'auto-entrepreneur introduit par la loi de modernisation de l'économie, quelques semaines avant la crise financière et dont le succès ne se dément pas<sup>1</sup> ; dans les textes, il s'agit, pour reprendre les intitulés de la loi du 4 août 2008, de « mobiliser les entrepreneurs » et « d'instaurer un statut de l'entrepreneur individuel ». En pratique, sachant que toute personne physique peut devenir auto-entrepreneur, il s'agit certes de créer son entreprise et d'adopter le statut à titre d'activité principale et exclusive, mais il s'agit aussi, dans la logique du « travailler plus pour gagner plus », de rechercher des revenus complémentaires en qualité de salarié ou de retraité<sup>2</sup>.

2 - Quelle que soit sa situation économique, l'auto-entrepreneur est soumis au régime fiscal de la micro-entreprise, à condition de ne pas dépasser certains seuils<sup>3</sup>. Parallèlement, ce « très petit entrepreneur » bénéficie du régime dit « microsocial » qui se caractérise par un règlement simplifié des cotisations sociales. L'idée consiste à forfaitiser les cotisations et à permettre leur règlement régulier en fonction du chiffre d'affaires. L'auto-entrepreneur choisit ainsi de régler ses cotisations, soit mensuellement, soit trimestriellement au moment de son adhésion<sup>4</sup> ; par exemple, pour la vente de marchandises, le taux est de 12 %.

3 - Le souci de simplicité est tel que l'auto-entrepreneur peut décider de régler en même temps l'impôt sur le revenu correspondant. Il opte alors pour « le versement libératoire », lequel se traduira par l'application d'une taxe unique sur le chiffre d'affaires ou les recettes et sera payé en même temps que les cotisations

sociales. Par exemple pour la vente de marchandises, on passera d'un taux de 12 à 13 %<sup>5</sup>.

4 - Pour cette même raison de simplification, l'entrepreneur se trouve dispensé d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ; c'est ainsi que selon un nouvel article L. 123-1-1 du Code de commerce, les personnes physiques exerçant une activité commerciale à titre principal ou complémentaire sont dispensées de l'obligation de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés tant qu'elles bénéficient du régime microsocial<sup>6</sup>.

5 - Cette originalité a d'emblée posé la question de savoir si l'auto-entrepreneur était un professionnel comme un autre ; plus techniquement, la dispense d'immatriculation ne prive-t-elle pas l'auto-entrepreneur, commerçant ou artisan, du droit au renouvellement, si pour l'exercice de son activité, il a conclu un bail commercial ? À l'application stricte de l'article L. 145-1 du Code de commerce qui subordonne le jeu du droit au renouvellement à l'immatriculation du commerçant<sup>7</sup>, il a été opposé l'esprit du dispositif : il serait pour le moins curieux que l'entrepreneur soit sanctionné pour ne pas avoir respecté une obligation dont la loi le dispense<sup>8</sup>.

6 - Cette dispense d'immatriculation interpelle aussi si l'on s'interroge sur la situation de l'auto-entrepreneur au regard de son passif. De fait, tout le statut de l'auto-entrepreneur se ramène à cette question pécuniaire : il s'agit de faciliter tant le règlement que le calcul des dettes obligatoires qui pèsent sur tout professionnel indépendant. Néanmoins, la loi ne pose aucune règle particulière en cas de non paiement, ce qui pose la question de savoir si au regard de l'impayé, l'auto-entrepreneur est un entrepreneur comme un autre. L'on est tenté de répondre oui, s'agissant tant de sa protection patrimoniale, que de sa situation au regard des procédures collectives.

1. On annonçait récemment qu'au 31 octobre 2009, l'Insee comptabilisait 263.400 auto-entrepreneurs et que parmi eux, 147.000 s'étaient inscrits au cours du premier semestre : V. *Communiqué du Minefe*, 24 nov. 2009 : JCP G 2009, 510.

2. V. par exemple, F. Roussel et H. Mroz, *Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie : Dr. et patrimoine oct. 2008*, p. 30 s.

3. Relève du régime fiscal de la micro-entreprise, celle dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en 2009, 80 000 euros pour une activité de vente de marchandises, d'objets ou de fournitures, de denrées à emporter ou à consommer sur place ou pour une activité de fourniture de logement et 32 000 pour les prestations de services relevant de la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux ou des bénéfices non commerciaux. Dans cette hypothèse, l'entreprise est en franchise de TVA.

La loi du 24 novembre dernier relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie les a aussi exonérés du versement de la contribution au financement de la formation professionnelle : V. J.-P. Willems, *Orientation et formation professionnelle tout au long de la vie, À propos de la loi du 24 novembre 2009* : JCP G 2009, 575.

4. Qui peut se faire par une simple télédéclaration sur le site : [www.l'autoentrepreneur.fr](http://www.l'autoentrepreneur.fr).

5. À nouveau, un système de seuil doit être pris en compte ; cette option suppose en effet de ne pas avoir dépassé pour 2009 certains seuils ; par exemple, le revenu du foyer fiscal de 2007 ne doit pas avoir dépassé pour une personne seule 25 195 €.

6. La LME a modifié la loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat pour poser la même règle à propos des « personnes physiques exerçant une activité artisanale à titre principal ou complémentaire ».

7. V. en ce sens, F. Auque, *La toilette des baux commerciaux et professionnels* : JCP G 2008, Act. 567 ; JCP E 2008, Act. 427.

8. V. en ce sens, B.-H. Dumortier, *Les modifications du statut des baux commerciaux par la loi de modernisation de l'économie* : *Deffrénois* 2009, art. 39001. – C. Boismain, *La dispense d'immatriculation au RCS et le renouvellement du bail commercial* : LPA 9 janv. 2009, p. 3.

## 1. La protection patrimoniale de l'auto-entrepreneur

7 - La protection patrimoniale de l'entrepreneur individuel est une préoccupation traditionnelle, aussi bien législative que doctrinale<sup>9</sup>. On sait que l'une des réponses juridiques consiste à créer une structure sociétaire pour compartimenter l'actif professionnel et le mettre en lien avec les dettes professionnelles.

8 - Quelle que soit la forme sociale envisagée, une telle protection ne peut être offerte à l'auto-entrepreneur. La note établie par l'URSSAF sur le site officiel est sans ambiguïté : « cette activité doit être exercée sous forme d'entreprise individuelle ». La lettre de la loi est assurément en ce sens ; outre le chapitre premier du titre premier de la LME qui vise l'entrepreneur individuel, l'article L. 133-6-8 du Code de la sécurité sociale, introduit par l'article 1<sup>er</sup> de la LME, vise les travailleurs indépendants. Parallèlement, comme on l'a vu, la dispense d'immatriculation est réservée aux *personnes physiques* qui exercent une activité commerciale ou artisanale.

De fait, le terme d'auto-entrepreneur, qui s'est largement imposé en pratique, alors que la loi ne l'évoque pas, renvoie à l'idée d'une activité qui s'exerce par soi-même et non pas par le biais d'une société ; il n'existe donc pas d'auto-entreprise sociétaire.

9 - La qualité d'entrepreneur individuel ouvre toutefois les portes d'une autre protection, plus récente, celle qu'offre la déclaration notariée d'insaisissabilité. Cette technique, initialement limitée à la résidence principale mais étendue par la LME à tous les immeubles non affectés à l'activité professionnelle<sup>10</sup>, figure depuis l'origine dans un chapitre intitulé : « De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint ». Si on le rapproche du chapitre de la LME qui vise à « instaurer un statut de l'entrepreneur individuel », on pourra trouver la chronologie un peu curieuse : après avoir limité le risque d'entreprendre sur le plan patrimonial, la loi se soucie de prévoir un statut social et fiscal ; les deux textes n'en visent pas moins la même personne : l'entrepreneur individuel.

10 - Reste à savoir si la déclaration notariée d'insaisissabilité se trouve ouverte à l'auto-entrepreneur, compte tenu de son absence d'immatriculation. L'article L. 526-1 distingue nettement deux catégories d'entrepreneurs individuels : d'une part, les personnes physiques immatriculées à un registre de publicité légale à caractère professionnel (c'est-à-dire les commerçants et les artisans), d'autre part, les personnes physiques qui exercent une activité professionnelle agricole ou indépendante. Dans le premier cas, outre bien sûr la publicité à la conservation des hypothèques, il convient de mentionner la déclaration au registre concerné (pratiquement, soit au registre du commerce et des sociétés, soit au répertoire des métiers) ; dans le second, un extrait d'immatricula-

tion doit être publié dans un journal d'annonces légales (article L. 526-2 du Code de commerce)<sup>11</sup>.

11 - S'agissant de l'auto-entrepreneur, s'il n'est pas immatriculé à un registre de publicité légale à caractère professionnel, il est en revanche sans aucun doute une personne physique qui exerce une activité indépendante. C'est, pour reprendre les termes de l'article L. 133-6-8 du Code de la sécurité sociale, un travailleur indépendant. Dès lors, il peut effectuer une déclaration d'insaisissabilité<sup>12</sup>, mais même s'il est commerçant ou artisan, la déclaration sera publiée dans un journal d'annonces légales.

12 - La problématique se posera exactement dans les mêmes termes si demain (à condition bien sûr que le projet aboutisse), l'auto-entrepreneur entend adopter le nouveau statut d'entreprise individuelle à responsabilité limitée. On sait que selon ce dispositif en gestation, l'entrepreneur individuel pourra affecter certains biens à son activité professionnelle aux fins de limiter son passif professionnel à ce patrimoine d'affectation. Mais une telle affectation passera par une déclaration au registre du commerce ou au répertoire des métiers<sup>13</sup>.

13 - Si on ne veut pas laisser sur la touche les entrepreneurs individuels qui ne sont pas immatriculés, il faudra bien sûr, comme pour la déclaration notariée d'insaisissabilité<sup>14</sup>, prévoir un autre mode de publicité (pourquoi pas une déclaration publiée dans un journal d'annonces légales) ; c'est à ce prix que les micro-entrepreneurs, comme d'ailleurs plus généralement les professionnels indépendants, pourront accéder au statut de l'EIRL, de la même manière qu'ils peuvent aujourd'hui profiter de la déclaration d'insaisissabilité.

14 - Sur le plan de la protection patrimoniale, en dépit de son absence d'immatriculation, l'auto-entrepreneur ne se distingue donc pas des autres entrepreneurs individuels. En va-t-il de même lorsque, l'auto-entrepreneur ne réglant pas son passif, une procédure collective est envisagée ?

## 2. La procédure collective de l'auto-entrepreneur

15 - On ne peut réfléchir à la situation juridique de l'auto-entrepreneur au regard de ses dettes sans se demander, s'agissant d'un professionnel, si leur non-paiement peut conduire à l'une des procédures collectives du Code de commerce.

16 - Certes, l'hypothèse de l'impayé peut paraître réduite puisque les dettes fiscales comme celles de cotisations obligatoires, d'une part sont réglées périodiquement, et d'autre part, ne présentent pas le risque d'une régularisation inattendue. Il n'en reste pas moins que, même sans dépasser les seuils qui feraient sortir du statut, l'impayé ne relève pas de l'hypothèse d'école : d'une part, une baisse brutale d'activité peut empêcher de régler un trimestre, voire le suivant ; d'autre part, le règlement périodique de dettes d'origine légale ne préjuge pas du paiement d'autres dettes, en particulier celles d'éventuels fournisseurs. Certes, pour une micro-entreprise, il s'agira d'un micro-passif, mais les commercialistes savent bien qu'une seule dette, même modeste, peut suffire à ouvrir une procédure collective.

17 - Précisément, rien dans l'article L. 620-2 du Code de commerce qui détaille la liste des personnes susceptibles d'être mises en procédure collective ne permet d'exclure l'auto-

9. V. récemment les travaux du 105<sup>e</sup> congrès des notaires de France « Propriétés incorporelles de l'entreprise » et le projet de création d'une « pro-personnalité ». – V. par exemple, O. Savary et E. Dubuisson, *Proposition pour un statut de l'entrepreneur individuel : le concept de pro-personnalité* : Dr. et patrimoine avr. 2009, p. 38 s., mai 2009 p. 30s. et 34 s. – Adde A Rabreau, *L'entrepreneur individuel et son patrimoine : nouvelles perspectives* : Dr. et patrimoine déc. 2009, p. 36 s. qui présente notamment la fiducie-sûreté comme un nouveau mécanisme de protection de l'entrepreneur individuel.

10. Sur cette extension souvent critiquée par les commentateurs, V. par exemple, C. Lebel, *Brèves remarques sur le projet de modernisation de l'économie (à propos de l'entrepreneur individuel)* : JCP E 2008, 240. – M. Suquet-Cozic, *L'insaisissable réforme de la déclaration d'insaisissabilité* : BRDA 21/08. – O. Salati, *Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie* : Procédures 2008, alerte 39. – D. Bert, *La nouvelle physiologie de la déclaration d'insaisissabilité après la LME* : Dr. et patrimoine mai 2009, p. 44. – S. Piedelièvre, *Le nouveau droit de l'insaisissabilité* : Defrénois 2008, art. 38856. – L. Lauvergnat, *De l'abolition du droit des créanciers professionnels : la loi du 4 août 2008* : Dr. et proc. 2009, p. 68.

11. Sur ces formalités, V. par exemple notre étude *La déclaration notariée d'insaisissabilité* : Defrénois 2003, p. 1197 s.

12. V. en ce sens, O. Savary et E. Dubuisson, *Petit panorama des protections de l'entrepreneur individuel* : Dr. et patrimoine juill. 2009, p. 39.

13. Sur cette annonce faite par le premier ministre le 3 décembre 2009 (puis par le Président de la République), V. par exemple : JCP G 2009, 565.

14. Laquelle sera pratiquement condamnée à disparaître : à quoi bon protéger ses immeubles « non professionnels » lorsque la loi permet de protéger tout son patrimoine privé ?

entrepreneur ; ainsi, peut être mise en procédure collective « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale... ». On sait que, depuis la loi de sauvegarde des entreprises de 2005, l'immatriculation du commerçant ou de l'artisan n'est plus exigée, mais certains auteurs se demandent si, s'agissant tout au moins de la sauvegarde, procédure de faveur, l'immatriculation ne s'impose pas pour demander l'ouverture de la procédure<sup>15</sup> ; s'agissant de l'auto-entrepreneur, légalement dispensé d'immatriculation, la réponse ne saurait faire de doute : il peut demander l'ouverture d'une procédure, quelle qu'elle soit.

18 - D'où cette cocasserie : l'auto-entrepreneur pourra faire une déclaration d'insaisissabilité en qualité de travailleur indépendant, et être mis en procédure collective non seulement en cette qualité d'indépendant mais aussi – si la nature de son activité le permet – en tant que commerçant ou artisan. L'observation n'est pas neutre car selon l'article L. 621-2 du Code de commerce, le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale, tandis que le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas, de sorte que, nous semble-t-il, l'auto-entrepreneur exerçant une activité commerciale ou artisanale devrait dépendre des juridictions consulaires (tout comme un commerçant ou un artisan de fait<sup>16</sup>). Si l'auto-entrepreneur, créateur d'entreprise ramené à la dure réalité de la vie des affaires, ne s'en étonnera pas, ce ne sera pas forcément le cas du salarié ou du retraité ayant naïvement confondu chiffre d'affaires et bénéfices...

19 - Il y a peut être plus grave. On sait en effet que singulièrement, le droit positif distingue des procédures collectives réservées aux professionnels – celles organisées par le Code de commerce – et des procédures destinées aux dettes non professionnelles qui sont prévues par le Code de la consommation. Or, l'auto-entrepreneur en difficulté, en particulier si son activité indépendante est accessoire, sera certes un professionnel dépendant des procédures commerciales, mais, le plus souvent en même temps, une personne physique ne pouvant faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles, pour reprendre la formule de l'article L. 330-1 du Code de la consommation. C'est, de fait, le lot commun des entrepreneurs individuels en difficulté : leur passif n'est jamais exclusivement ni professionnel, ni privé.

20 - Or, selon l'article L. 333-3 du Code de la consommation – disposition dont le toilettage se fait attendre puisqu'elle vise des textes codifiés depuis 10 ans... –, les dispositions relatives au traitement du surendettement « ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par les lois n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social et n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises ». Il faut selon nous en déduire que l'auto-entrepreneur – quand bien même serait-il à jour de ses dettes professionnelles – ne peut bénéficier des procédures civiles de surendettement, s'il ne peut faire face à ses dettes non professionnelles, tout simplement parce que devenu professionnel indépendant, il dépend désormais des procédures commerciales.

15. V. C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté* : Montchrestien, Domat droit privé, 6<sup>e</sup> éd. 2009, n° 356.

16. V. par exemple, A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté* : Manuel Litec, 6<sup>e</sup> éd. 2009, n° 148 s.

21 - La solution a été clairement admise par la Cour de cassation à propos des professionnels indépendants : une personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante relève à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 des procédures collectives de la loi du 26 juillet 2005 aux conditions prévues par cette loi (de sorte que) cette personne se trouve exclue des dispositions relatives au traitement des situations de surendettement prévues aux articles L. 330-1 à L. 334-10 du Code de la consommation<sup>17</sup>.

22 - Que les futurs auto-entrepreneurs en situation financière délicate qui, « en gagnant plus », verraient dans ce nouveau statut une porte de sortie, y réfléchissent : l'immatriculation en qualité d'auto-entrepreneur, loin d'être anodine, leur fermera les portes des procédures de surendettement. Mais celles des procédures commerciales leur seront alors ouvertes, même s'il n'y a pas de passif professionnel, au nom du principe de l'unité du patrimoine. Quand on sait que certains débiteurs civils des départements limitrophes d'Alsace-Moselle, n'hésitent pas à déménager pour « bénéficier » du « droit de la faillite », on se dit que certains pourraient bien songer à s'immatriculer comme modeste auto-entrepreneur pour profiter de la « purge des dettes » qu'offrent les procédures commerciales...

23 - La situation ne manque pas de sel, *a fortiori* si l'on se souvient que le gérant de SARL – susceptible d'être bien plus impliqué dans la vie des affaires qu'un auto-entrepreneur – a été mis à l'écart des procédures collectives commerciales, au nom de l'écran de la personnalité morale,<sup>18</sup> mais que la loi de modernisation de l'économie a modifié l'article L. 330-1 du Code de la consommation pour lui permettre de bénéficier des procédures civiles au cas où il aurait cautionné les dettes de « sa » société.

24 - Comme ce fut le cas pour la déclaration d'insaisissabilité<sup>19</sup>, le législateur n'a pas songé à l'ouverture d'une procédure collective, lorsqu'il a organisé le statut de l'auto-entrepreneur. Espérons qu'il y pense si, dérogeant au principe de l'unité du patrimoine<sup>20</sup>, il consacre l'entreprise individuelle à responsabilité limitée ; il se pourrait bien qu'alors l'entrepreneur individuel de demain puisse bénéficier de deux procédures : l'une pour ses dettes privées, l'autre pour ses dettes professionnelles. Pour l'heure, quel que soit son statut social et fiscal, il est un professionnel relevant exclusivement des procédures commerciales. ■

**Mots-Clés :** Auto-entrepreneur - Protection patrimoniale  
Auto-entrepreneur - Règlement du passif  
Ouverture de la procédure - Qualité du débiteur -  
Auto-entrepreneur

17. Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-15.446 : *JurisData* n° 2008-045190 ; *Act. proc. coll.* 2008, comm. 277, obs. K. Salhi ; *JCP E* 2009, 1008, n° 1, obs. Ph. Pétel ; *Bull. civ.* 2008, IV, n° 163 ; *D.* 2008, p. 2749, obs. M.-L. Belaval ; *D.* 2008, p. 2501, obs. A. Lienhard.

18. Cass. com., 12 nov. 2008 : *Act. proc. coll.* 2008, comm. 70, obs. C. Regnaud-Moutier ; *JCP E* 2009, 1023, note Ch. Lebel ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 15, note J.-P. Legros ; *Bull. civ.* 2008, IV, n° 191 ; *D.* 2008, p. 2929, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 278, note P.-M. Le Corre.

19. Ce qui n'est pas sans poser problème, puisqu'il se pourrait bien que la déclaration soit inefficace en cas de procédure collective, s'il existe des dettes privées auxquelles la déclaration n'est pas opposable : V. en particulier, *CA Orléans*, ch. éco. et fin., 15 mai 2008, n° 07/01076 : *JurisData* n° 2008-367848 ; *JCP E* 2009, n° 1, p. 28 obs. Cabrillac et Pétel ; *Act. proc. coll.* 2008, comm. 239, obs. P. Cagnoli. – Adde notre étude, *Déclaration d'insaisissabilité et procédure collective du déclarant* : *Act. proc. coll.* 2003, n° 17, 31 oct. 2003, p. 1.

20. Ce qui n'aurait pas forcément déplu à Aubry et Rau : V. récemment, V. Wester-Ouisse, *Aubry et Rau et la division du patrimoine* : *LPA* 14 déc. 2009, p. 5.

## 4 La désignation de l'administrateur judiciaire et du mandataire judiciaire moins de 18 mois après une conciliation ou un mandat *ad hoc*

(à propos de T. com. Evry, 1<sup>re</sup> ch., 7 sept. 2009, n° 2009P00698)

Christophe DELATTRE,  
magistrat

Lorsqu'une procédure de conciliation ou un mandat *ad hoc* est suivi de l'ouverture d'une procédure collective, il peut être utile, pour des questions d'efficacité, de désigner administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire le conciliateur ou le mandataire *ad hoc* intervenu dans la procédure amiable préalable. Cependant il peut être opportun de désigner une tierce personne et le ministère public a alors son rôle à jouer.

1 - Nous avons déjà évoqué le rôle du ministère public dans la désignation des organes de la procédure collective de façon générale<sup>1</sup> et plus particulièrement dans le cadre de l'adjonction de mandataire judiciaire<sup>2</sup>.

Une décision du tribunal de commerce d'Evry en date du 7 septembre 2009 vise un autre cas : celui de la désignation d'un administrateur judiciaire qui avait préalablement été nommé dans le cadre d'une procédure de conciliation.

2 - En l'espèce, selon ordonnance présidentielle en date du 27 février 2009, Maître X avait été désigné aux fonctions de conciliateur de la SARL D. avec pour mission de favoriser la conclusion entre la débitrice et ses principaux créanciers d'un accord amiable destiné à mettre un terme aux difficultés rencontrées ; de faire toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise ainsi qu'à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi. Si un accord avait bien été trouvé avec les principaux créanciers, le dirigeant, compte tenu du report d'un certain nombre de commandes, préférerait bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire laquelle pouvait proposer des délais plus compatibles avec les nouvelles données économiques. Il régularisait ainsi une déclaration de cessation des paiements le 3 septembre 2009 et le tribunal de commerce d'Evry, par jugement du 7 septembre 2009, ouvrait une procédure de redressement judiciaire.

La juridiction consulaire désignait Maître X en qualité d'administrateur judiciaire avec mission d'assistance pour tous les actes concernant les actes de gestion et Maître D. aux fonctions de mandataire judiciaire.

3 - L'intérêt de cette décision réside dans le fait que le ministère public avait requis l'ouverture d'une procédure collective avec « la nomination d'un administrateur différent de celui nommé pour la conciliation sachant qu'il est important d'avoir une séparation des actions menées dans le cadre de la conciliation et du redressement judiciaire ».

Le tribunal de commerce ne suivait pas les réquisitions du ministère public sur la désignation d'un autre administrateur judiciaire au motif que « pour un traitement plus rapide de la procédure, il convient de nommer administrateur la personne précédemment nommée conciliateur ».

4 - Selon l'article L. 621-4 alinéa 5<sup>3</sup> *in fine* :

... Lorsque la procédure est ouverte à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent, le ministère public peut en outre s'opposer à ce que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur soit désigné en qualité d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire.

La loi prévoit donc deux cas de figure. Celui où le mandat *ad hoc* ou la conciliation sont en cours ou alors celui où le mandat *ad hoc* ou la conciliation sont terminés. L'opposition du ministère public à la désignation du même professionnel est prévue quand cette désignation intervient dans un délai inférieur à dix-huit mois.

Dans cette hypothèse d'ouverture d'une procédure avant l'expiration du délai de 18 mois, la présence du ministère public est obligatoire<sup>4</sup>.

5 - Se pose la question de déterminer le point de départ du délai de 18 mois. Un auteur considère qu'il y a lieu de prendre en considération la date de fin de mission du mandataire *ad hoc* ou la date de la fin de la conciliation<sup>5</sup>.

1. Ch. Delattre, *L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires* : Rev. proc. coll. 2009, étude 9. – B. Soinne, *Prolégomènes sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté* : Rev. proc. coll. 2009, repère n° 1. – P.-M. Le Corre, *La réforme du droit des entreprises en difficulté* : Dalloz 2009, 213-1, p. 79 à 82. – A. Lienhard, *Code des procédures collectives* : Dalloz, 7<sup>e</sup> éd. 2009, note sous C. com., art. L. 621-4. – S. Gorrias, *Le mandataire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009* : Gaz. Proc. Coll. 6-7 mars 2009, p. 21. – P. Canet, *Premières remarques sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en matière de liquidation judiciaire* : Rev. proc. coll. 2009, dossier n° 12. – Ph. Roussel Galle, *Le dirigeant de société et le nouveau droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2009* : Rev. sociétés 2009, spéc. p. 254 et 255.

2. T. com. Dijon, 2<sup>e</sup> ch., 19 mai 2009, n° 2009/004961 : Rev. proc. coll. 2009, étude 23, note Ch. Delattre.

3. Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 14. – Et sur renvoi à l'article L. 631-9, alinéa 1, en redressement judiciaire et L. 641-1, II, alinéa 3, en liquidation judiciaire.

4. Article L. 621-1 en cas de sauvegarde, sur renvoi à L. 631-7 en cas de redressement judiciaire et sur renvoi à L. 641-1 en cas de liquidation judiciaire. – Circulaire du Ministère de la Justice, Direction des Affaires Civiles et du Sceau, n° CIV 2006 – 08 D4/18-04-2006, NOR : JUSC0620263C.

5. Ph. Roussel Galle, *Réforme des entreprises en difficulté* : Litec, 2<sup>e</sup> éd., n° 391 lequel renvoie également aux dispositions de l'article R. 621-1, 9<sup>o</sup> qui prévoit la communication lors de la déclaration de cessation des paiements régularisée par le dirigeant une attestation sur l'honneur certifiant l'absence de mandat

Certains auteurs expliquent l'intervention du ministère public à ce stade par un souci d'impartialité des organes de la procédure collective<sup>6</sup>. Le fait pour le débiteur de choisir son mandataire *ad hoc* ou son conciliateur ne devrait pas conduire le ministère public à envisager la récusation du professionnel précédemment désigné<sup>7</sup>.

6 - Le rôle du ministère public est rappelé dans une circulaire<sup>8</sup> où il est précisé que pour veiller à ce que les organes désignés « *présentent toutes garanties d'indépendance, s'il n'apparaît pas opportun que le conciliateur soit désigné à ces fonctions, le parquet devra prendre des réquisitions particulières. Néanmoins, la technicité de certains dossiers et l'intérêt que représente la connaissance acquise d'une situation caractérisée par l'urgence impose d'éviter tout systématisme* ».

7 - Ainsi, si des réquisitions peuvent être prises pour solliciter un autre professionnel que celui qui a précédemment occupé un rôle dans un mandat *ad hoc* ou dans une procédure de conciliation, cette demande n'est pas systématique. Un examen particulièrement attentif de la situation repose sur le ministère public. Il est évident que si le mandat *ad hoc* et la conciliation ont échoué, cela n'est pas forcément imputable au professionnel désigné mais cela peut résulter soit des carences de l'entreprise, elle-même, à mener à terme le mandat *ad hoc* ou la conciliation soit des aléas économiques. C'est bien ce dernier cas qui s'est présenté devant la juridiction d'Évry. Enfin, la technicité et/ou la spécificité d'une entreprise, l'urgence et la connaissance de l'entreprise concernée par le professionnel précédemment désigné peuvent justifier que l'intéressé le soit de nouveau.

8 - Notons cependant que des incompatibilités ont été prévues par le législateur. En effet, le livre huitième du Code de commerce

relatif aux professions réglementées, prévoit, dans son titre I, chapitre II qui traite des mandataires judiciaires et dans la sous-section 4 de la section I, sur les incompatibilités, l'impossibilité pour un mandataire d'exercer successivement les fonctions de conciliateur puis de mandataire judiciaire avant l'expiration d'un délai d'un an lorsqu'il s'agit d'une même entreprise<sup>9</sup>.

9 - Ce texte ne vise que le cas de la conciliation et non pas le mandat *ad hoc*. Si une telle désignation intervenait suite à une procédure de conciliation, le ministère public, dans un délai de six mois précédant le délai d'un an, pourrait s'opposer à cette désignation<sup>10</sup>.

Cette incompatibilité est spécifique et limitée au mandataire judiciaire en ce qu'elle n'est pas prévue pour l'administrateur judiciaire<sup>11</sup>.

10 - Enfin comme nous l'avons déjà évoqué<sup>12</sup>, il nous semble nécessaire, dès lors que le législateur a imposé au tribunal de rendre une décision motivée en cas de décision contraire aux réquisitions du ministère public, que le ministère public indique clairement les motivations qui le conduisent à solliciter la désignation de tel ou tel professionnel. Dans le cas d'espèce, le ministère public et le tribunal ont chacun motivé leur position.

11 - Au final, la désignation du professionnel incombe au tribunal de la procédure mais le ministère public garde son pouvoir d'intervention si les faits semblent le nécessiter. ■

**Mots-Clés :** Organes - Administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire - Désignation - Conciliateur ou mandataire *ad hoc* - Administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire - Désignation - Conciliateur ou mandataire *ad hoc* - Ministère public - Rôle - Désignation de l'administrateur judiciaire ou du mandataire judiciaire - Conciliateur ou mandataire *ad hoc*

*ad hoc* ou de procédure de conciliation dans les 18 mois précédant la date de la demande, ou dans le cas contraire, mentionnant la date de la désignation du mandataire ou de l'ouverture de la procédure de conciliation ainsi que l'autorité qui y a procédé. Cette attestation est notamment utile afin de déterminer si la présence du ministère public est obligatoire. Voir également du même auteur, *Rev. proc. coll.* 2007, p. 27.

6. A. Lienhard, *Procédures collectives : Delmas*, 3<sup>e</sup> éd. 2009, p. 182. – Ph. Rousset Galle, *Réforme des entreprises en difficulté : Litec*, 2<sup>e</sup> éd., n° 391 et s.  
7. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz Action* 2010/2011, n° 351.361.  
8. *Circulaire du Ministère de la Justice, Direction des Affaires Civiles et du Sceau*, n° CIV 2006 – 08 D4/18-04-2006, NOR : JUSC0620263C.

9. *C. com.*, art. L. 812-8, al. 5.

10. Sur ce point, se reporter à la *circulaire du Ministère de la Justice, Direction des Affaires Civiles et du Sceau*, n° CIV 2006 – 08 D4/18-04-2006, NOR : JUSC0620263C.

11. L'article L. 811-10 du Code de commerce (livre huitième « *de quelques professions réglementées* » titre I « *des administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et experts en diagnostic d'entreprises* », chapitre I « *des administrateurs judiciaires* », section 1, sous-section 4 « *des incompatibilités* ») ne fixe pas une telle restriction.

12. Ch. Delattre, *l'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires : Rev. proc. coll.* 2009, étude 9, n° 24.

## ASPECTS PROCÉDURAUX

**Stéphane GORRIAS,**  
mandataire judiciaire,  
chargé de cours à l'université  
de Paris I Panthéon Sorbonne

**Véronique MANIE,**  
docteur en droit,  
SCP BTSG (Becheret Thierry  
Senechal Gorrias)

**Pierre CAGNOLI,**  
maître de conférences à l'université  
de Caen, Centre de recherche en  
droit privé

### À RETENIR

- 1 Absence d'autorité de chose jugée de l'admission d'une créance en cas d'ouverture d'une seconde procédure collective après résolution du plan de redressement
- 3 Les voies de recours du conjoint commun en biens *in bonis* et du cessionnaire

## JUGEMENT D'OUVERTURE ET RÈGLES DE PROCÉDURE

### ▲ 1 Absence d'autorité de chose jugée de l'admission d'une créance en cas d'ouverture d'une seconde procédure collective après résolution du plan de redressement

En l'absence d'identité de parties, l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde ouverte à l'encontre du même débiteur (réglementation antérieure à la loi de sauvegarde).

Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, P+B+R+I : JurisData n° 2009-047761

« Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu après cassation (*chambre commerciale, financière et économique*, 3 déc. 2003, pourvoi n° C 02-14.477), que le plan de continuation dont avait bénéficié M<sup>me</sup> Cultru, mise en redressement judiciaire le 21 juillet 1990, a été résolu par jugement du 14 octobre 1993 qui a ouvert à son encontre une nouvelle procédure de redressement judiciaire converti le 14 avril 1994 en liquidation judiciaire ; que la société Sepac, dont la créance avait été admise pour 476 836,98 francs dans la première procédure, a procédé à une nouvelle déclaration de créance que M<sup>me</sup> Cultru a contestée ; (...)

Mais sur le second moyen, pris en sa troisième branche : Vu les articles 1351 du Code civil, L. 621-43 et L. 621-82 du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;

Attendu que pour confirmer l'ordonnance du juge-commissaire du 16 juillet 1998 en ce qu'elle a admis la créance de la société Sepac à concurrence de 476 836,98 francs soit 72 693,33 euros, à titre chirographaire, l'arrêt retient que la première ordonnance d'admission constitue un titre qui hors voies de recours, ne peut plus être discuté et s'impose à tous et qu'en conséquence M<sup>me</sup> Cultru qui ne prétend pas avoir fait des règlements à la société Sepac dans le cadre du plan de redressement et ne soulève pas d'autres contestations que celles portant sur la réalité et l'étendue de la créance jugées par l'ordonnance du 14 mars 1991 n'est pas fondée en son appel ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence d'identité de parties, l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde ouverte à l'encontre du même débiteur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit mal fondée M<sup>me</sup> Cultru en son appel et confirmé l'ordonnance prononcée le 16 juillet 1998 en ce qu'elle a admis la créance de la société SEPAC, l'arrêt rendu le 28 novembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Besançon ; »

**NOTE :** Un plan de continuation avait été arrêté à l'encontre d'une agricultrice. À la suite de la résolution du plan, une nouvelle procédure collective de redressement a été ouverte à l'encontre de la débitrice et, par la suite, convertie en liquidation judiciaire.

Un des créanciers qui avait vu sa créance admise dans le cadre de la première procédure collective procéda, conformément aux règles applicables sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, à une nouvelle déclaration créance. À défaut d'avoir perçu un quelconque dividende dans le cadre de l'exécution du plan, le créancier déclara le montant de sa créance initialement admise dans la première procédure. Le débiteur contesta la déclaration ainsi faite et la cour d'appel refusa de la prendre en considération du fait de la décision d'admission dans la première procédure.

La Cour de cassation saisie du litige a jugé, par un arrêt en date du 3 décembre 2003, « que l'admission ou le rejet de la créance dans cette procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde procédure collective ouverte à l'encontre du même débiteur ». Elle réitère cette position de principe dans cet arrêt d'assemblée plénière du 10 avril 2009 qui est par là même l'occasion d'éclaircir le fondement de sa solution, c'est-à-dire cette absence d'autorité de la chose jugée.

Il n'y a pas autorité de la chose jugée dans la mesure où pour la Cour il n'y a pas « identité de parties ».

L'autorité de la chose jugée peut être définie, selon le professeur Natalie Fricero, comme un attribut conféré par la loi aux actes juridictionnels afin d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle et d'interdire le renouvellement des procès.

En l'espèce, sur l'identité de l'objet : la demande formulée par le créancier dans le cadre de la liquidation judiciaire était bien identique à celle qu'il avait pu formuler dans le cadre du redressement judiciaire dans la mesure où l'on ne pouvait que constater l'absence d'éléments nouveaux. Aucun des dividendes n'avait été réglé par la débitrice entre l'adoption du plan et l'ouverture de la procédure de liquidation, pas plus qu'une nouvelle créance « n'était venue s'ajouter à celles existantes et admises dans la première procédure avec ce créancier ».

Sur l'identité des parties : il est vrai que d'un côté il y a le représentant des créanciers et de l'autre le liquidateur judiciaire. Si dans de telles circonstances, il y aura généralement une identité physique entre les deux personnes, il n'y aura pas en revanche identité en tant que parties (les deux parties n'auront pas la même qualité).

Notons que désormais dans l'hypothèse d'une résolution de plan, le créancier admis dans la première procédure est automatiquement admis dans la seconde.

S. GORRIAS  
et V. MANIE

**Mots-Clés :** Admission des créances - Autorité de chose jugée - Procédures collectives successives  
Procédures collectives successives - Admission des créances - Autorité de chose jugée

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2203 et 2352

**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2185 à 2204

## COMPÉTENCE

### 2 Pouvoir juridictionnel du juge-commissaire

La contestation relative à l'exécution prétendument défectueuse d'un contrat ne relève pas du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, statuant dans la procédure de vérification des créances et le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge-commissaire constitue une fin de non-recevoir, et non une exception d'incompétence, que le juge est tenu de relever d'office.

Cass. com., 24 mars 2009, n° 07-21.567, F-D : JurisData n° 2009-047592

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société EGBTP, à qui la SNC Kaufman et Broad Promotion 6 (la SNC Kaufman), maître d'ouvrage chargé de la réalisation d'un ensemble immobilier, avait confié la réalisation du lot gros-œuvre, a été mise en liquidation judiciaire le 16 novembre 2004, M<sup>me</sup> Riffier étant désignée liquidateur ; que la SAS Kaufman et Broad Homes (la SAS Kaufman) a alors déclaré, pour le compte de la SNC Kaufman, une créance de 73 021,93 euros au titre de la reprise de travaux restant à effectuer, de malfaçons et de pénalités de retard ; que cette créance, contestée par la société EGBTP, a été admise au nom de la SAS Kaufman pour un certain montant ; (...)

Mais sur le premier moyen qui est recevable :

Vu l'article L. 621-104 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et l'article 102 de la loi du 25 janvier 1985, ensemble l'article 125 du Code de procédure civile ;

Attendu que, pour admettre la créance de la SNC Kaufman au passif de la liquidation judiciaire de la société EGBTP, l'arrêt retient que le constat d'huissier, dressé le 24 novembre 2004, décrivant l'état du chantier ainsi que les devis et factures des travaux repris sont suffisants pour démontrer le bien-fondé de la créance au titre des travaux qui ont dû être réalisés après l'abandon du chantier, que le compte rendu de chantier du 7 juin 2004 et la lettre du maître d'œuvre du 20 octobre 2004, produits par la société EGBTP, ne peuvent renseigner sur l'état du chantier lors de son abandon et que la société EGBTP ne démontre pas que le retard de travaux de quinze jours, établi par le compte rendu de chantier du 7 juin 2004, ait été rattrapé, comme elle le prétend ;

Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que la contestation relative à l'exécution prétendument défectueuse d'un contrat ne relève pas du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, statuant dans la procédure de vérification des créances, et que le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge-commissaire constitue une fin de non-recevoir, et non une exception d'incompétence, qu'elle était tenue de relever d'office, la cour d'appel, qui devait surseoir à statuer sur l'admission de la créance après avoir invité les parties à saisir le juge compétent, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE (...) »

**NOTE :** La seule compétence du juge-commissaire concernant les créances se limite à ce qui est mentionné à l'article L. 624-2 du Code de commerce (C. com., art. L. 621-104 ancien).

« La contestation relative à l'exécution prétendument défectueuse d'un contrat ne relève pas du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, statuant dans la procédure de vérification des créances... le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge-commissaire constitue une fin de non-recevoir, et non une

exception d'incompétence, [que la cour d'appel] était tenue de relever d'office ».

En l'espèce, un entrepreneur a été placé en liquidation judiciaire alors qu'un chantier était en cours. Le maître d'ouvrage a déclaré un montant au titre de pénalités. La créance ayant été admise sur la base d'un constat d'huissier décrivant l'état du chantier ainsi que les devis et factures des travaux repris. L'arrêt a retenu comme suffisants ces éléments pour démontrer le bien fondé de la créance. Il fait l'objet d'une cassation partielle. La position adoptée par la haute juridiction dans l'appréciation du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire appelle une triple critique.

Tout d'abord, la cour de façon péremptoire décide que la contestation relative à l'exécution prétendument défectueuse d'un contrat ne relève pas du pouvoir juridictionnel du juge-commissaire. Elle constate donc l'absence de pouvoir d'appréciation du juge. Aucune justification n'est cependant invoquée pour limiter l'étendue des pouvoirs dans la détermination de l'admission ou non de la créance. Le juge se doit pourtant de constater l'évidence sur l'existence ou non d'une créance. À suivre l'arrêt rapporté, le juge-commissaire devrait alors surseoir à statuer sur l'admission après avoir invité les parties à saisir le juge compétent.

Ensuite, de façon surprenante, la Haute juridiction précise que le moyen tiré du défaut de pouvoir juridictionnel du juge-commissaire constitue une fin de non-recevoir, poursuivant l'excroissance de ce moyen de défense. Pourtant le moyen semble davantage appartenir à la catégorie des exceptions de procédure. L'enjeu de la qualification de ce moyen de défense est déterminant pour fixer un régime processuel strict, alors même que le juge-commissaire pourrait se déclarer incompétent.

Enfin la chambre commerciale ajoute que cette fin de non recevoir doit être relevée d'office par le juge de la vérification des créances. Or, si l'on rappelle que le juge se doit de relever d'office les fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public là où il a la faculté de soulever la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, on peine à trouver le fondement qui lui permet de soulever d'office cette fin de non-recevoir.

S. GORRIAS et V. MANIE

**Mots-Clés :** Vérification des créances - Contestation relative à l'exécution défectueuse d'un contrat - Incompétence du juge-commissaire

Juge-commissaire - Compétence - Contestation relative à l'exécution défectueuse d'un contrat

Liquidation judiciaire - Contestation de créance - Compétence du juge-commissaire - Exception d'incompétence

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2200, 2220 et 2352

**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 711 à 753, 2144 à 2237

## VOIES DE RECOURS

### 3 Les voies de recours du conjoint commun en biens *in bonis* et du cessionnaire

La tierce opposition du conjoint d'un époux en liquidation judiciaire est irrecevable contre la décision relative à un bien commun dans le cadre d'une action intentée par le liquidateur. L'appel du jugement statuant sur la tierce opposition n'est pas possible pour le reprenneur évincé.

Cass. com., 10 mars 2009, n° 07-20.718, F-D : JurisData n° 2009-047448

Cass. com., 28 avr. 2009, n° 08-10.368, F-P+B : JurisData n° 2009-047973 ; Act. proc. coll. 2009-11, comm. 176, note J. Leproux

1<sup>re</sup> espèce :

« Sur le moyen unique, après avertissement délivré aux avocats aux parties :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (*Douai*, 25 sept. 2007, RG 06/00862) que, par jugement du 17 mars 2005, la société Cousolre distribution (le débiteur) a été mise en redressement judiciaire ; que le tribunal, par jugement du 18 août 2005, a arrêté le plan de cession de ce dernier au profit de la société Distribution Casino France (la

société Casino), M. Rouvroy étant nommé commissaire à l'exécution du plan ; que les sociétés Prodim et CSF qui avaient présenté une offre non retenue, ont formé tierce opposition réformation à ce jugement ; que le tribunal a déclaré cette tierce opposition irrecevable ;

(...) attendu que les jugements rendus sur tierce opposition sont susceptibles des mêmes voies de recours que les décisions de la juridiction dont ils émanent ; que selon l'article L. 623-7, alinéa 2, du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'au ministère public à l'encontre des arrêts rendus en application du II et du III de l'article L. 623-6 dans cette même rédaction ; qu'il n'est dérogé à cette règle comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours qu'en cas d'excès de pouvoir ;

Et attendu que les sociétés Prodim et CSF qui, en tant que repreneurs évincés n'ont aucune prétention à faire valoir au sens les articles 4 et 31 du Code de procédure civile et n'ont pas la qualité de partie au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'invoquent aucun excès de pouvoir commis ou consacré par les juges du fond ; que le pourvoi est, en conséquence, irrecevable ;

PAR CES MOTIFS :

Déclare le pourvoi IRRECEVABLE ; »

2<sup>e</sup> espèce :

« Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt déferé (*Pau*, 25 oct. 2007), que M. Sourigues, alors époux commun en biens de M<sup>me</sup> Cescutti, a été mis en liquidation judiciaire, le 13 novembre 1990, M<sup>me</sup> Crouzet, aujourd'hui remplacée par M. Guérin, étant nommée liquidateur ; qu'autorisée par ordonnance du juge-commissaire du 8 avril 1993, cette dernière, a, suivant acte du 12 juillet 1993, vendu à M. Laborde, un immeuble ainsi que le fonds de commerce y exploité, dépendant de la communauté des époux Sourigues Cescutti ; que M. Laborde, ultérieurement déclaré en liquidation judiciaire, soutenant avoir été victime de réticence dolosive de la part de M<sup>me</sup> Crouzet, ainsi que son liquidateur judiciaire, M. Jun, ont assigné M<sup>me</sup> Crouzet, ès qualités, en résolution de la vente et en paiement de dommages-intérêts ; que par jugement en date du 5 mars 1997, le tribunal a accueilli la demande et condamné M<sup>me</sup> Crouzet, ès qualités, au paiement d'une certaine somme ; que par arrêt du 11 janvier 2001, la cour d'appel, a, annulé le jugement et les ventes et condamné M<sup>me</sup> Crouzet, ès qualités, à en rembourser le prix à la CRCAM du Sud-Ouest, prêteur des fonds ayant servi à l'acquisition, à payer à M. Jun, ès qualités, des dommages-intérêts en réparation du préjudice personnel de M. Laborde et une certaine somme représentant le passif de la liquidation judiciaire de M. Laborde en relation directe avec la fermeture de son commerce ; que M<sup>me</sup> Cescutti, épouse divorcée de M. Sourigues, a fait tierce opposition à cette dernière décision ;

(...) attendu que chacun des époux, ayant le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, a qualité pour exercer seul, en défense ou en demande, les actions relatives aux biens communs ; qu'il s'en déduit que les décisions rendues à l'encontre du seul époux en liquidation judiciaire, représenté par son liquidateur, relativement à la vente d'un bien commun, étant opposables au conjoint maître de ses biens, la tierce opposition formée par ce dernier à leur encontre n'est pas recevable ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve justifié ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ; »

**NOTE :** Nul n'est besoin de rappeler que l'exercice des voies de recours fait l'objet, en matière de droit des procédures collectives, d'une originalité accusée induite par la nature spécifique du contentieux économique qu'elle génère.

Si les interventions législatives du 26 juillet 2005 et du 18 décembre 2008 sont venues atténuer les restrictions apportées aux voies de recours, il n'en reste pas moins que celles-ci restent limitées dès lors que l'on touche au domaine de la cession des actifs. Bien qu'il s'agisse des décisions rendues antérieurement à l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises, les solutions posées dans les arrêts en date du 28 avril 2009 et du 10 mars 2009 ont vocation à être reconduites sous l'empire de cette dernière et méritent donc que l'on s'y attarde.

En premier lieu, dans un arrêt du 10 mars 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé l'impossibilité pour les candidats repreneurs évincés de pouvoir faire appel du jugement ayant rejeté leur tierce-opposition.

Les faits de l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt sont simples : un plan de cession a été arrêté au profit d'une société. Deux candidats évincés ont alors formé une tierce-opposition-réformation à l'encontre du jugement ayant arrêté le plan de cession. Leur recours ayant été déclaré irrecevable, les deux sociétés ont interjeté appel dudit jugement.

La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi introduit par les candidats malheureux et confirme la décision rendue par la cour d'appel au motif que « les jugements rendus sur tierce-opposition sont susceptibles des mêmes voies de recours que les décisions de la juridiction dont ils émanent ; que selon l'article L. 623-7, alinéa 2, du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'au ministère public à l'encontre des arrêts rendus en application du II et du III de l'article L. 623-6 dans cette même rédaction (...) ».

La décision de la Cour de cassation est ainsi l'occasion de rappeler, d'une part, que la tierce-opposition est accueillie avec défaveur par le droit des procédures collectives dès lors qu'un plan de cession est arrêté. L'article L. 661-7, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 consacre désormais clairement cette exclusion. En effet, en dépit de la modification législative maladroitement opérée par le législateur lors de la réforme du 10 juin 1994, il apparaissait que l'analyse rédactionnelle de l'article L. 623-6 du Code de commerce de par l'usage de la formule « ne sont susceptibles que d'un appel » était la marque d'une intention restrictive, exclusive des autres voies de recours. Une telle rédaction permettait par elle-même de conclure au maintien de l'exclusion de la tierce-opposition, à l'instar de ce qui se passait sous l'empire de la loi de 1985.

D'autre part, l'arrêt de la chambre commerciale est l'occasion de rappeler les règles du droit commun de la procédure civile qui ont vocation à s'appliquer en l'absence de disposition spéciale. Ainsi, selon l'article 592 du Code de procédure civile « le jugement rendu sur tierce-opposition est susceptible des mêmes recours que les décisions de la juridiction dont il émane ». Dès lors l'appel était fermé aux tiers opposants.

L'arrêt du 28 avril 2009 précise quant à lui que les décisions rendues à l'encontre du seul époux en liquidation judiciaire, représenté par son liquidateur, relativement à la vente d'un bien commun, étant opposables au conjoint maître de ses biens, la tierce opposition formée par ce dernier à leur encontre n'est pas recevable. Seules les voies de recours offertes aux parties à l'action lui sont ouvertes.

S. GORRIAS et V. MANIE

**Mots-Clés :** Voies de recours - Appel - Repreneur évincé  
Cession - Voies de recours - Repreneur évincé - Appel (non)  
Voies de recours - Tierce opposition - Conjoint in bonis commun en biens

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2205, 2730 et 3170

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 605 à 710

## 4 L'appel de l'ordonnance de restitution

Le jugement statuant sur le recours formé devant le tribunal à l'encontre d'une ordonnance du juge-commissaire statuant en matière de restitution est susceptible d'appel.

Cass. com., 3 févr. 2009, n° 07-18.931, FS-P+B : JurisData n° 2009-046856

« Sur le moyen relevé d'office, après avertissement délivré à l'avocat de la demanderesse :

Vu les articles 546 du Code de procédure civile et L. 623-4 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;

Attendu que les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire sur les demandes en restitution prévues par l'article 85-4 du décret du 27 décembre 1985, sont, à l'instar de ceux se prononçant sur les demandes en revendication, susceptibles d'appel ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Pan inter transports et logistiques (la société) qui avait conclu, de 2001 à 2004, avec la société Natexis Lease, devenue Natixis Lease (le crédit-bailleur) plusieurs contrats de crédit-bail portant sur des véhicules et matériels de transport, a été mise en redressement judiciaire le 28 septembre 2005 ; que le crédit-bailleur, par courrier du 24 mars 2006, a réclamé à l'administrateur la restitution des biens concernés ; que la société ayant été mise en liquidation judiciaire le 27 septembre 2006, M. Clément étant désigné liquidateur, le crédit-bailleur, par requêtes du 16 novembre 2006, a saisi le juge-commissaire de sa demande en restitution ; que le liquidateur a restitué spontanément plusieurs véhicules mais a lui-même saisi le juge-commissaire, le 21 novembre 2006, aux fins d'être autorisé à vendre certains d'entre eux ; que le juge-commissaire, par une première ordonnance du 4 décembre 2006, a fait droit à la demande du liquidateur puis, par une seconde ordonnance du 5 février 2007, statuant sur la requête du crédit-bailleur, a constaté que certains matériels avaient déjà été restitués, dit que le prix de vente des véhicules, cédés en cours de procédure, devait être versé au crédit-bailleur et ordonné la restitution du matériel restant ; que cette décision a été confirmée par le tribunal le 4 avril 2007 ;

Attendu que, pour déclarer irrecevable l'appel du crédit-bailleur, qualifié par celui-ci d'appel-nullité, l'arrêt retient que les griefs formulés à l'encontre du jugement ne relèvent pas de l'excès de pouvoir, en ce qu'ils visent une application erronée de règles de droit ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le jugement du 4 avril 2007 était susceptible d'un appel de droit commun, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le moyen du pourvoi :

CASSE ET ANNULE (...) »

**NOTE :** Par cet arrêt en date du 3 février 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation participe à éclairer le régime des voies de recours applicable, sous l'empire de la législation du 25 janvier 1985, aux décisions statuant en matière de restitution et résout ainsi une question laissée jusqu'alors dans l'ombre par la jurisprudence.

Un crédit-bailleur, titulaire d'un contrat publié, saisit le juge-commissaire d'une requête en restitution afin de récupérer les véhicules et matériels de transport mis à disposition de la société crédit-preneuse qui a fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de redressement convertie en liquidation judiciaire.

L'ordonnance rendue par le juge-commissaire a fait l'objet d'un recours devant le tribunal et le crédit-bailleur insatisfait du jugement a interjeté appel-nullité de celui-ci.

L'article L. 623-4 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005, applicable en la cause, énonce que « ne sont susceptibles ni d'opposition, ni de tierce-opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation... 2° les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions, à l'exception de ceux statuant sur les revendications ».

Une analyse littérale dudit article paraissait exclusive de la possibilité de former un appel-réformation dès lors que l'on n'était pas en présence d'une ordonnance statuant en matière de revendication.

Toutefois, comme avait pu le faire remarquer une partie de la doctrine, (*P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz Action 2008/2009, n° 812.71*) il paraissait logique de traiter de façon uniforme les demandes en revendication et les demandes en restitution et ce d'autant plus que le législateur a entendu clairement avantager le propriétaire dont le contrat a été publié.

Néanmoins, fort de l'incertitude quant au régime applicable, on peut comprendre la démarche du crédit-bailleur d'avoir essayé de se tourner vers la voie d'un appel-nullité. C'était néanmoins

oublier que ce dernier ne constitue pas une soupape de sûreté en toute circonstance mais uniquement dans l'hypothèse où certaines conditions sont réunies. Or, au cas d'espèce, l'excès de pouvoir qui permet l'ouverture d'une telle voie de recours n'était pas caractérisé ce qui explique son rejet.

On constate, par ailleurs qu'au cas d'espèce la confusion pour le plaideur entre les notions d'appel-réformation et d'appel-nullité est sans incidence.

Par cet arrêt, la Cour de cassation fait ainsi prévaloir la logique de l'identité de traitement entre les demandes en revendication et les demandes en restitution. Cette solution, bien que rendue sous l'empire de la législation du 25 janvier 1985, a vocation à être reconduite sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises qui est venue, par ailleurs, libéraliser les voies de recours à l'encontre des ordonnances rendues par le juge-commissaire.

S. GORRIAS et V. MANIE

**Mots-Clés :** Voies de recours - Ordonnance du juge-commissaire - Appel

Restitutions - Ordonnance du juge-commissaire - Voies de recours - Appel

Ordonnance du juge-commissaire - Voies de recours - Appel

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2205, 2220

**Voir aussi :** B. Soenne, *Traité des Procédures Collectives : Litec*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 605 à 710

## DÉCISIONS SUSCEPTIBLES D'OPPOSITION, DE TIERCE OPPOSITION, D'APPEL

### 5 Recours contre une ordonnance du juge-commissaire

Constitue un excès de pouvoir le fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation d'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé.

Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-13.565, FS-P+B+R : JurisData n° 2009-048660

**NOTE :** Constitue un excès de pouvoir le fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation d'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé.

La nature spécifique du contentieux objectif mis en lumière par le droit des procédures collectives, qui obéit à un impératif de rapidité et à un souci d'efficacité économique, a conduit le législateur à l'élaboration d'un régime limitant les voies de recours même si, dernièrement, la loi de sauvegarde des entreprises est venue assouplir celui-ci.

Pour pallier les inconvénients de ce système restrictif et afin d'éviter, par là-même, un déséquilibre trop flagrant dans la sauvegarde des droits de la défense, le droit des procédures collectives s'est rapidement révélé comme un terrain de prédilection dans la mise en œuvre de ce que l'on a pris l'habitude de désigner sous l'appellation de recours nullité.

Une telle pratique *contra legem*, née de l'arbitrage, permet de rétablir la voie de recours normalement supprimée dès lors que la décision rendue est entachée d'un vice particulièrement grave (que ce soit au profit des parties ou au profit des tiers) et que, par conséquent, l'interdiction de la voie de recours apparaît comme une anomalie intolérable.

L'étude jurisprudentielle permettait de dégager deux fondements à l'origine de l'ouverture des recours-nullité. Celle-ci décidait ainsi traditionnellement que de tels recours-nullité étaient ouverts pour sanctionner l'excès de pouvoir et les violations des principes essentiels de la procédure (V. notamment, *Cass. com., 25 janv. 1994 : D. 1994, p. 379, obs. F. Derrida ; Quot. jur. 15 mars*

1995, p. 5, note P.M. : « aucune disposition résultant des procédures collectives n'interdit de faire constater selon les voies de recours de droit commun la nullité d'un jugement lorsque celui-ci présente de graves irrégularités commises par les premiers juges qui ont, soit violé l'un des principes fondamentaux de la procédure, soit outrepassé leur pouvoir »).

Or, ce qui pouvait apparaître comme la *summa divisio* des vices graves a été remise en cause par un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 28 janvier 2005 (*Cass. ch. mixte, 28 janv. 2005* : *Bull. civ. 2005, ch. mixte, n° 1* ; *Procédures 2005, comm. 87, note R. Perrot* ; *JCP G 2005, I, 125, § 14, obs. S. Amrani-Mekki* ; *Gaz. Pal. 2005, p. 1127, concl. M. Domingo*) qui a érigé, l'excès de pouvoir comme le seul critère permettant l'exercice d'un recours-nullité (*V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 nov. 2005* : *D. 2005, p. 3805, obs. A. Lienhard*. – *Cass. com., 3 mai 2006* : *D. 2006, p. 1369, obs. A. Lienhard*). Par ailleurs, dans ce même arrêt, la Haute Juridiction s'est livrée à une appréhension restrictive de la notion d'excès de pouvoir en affirmant que la violation du principe de la contradiction n'était pas constitutive d'un excès de pouvoir. La conception étroite ainsi retenue de l'excès de pouvoir avait pu être critiquée par une partie de la doctrine qui plaidait pour une conception élargie de celle-ci (*L. Miniato, Le déraisonnable et l'excès : sanctions des défaillances du juge* : *Rev. Lamy dr. civ. 2006, n° 28, p. 65*. – *B. Rolland, Mauvais temps sur le principe de la contradiction... (à propos de l'admission des recours-nullité par la Cour de cassation)* : *JCP E 2006, 2534*). Il pouvait, en effet, apparaître choquant de ne pas permettre la protection du justiciable en cas de violation du principe de la contradiction considéré pourtant comme un principe supérieur (Cette solution paraissait même en contradiction avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).

L'arrêt de la chambre commerciale en date du 16 juin 2009 (*n° 08-13.565*), rendu sous l'empire des règles applicables antérieurement à la loi de sauvegarde des entreprises, contribue à répondre à ces critiques en faisant rentrer, *a priori*, le principe de la contradiction dans le giron de l'excès de pouvoir (qui apparaît à la lecture de l'arrêt toujours comme l'unique fondement de l'ouverture des recours-nullité).

Ainsi, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 16 juin 2009, le propriétaire indivis d'un bien immobilier est mis en liquidation judiciaire. Le liquidateur chargé de la réalisation des actifs de la procédure saisit le juge-commissaire d'une requête tendant à voir ordonner la vente de la part indivise du débiteur au profit du frère et de la sœur de celui-ci.

Le juge-commissaire rejette cette demande. Les deux acquéreurs potentiels introduisent un recours auprès du tribunal. Celui-ci réforme l'ordonnance du juge-commissaire et autorise le liquidateur à régulariser la proposition telle que visée dans la requête initiale, sans entendre ni appeler le débiteur (pour information, l'article L. 642-19 du Code de commerce prévoit que le débiteur doit être entendu ou dûment appelé). Ce dernier fait alors appel-nullité du jugement invoquant la violation du principe de la contradiction (posé par les articles 14 à 16 du Code de procédure civile) pour n'avoir pas été avisé de l'opposition, ni convoqué par le tribunal. Si la cour d'appel déclare irrecevable l'appel-nullité au motif que « la violation d'un principe fondamental de procédure, tel celui du contradictoire, ne constitue pas un excès de pouvoir », la chambre commerciale de la Cour de cassation casse la décision rendue et affirme aux termes d'un attendu explicite « que constitue un excès de pouvoir le fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé ».

Une incertitude règne néanmoins quant à la réelle portée à attribuer à cet arrêt. On peut se demander si la solution posée par la chambre commerciale de la Cour de cassation n'est pas, au fond, une simple mesure d'opportunité. En effet l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application (*C. com., art. R. 642-37-1 et R. 642-37-3*) permettent désormais qu'un appel puisse être interjeté à l'encontre des ordonnances rendues par le juge-commissaire en matière de réalisation des actifs en liquidation judiciaire. Dès lors en l'espèce, le débiteur aurait pu former un appel. Paradoxe cependant des nouvelles dispositions : l'article L. 642-19 du Code de commerce ne prévoit plus désormais que le débiteur soit entendu ou convoqué. Désormais le respect du droit de la défense est contenu dans les dispositions générales concernant les modalités de réalisation des actifs.

S. GORRIAS et V. MANIE

**Mots-Clés** : Voies de recours - Appel-nullité - Non-respect du principe du contradictoire

Ordonnance du juge-commissaire - Appel-nullité - Non-respect du principe du contradictoire

**JurisClasseur** : Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2205, 2220

**Voir aussi** : B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 605 à 710

# CRÉANCIERS HORS DU PRIVILÈGE DE PROCÉDURE

Olivier STAES,  
maître de conférences à l'université  
Toulouse I Capitole (CDA-UT1)

Francine MACORIG-VENIER,  
professeur à l'université  
de Toulouse (faculté de droit -  
CDA-UT1)

François LEGRAND,  
mandataire judiciaire  
à Pau et à Tarbes

Marie-Noëlle LEGRAND,  
maître de conférences

## À RETENIR

- 8 Obligation de la juridiction saisie de l'instance en cours valablement reprise de fixer le montant de la créance
- 9 La suspension des poursuites individuelles : une règle d'ordre public international
- 10 Maintien de l'interruption d'instance jusqu'à la clôture de la procédure collective
- 11 Compétence pour constater la péremption de l'instance en cours
- 12 Déclaration par le secrétaire d'un avocat
- 14 Quels sont les moyens à la disposition du créancier omis volontairement de la liste des créanciers par le débiteur
- 16 Ouverture du recours subrogatoire à la caution en cas de déclaration de créance par le créancier

## INSTANCES EN COURS

Olivier STAES,  
maître de conférences à l'université  
Toulouse I Capitole (CDA-UT1)

## NOTION D'INSTANCE EN COURS

### 6 Référé-provision : domaine

La condamnation au paiement d'une somme au titre de la remise en état constitue une provision, de sorte que la procédure devant le juge des référés n'est pas une instance en cours au sens de l'article L. 622-22 du Code de commerce.

Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-12.416, F-P+B : JurisData n° 2009-049794 - V. aussi infra n° 17, obs. F. Legrand et M.-N. Legrand, sur la nécessaire déclaration et vérification de la créance

« l'instance en cours, interrompue jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance, est celle qui tend à obtenir, de la juridiction saisie du principal, une décision définitive sur le montant et l'existence de cette créance ; que tel n'est pas le cas de l'instance en référé, qui tend à obtenir une condamnation provisionnelle ».

**NOTE :** La procédure de référé-provision n'est pas une instance en cours au sens de l'article L. 622-22 du Code de commerce. Ce n'est pas cette solution constante qui posait difficulté dans l'arrêt du 6 octobre 2009 mais la qualification de référé-provision.

En l'espèce, une société condamnée en référé à payer une certaine somme au titre de la remise en état et une provision au titre des factures réglées interjetta appel. Durant la procédure d'appel, la société fait l'objet d'une procédure de sauvegarde et la cour d'appel déclare les demandes formées contre la société appelante irrecevables. L'intimé se pourvoit en cassation considérant que « le juge des référés n'est pas soumis à l'arrêt définitif des poursuites individuelles lorsqu'il statue sur l'exécution d'une obli-

gation et non sur une simple provision ». Tel était le cas, selon le demandeur au pourvoi, de la condamnation à la somme de 18 599,65 euros au titre de la remise en état. Le pourvoi est rejeté : la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclaré irrecevables les deux demandes tendant à une condamnation provisionnelle.

La Cour de cassation considère que la condamnation par le juge des référés au paiement d'une somme au titre de la remise en état constitue une provision. La solution doit être approuvée : le domaine du référé-provision concerne toute demande de somme d'argent. Il ne se limite pas aux créances dont l'objet est le paiement d'une somme d'argent, il englobe aussi les sommes réclamées au titre des obligations de faire ou de ne pas faire. Aussi, contrairement à ce que considérait l'intimé, le paiement d'une somme au titre de la remise en état relève bien du référé-provision, de sorte que cette demande pendante devant le juge des référés au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur est soumise à l'arrêt des poursuites individuelles (C. com., art. L. 622-21, I, 1°). Mais cette instance ne peut être reprise car elle ne constitue pas une instance en cours au sens de l'article L. 622-22 du Code de commerce. La raison de l'impossibilité de reprendre l'instance de référé en cours est bien connue : le juge des référés ne statue pas au fond du droit, sa décision rendue à l'issue de l'instance en cours ne peut être portée sur l'état des créances. La Cour de cassation rappelle, dans cet arrêt, que l'instance en cours au sens de l'article L. 622-22 du Code de commerce est celle qui tend à obtenir, de la juridiction saisie du principal, une décision définitive sur le montant et l'existence d'une créance contre le débiteur.

Par conséquent, les créances faisant l'objet de l'instance de référé doivent être soumises à la procédure de vérification des créances et à la décision du juge-commissaire. Et, du fait de l'arrêt des poursuites individuelles, l'appel formé contre l'ordonnance de référé est irrecevable.

**Mots-Clés :** Instance en cours - Référé-provision - Irrecevabilité  
**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2355  
**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1039 à 1074

## RECOURS CONTRE LA DÉCISION DU JUGE-COMMISSAIRE

### 7 Défaut de réponse du créancier à la proposition du mandataire judiciaire

Bien qu'il n'ait pas répondu à la proposition du mandataire judiciaire, le créancier qui a mentionné l'existence d'une instance en cours peut faire appel de l'ordonnance du juge-commissaire qui a admis une créance et rejeté le surplus de la déclaration.

CA Rouen, 24 avr. 2008, n° 07/01066 : *JurisData* n° 2008-363700

« La sanction prévue par les articles L. 621-47 et L. 621-105, alinéa 2, du Code de commerce (rédaction antérieure à la loi de sauvegarde) n'est pas applicable lorsque le créancier avise le représentant des créanciers de l'existence d'une instance en cours. (...) Il s'ensuit que le juge-commissaire devait simplement constater l'existence de l'instance en cours sans fixer la créance au passif de la liquidation judiciaire ».

**NOTE :** Bien que rendu sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, cet arrêt de 2008 de la cour d'appel de Rouen mérite d'être rapporté car il apporte une précision sur le domaine de la forclusion du créancier qui n'a pas répondu à la proposition du mandataire judiciaire sur le sort de la créance déclarée.

En matière de déclaration de créances, le créancier qui ne répond pas à l'avis du mandataire judiciaire l'invitant à faire connaître ses explications dans un délai de trente jours ne peut plus contester la proposition du mandataire (*C. com.*, art. L. 622-27) ni exercer de recours contre l'ordonnance du juge-commissaire lorsque celle-ci confirme la proposition du mandataire judiciaire (*C. com.*, art. L. 624-3). Cette forclusion n'est applicable que s'il y a discussion sur tout ou partie d'une créance, comme le précisent les articles L. 622-27 et L. 624-3 du Code de commerce. Par conséquent, la Cour de cassation a décidé que la forclusion n'est pas applicable lorsque la discussion porte sur la régularité de la déclaration de la créance (*Cass. com.*, 5 janv. 1999, n° 95-16.360, D : *JurisData* n° 1999-000137 ; *Act. proc. coll.* 1999, comm. 51, obs. J. Vallansan). Elle a aussi écarté cette sanction en cas de défaut de réponse du créancier avisé par le représentant des créanciers de l'existence d'une instance en cours (*Cass. com.*, 15 mars 2005, n° 00-19.918, FS-P+B : *JurisData* n° 2005-027608 ; *Bull. civ.* 2005, IV, n° 57 ; D. 2005, p. 889, obs. A. Lienhard ; *RD bancaire et fin.* 2005, comm. 102, obs. F.-X. Lucas). Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Rouen la situation est un peu différente : le créancier a déclaré plusieurs sommes d'un montant de 217 138,96 euros et mentionné l'existence de l'instance en cours. Le liquidateur a contesté la créance en ces termes « seule la somme de 1 900 euros est due (...) ; le solde de votre créance n'est pas justifié ». Le juge-commissaire déclare bien fondée la contestation du liquidateur, admet la créance pour 1 900 euros et rejette le surplus de la déclaration. Le créancier demande à la cour d'appel d'annuler l'ordonnance du juge-commissaire et de constater l'existence de l'instance en cours. Le liquidateur considère que le créancier est irrecevable en son appel car il n'a pas répondu à la proposition du représentant des créanciers. La cour d'appel de Rouen décide que la sanction prévue par les articles L. 621-47 et L. 621-105 du Code de commerce, devenus les articles L. 622-27 et L. 624-3 du même code, n'est pas applicable lorsque le créancier avise le représentant des créanciers de l'existence d'une instance en cours. Il appartient alors au juge-commissaire de constater qu'une instance est en cours. En conséquence, la cour d'appel déclare le créancier recevable en son appel, réforme l'ordonnance

du juge-commissaire et constate l'existence d'une instance en cours.

Bien que le représentant des créanciers ait discuté la créance déclarée, l'arrêt de la cour d'appel de Rouen se justifie. En effet, lorsque le créancier avise le mandataire judiciaire d'une instance en cours, ni celui-ci ni le juge-commissaire ne peuvent apprécier le bien-fondé de la créance. Le mandataire ne peut que contester l'existence de l'instance en cours, cette contestation ne constituant pas une discussion de la créance.

O. STAES

**Mots-Clés :** Instances en cours - Contestation de la créance - Forclusion

Déclaration de créance - Instance en cours - Incidence sur l'admission de la créance

Admission des créances - Instance en cours - Incidence

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352 et 2355

**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1039 à 1074 et 2145 à 2237

## REPRISE DE L'INSTANCE EN COURS

### 8 Obligation de la juridiction saisie de l'instance en cours valablement reprise de fixer le montant de la créance

La juridiction saisie d'une instance en cours doit, après avoir vérifié si l'instance interrompue a été valablement reprise, statuer sur l'existence et le montant de la créance sans pouvoir renvoyer au juge-commissaire.

Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-20.490, F-P+B : *JurisData* n° 2009-050158

« Attendu que pour déclarer irrecevable la demande formée par M. X..., le jugement retient, qu'en application de l'article L. 624-2 du Code de commerce, le juge-commissaire est seul compétent pour statuer sur les déclarations de créances et qu'il n'appartient pas à la juridiction de proximité de se substituer au juge-commissaire en empiétant sur ses attributions ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait, après avoir vérifié si l'instance, interrompue par l'effet du jugement ayant ouvert le redressement judiciaire de la société, avait été valablement reprise, de fixer le montant de la créance, la juridiction de proximité a violé les textes susvisés [*C. com.*, art. L. 622-21, I, L. 622-22, L. 631-14, R. 622-20 et R. 631-22] ».

**NOTE :** L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 3 novembre 2009 rappelle une solution classique : en présence d'une instance en cours, le juge-commissaire n'est pas compétent pour statuer sur l'admission de la créance ; il appartient à la juridiction saisie de l'instance en cours de vérifier la régularité de la reprise de l'instance, de constater la créance et d'en fixer le montant.

En l'espèce, une juridiction de proximité est saisie d'une demande de paiement d'une certaine somme fondée sur l'inachèvement des travaux confiés à une société. Durant l'instance, la société défenderesse est soumise à une procédure de redressement judiciaire. Le créancier déclare sa créance à la procédure collective, appelle en cause le mandataire judiciaire et l'administrateur et sollicite la fixation de sa créance. La juridiction de proximité déclare la demande de fixation de la créance irrecevable au motif que « le juge-commissaire est seul compétent pour statuer sur les déclarations de créances et qu'il n'appartient pas à la juridiction de proximité de se substituer au juge-commissaire en empiétant sur ses attributions ». La cassation était inévitable. En effet, l'article L. 622-22 du Code de commerce décide que, sous réserve des instances prud'homales, les instances en cours interrompues par l'arrêt des poursuites individuelles sont « reprises de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur (...) dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant ». Il ressort de cet article qu'il appartient à la juridiction de proximité saisie de

l'instance en cours de se prononcer sur l'existence et le montant de la créance. Son jugement passé en force de chose jugée est, à la demande du mandataire judiciaire, porté sur l'état des créances par le greffier du tribunal qui a ouvert la procédure (C. com., art. R. 622-20, al. 2). La compétence de la juridiction saisie de l'instance en cours est confirmée par l'article L. 624-2 du Code de commerce qui énonce qu'au « vu des propositions du mandataire judiciaire, le juge-commissaire décide de l'admission ou du rejet des créances ou constate soit qu'une instance est en cours, soit que la contestation ne relève pas de sa compétence ». Dès lors la juridiction de proximité ne pouvait déclarer la demande irrecevable au motif que le juge-commissaire est seul compétent. Il lui appartenait de fixer le montant de la créance après avoir vérifié la régularité de la reprise de l'instance (sur la vérification des conditions de la reprise : Cass. com., 10 déc. 2002, n° 01-02.486, F-D : *JurisData* n° 2002-017087 ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 314, n° 9, obs. O. Staes).

Par ailleurs, la sanction retenue par la juridiction de proximité, à savoir l'irrecevabilité de la demande en fixation de la créance, est discutable. En effet, dans la mesure où elle se fondait sur la compétence exclusive du juge-commissaire, la juridiction de proximité aurait dû se déclarer incompétente. L'irrecevabilité aurait été justifiée si la juridiction de proximité avait été saisie d'une demande de provision. Or ce n'était pas le cas, la juridiction de proximité n'ayant pas le pouvoir de statuer en référé. L'irrecevabilité retenue à tort par la juridiction de proximité s'explique peut-être par la position de la Cour de cassation qui ne se place pas sur le terrain de l'incompétence mais sur celui du défaut de pouvoir juridictionnel pour interdire au juge-commissaire de statuer sur les défenses au fond émises contre la créance déclarée (V. notamment Cass. com., 24 mars 2009, n° 07-21.567, F-D : *JurisData* n° 2009-047592 ; *Leden* 2009, n° 3, p. 7, obs. S. Gorrias ; *Act. proc. coll.* 2009-8, comm. 124, obs. J. Vallansan. – V. aussi P. Cagnoli, *Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles au pouvoir du juge-commissaire, en matière de vérification des créances* : *Rev. proc. coll.* 2009, étude 23).

O. STAES

**Mots-Clés** : Instances en cours - Fixation de la créance - Incompétence du juge-commissaire

**JurisClasseur** : Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2355

**Voir aussi** : B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1039 à 1074

## 9 La suspension des poursuites individuelles : une règle d'ordre public international

Constitue une règle d'ordre public interne et international, l'impossibilité de la juridiction dont l'instance en cours a été reprise de condamner le débiteur au paiement.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281, FS-P+B+I : *JurisData* n° 2009-048035 ; *Bull. civ.* 2009, I, n° 86 ; *Act. proc. coll.* 2009, comm. 182, note Th. Mastrullo ; *JCP G* 2009, act. 255, obs. J. Béguin ; *JCP E* 2009, 1814, n° 2, obs. Ph. Pétel ; *Leden* juill. 2009, p. 5, obs. F. Mélin

« le tribunal arbitral a rendu le 9 février 2004 une sentence ordonnant à la société Jean X... de payer certaines sommes à la société Income ; que le liquidateur a interjeté appel de l'ordonnance d'exequatur en date du 20 février 2006 ; (...)

Attendu que pour rejeter la demande du liquidateur et confirmer l'ordonnance d'exequatur, l'arrêt retient d'abord que, pour réaliser une violation de l'ordre public international, la reconnaissance ou l'exécution de la sentence doit y contrevenir de manière effective et concrète, ce qui n'est pas le cas d'une violation purement formelle de l'impossibilité de prononcer une condamnation à l'encontre d'une personne morale liquidée ; (...)

Qu'en se déterminant ainsi, alors que la sentence avait ordonné à la société Jean X... de payer diverses sommes à la société Income, en violation de la règle d'ordre public international de la suspension des poursuites individuelles dès lors que, une fois la créance

déclarée et le liquidateur mis en cause, l'instance ne pouvait tendre qu'à la fixation de la créance, la cour d'appel a violé les textes susvisés [CPC, art. 1502-5° et C. com., anc. art. L. 621-41] ».

**NOTE** : Par cet arrêt du 6 mai 2009, la Cour de cassation réaffirme que l'arrêt des poursuites individuelles est une règle d'ordre public international (Déjà en ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ. 8 mars 1988, n° 86-12.015, P : *JurisData* n° 1988-000407 ; *Bull. civ.* 1988, I, n° 65 ; D. 1989, p. 577, note J. Robert. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 févr. 1991, n° 89-14.382, P : *JurisData* n° 1991-000755 ; *Bull. civ.* 1991, I, n° 44 ; *Rev. arb.* 1991, p. 625, note L. Idot).

Dans cette affaire, une société saisit un tribunal arbitral sur le fondement d'une clause compromissoire. Au cours de l'instance arbitrale, le défendeur est soumis à une procédure de redressement judiciaire à laquelle le demandeur déclare sa créance. Après le prononcé de la liquidation judiciaire, le tribunal condamne le débiteur au paiement d'une somme d'argent. Le liquidateur interjette alors appel de l'ordonnance d'exequatur, notamment au motif de la violation de la règle d'ordre public international de l'arrêt des poursuites individuelles. L'appel étant rejeté, le liquidateur se pourvoit en cassation. L'arrêt confirmatif de l'ordonnance d'exequatur est cassé pour violation de la règle d'ordre public international de la suspension des poursuites individuelles.

L'arrêt des poursuites individuelles interdit au tribunal arbitral, comme aux juridictions étatiques (Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-13.241, F-D : *JurisData* n° 2008-044167), de prononcer une condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. Pour écarter la violation de l'ordre public international invoquée par le liquidateur, la cour d'appel a considéré que l'exécution de la sentence doit contrevenir à l'ordre public de manière effective et concrète, ce qui n'est pas le cas d'une violation formelle de l'impossibilité de prononcer une condamnation à l'encontre d'une personne morale liquidée. La formule « violation effective et concrète » de l'ordre public, empruntée par la cour d'appel à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu à propos du droit communautaire de la concurrence (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2008, n° 06-15.320, FS-P+B+R+I : *JurisData* n° 2008-044199 ; *Bull. civ.* 2008, I, n° 162), n'a pas convaincu cette formation de la Cour de cassation qui avait déjà considéré que la violation de la suspension des poursuites constitue une atteinte à l'ordre public international (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 mars 1988 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 févr. 1991, préc.). Par ailleurs, il est difficile de considérer que la condamnation du débiteur ne constitue pas une violation effective et concrète de l'arrêt des poursuites individuelles. La solution posée par l'arrêt du 6 mai 2009 vaut également pour le recours en annulation formé contre une sentence arbitrale internationale rendue en France qui méconnaîtrait l'arrêt des poursuites individuelles (CPC, art. 1504. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 mars 1988, préc.).

La Cour de cassation tire la conséquence de l'arrêt des poursuites individuelles en décidant que l'instance arbitrale tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, interrompue par l'ouverture de la procédure collective du débiteur, ne peut tendre une fois reprise qu'à la constatation de la créance et à la fixation de son montant (C. com., art. L. 622-22).

O. STAES

**Mots-Clés** : Arrêt des poursuites individuelles - Sentence arbitrale - Règle d'ordre public international

Droit international - Suspension des poursuites individuelles - Ordre public

Faillite internationale - Suspension des poursuites individuelles - Ordre public

**JurisClasseur** : Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2355, 3130 et 3131

**Voir aussi** : B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 377 à 399, 1039 à 1074

## SORT DE L'INSTANCE EN COURS NON REPRISE

### ▲ 10 Maintien de l'interruption d'instance jusqu'à la clôture de la procédure collective

À défaut de déclaration de créance, l'instance en cours interrompue par le jugement de liquidation judiciaire le demeure jusqu'à la clôture de la procédure.

Cass. avis, 8 juin 2009, avis n° 0090002P : *JurisData* n° 2009-048455 ; *Act. proc. coll.* 2009, comm. 103

« En l'absence de déclaration de créance, les conditions de la reprise d'instance ne sont pas réunies, même si la créance du créancier forclos n'est pas éteinte ; en l'espèce, l'instance demeure interrompue jusqu'à la clôture de la liquidation judiciaire ».

**NOTE :** La Cour de cassation a rendu le 8 juin 2009 un avis sur le sort de l'instance en cours non reprise par le créancier. La question posée à la Cour de cassation était la suivante : Quel est le « devenir d'une instance, interrompue par application de l'article L. 622-22 du Code de commerce dans sa rédaction postérieure à la loi du 26 juillet 2005, alors que le créancier n'a pas procédé à la déclaration de sa créance et que le délai de forclusion est échu ? » La Cour de cassation est d'avis que « En l'absence de déclaration de créance, les conditions de la reprise d'instance ne sont pas réunies, même si la créance du créancier forclos n'est pas éteinte ; en l'espèce, l'instance demeure interrompue jusqu'à la clôture de la liquidation judiciaire ».

Cet avis rappelle que l'instance en cours ne peut être reprise qu'après déclaration de la créance à la procédure collective (*C. com.*, art. L. 622-22 et R. 622-20). Bien que sa créance ne soit pas éteinte, le créancier forclos qui ne remplit pas les conditions pour obtenir un relevé de forclusion n'a pas d'intérêt à déclarer sa créance car sa demande sera irrecevable. Que devient alors l'instance en cours ? Elle est interrompue jusqu'à la clôture des opérations de la liquidation judiciaire répond la Cour de cassation. Après la clôture de la liquidation judiciaire, la créance n'est pas éteinte et l'arrêt des poursuites individuelles, fondement de l'interruption, cesse de s'appliquer de sorte que l'instance en cours n'est plus interrompue. Le créancier peut-il alors demander paiement au débiteur ? Lorsque la procédure a été clôturée pour insuffisance d'actif, le créancier ne recouvre pas, en principe, son droit d'action contre le débiteur, celui-ci peut alors reprendre l'instance et demander au juge de déclarer la demande du créancier irrecevable sur le fondement de l'article L. 643-11 du Code de commerce. Dans les hypothèses de recouvrement du droit de poursuite individuelle ainsi que lorsque la procédure a été clôturée pour extinction du passif, le créancier peut-il demander au débiteur paiement de sa créance non déclarée ? La Cour de cassation n'a pas encore tranché cette situation qui a donné lieu à un important débat doctrinal (sur ce point, V. *Commentaire A. Lienhard, Code des procédures collectives, 2009, sous art. L. 643-11, p. 338, VI et sous art. L. 622-26, p. 143*) mais il semble bien que le créancier puisse poursuivre le débiteur dans la mesure où l'ordonnance du 18 décembre 2008 a pris soin de préciser, à propos des plans de sauvegarde et de redressement judiciaire, que « Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. » (*C. com.*, art. L. 622-26, al. 2).

Si après la clôture de la liquidation judiciaire, le créancier non déclarant peut poursuivre l'instance en cours et demander paiement au débiteur, celui-ci aura la possibilité d'invoquer la péremption si plus de deux ans se sont écoulés depuis l'interruption. En effet, la Cour de cassation a décidé que l'ouverture d'une procédure collective n'interrompt l'instance tendant à la condamnation

au paiement, et le délai de péremption, qu'au profit du débiteur (*Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 10 janv. 2008, n° 07-10.974, F-D : *JurisData* n° 2008-042217 ; *Rev. proc. coll.* 2008, comm. 134, obs. O. Staes). Cette jurisprudence présente un intérêt indéniable pour le débiteur lorsque l'action du créancier est prescrite du fait de la perte de l'effet interruptif de la demande en justice consécutive à la péremption (*C. civ.*, art. 2243).

O. STAES

**Mots-Clés :** Instances en cours - Créance non déclarée - Durée de l'interruption de l'instance - Liquidation judiciaire

Déclaration de créance - Instance en cours - Reprise d'instance - Créance non déclarée

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352 et 2355

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives : Litec*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1039 à 1074, 2145 à 2237.

### ▲ 11 Compétence pour constater la péremption de l'instance en cours

Le juge-commissaire n'est pas compétent pour se prononcer sur la péremption de l'instance en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective.

CA Rouen, ch. sol., 20 janv. 2009 : *JurisData* n° 2009-000285 ; *Act. proc. coll.* 2009, comm. 98.

« La cour, statuant sur appel d'une ordonnance du juge-commissaire en matière de vérification de créance, exerce les pouvoirs de ce dernier (...) ».

« En l'espèce, s'il est justifié de la radiation de l'instance entreprise en 1991, et si les parties affirment qu'aucune diligence n'a été effectuée depuis 1995, il n'est pas établi que la péremption a été soulevée devant le tribunal de commerce de Caen et constatée par cette juridiction, l'article 388 du Code de procédure civile interdisant au juge de la relever d'office. La cour de céans, qui n'est pas saisie de cette instance, et dont les pouvoirs sont fixés par les textes sus rappelés [*C. com.*, art. L. 641-41 et L. 624-104, devenus *C. com.*, art. L. 622-22 et L. 624-2], ne peut se substituer à la juridiction saisie avant jugement d'ouverture et constater en ses lieu et place la péremption de l'instance entreprise devant elle » (...)

« Dès lors, la péremption de l'instance entreprise avant le jugement d'ouverture de la procédure collective n'ayant pas été constatée, la cour, statuant en matière de vérification de créance et exerçant les pouvoirs du juge-commissaire, ne peut que constater son incompétence ».

**NOTE :** L'instance en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective est interrompue par l'arrêt des poursuites individuelles. Elle est reprise à l'initiative du créancier demandeur après que celui-ci a produit à la juridiction saisie de l'instance copie de la déclaration de sa créance et mis en cause les organes de la procédure (*C. com.*, art. L. 622-22 et R. 622-20). À défaut d'initiative des parties en vue de la reprise de l'instance interrompue, celle-ci peut être radiée et frappée de péremption si l'inaction des parties a duré deux ans.

Dans cette affaire, la cour d'appel de Caen, statuant sur recours contre l'ordonnance de rejet d'une créance, a admis par un arrêt du 16 septembre 1999 la créance à la procédure collective au motif que, après la radiation le 6 septembre 1995 de l'instance en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective, aucune procédure n'était plus en cours. L'arrêt est cassé au motif « qu'une instance en cours devant le juge du fond au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, seulement suspendue par une mesure de radiation, ôte compétence au juge-commissaire pour se prononcer sur l'admission de la créance » (*Cass. com.*, 19 nov. 2003, n° 00-20.443, F-D : *JurisData* n° 2003-021146 ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 238, n° 4, obs. O. Staes). Devant la cour d'appel de Rouen, le créancier considérant que l'instance éteinte par péremption n'est plus en cours demande l'admission de sa créance au passif de la procédure collective. La cour d'appel de Rouen se déclare incompétente pour se prononcer sur la créance au motif que, statuant sur l'appel d'une ordonnance du juge-

commissaire, « elle ne peut se substituer à la juridiction saisie avant le jugement d'ouverture et constater en ses lieu et place la péremption de l'instance entreprise devant elle ». Cette solution est à approuver : la péremption est un incident d'instance relevant de la compétence de la juridiction devant laquelle se déroule l'instance qu'elle affecte (CPC, art. 50. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 2003, n° 99-10.505, FS-P : *JurisData* n° 2003-017793 ; *Bull. civ.* 2003, I, n° 51).

La cour d'appel de Rouen poursuit en décidant que : « Dès lors, la péremption de l'instance entreprise avant le jugement d'ouverture de la procédure collective n'ayant pas été constatée, la cour, statuant en matière de vérification de créance et exerçant les pouvoirs du juge-commissaire, ne peut que constater son incompetence ». Par cette formule, la cour d'appel semble considérer que si la juridiction saisie de l'instance en cours avait constaté la péremption, elle aurait pu statuer au fond. Cette solution est impossible lorsque le juge-commissaire a constaté par une décision définitive l'existence d'une instance en cours dans la mesure où la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 8 juillet 2008 que l'ordonnance constatant une instance en cours, « contre laquelle aucun recours n'avait été exercé, dessaisissait le juge-commissaire et rendait irrecevable toute nouvelle demande formée devant lui pour les mêmes créances » (Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.563, F-P+B : *JurisData* n° 2008-044795). Mais, en l'espèce, ni le juge-

commissaire ni la cour d'appel de Caen dont l'arrêt a été cassé n'ont constaté l'existence d'une instance en cours ; ces deux juridictions se sont déclarées compétentes pour statuer sur la créance. La cour d'appel de Rouen, saisie sur renvoi après cassation, aurait-elle pu statuer sur la créance si la péremption de l'instance en cours avait été constatée par la juridiction saisie de l'instance en cours ? On peut en douter car, au regard de ces deux articles devenus L. 622-22 et L. 624-2 du Code de commerce, le juge-commissaire ainsi que la juridiction d'appel devraient apprécier l'existence d'une instance en cours au jour du jugement d'ouverture. D'ailleurs la Cour de cassation a décidé, au visa des articles L. 621-41 et L. 621-104 du Code de commerce, qu'une instance en cours devant le juge du fond au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective ôte compétence au juge-commissaire pour se prononcer sur l'admission de la créance (Cass. com., 19 nov. 2003, préc.).

O. STAES

**Mots-Clés :** Instance en cours - Péremption - Incompétence du juge-commissaire

Juge-commissaire - Pouvoirs - Constatation de la péremption d'une instance en cours

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2355

**Voir aussi :** B. Soenne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1039 à 1074

## DÉCLARATION ET VÉRIFICATION DES CRÉANCES

François LEGRAND,

mandataire judiciaire à Pau et à Tarbes

Marie-Noëlle LEGRAND,

maître de conférences

### DÉCLARATION PAR MANDATAIRE

#### ▲ 12 Déclaration par la secrétaire d'un avocat

La déclaration de créance équivaut à une demande en justice. La déclaration signée par la secrétaire d'un avocat qui n'est pas munie d'un pouvoir spécial est irrégulière.

Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-13.728, FS-P+B, Miquel c/ Sté KBC Bank NV : *JurisData* n° 2009-047105 ; D. 2009, p. 627 ; JCP E 2009, 1347, n° 7, obs. Ph. Pétel ; RTD com. 2009, p. 450, obs. A. Martin-Serf

« Vu l'article 853, alinéa 3, du CPC et l'article L. 621-43 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises ;

Attendu que pour admettre la créance de la société, l'arrêt retient qu'un avocat n'a pas à justifier de son mandat *ad litem*, qu'ayant déclaré sur papier à en-tête de son cabinet d'avocat la créance de la banque et ayant justifié de ce que la signature apposée était celle de sa secrétaire, la déclaration de la banque est régulière ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle relevait que la déclaration de créance était signée par la secrétaire de l'avocat qui n'était pas elle-même munie d'un pouvoir spécial et écrit émanant du créancier, produit, soit lors de la déclaration de créance, soit dans le délai de cette déclaration, la cour d'appel a violé les articles susvisés ».

**NOTE :** Une banque déclare sa créance par lettre établie à en-tête du cabinet de son avocat, signée « p.o. M<sup>e</sup> X » par une secrétaire de l'avocat. La Cour de cassation censure la cour d'appel en ce qu'elle a admis une telle créance. Cette décision se situe dans la droite ligne d'une jurisprudence assez rigoureuse sur la déclaration des créances. La déclaration peut émaner du créancier ou d'un de ses préposés ou d'un mandataire de son choix (C. com., art. L. 622-24, al. 2). La jurisprudence est bien fixée (Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-10.603 : *JurisData* n° 1997-003041 ; *RJDA*

1997, n° 1404 ; *Dr. sociétés* 1997, comm. 157, obs. Y. Chaput). L'avocat n'a pas à justifier d'un pouvoir spécial. Qualifiant la déclaration de créance de demande en justice, la Cour de cassation en tire la conséquence que l'avocat a qualité pour procéder à cette déclaration au nom de son client. Une telle possibilité n'est pas reconnue aux autres auxiliaires de justice ; l'huissier, le notaire, l'avoué doivent justifier d'un pouvoir spécial donné par écrit comme tout mandataire. C'est le mandat *ad litem* de l'avocat qui justifie la solution propre à ce praticien.

Les préposés peuvent bénéficier d'une délégation générale et subdéléguer éventuellement. Dans l'espèce étudiée, la signature émanait d'une préposée qui a soigneusement apposé la mention : « p.o. Me X ». Mais il s'agissait de la salariée de l'avocat et non d'une secrétaire du créancier. Ce dernier aurait certes pu donner un mandat spécial à cette personne qui aurait agi en tant que mandataire elle-même de ce créancier, mais non en tant que mandataire de son employeur. Mais telle n'était pas la situation. L'avocat peut signer sans autre formalité, mais il ne peut pas déléguer son pouvoir d'ester en justice. La rigueur de la décision se justifie parfaitement au regard des dispositions légales en matière de mandat *ad litem*. Mais la question peut se poser du fondement de cette solution, la qualification de demande en justice de la déclaration de créance. Certains auteurs (V. P.-M. Le Corre, *Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile* : *LPA* 28 nov. 2008, p. 72. – Ph. Pétel, *JCP E* 2009, 1347, n° 7) envisagent la remise en cause de cette analyse dont les conséquences peuvent être démesurées pour la gestion du cabinet alors que cette déclaration peut rester un acte conservatoire dans la plupart des cas. La chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2005 : *RJDA* 7/2005, n° 849) a d'ailleurs admis elle-même que lorsqu'une déclaration était effectuée par un avocat, sur un papier à en-tête et non signée, il appartenait aux juges du fond de rechercher si l'auteur de la déclaration ne pouvait pas être identifié par la lettre de transmission de cette déclaration, rédigée sur un même papier à en-tête et signée. L'arrêt *Miquel c/ KBC*

n'indique pas si un élément aurait pu permettre d'attester l'intervention personnelle de l'avocat dans cette déclaration. Il n'en reste pas moins qu'il apparaît très formaliste

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND

**Mots-Clés :** Déclaration de créance - Modalités - Mandataire - Préposé de l'avocat

Déclaration de créances - Qualité pour déclarer - Secrétaire d'avocat

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352

**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2144 à 2237

## DÉCLARATION. RÉGULARISATION

### 13 L'indication erronée de l'identité du créancier dans une déclaration de créance doit être régularisée dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bodacc

L'indication erronée concernant l'identité du créancier dans une déclaration de créance effectuée par un avocat ne peut être considérée comme une erreur matérielle susceptible de régularisation.

Il appartient au créancier de justifier que la régularisation de la déclaration est intervenue dans le délai. Or le point de départ de ce délai n'est pas connu faute de justification de la publication au Bodacc du jugement de liquidation judiciaire.

Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-17.830, F-D : JurisData n° 2009-050032

**NOTE :** Un avocat procède à une déclaration de créance pour le compte de l'un de ses clients. Il commet une erreur sur l'identité du créancier indiquant en gras « Unifergie » puis mentionnant le montant global déclaré avec la mention « créance Unimat ». La lettre d'accompagnement fait référence à la société Unimat. Les pièces jointes au dossier (jugement, signification, décompte de l'huissier) précisent le nom du créancier Unifergie. Quelques mois plus tard, l'avocat indique qu'il a commis une erreur de plume. La mention erronée peut-elle faire l'objet d'une rectification ? La déclaration de créance doit se présenter sans équivoque possible. Une déclaration comportant un nom de créancier différent de celui figurant dans les annexes est équivoque et ne répond pas aux exigences de formalisme de l'article L. 621-43 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 25 juillet 2005 et à l'article 66 du décret du 27 décembre 1985. Peu importe que les différents documents aient été en mesure de semer le doute. Peu importe que le débiteur n'apporte pas la preuve d'un préjudice. Le mandataire judiciaire n'a aucune obligation d'attirer l'attention du créancier sur l'irrégularité de la déclaration. L'identification du créancier doit être considérée comme fondamentale et la mention ne peut faire l'objet d'une simple rectification pour erreur matérielle, rectification qui aurait pu être demandée par une requête qui n'est enfermée dans aucun délai (*CPC, art. 462, al. 1*).

À la découverte de l'anomalie, l'avocat a averti le mandataire de l'identité exacte du créancier qu'il représentait. Se pose alors la question d'un éventuel écoulement de délai qui interdirait la rectification. La Cour de cassation, dans notre espèce, rappelle qu'un délai de deux mois est imparti aux créanciers pour procéder à leur déclaration (*C. com., art. L. 621-43 ancien*) ou pour régulariser leur déclaration et qu'il appartient au créancier de justifier que sa déclaration a bien été adressée dans les deux mois de la publication au Bodacc du jugement de liquidation judiciaire en produisant une copie de l'insertion faite dans ce bulletin. Elle casse donc l'arrêt de la cour d'appel qui avait considéré que le point de départ

du délai n'était pas connu faute de justification de la publication au Bodacc du jugement de liquidation judiciaire et avait admis la créance.

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND

**Mots-Clés :** Déclaration de créances - Erreur sur l'identité du créancier - Délai de régularisation - Charge de la preuve du respect du délai

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352

**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2144 à 2237

## DÉFAUT DE DÉCLARATION

### ▲ 14 Quels sont les moyens à la disposition du créancier omis volontairement de la liste des créanciers par le débiteur

L'omission de la liste établie par le débiteur d'un créancier, alors même que celui-ci est expressément visé dans la déclaration de l'état de cessation des paiements et que sa créance était ancienne et importante et faisait l'objet d'un recouvrement forcé, procède d'un acte volontaire. Il en résulte que la défaillance du créancier à déclarer dans le délai n'est pas due à son fait. Il doit donc être relevé de forclusion. Ce créancier est irrecevable à demander l'admission de sa créance dans l'instance en relevé de forclusion mais doit se soumettre à la procédure de vérification des créances (*1<sup>re</sup> espèce*). Un créancier n'ayant pas bénéficié de l'avertissement aux créanciers connus d'avoir à déclarer leur créance par suite de son omission de la liste certifiée des créanciers est recevable à agir contre le débiteur, après clôture pour insuffisance d'actif sur le fondement de l'article 1382 du Code civil à charge d'établir que le débiteur a commis une fraude. Pour déterminer le montant des dommages et intérêts, le préjudice pris en considération ne correspond pas nécessairement au montant de la créance, mais à la portion de la créance qui aurait été susceptible de lui être réglée dans le cadre de la procédure collective (*2<sup>e</sup> espèce*).

CA Aix-en-Provence, 22 janv. 2009, n° 2009/40 : JurisData n° 2009-011790

Cass. com., 17 nov. 2009, n° 08-11.198, FSP+B, Broche c/ Gervais : JurisData n° 2009-050358

**NOTE :** La sanction du non-respect de l'obligation de déclarer a été atténuée par la loi du 26 juillet 2005 ; la loi du 25 janvier 1985 édictait une mesure draconienne : l'extinction de la créance interdisait au créancier de poursuivre le débiteur et la caution. Depuis la réforme de 2005, l'article L. 622-26 du Code de commerce place le créancier négligent dans une situation un peu moins défavorable : il n'est pas admis dans les répartitions et dividendes. Mais sa créance n'est pas éteinte. L'ordonnance du 18 décembre 2008 est venue expliciter et en même temps limiter cette disposition. Les créances non déclarées sont « inopposables » au débiteur pendant l'exécution du plan et après lorsque les engagements du plan ont été tenus ; le débiteur « méritant », celui qui exécute régulièrement le plan est libéré définitivement du passif non déclaré. Par contre si le débiteur échoue ou s'il est en liquidation judiciaire, il semble que les créances non déclarées deviendraient opposables au débiteur. Cela peut paraître choquant par comparaison avec l'extinction des droits de poursuite des créanciers admis après clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Le créancier négligent peut avoir l'espoir que le plan ne sera pas correctement exécuté. Il peut attendre l'ouverture d'une liquidation judiciaire qui lui permettra de déclarer ou la clôture de cette procédure pour insuffisance d'actif qui lui permettra de poursuivre.

Les deux décisions ci-dessus ont été rendues sous l'empire des textes antérieurs à l'ordonnance du 18 décembre 2008 mais elles conservent tout leur intérêt car les voies utilisées sont toujours offertes depuis les dernières réformes.

Un chirurgien-dentiste déclare son état de cessation des paiements et mentionne parmi ses créanciers une caisse de retraite pour un montant important précisant verser à un huissier 150 € par mois. Le redressement judiciaire étant ouvert, la Caisse ne procède pas à la déclaration de sa créance dans les délais et demande un relevé de forclusion. Le juge-commissaire puis le TGI la relève de sa forclusion. La créance est admise pour environ 67 000 €. Cette décision est confirmée par la cour d'appel. Le nom de ce créancier figurait bien dans la déclaration de cessation des paiements, mais non dans la liste des créanciers remise au mandataire judiciaire en application de l'article L. 622-6 du Code de commerce. Ce dernier n'a donc pas adressé à la Caisse l'avertissement d'avoir à déclarer. Peut-on le lui reprocher ? L'article R. 622-21 du Code de commerce lui fait obligation d'avertir dans les quinze jours du jugement d'ouverture les créanciers « connus ». Il convient de distinguer ces créanciers des créanciers « titulaires d'une garantie publiée ou d'un contrat publié » (C. com., art. L. 622-24, al. 1). Ces deux notions ne recouvrent pas toujours les mêmes catégories de personnes. Les créances publiées doivent être « connues » car leur existence sera révélée au mandataire par la consultation des publications, même si le débiteur avait omis de les faire figurer sur la liste des créanciers. Par contre, lorsque la créance ou le contrat ne fait pas l'objet de publicité, la connaissance émane de la liste des créanciers établie par le débiteur en application de l'article L. 622-6 du Code de commerce. Le mandataire est-il tenu d'aller au-delà et de rechercher d'éventuels autres créanciers ? La cour d'appel répond par la négative. « Il n'incombe ni au mandataire ni au créancier fût-il institutionnel de pallier la carence du débiteur dans l'établissement de la liste des créanciers ». La Cour de cassation (Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-21.493, FS-P : *JurisData* n° 2000-002126 ; JCP E 2000, p. 1140 note P.-M. Le Corre) avait implicitement retenu que le mandataire devait effectuer certaines diligences pour rechercher les créanciers dits « connus » lorsque leur nom ne figure pas sur la liste, mais cette solution présente quelque ambiguïté, car le terme « connu » est employé à propos d'un créancier muni de sûreté. La cour d'Aix-en-Provence, quant à elle, exclut toute obligation du mandataire et du créancier à compléter la liste des créanciers établie par le débiteur. Mais le débiteur lui-même, qui ne peut prétendre avoir ignoré cette créance puisqu'il en avait fait état dans sa déclaration de cessation des paiements, a commis une omission volontaire. La cour en conclut que la défaillance de la Caisse n'est pas due à son fait et prononce le relevé de forclusion. Cette décision donne une illustration intéressante du relevé de forclusion, mais la motivation par le deuxième cas ajouté par la loi du 26 juillet 2005 applicable en l'espèce, la défaillance est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste, aurait paru plus appropriée. La Caisse, relevée de forclusion, pourra se soumettre à vérification en vue de son admission. Mais elle ne « pourra concourir que pour les distributions postérieures à sa demande » (C. com., art. L. 622-26).

L'arrêt rendu le 17 novembre 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation présente une autre issue pour le créancier oublié sur la liste établie par les débiteurs. Ces derniers omettent de mentionner sur la liste certifiée un emprunt de 400 000 francs contracté deux ans plus tôt auprès d'un particulier. Le représentant des créanciers n'adresse donc pas d'avertissement d'avoir à déclarer et la créance est éteinte faute de déclaration. Les débiteurs, mis en demeure par le créancier, n'aviseront toujours pas le liquidateur qui n'a pas encore établi la liste des créanciers. Cette attitude est qualifiée de frauduleuse et permet au créancier, après la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, d'agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Son action est admise en raison de la fraude consistant à dissimuler intentionnellement une dette, mais la Cour suprême censure les juges du second degré pour avoir condamné les emprunteurs à verser à titre de dommages intérêts une somme équivalente à la totalité de la créance impayée. Elle retient les arguments du pourvoi selon

lesquels le préjudice subi par le créancier ne résulte pas de la perte de sa créance, mais de son exclusion de la procédure de vérification puis de la répartition et demande que soit établie la proportion de créance qui aurait été susceptible d'être réglée dans le cadre de la procédure collective. Les dommages intérêts ne pourront excéder ce montant. Reste posée la question de la capacité financière des débiteurs après clôture de la procédure !

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND

**Mots-Clés :** Liste des créanciers - Omission - Relevé de forclusion  
Relevé de forclusion - Action en responsabilité pour omission de la liste - Montant de la condamnation  
Déclaration de créance - Relevé de forclusion - Omission de la liste des créanciers  
Vérification des créances - Relevé de forclusion

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352

**Voir aussi :** B. Soenne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2144 à 2237

## DÉCLARATION DES CRÉANCES FISCALES

### 15 Créance fiscale : délai pour demander l'admission définitive en l'absence d'indication par le tribunal du délai imparti pour la vérification des créances

Le jugement par lequel le tribunal avait étendu la procédure collective à une société ne mentionnant pas le délai accordé au représentant des créanciers pour établir la liste des créances, aucune forclusion ne peut être encourue par le receveur dont la créance fiscale a été définitivement établie plus d'un an après le jugement d'extension.

Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-10.002, F-D : *JurisData* n° 2009-048267

« (...) Attendu que les sociétés Les Bains de soleil et la Mama, ainsi que le représentant des créanciers et le commissaire à l'exécution du plan font grief à l'arrêt d'avoir constaté que la créance du receveur avait été définitivement établie le 25 octobre 2006 alors, selon le moyen, que le receveur admis à titre provisionnel à déclarer sa créance doit, à peine de forclusion, déclarer à titre définitif dans le délai d'un an à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective ; qu'en considérant qu'en l'absence de délai imparti par le tribunal au représentant des créanciers pour établir la liste des créances, le receveur autorisé à faire une déclaration provisionnelle n'était pas tenu de demander l'admission dans un délai précis, la cour d'appel a violé les articles L. 621-43, L. 621-46 et L. 621-103 du Code de commerce, dans leur rédaction alors applicable, et les articles 68 et 72 du décret du 27 décembre 1985 ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que le jugement du 3 février 2005 par lequel la procédure collective de la société Les Bains de soleil avait été étendue à la société La Mama ne mentionnait pas le délai accordé au représentant des créanciers pour établir la liste des créances, la cour d'appel a retenu exactement qu'aucune forclusion n'était encourue par le receveur, dont la créance avait été définitivement établie le 25 octobre 2006.

Par ces motifs, rejette (...) »

**NOTE :** Par exception, les créances fiscales et sociales peuvent être déclarées à titre provisionnel lorsque leur montant n'est pas encore déterminé au moment de la déclaration. Mais le créancier doit, à peine de forclusion, demander une admission définitive dans le délai imparti par le tribunal pour la vérification des créances. En pratique, le receveur doit adresser avant l'expiration du délai le titre établissant définitivement la créance. Après extension de la procédure d'une société à une seconde société le receveur principal des impôts déclare le 11 mai 2005 à titre provisionnel une créance correspondant à un redressement fiscal de la deuxième société. Le 3 mai 2006, il sollicite la prolongation du délai d'admission définitive de sa créance sur le fondement de l'article 72 du

décret du 27 décembre 1985. Sa requête est rejetée. Puis, un avis de mise en recouvrement est émis le 25 octobre 2006. La Cour de cassation approuve les juges du second degré d'avoir considéré que la créance était définitivement admise (*M. Douay, principaux effets de l'ouverture d'une procédure collective sur l'environnement fiscal de l'entreprise : JCl. Procédures fiscales, Fasc. 576*). En effet, la demande de prolongation de délai était inutile car le délai n'avait pas commencé à courir, le jugement d'extension de la procédure à la deuxième société ayant omis d'indiquer le délai accordé au représentant des créanciers pour établir la liste des créances. Le receveur ne saurait se voir opposer de forclusion. Il doit simplement adresser au représentant des créanciers le titre établissant définitivement la créance, en l'espèce, l'avis de mise en recouvrement.

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND

**Mots-Clés :** Créances - Créance fiscale - Établissement définitif - Délai

Déclaration de créance - Créance fiscale - Déclaration provisionnelle - Établissement définitif

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352, 2385 et 3104

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2144 à 2237

## DÉCLARATION PAR LE CRÉANCIER ET RECOURS SUBROGATOIRE DE LA CAUTION

### ▲ 16 Ouverture du recours subrogatoire à la caution en cas de déclaration de créance par le créancier

Dès lors que le créancier a déclaré sa créance qui a été admise, la caution qui a payé bénéficie par subrogation de la déclaration de créance et est recevable dans son recours subrogatoire après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire du débiteur pour insuffisance d'actif.

Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-13.430, FS-P+B+I+R : *JurisData* n° 2009-048253 ; D. 2009, p. 1472, obs. A. Lienhard ; JCP E 2009, 1777, note Ph. Simler ; RD bancaire et fin. 2009, comm. 123, obs. A. Cerles ; RTD com. 2009, p. 613, obs. A. Martin-Serf

« (...) Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Reims, 11 juin 2007), que les 3 janvier 1992 et 11 janvier 1994 le Crédit Lyonnais (la banque) a consenti à M. X... (le débiteur), deux prêts garantis par la société Interfimo (la caution) ; que le débiteur a été mis en redressement puis liquidation judiciaires respectivement les 14 novembre 1995 et 13 février 1996 ; que la caution a réglé une somme de 673 036,52 euros à la banque ; que la liquidation judiciaire de M. X... ayant été clôturée pour insuffisance d'actif le 18 octobre 2005, la caution a saisi le 27 janvier 2006 le président du tribunal de commerce sur le fondement de l'article L. 622-32 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;

Attendu que le débiteur fait grief à l'arrêt de l'avoir condamné à payer à la caution certaines sommes, alors, selon le moyen :

1°/ *qu'en cas de clôture de la procédure collective pour insuffisance d'actif, la caution ne peut exercer qu'un recours personnel à l'encontre du débiteur de sorte que la cour d'appel qui, ayant constaté que la caution, qui avait payé le créancier, n'avait pas déclaré sa créance à la procédure collective clôturée pour insuffisance d'actif du débiteur, ce qui interdisait toute action à son encontre, retient néanmoins que la caution bénéficie par subrogation de la production du créancier pour exercer son recours personnel, a violé par fausse application l'article L. 622-32 du Code du commerce ;*

2°/ *que la créance de la caution à l'encontre du débiteur prend naissance à la date de son engagement antérieur au jugement d'ouverture de sorte que la cour d'appel qui, pour déclarer*

*recevable le recours personnel de la caution, qui avait omis de déclarer sa créance, à l'encontre du débiteur, dont la procédure collective a été clôturée pour insuffisance d'actif, retient que la prescription de l'action de la caution a commencé à courir à compter du jugement clôturant la procédure collective, a méconnu les dispositions de l'article L. 110-4 du Code de commerce ;*

Mais attendu, d'une part, qu'après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance ; qu'ayant constaté que la banque avait déclaré ses créances, lesquelles avaient été admises par ordonnance du 23 novembre 2004, puis qu'elle avait délivré à la caution à la suite du règlement de certaines sommes, deux quittances subrogatives, la cour d'appel en a exactement déduit que la caution bénéficiait par subrogation de la déclaration de créance de la banque et qu'elle était recevable en son recours subrogatoire ;

Attendu, d'autre part, que la cour d'appel n'a pas déclaré recevable le recours personnel de la caution ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Par ces motifs : Rejette le pourvoi ; »

**NOTE :** En cas de procédure collective du débiteur, l'action de la caution contre ce dernier est soumise à une déclaration et à une admission de créance. La Cour de cassation dans l'arrêt ci-dessus répond très clairement à la question débattue en doctrine. La caution peut-elle exercer le recours subrogatoire alors qu'elle n'a pas procédé elle-même à la déclaration de sa créance dans la procédure du débiteur principal ? En l'espèce, une caution avait garanti deux prêts bancaires. Après mise en redressement judiciaire puis liquidation judiciaire de l'emprunteur, la caution, poursuivie par le créancier, paye la dette. La procédure de liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actif. La caution poursuit le débiteur sur le fondement de l'article L. 622-32 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises (*C. com., art. L. 643-11 actuel*). Il lui est opposé qu'elle n'a pas déclaré sa créance et que, par voie de conséquence, son action ne peut être exercée. L'arrêt ci-dessus distingue deux sortes d'actions : l'action personnelle et l'action subrogatoire. Si la caution exerce une action personnelle, elle doit en effet avoir déclaré sa créance ; cette créance est née au jour de la signature de l'acte de cautionnement et doit être qualifiée de créance antérieure soumise à déclaration. Par contre lorsqu'elle exerce le recours subrogatoire, elle peut bénéficier de l'admission que le créancier avait obtenue après avoir déclaré sa créance. Le problème est que le créancier, après clôture, ne peut plus exercer son action qui était éteinte sous l'empire de la loi de 1985. Peut-on alors admettre que la caution reçoive par subrogation le droit de poursuivre dont le créancier ne dispose plus ? La chambre commerciale rejoint l'opinion de F. Pérochon et R. Bonhomme (*Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement : LGDJ, 7<sup>e</sup> éd. 2006, n° 503*) : il convient de distinguer le droit du créancier et l'action ; le droit n'est pas éteint, seul le droit d'agir est frappé par les effets de la clôture ; mais le législateur a prévu une exception à cette extinction en faveur de la caution ; cette exception permet à la caution de bénéficier de la subrogation en agissant après clôture. Cette solution lui est évidemment favorable au regard de la rigueur de la loi de 1985. Sous l'empire de la loi de sauvegarde, le sort de la caution paraît encore plus simple puisque le défaut de déclaration n'entraîne plus l'extinction. Le problème résidera dans la solvabilité du débiteur.

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND

**Mots-Clés :** Caution - Déclaration de créances - Recours subrogatoire

Déclaration de créance - Cautionnement - Recours subrogatoire

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2144 à 2237

## VÉRIFICATION DES CRÉANCES

### 17 La créance faisant l'objet d'une instance en référé tendant à obtenir une condamnation provisionnelle doit être soumise à la procédure de vérification des créances

L'instance en cours est celle qui tend à obtenir de la juridiction saisie du principal, une décision définitive sur le montant et l'existence de cette créance. Tel n'est pas le cas de l'instance en référé qui tend à obtenir une condamnation provisionnelle de sorte que la créance faisant l'objet d'une telle instance doit être soumise à la procédure de vérification des créances et à la décision du juge-commissaire.

Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-12.416, F-P+B, SARL Corse Blanc c/ SARL Petracumpac : JurisData n° 2009-049794 – V. aussi supra comm. 6, obs. O. Staes sur la notion d'instance en cours

**NOTE :** Même s'il s'agit d'un arrêt de rejet reprenant une solution traditionnelle, cette décision mérite d'être signalée en raison de confusions assez fréquentes dans la pratique. Les instances en cours au jour du jugement d'ouverture sont interrompues pendant le temps nécessaire à la déclaration. Elles seront ensuite reprises à l'initiative du créancier demandeur dès qu'il aura produit une copie de la déclaration auprès de la juridiction saisie et appelé le mandataire judiciaire et éventuellement l'administrateur (C. com., art. L. 622-22). La décision de justice permettra de fixer la créance. Il n'y a donc pas lieu pour le juge-commissaire de procéder aux opérations de vérification. Par contre, si le juge des référés est saisi, il n'entre pas dans ses attributions, lorsqu'une demande de provision a été présentée de condamner et d'évaluer le montant de la créance dont le créancier poursuit le paiement contre un débiteur à l'encontre duquel une procédure collective est ouverte. Sa décision ne peut être portée sur l'état des créances car il n'a pas pour mission d'établir ou de rejeter une créance. Il convient donc, dans l'hypothèse d'une instance en référé en cours au jour du jugement d'ouverture que le créancier déclare sa créance et que le juge-commissaire la vérifie afin d'en fixer le montant ou de la rejeter. Seule, cette vérification permettra au créancier de figurer sur l'état des créances.

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND

**Mots-Clés :** Vérification des créances - Instance en référé  
**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352  
**Voir aussi :** B. Soenne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2144 à 2237

## ADMISSION DES CRÉANCES

### 18 Conditions de l'admission à titre privilégié de la créance de cotisations d'une caisse de retraite

Les créances de cotisations et majorations de retard de la Caisse autonome des chirurgiens dentistes, exigibles depuis plus d'un an, ne bénéficient plus du privilège de l'article L. 243-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la sécurité sociale. À défaut d'inscription, elles ne bénéficient pas non plus de l'hypothèque légale résultant de l'alinéa 2 du même article.

CA Grenoble, 7 mai 2009, n° 07/04402, CARCD c/ B. : JurisData n° 2009-003330

« (...) Attendu que dans sa déclaration de créances, la Caisse autonome de retraites des chirurgiens dentistes a visé les articles 2332-2 du Code civil et L. 243-4 du Code de la sécurité sociale ; que l'article L. 243-4 dispose :

Le paiement des cotisations et des majorations et pénalités de retard est garanti pendant un an à compter de leur date d'exigibilité, par un privilège sur les biens meubles du débiteur, lequel privilège prend rang concurremment avec celui des gens de service et celui des salariés...

Le paiement des cotisations et des majorations et pénalités de retard est également garanti, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1956, par une hypothèque légale en exécution de publicité foncière ;

Attendu qu'il ne saurait être contesté qu'à la date de l'ouverture du redressement judiciaire, les cotisations antérieures à 2005 étaient exigibles depuis plus d'une année sans que la Caisse n'ait fait valoir son privilège...qu'elles ne pouvaient dès lors bénéficier du privilège de l'article L. 243-4, alinéa 1, et que les observations des parties sur la publication du privilège sont de plus inopérantes et sans intérêt dès lors que Monsieur F qui est une personne physique de droit privé exerçant une profession libérale n'est de toute façon pas tenu à l'obligation de publication prévue par l'article L. 243-5 du Code de la sécurité sociale ; Attendu qu'en visant l'article L. 243-4 du Code de la sécurité sociale, la Caisse a entendu de façon non équivoque se prévaloir du bénéfice tant de l'alinéa 2 que de l'alinéa 1 de ce texte...Attendu cependant que l'hypothèque légale résultant de l'article L. 243-4 du Code de la sécurité sociale est soumise aux règles de droit commun régissant les hypothèques légales et qu'elle doit donc faire l'objet d'une inscription à la conservation des hypothèques conformément à l'article 2426 du Code civil ;...Attendu qu'à défaut d'inscription la Caisse ne peut se prévaloir d'une créance hypothécaire en ce qui concerne les cotisations correspondant à la période de 1993 à 2004 ; que sa créance à ce titre n'est même pas privilégiée, le fait qu'elle soit garantie par une hypothèque ne lui conférant pas un caractère privilégié à défaut d'inscription de l'hypothèque légale...

Par ces motifs, Confirme l'ordonnance ».

**NOTE :** En 2006 une Caisse de retraite de chirurgiens dentistes déclare une créance de cotisations et majorations de retard correspondant aux années 1990 à 2006 entre les mains du mandataire judiciaire désigné par le tribunal dans la procédure de redressement puis de liquidation judiciaire d'un chirurgien dentiste. La cour d'appel de Grenoble confirme l'ordonnance du juge-commissaire en ce qu'elle a opéré une distinction entre les créances en fonction de leur date. Les créances des années 1990 et 1991 sont rejetées comme prescrites. La créance correspondant aux cotisations de l'année 2005 est admise à titre privilégié car elle n'est pas exigible depuis plus d'un an ; elle bénéficie du privilège de l'article L. 243-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la sécurité sociale sur les meubles du débiteur. Pour les cotisations des années 1993 à 2004, la Caisse a déclaré ses créances à titre privilégié invoquant l'article L. 243-4, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale ; elle prétend bénéficier de l'hypothèque légale conférée par ce texte. Mais cette hypothèque est soumise aux règles de droit commun et notamment à l'article 2426 du Code civil. La garantie d'hypothèque ne saurait être dissociée d'une inscription. Faute d'inscription, elle perd son caractère privilégié et ne sera admise qu'à titre chirographaire. En l'état actuel des textes, cette solution doit être approuvée. Néanmoins, une réflexion sur une modification législative est souhaitable ; cette différenciation entre les créances antérieures ou postérieures à un an ne saurait-elle être révisée ?

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND

**Mots-Clés :** Caisse de retraite - Créances de cotisations - Privilège Créances - Cotisations à une caisse de retraite - Conditions de l'admission à titre privilégié

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2352  
**Voir aussi :** B. Soenne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2144 à 2237

## NULLITÉS DE LA PÉRIODE SUSPECTE

Gérard BLANC,

professeur à la faculté de droit et de science politique  
de l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)

### À RETENIR

- 19 Nullité du contrat de travail conclu en période suspecte
- 20 Absence de qualité pour agir de l'AGS
- 23 Acte à titre gratuit : donation déguisée
- 27 Connaissance de l'état de cessation des paiements : preuve

## EXERCICE DE L'ACTION EN NULLITÉ

### JUGE COMPÉTENT

#### ▲ 19 Nullité du contrat de travail conclu en période suspecte

Le conseil de prud'hommes est compétent pour se prononcer sur la nullité d'un contrat de travail conclu en période suspecte.

CA Metz, 2 févr. 2009, n° 06/01785 : JurisData n° 2009-375457

CA Paris, 22<sup>e</sup> ch. B, 20 janv. 2009, n° S07/02097 : JurisData n° 2009-374578

**NOTE :** Une affaire qui a donné lieu à un arrêt de la chambre sociale de la cour d'appel de Metz pose incidemment le problème de la compétence du conseil de prud'hommes en matière de nullité des actes accomplis pendant la période suspecte (CA Metz, 2 févr. 2009, n° 06/01785, préc.). Un contrat de qualification avait été conclu pendant la période suspecte entre une salariée et une entreprise mise ultérieurement en liquidation judiciaire. L'employée avait pour sa part saisi le conseil de prud'hommes en vue d'obtenir le paiement de divers salaires demeurés impayés et de faire constater la rupture de son contrat de travail. Le liquidateur avait fait valoir la nullité du contrat de travail en application de l'ancien article L. 621-107, 2<sup>e</sup>, du Code de commerce. Il soutenait en effet qu'il s'agissait d'un contrat commutatif déséquilibré. Or l'appréciation d'un tel moyen de nullité relève de la compétence exclusive du tribunal ayant ouvert la procédure collective même s'il s'agit d'une demande subsidiaire (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz Action 2008-2009*, n° 652.21). Disposant lui-même d'une compétence exclusive, le conseil de prud'hommes n'a pas répondu à ce moyen de nullité. La question de sa compétence à ce sujet n'a pas été davantage soulevée par la cour d'appel, effet dévolutif oblige, qui pour sa part répond au moyen en jugeant que le contrat commutatif est parfaitement équilibré.

À l'inverse, dans une espèce analogue, la question de la nullité du contrat de travail avait été soulevée par le liquidateur devant le tribunal de commerce. Pour sa part, le salarié avait saisi le conseil de prud'hommes en vue d'obtenir des indemnités de fin de contrat et une prime de précarité. De son appel on peut déduire qu'il n'avait pas obtenu gain de cause en première instance. Mais la cour n'en confirme pas moins le jugement du conseil de prud'hommes en jugeant cette fois-ci que le contrat commutatif

était nul parce que déséquilibré (CA Paris, 22<sup>e</sup> ch. B, 20 janv. 2009, n° S07/02097, préc.). Du conflit entre deux compétences exclusives, c'est ainsi celle du conseil de prud'hommes qui prime chaque fois qu'est en cause une question relative au contrat de travail.

G. BLANC

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Contrat de travail - Compétence du conseil des prud'hommes  
Contrat de travail - Nullités de la période suspecte - Compétence du conseil des prud'hommes  
Compétence - Nullités de la période suspecte - Contrat de travail  
**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2502  
**Voir aussi :** B. Soenne, *Traité des Procédures Collectives : Litec*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1818, 1857 et 1873

### QUALITÉ POUR AGIR

#### ▲ 20 Absence de qualité pour agir de l'AGS

L'AGS n'est pas recevable à demander en appel la nullité d'un contrat de travail mais le liquidateur judiciaire ayant également interjeté appel du jugement, l'appel provoqué peut prospérer.

Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 08-43.104, FS-P+B : JurisData n° 2009-050611

**NOTE :** On notera en premier lieu un arrêt très récent de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 08-43.104, FS-P+B, préc.) qui a eu à juger également d'un contrat de travail conclu pendant la période suspecte. C'est l'occasion pour le juge de préciser un point de procédure. L'AGS avait en appel demandé la nullité de ce contrat, ce que contestait la salariée auteur du pourvoi qui faisait valoir que cet organe n'était pas un mandataire de justice habilité à agir. Mais il se trouve que le liquidateur judiciaire avait également interjeté appel du jugement et demandé l'annulation du contrat de travail qui avait été finalement prononcée par un arrêt infirmatif de la cour d'appel de Grenoble du 26 septembre 2007. C'est sur la notion d'appel provoqué que se fonde la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi. Au total, n'étant pas mandataire de justice, l'AGS n'est certes pas habilité à exercer l'action en nullité ; mais son absence de qualité pour agir n'interdit pas qu'un mandataire de justice, en l'espèce le liquidateur judiciaire, puisse valablement interjeter appel à condition d'avoir été partie en première instance selon l'article 549

du Code de procédure civile. Alors même que l'appel principal est irrecevable pour absence de qualité à agir de l'appelant, cela n'empêche pas l'appel provoqué de prospérer. **G. BLANC**

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Qualité pour agir - Contrat de travail - AGS  
Nullités de la période suspecte - Appel provoqué du liquidateur  
Contrat de travail - Nullités de la période suspecte - Qualité pour agir  
Procédure - Qualité pour agir - Nullités de la période suspecte  
**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2502  
**Voir aussi :** B. Soenne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1874

## AUTEUR DE L'ACTE

### 21 Acte accompli par le débiteur et acte accompli par un tiers

La loi de sauvegarde a supprimé la condition relative à l'auteur de l'acte.

CA Montpellier, 21 avr. 2009, n° 07/06800 : JurisData n° 2009-004456

**NOTE :** Dans une décision de la cour de Montpellier, il s'agissait d'un cessionnaire de parts sociales qui agissait en nullité de la cession intervenue (CA Montpellier, 21 avr. 2009, n° 07/06800, préc.). Il soutenait non seulement que la cession était nulle sur le fondement du dol ; il invoquait au surplus qu'elle était intervenue pendant la période suspecte relative à la liquidation judiciaire d'une EURL qui avait fait l'objet de cette cession de parts sociales.

Cette décision suscite deux observations.

La première tient à la qualité de celui qui agit, à savoir le cessionnaire de parts sociales qui n'était évidemment pas habilité, l'article L. 632-4 ne visant que les mandataires de justice et le ministère public. La cour de Montpellier n'a pas néanmoins relevé cette irrecevabilité dans la mesure où l'action en nullité était également fondée sur le dol de la cédante et pouvait donc normalement être exercée par la victime du dol, autrement dit le cessionnaire.

La seconde observation tient à l'auteur des actes visés. On pourrait s'étonner de l'affirmation des juges selon lesquels « *les actes qui encourent la nullité en application de l'article L. 632-1 du Code de commerce sont exclusivement ceux qui sont faits par le débiteur en liquidation* ». L'article L. 632-1 issu de la loi du 26 juillet 2005 ne fait plus en effet référence au nécessaire accomplissement par le débiteur lui-même de ces actes litigieux. Cette référence erronée n'a en l'espèce néanmoins qu'une portée limitée car il est surtout reproché par le juge au demandeur d'avoir confondu le patrimoine du débiteur en liquidation judiciaire, en l'occurrence l'EURL, avec celui de l'associée unique de celle-ci. La cession litigieuse portait en effet sur les parts sociales détenues par la cédante et non pas sur une cession affectant un élément du patrimoine de l'EURL. Or la finalité des nullités de la période suspecte est de protéger le patrimoine du débiteur en permettant la reconstitution de l'actif, chaque fois qu'un acte accompli pendant la période suspecte et visé par les textes de référence y a porté atteinte. S'il y a de fait dans une EURL une sorte de confusion du patrimoine avec celui de l'associé unique, de jure l'autonomie de la personnalité morale n'autorise pas cette confusion.

Cette espèce est ainsi l'occasion de s'interroger sur les hypothèses visées désormais par l'article L. 632-1 qui se réfère à des actes « *intervenues depuis la date de cessation des paiements* » sans autre précision désormais sur l'auteur de l'acte. Cela permet d'englober les actes constitutifs de sûretés ou de mesures conservatoires nécessairement accomplis par les créanciers (Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-16.473, FS-P : JurisData n° 2002-015211 ; Bull. civ. 2002, IV, n° 116). Mais en sera-t-il de même lorsqu'un fonds de commerce est cédé par des co-indivisaires dont l'un seulement fait l'objet d'une procédure collective ? Un arrêt de la cour d'Aix-en-Provence avait décidé qu'il ne s'agissait pas d'un acte accompli par le débiteur seul ; l'action en nullité devait donc être déclai-

rée irrecevable (cf. nos obs. à propos de CA Aix-en-Provence, 22 janv. 1999 : Rev. proc. coll. 2004, p. 384). Depuis la loi du 26 juillet 2005, la solution pourrait être différente puisqu'il suffit que l'acte soit intervenu depuis la date de cessation des paiements. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un acte ayant une incidence sur le patrimoine du débiteur. C'est le cas pour la quote-part du bien indivise revenant au débiteur, sauf que l'action en nullité risque de se heurter à l'article 815-17, alinéa 2, du Code civil frappant d'insaisissabilité jusqu'au partage cette quote-part tant qu'elle est indéterminée.

Pourrait en revanche être remise en cause par exemple la jurisprudence qui refuse de prononcer la nullité de l'acte de paiement accompli par le conjoint du débiteur pendant la période suspecte (Cass. com., 21 nov. 1995, n° 92-19.531 : JurisData n° 1995-003287 ; RJDA 1996, n° 554). **G. BLANC**

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Qualité pour agir - Cessionnaire de parts sociales  
Nullités de la période suspecte - Auteur de l'acte  
Procédure - Qualité pour agir - Nullités de la période suspecte  
**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2502  
**Voir aussi :** B. Soenne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1868 et 1869

## DATE DE CESSATION DES PAIEMENTS

### 22 Fixation de la période suspecte en cas d'extension de procédure à un dirigeant

La date de cessation des paiements d'un dirigeant en cas d'extension de procédure (régime antérieur à la loi de sauvegarde) doit être fixée indépendamment de la date de cessation des paiements de la société.

CA Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch. civ., 31 mars 2009, n° 08/04427 : JurisData n° 2009-004591

**NOTE :** Les dispositions de l'article L. 621-7 ancien du Code commerce prévoient que la date de la cessation des paiements peut être reportée plusieurs fois, sans pour autant que le report puisse être supérieur de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture.

Ces dispositions, comme celles de l'ensemble de la loi du 26 juillet 2005, sont d'ordre public. Dès lors, lorsque le tribunal ouvre le 28 septembre 2001, en application des dispositions de l'article L. 624-5 du Code de commerce, une procédure de redressement judiciaire à l'égard de S. en fixant la date de cessation des paiements au 19 février 1996, il faut comprendre que le tribunal a entendu reporter la date de cessation des paiements au maximum prévu par la loi, soit au 28 mars 2000. Aussi, le mandataire judiciaire ne peut-il faire remonter le point de départ de la période suspecte au-delà de cette date.

Par voie de conséquence, il ne peut obtenir l'annulation de la donation litigieuse du 7 juin 1996 sur le fondement des dispositions de l'article L. 621-107 de l'ancien Code de commerce.

Un arrêt de la cour de Bordeaux confirme une jurisprudence sur la fixation de la date de cessation des paiements lorsque la procédure de liquidation judiciaire est étendue à un dirigeant (CA Bordeaux, 2<sup>e</sup> ch. civ., 31 mars 2009, n° 08/04427 : JurisData n° 2009-004591). En l'espèce, le juge qui avait décidé de l'extension de la procédure au dirigeant avait fait coïncider la date de cessation des paiements avec celle relative à la procédure affectant la société précédemment mise en liquidation judiciaire. Cette concomitance des dates permettait de faire annuler une donation que ce dirigeant et son épouse avaient faite à leurs deux enfants. La cour a néanmoins refusé cette analyse en considérant que les deux dates devaient être distinguées, chacune ayant des points de départ différents. La procédure affectant le dirigeant ayant été ouverte plusieurs années après, la période suspecte d'une durée maxima de 18 mois antérieure à la date du jugement d'ouverture ne pouvait pas englober la donation litigieuse. On rappellera en

ce sens un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation au sujet de la fixation de la date de cessation des paiements relative à la procédure d'un dirigeant. Il convient de se référer au droit commun et de rechercher à quelle date le dirigeant social a effectivement cessé ses paiements (*Cass. com.*, 3 juin 1988, n° 88-11.776 : *Bull. civ.* 1988, IV, n° 146 ; *D.* 1988, *inf. rap.* p. 140).

Cette action en extension de la procédure a certes été abrogée par la loi du 26 juillet 2005 et remplacée par l'obligation aux dettes sociales elle-même abrogée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Mais rien n'interdit d'ouvrir une procédure à l'encontre d'un dirigeant fautif, à condition qu'il soit personnellement en cessation des paiements, la date de celle-ci étant fixé comme précédemment.

G. BLANC

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Date de cessation des paiements - Détermination de la période suspecte  
Cessation des paiements - Extension de procédure à un dirigeant  
Extension de procédure - Date de cessation des paiements

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2155 et 2502

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives : Litec*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 420 à 428, 1797 à 1883

## CAS DE NULLITÉ

### NULLITÉS DE DROIT

#### ▲ 23 Acte à titre gratuit : donation déguisée

L'état liquidatif de partage de communauté peut être annulé s'il constitue une donation déguisée entre les époux.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mai 2009, n° 08-12.858, F-D : *JurisData* n° 2009-048348

« (...) Attendu que tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière entrent dans les prévisions de l'article L. 621-107 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ; que l'arrêt a, par motifs propres et adoptés, constaté que l'état liquidatif attribuait à M<sup>me</sup> Lagneau la totalité de l'actif communautaire et que M. Lafosse renonçait au paiement de la soulte incombant à son épouse, ce dont il résulte que les obligations mises à sa charge étaient dépourvues de toute contrepartie ; qu'il en résulte que cet état liquidatif réalisait une donation déguisée sous l'aspect d'un partage pouvant être annulé au titre du texte précité (...) ».

**NOTE :** Les donations déguisées sont évidemment dans le « collimateur » du législateur en tant qu'elles peuvent constituer des actes à titre gratuit nuls de droit s'ils ont été accomplis pendant la période suspecte. On relèvera à ce propos un arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile qui condamne cette pratique (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 20 mai 2009, n° 08-12.858, F-D, *préc.*). À la demande conjointe de deux époux, un jugement avait prononcé leur séparation de corps et homologué leur convention définitive. À celle-ci était annexé l'état liquidatif de partage de leur communauté qui attribuait à l'épouse l'ensemble de l'actif communautaire constitué d'immeubles, moyennant une soulte que le mari renonçait à percevoir. Ce dernier avait été mis en liquidation judiciaire et une action en nullité intentée à l'égard de l'état liquidatif intervenu pendant la période suspecte. Constatant que la renonciation de l'époux au paiement de la soulte incombant à son épouse était dépourvue de toute contrepartie, le juge qualifie l'opération de donation déguisée sous l'aspect d'un partage, au sens de l'ancien article L. 621-107, 1<sup>o</sup>, devenu l'article L. 632-1, 1<sup>o</sup>, qui déclare nuls les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière.

Cet arrêt a le mérite de conforter sur deux points une jurisprudence qui ne se dément pas. D'une part est confirmée la solution qui voit dans les donations réalisées pendant la période suspecte des actes répréhensibles parce que destinés à dépouiller le patrimoine du débiteur. D'autre part est également confirmé le caractère annulable de l'état liquidatif devenu une solution de jurisprudence constante (V. précédemment *Cass. com.*, 7 nov. 2006, n° 04-18.650, FS-P+B+I+R : *JurisData* n° 2006-035793 ; *JCP G* 2007, II, 10017, note G. Blanc).

G. BLANC

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Nullités de droit - Acte à titre gratuit - État liquidatif de partage de communauté  
Acte à titre gratuit - État liquidatif de partage de communauté - Donation déguisée

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2507

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives : Litec*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1805 à 1849.

#### 24 Contrat commutatif déséquilibré

Le contrat de partenariat et de mécénat disproportionné conclu alors que l'entreprise était en cessation des paiements doit être annulé.

CA Nîmes, 6 nov. 2008, n° 06/03897 : *JurisData* n° 2008-007439

**NOTE :** La conclusion d'un contrat commutatif déséquilibré est régulièrement le moyen utilisé par le débiteur pour calmer un créancier menaçant de saisir le juge en vue de l'ouverture d'une procédure collective. Les hypothèses contentieuses abondent.

Une affaire ayant trait à l'activité de mécénat sportif doit être mentionnée. Une entreprise fabricante d'automobiles avait conclu un contrat de partenariat et de mécénat avec un modeste club de volley-ball de la région cévenole structuré sur le mode associatif. L'entreprise s'engageait à verser au club une somme de 90 000 € sur 3 ans à raison de 30 000 € par an versés en deux fois. Ce montant était augmenté de 50 % si le club accédait à la division d'élite du volley-ball sur le plan national. En cas de résiliation anticipée du contrat, l'entreprise s'engageait à verser l'ensemble des sommes convenues et encore dues. Le club de volley-ball s'engageait en contrepartie à permettre l'installation d'un panneau publicitaire dans l'enceinte sportive, à fournir à l'entreprise vingt-cinq invitations par match, à apposer le logo de l'entreprise sur le maillot des joueurs et à la possibilité d'exposer un véhicule fabriqué par l'entreprise à l'entrée de la salle de sports à l'occasion des manifestations sportives. Le contrat commutatif a été jugé déséquilibré par le juge car le retour sur investissement attendu était très réduit en raison du petit nombre de spectateurs présents lors de chaque match et de l'intérêt très local que pouvait susciter une telle politique publicitaire (*CA Nîmes*, 6 nov. 2008, n° 06/03897, *préc.*). Or c'est au moment où l'entreprise était en cessation des paiements que celle-ci avait conclu le contrat de partenariat et de mécénat. Le juge considère même que le contrat caractérise pour partie un acte à titre gratuit translatif de propriété mobilière correspondant à l'aspect mécénat de l'accord.

Si en droit la décision ne suggère pas de commentaires particuliers, en fait elle doit décourager tous ceux qui se lancent dans une politique promotionnelle inconsidérée alors même que l'entreprise est déjà en difficultés.

G. BLANC

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Nullités de droit - Contrat commutatif déséquilibré  
 Contrat commutatif déséquilibré - Nullités de la période suspecte  
**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2507  
**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1805 à 1849

## 25 Paiement de dettes non échues : cession de créance professionnelle et remboursement anticipé d'un prêt

La cession de créances professionnelles intervenue pendant la période suspecte dont l'objet apparaît être de payer un découvert antérieur constitue un paiement de dette non échue et doit être annulée. Tel n'est pas le cas du remboursement anticipé d'un prêt rendu exigible par la dissolution anticipée de la société.

CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch. civ., 14 oct. 2008, n° 07/02011 : *JurisData* n° 2008-009165

CA Chambéry, ch. com., 23 juin 2009, n° 08/01638 : *JurisData* n° 2009-008267

2<sup>e</sup> espèce :

« Attendu que l'article L. 621-107 ancien du Code de commerce dispose, en son paragraphe 3, que sont nuls tous paiements pour dettes non échues depuis la date de cessation des paiements ;

Attendu que la cessation des paiements de la société A, placée en liquidation judiciaire le 14/12/2005, a été reportée au 30/04/2005 par jugement du 28/02/2007 ;

Attendu que, le 01/07/2005, l'assemblée générale extraordinaire de la sarl A. a décidé à l'unanimité de la dissolution anticipée de cette société et de sa mise en liquidation amiable à compter de cette même date ;

Que les prêts hypothécaires consentis par les sociétés Crédit Lyonnais et Banque populaire des Alpes ont fait l'objet d'un remboursement anticipé au mois d'octobre 2005 au moyen du prix de vente des immeubles, objet des concours, hypothéqués au profit des organismes prêteurs ;

Attendu que l'article 8 des conditions générales des contrats de prêt consentis par la société Crédit Lyonnais à la sarl A, dispose, en son paragraphe I, qu'en cas de liquidation judiciaire ou de cessation d'exploitation de l'emprunteur, toutes les sommes versées en exécution du prêt, ainsi que tous intérêts et accessoires afférents, seront exigibles de plein droit par anticipation ;

Attendu que cet effet s'opère automatiquement sans qu'il soit besoin de l'envoi par la banque d'une mise en demeure préalable, laquelle n'est exigée que par le paragraphe II de l'article 8 dans des cas différents de la liquidation judiciaire ou de la cessation d'exploitation ;

Attendu que la dissolution de la société emportait la cessation de son exploitation, de sorte que le solde des prêts était devenu contractuellement exigible par anticipation et que le remboursement auquel a procédé la société A ne présente donc pas le caractère d'un paiement pour dette non échue ;

Attendu, ensuite, que par courrier du 30/09/2005, le notaire de la sarl A a informé la société Banque populaire des Alpes de ce qu'elle désirait vendre le bâtiment industriel financé au moyen des deux prêts qu'elle lui avait consentis et sur lesquels elle disposait de deux hypothèques conventionnelles et lui a demandé le remboursement anticipé des concours en sollicitant le montant des sommes restant dues sur chacun des deux concours ;

Attendu que le but de la procédure de liquidation amiable étant de réaliser l'actif et de payer le passif, la décision de vente dont s'agit ne peut être qualifiée d'anormale ;

Que le remboursement des prêts permettait de purger les hypothèques, opération ne présentant aucun caractère anormal puisqu'habituellement exigée en la matière par l'acquéreur, comme en l'espèce, aux fins de le prévenir du droit de suite des créanciers hypothécaires ;

Attendu que l'article 6 des conditions générales de ces concours faisait interdiction à l'emprunteur, pendant toute la durée du prêt, d'aliéner les biens immobiliers concernés, situation incompatible

avec la finalité de réalisation des actifs de la procédure de liquidation amiable en cours ;

Qu'en revanche, l'article 4 lui donnait la possibilité de rembourser tout ou partie du capital restant dû sous réserve d'un préavis d'un mois et, par conséquent, de vendre l'immeuble concerné sans contrevenir aux dispositions précitées ;

Attendu que c'est donc à juste titre que la société A a mis en œuvre cette dernière clause, ce qui a eu pour effet de rendre échues les sommes restant dues au titre des deux prêts consentis par la société Banque populaire ;

Qu'il n'y a donc pas lieu de faire application des dispositions du 3<sup>o</sup> de l'article L. 621-107 ancien du Code de commerce (...) ».

**NOTE :** Est confirmée une jurisprudence désormais bien assise relative à la cession d'une créance professionnelle (*cf. nos obs. à propos de Cass. com., 22 janv. 2002 : Rev. proc. coll. 2002, p. 276 et Cass. com., 2 nov. 2005 : Rev. proc. coll. 2006, p. 277*) Une SARL avait en effet cédé à une banque une créance que la société détenait sur le Trésor public. Elle soutenait que cette cession avait été réalisée à titre de garantie. Mais la banque n'était pas en mesure d'établir que cette cession avait été réalisée en garantie d'une ouverture de crédit accordée de manière concomitante pour le même montant. Le juge en déduit donc que cette cession de créance avait tout simplement pour objet de payer un découvert antérieur de la société dans les livres de la banque. Dès lors le compte courant n'étant pas clôturé à la date de la cession, une telle opération doit être assimilée à une modalité de paiement d'une dette non échue (*CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch. civ., 14 oct. 2008, n° 07/02011 : JurisData n° 2008-009165*).

Mais encore faut-il qu'une telle cession intervienne pendant la période suspecte. Or le bordereau comportait plusieurs dates. Le juge a fait prévaloir, selon une jurisprudence établie il y a quelques années, la date apposée par le cessionnaire (*Cass. com., 7 déc. 1993, n° 92-10.953, P : JurisData n° 1993-002443 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 448 ; D. 1994, inf. rap. p. 13 ; RTD. com. 1994, p. 535, obs. Cabrillac et Teyssié*). Cette solution s'appuie sur deux arguments de texte. L'article L. 313-25, alinéa 2, du Code monétaire et financier prévoit, d'une part, que la date est apposée par le cessionnaire, ce qui doit conduire à faire prévaloir la date portée par ce dernier. L'article L. 313-27, dernier alinéa, du même code dispose, d'autre part, qu'en cas de contestation de date, la banque peut faire la preuve par tous moyens de l'exactitude de la date portée sur le bordereau. Or on pouvait hésiter entre la date portée par l'agence bancaire et la date portée par le service des « engagements » de la banque. C'est cette dernière date située pendant la période suspecte qu'a retenue le juge en l'absence d'autres indications pour prononcer la nullité de la cession sur le fondement de l'ancien article L. 621-107, 3<sup>o</sup>, du Code de commerce. Cette solution pose au passage le problème des pouvoirs d'une agence bancaire d'engager l'organisme de crédit qu'elle représente auprès de la clientèle. Ne dispose-t-elle pas d'une sorte de mandat apparent ? Ce n'est pas l'avis des juges de Poitiers.

À l'inverse n'a pas été considéré comme un paiement de dettes non échues le remboursement par anticipation d'un prêt (*CA Chambéry, ch. com., 23 juin 2009, n° 08/01638 : JurisData n° 2009-008267*). Il s'agissait en l'espèce d'une société dont la dissolution anticipée avait été décidée, les prêts hypothécaires ayant été remboursés au moyen du prix de vente des immeubles pendant la période suspecte. Cette opération n'avait été rendue possible parce que les conditions générales de prêt de la banque l'autorisaient implicitement. Si l'article 6 de ces conditions générales interdisait à l'emprunteur d'aliéner les biens immobiliers pendant la durée du prêt, l'article 4 de ces mêmes conditions donnait en revanche la possibilité d'un remboursement par anticipation. En cas de cessation d'exploitation de l'emprunteur, l'article 8 rendait exigibles par anticipation toutes les sommes résultant du nécessaire apurement du prêt. Or la situation de liquidation amiable qui avait précédé la liquidation judiciaire avait rendu indispensable la vente des immeubles. Dès lors la purge des prêts hypothécaires ne pouvait être considérée comme le paiement de dettes non échues en vertu de l'ancien article L. 621-107, 3<sup>o</sup>.

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Nullités de droit - Paiement de dettes non échues - Cession de créances professionnelles  
Nullités de la période suspecte - Nullités de droit - Paiement de dettes non échues - Remboursement anticipé d'un prêt  
Cession de créances professionnelles - Nullités de la période suspecte

Paiement de dettes non échues - Nullités de la période suspecte

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2505

**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1805 à 1849

## 26 Mode anormal de paiement : hypothèses diverses (remboursement anticipé d'un prêt, délégation de créance et compensation conventionnelle, mesure conservatoire, dation en paiement)

Sont considérés comme des modes anormaux de paiement certains montages juridiques et financiers complexes, comme un montage combinant délégation de créance et compensation conventionnelle ou l'acquiescement du débiteur à une saisie conservatoire non convertie en saisie attribution avant la date de cessation des paiements et s'analysant comme une dation en paiement ou encore la reprise de matériels invendus livrés au débiteur et demeurés impayés, cette opération devant également être assimilée à une dation en paiement.

CA Chambéry, ch. com., 23 juin 2009, n° 08/01638 : *JurisData* n° 2009-008267

CA Aix-en-Provence, 16 avr. 2009

Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-20.418 : *JurisData* n° 2009-050195

CA Nîmes, 1<sup>re</sup> ch. civ., sect. B, 19 mars 2009, n° 07/02689 : *JurisData* n° 2009-009747

1<sup>re</sup> espèce (suite de l'extrait cité au numéro précédent) :

« (...) Attendu (...) que cet article [C. com., art. L. 621-107] dispose, en son paragraphe 4, que sont également nuls tous paiements pour dettes échues, faits autrement qu'en espèces, effets de commerce, virement, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ;

Mais attendu qu'en l'occurrence, le remboursement des prêts hypothécaires par le notaire instrumentaire, à la suite d'une vente justifiée par la situation de liquidation amiable en cours et dans le cadre de la purge légitimement exigée par l'acquéreur aux fins de le préserver du droit de suite des organismes prêteurs, ne présentait aucun caractère anormal (...) »

**NOTE :** Dans cette même affaire, n'a pas été davantage considéré comme un mode anormal de paiement au sens de l'ancien article L. 621-107, 4°, ce mode de remboursement des prêts. En l'espèce le but de la procédure de liquidation amiable était de réaliser l'actif pour honorer le passif ; la décision de vente des immeubles, objet des prêts hypothécaires ne pouvait être considérée comme anormale dans la mesure où cela permettait de prévenir le droit de suite des créanciers hypothécaires.

Les juges en revanche n'hésitent pas à sanctionner sur le même fondement les montages juridiques et financiers dont la complexité laisse planer le soupçon sur les intentions du débiteur. Il peut en être ainsi notamment lorsque le montage a pour instrument une délégation de créance ou une compensation conventionnelle (cf. *nos obs in Rev. proc. coll.* 2002, p. 277 et s.). A fortiori l'opération est suspecte lorsque les deux mécanismes se combinent pour servir dans le même montage (CA Aix-en-Provence, 16 avr. 2009 : *JurisData* n° 2009-227). Dans cette affaire, un bail avait été cédé par le débiteur à un cessionnaire, lui-même bénéficiaire d'une délégation de créance détenue par un créancier sur le

cédant. Le paiement du prix de cession avait été ainsi le résultat d'une compensation intervenue pendant la période suspecte entre la dette du débiteur cédant ayant fait l'objet de la délégation de créance et la dette du cessionnaire à l'égard du débiteur cédant. Le juge prononce sans ambiguïté la nullité d'un tel montage :

Attendu que la compensation de créance avec celle détenue par un bénéficiaire de cession de créance dans le cadre d'une cession de fonds de commerce, avec dispense de séquestration du prix ne peut être considérée comme un mode normal de paiement.

Parmi les modes de paiement anormaux, on retrouve une fois encore le cas des mesures conservatoires. On connaît la solution de l'article L. 632-1, 7°, déjà consacrée par l'ancien article L. 621-107, 7°, qui annule toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation des paiements. Cette solution a été mise en œuvre plusieurs fois par les juges (Cass. com., 12 oct. 1999, n° 96-13.133, P : *JurisData* n° 1999-003410 et nos obs. *Rev. proc. coll.* 2002, p. 279, n° 9. – Cass. com., 21 janv. 2003, n° 99-15.667 : n° 2003-017410 et nos obs. : *Rev. proc. coll.* 2004, p. 72, n° 9. – Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 oct. 2005, n° 04-10.870, F-P+B : *JurisData* n° 2005-030330 ; *Rev. proc. coll.* 2006, p. 278, n° 7, nos obs.).

Il s'agissait en l'espèce d'une saisie-conservatoire établie avant la date de cessation des paiements et qui faisait suite à un commandement de payer des loyers demeurés impayés. Cette saisie conservatoire avait été faite entre les mains d'un tiers saisi, le débiteur mis ultérieurement en liquidation judiciaire ayant pour sa part acquiescé à cette saisie conservatoire après la date de cessation des paiements. En conséquence de quoi le compte bancaire du tiers saisi fut débité pendant la période suspecte de la somme correspondant au profit du créancier saisissant. Toute la question résidait dans la portée de l'acquiescement du débiteur à la saisie conservatoire. La Cour de cassation rappelle en premier lieu « qu'une saisie conservatoire, signifiée au tiers saisi avant la date de cessation des paiements, qui n'a pas été convertie en saisie attribution avant le jugement d'ouverture de la procédure collective du saisi n'emporte plus affectation spéciale et privilège au profit du créancier saisissant ». Mais elle précise en second lieu que l'acquiescement du débiteur à la saisie conservatoire est sans valeur, celle-ci ne pouvant pas s'appliquer à ce mode de saisie (Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-20.418, F-D : *JurisData* n° 2009-050195). Le juge requalifie cet acte d'acquiescement en considérant que l'accord donné par le débiteur à cette occasion s'analyse en une cession de créance en période suspecte qualifiée en l'espèce de mode anormal de paiement au sens de l'ancien article L. 621-107, 4°. Au regard des articles 240 à 242 du décret du 31 juillet 1992, il semble en effet que l'acquiescement ne soit possible que lors d'une saisie attribution. À compter en effet du moment où le débiteur s'est vu signifié l'acte de conversion d'une saisie conservatoire en saisie attribution, il dispose d'un délai de 15 jours en vertu de l'article 242 du texte précité pour contester l'acte de conversion. Autant dire dans ce cas qu'un acte d'acquiescement du débiteur emporte renoncement de sa part à l'exercice de toute contestation de la saisie attribution. Il en va différemment lorsqu'il ne s'agit que d'une saisie conservatoire qui ne confère pas un titre exécutoire et ne suffit pas à transformer cette saisie en saisie attribution. On comprend dès lors la qualification de cession de créance de l'acte d'acquiescement.

La dation en paiement tient également une place de choix dans le contentieux sur les modes anormaux de paiement. Il s'agissait en l'espèce d'une reprise par le créancier de différents matériels invendus livrés au débiteur et demeurés impayés. Or cette reprise s'était produite pendant la période suspecte, le vendeur ayant pour sa part annulé sa créance. Ce retour au vendeur des marchandises avec création consécutive d'un avoir comptable au profit de l'acheteur est analysé par le juge non comme la mise en œuvre de la clause de réserve de propriété non stipulée en l'espèce, mais comme une restitution suite à la résolution amiable de la vente. On comprend l'intérêt du créancier qui en reprenant le matériel invendu peut ainsi éviter ultérieurement d'être en concours avec les autres créanciers dans le cadre de la procédure collective. Or cette restitution effectuée pendant la période suspecte est qualifiée de dation en

paiement au sens de l'ancien art. L. 621-107, 4<sup>o</sup>, et considérée comme un mode anormal de paiement (CA Nîmes, 1<sup>re</sup> ch. civ., sect. B, 19 mars 2009, n<sup>o</sup> 07/02689 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-009747). Cette décision souligne l'intérêt pratique qu'il peut y avoir pour le vendeur de stipuler une clause de réserve de propriété pour éviter de voir l'opération de restitution annulée. On rapprochera cette décision d'un arrêt de la Cour de cassation qui précise justement qu'en l'absence d'une clause de réserve de propriété une telle restitution n'est pas un mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires (Cass. com., 12 juill. 1994, n<sup>o</sup> 92-10.761 : *Bull. civ.* 1994, IV, n<sup>o</sup> 268 ; D. 1996, somm. p. 212, obs. F. Pérochon).

G. BLANC

**Mots-Clés :** Nullités de la période suspecte - Nullités de droit - Mode anormal de paiement

**JurisClasseur :** Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2505 et 2508

**Voir aussi :** B. Soenne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n<sup>o</sup> 1805 à 1849

## NULLITÉS FACULTATIVES

### ▲ 27 Connaissance de l'état de cessation des paiements : preuve

Les liens étroits entretenus par le créancier avec le débiteur constituent un indice de la connaissance de la cessation des paiements par le créancier. Le créancier doit avoir une connaissance personnelle de l'état de cessation des paiements du débiteur.

CA Nîmes, 1<sup>re</sup> ch. civ., sect. B, 19 mars 2009, n<sup>o</sup> 07/02689 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-009747

CA Fort de France, 19 déc. 2008, n<sup>o</sup> 07/00029 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2008-008652

CA Rennes, 2<sup>e</sup> ch. com., 28 avr. 2009, n<sup>o</sup> 08/02385 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-011189

CA Amiens, ch. com., 5 mars 2009, n<sup>o</sup> 08/00334 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-377292

Cass. com., 12 mai 2009, n<sup>o</sup> 08-12.590 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-048257

Cass. com., 16 juin 2009, n<sup>o</sup> 08-14.635 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-048819

**NOTE :** L'ancien article L. 621-108 devenu l'article L. 632-2 depuis la loi nouvelle alimente également de manière régulière cette chronique de jurisprudence.

On relèvera tout d'abord un certain nombre de décisions qui ont admis la connaissance de l'état de cessation des paiements par le créancier au moment où a été accompli pendant la période suspecte l'acte litigieux.

C'est le cas notamment dans l'affaire précitée (CA Nîmes, 19 mars 2009). Les faits sont particulièrement caractéristiques puisqu'il est mentionné que le débiteur réalisait plus des 2/3 de son chiffre d'affaires avec le créancier et que dans la période précédant immédiatement l'acte litigieux le débiteur n'avait effectué aucune commande. Il est établi en outre que durant la même période le créancier avait eu connaissance du licenciement du personnel opéré par le débiteur et de la fermeture imminente du magasin. Mais en l'espèce ce sont les liens de quasi-exclusivité entre le créancier et le débiteur qui ont emporté la conviction du juge quant à la connaissance qu'avait le premier de l'état de cessation des paiements du second.

Dans une autre affaire, le créancier au cours de la période suspecte avait procédé à des saisies attributions alors que son débiteur ne disposait pas des actifs disponibles pour y faire face. Or il se trouve qu'à la même époque le créancier avait été informé par le débiteur que de telles saisies ne pouvaient que conduire ce dernier à déclarer sa cessation des paiements au tribunal. Le débiteur précisait même que le report de cette déclaration n'était due

jusque là qu'à la coopération et à la patience de ses créanciers : autant de faits qui pour le juge caractérisent la connaissance que le créancier avait de l'état de cessation des paiements de son débiteur (CA Fort de France, 19 déc. 2008, n<sup>o</sup> 07/00029 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2008-008652).

Dans une troisième affaire, il s'agissait d'un cabinet d'expertise comptable qui était chargé par son client de réaliser les bilans et une mission sociale, de vérifier les comptes et de faire les déclarations fiscales. La position d'expert-comptable lui permettait ainsi d'être parfaitement en mesure de constater la situation financière de ce client. Or il s'est trouvé que ce professionnel a fait solder pendant la période suspecte une créance fort ancienne de 20 000 € due par son client. Celui-ci ayant été mis en liquidation judiciaire, le liquidateur ne pouvait que chercher à faire annuler ce paiement en vertu de l'article L. 632-2. Très logiquement le juge donne raison au liquidateur car le cabinet d'expertise comptable ne pouvait se réfugier dans l'ignorance de la situation du débiteur alors que l'état de cessation des paiements résultait de documents que le professionnel du chiffre avait lui-même établis (CA Rennes, 2<sup>e</sup> ch. com., 28 avr. 2009, n<sup>o</sup> 08/02385 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-011189).

On a relevé enfin une affaire qui opposait le liquidateur à la banque du débiteur. Il se trouve que l'organisme de crédit dans les jours précédant le jugement d'ouverture avait viré au crédit du compte de son client une somme en provenance d'un tiers ; cette opération visait à apurer une position débitrice du compte courant avant un dépôt de bilan que la banque savait imminent. Pour caractériser cette connaissance, le juge s'appuie sur l'importance du découvert et des concours bancaires consentis, sur les très nombreux refus de paiement de chèques et de virements recensés, sur le non paiement des cotisations sociales et sur l'importance des pertes accumulées au cours de la période suspecte. Pour faire bonne mesure, la banque avait dénoncé les concours bancaires consentis le même jour que l'opération litigieuse de virement. L'accumulation de ces preuves a donc conduit le juge à prononcer la nullité du virement (CA Amiens, ch. com., 5 mars 2009, n<sup>o</sup> 08/00334 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-377292). Même si le solde débiteur d'un compte courant n'est exigible qu'à la clôture du compte, celui-ci a un effet extinctif de la dette dans la mesure il sert à réduire ou à éteindre le solde débiteur d'un compte courant dont la banque est créancière. Le virement permet en ce sens de payer un créancier par préférence à d'autres, ce qui est prohibé par la loi lorsque l'opération intervient pendant la période suspecte et que le créancier connaît l'état de cessation des paiements de son débiteur.

On notera que dans trois affaires sur les quatre répertoriées, ce sont les liens étroits entretenus par le créancier avec son débiteur qui facilitent la preuve de la connaissance de la cessation des paiements. Fournisseur quasi exclusif du débiteur, expert-comptable du débiteur ou banquier attiré de ce dernier : autant de qualités qui rendent difficile l'affirmation d'une ignorance de la situation du débiteur.

Les banques ne doivent pas pourtant désespérer ! Deux arrêts rendus par la Cour de cassation démontrent, si besoin était, que le juge suprême opère un contrôle sur le juge du fond même si l'appréciation de la connaissance de la cessation des paiements est largement une question de fait.

Dans une première affaire, il s'agissait d'un prêt qui avait été consenti par une banque à une société ultérieurement mise en liquidation judiciaire. L'acte de prêt avait été rédigé par un notaire mandataire de la banque et conclu pendant la période suspecte, ce qui avait conduit le liquidateur à en demander la nullité en vertu de l'ancien article L. 621-108. Au vu de ces seuls motifs, la chambre commerciale rejette le pourvoi contre l'arrêt du juge d'appel car la banque n'était pas en mesure de connaître l'état de cessation des paiements d'une société qui venait d'être créée et n'avait pas encore commencé l'exploitation de son fonds de commerce (Cass. com., 12 mai 2009, n<sup>o</sup> 08-12.590 : *JurisData* n<sup>o</sup> 2009-048257). On pourrait a priori s'étonner d'une décision admettant explicitement qu'une banque qui consent un prêt ne connaît pas la situation de son débiteur. Il faut néanmoins rappeler que l'exigence légale est celle de la connaissance de l'état de cessation des paiements et non pas seulement la connaissance

d'une situation difficile du débiteur (*Cass. com.*, 25 févr. 1963 : *Bull. civ. 1963, III*, n° 120. – *Cass. com.*, 27 juill. 1963 : *Bull. civ. 1963, III*, n° 334).

Encore faut-il que cette connaissance du créancier lui soit personnelle. C'est l'absence de cette connaissance qui est soulignée dans un autre arrêt récent de la chambre commerciale (*Cass. com.*, 16 juin 2009, n° 08-14.635, F-D : *JurisData* n° 2009-048819). Une cession de matériels et de véhicules avait été consentie par une société au débiteur pendant la période suspecte. Il se trouve que la société cédante était spécialisée dans l'activité de crédit-bail et en lien permanent avec une banque qui gérait à la fois les comptes de cette dernière et ceux du débiteur. Or le liquidateur cherchait à démontrer que les liens étroits existant entre la société de crédit-bail et la banque suffisaient à démontrer que la première ne pouvait que connaître l'état de cessation des paiements du débiteur. Le liquidateur s'appuyait notamment sur l'identité des sièges

sociaux et des clientèles. La cour d'appel avait suivi le liquidateur dans ce raisonnement que dénonce la chambre commerciale dans sa censure. Elle souligne en rappelant avec raison qu'il n'est pas établi que la société de crédit-bail avait personnellement connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Elle confirme en ce sens une exigence ancienne (*Cass. com.*, 12 mars 1962 : *Bull. civ. 1962, III*, n° 156 ; *RTD com. 1962*, p. 759, obs. Houin. – *Cass. com.*, 6 juin 1962 : *Bull. civ. 1962, III*, n° 306).

G. BLANC

**Mots-Clés** : Nullités de la période suspecte - Nullités facultatives - Connaissance personnelle de la cessation des paiements par le créancier - Preuve

**JurisClasseur** : Procédures collectives ou Commercial, Fasc. 2510

**Voir aussi** : B. Soenne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 1850 à 1861

## DROIT SOCIAL

François TAQUET,  
professeur de droit social,  
avocat, conseil en droit social

### À RETENIR

- 29 Suspension du contrat de travail pendant la durée du mandat social d'un salarié
- 34 Propositions de reclassement sur des postes en horaires de jour alors que le salarié avait refusé la proposition de modification de son contrat de travail en ce sens
- 37 Créances garanties : décision de l'employeur ou accord d'entreprise

## CONTRAT DE TRAVAIL

### PREUVE

#### 28 Contrat de travail apparent : charge de la preuve du caractère fictif

En présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve.

Cass. soc., 28 oct. 2009, n° 08-20.711

« Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 11 sept. 2008), que la société Star café, venant aux droits de M. Y... qui exploitait un fonds de commerce sous l'enseigne « Hervé photo », a fait assigner devant le tribunal de commerce M. Z... et M. X... avec lesquels M. Y... avait été en relations contractuelles en 2001, 2002, et 2003, pour faire juger qu'ils avaient commis des actes de concurrence déloyale et demander leur condamnation à lui payer des sommes à titre de dommages-intérêts ; que, sur contredit, la cour d'appel a confirmé le jugement du tribunal de commerce en ce qu'il s'était déclaré incompétent pour connaître de la demande au profit des juridictions prud'homales et avait désigné le conseil de prud'hommes de Trouville pour en connaître ;

Attendu que la société Star café fait grief à l'arrêt d'avoir dit le tribunal de commerce de Honfleur incompétent et désigné le conseil de prud'hommes de Trouville pour connaître du litige opposant M. Z... à la société Star café après avoir estimé que les parties avaient entendu régir leurs relations par un contrat de travail alors, selon le moyen :

1°/ que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité du travailleur ; qu'en se bornant, pour retenir l'existence d'un contrat de travail ayant lié M. Z... et M. Y..., à relever que les conventions conclues entre les parties en 2001, 2002 et 2003 faisaient référence aux dispositions du Code du travail et à la convention collective applicable à l'entreprise, comportaient une période d'essai et stipulaient que M. Z... travaillera avec le matériel mis à sa disposition par M. Y..., de sorte qu'elle s'est limitée à une analyse des mentions de ces contrats, sans rechercher si M. Z... exerçait effectivement son activité dans un lien de subordination à l'égard de M. Y..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 121-1, alinéa 1, devenu L. 1221-1 du Code du travail ;

(...)

5°/ à titre subsidiaire, qu'en affirmant que les contrats conclus entre les parties en 2001, 2002 et 2003, faisaient référence aux dispositions du Code du travail et à la convention collective applicable, comportaient une période d'essai et stipulaient que M. Z... travaillera avec le matériel mis à sa disposition par M. Y..., cependant que le contrat conclu entre les parties le 5 juillet 2003 ne contient aucune de ces mentions, la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis et ainsi violé l'article 1134 du Code civil ;

6°/ qu'en affirmant que les contrats conclus entre les parties en 2001, 2002 et 2003 stipulaient que M. Z... travaillera avec le matériel mis à sa disposition par M. Y..., cependant, d'une part, que les contrats conclus entre les parties les 27 décembre 2001, 6 juillet 2002 et 28 juillet 2002 l'avaient été sur un exemplaire préimprimé sur lequel figurait une rubrique relative à la mise à disposition du matériel, laquelle était biffée s'agissant des deux premiers et n'avait pas été renseignée à l'occasion du troisième, et, d'autre part, que celui du 5 juillet 2003 ne contenait pas même cette rubrique, de sorte qu'il résultait des termes clairs et précis de ces pièces que les parties n'avaient pas convenu d'une quelconque mise à disposition de M. Z... du moindre matériel, la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis et ainsi violé l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve ;

Et attendu qu'ayant relevé hors toute dénaturation, au vu des mentions portées dans les conventions conclues entre les parties, l'existence de contrats de travail apparents, la cour d'appel devant laquelle M. Y... se bornait à soutenir que M. Z... avait toujours travaillé avec lui dans le cadre d'un contrat de collaborateur indépendant, a fait ressortir qu'il ne rapportait pas la preuve du caractère fictif de ces contrats de travail apparents ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ; »

**NOTE :** La Cour de cassation rappelle qu'en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve. Dans cette affaire, une société avait fait assigner devant le tribunal de commerce deux salariés pour faire juger qu'ils avaient commis des actes de concurrence déloyale et demander leur condamnation à lui payer des sommes à titre de dommages-intérêts. Le tribunal de commerce s'était déclaré incompétent et avait désigné le conseil de prud'hommes pour connaître du litige. Pour la Cour de cassation, en présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve. Or, en l'espèce, les juges avaient conclu à l'existence de contrats de

travail apparents, et il n'était pas rapporté la preuve du caractère fictif desdits contrats de travail.

Cette position n'est pas nouvelle. La chambre sociale rappelle par maints arrêts, qu'en présence d'un contrat de travail apparent, il incombe à celui qui invoque son caractère fictif d'en rapporter la preuve (V. sur ce point : *Cass. soc.*, 21 mars 2001, n° 99-42.006, F-D : *JurisData* n° 2001-008931. – *Cass. soc.*, 18 juill. 2001, arrêt n° 3565, F-D. – *Cass. soc.*, 7 nov. 2001, arrêt n° 4593, F-D. – *Cass. soc.*, 28 janv. 2004, n° 01-46.233. – *Cass. soc.*, 19 déc. 2007, n° 06-44.517. – V. également : *Cass. soc.*, 27 mars 2008, n° 07-41.941). Dans le cadre de la procédure collective, dès lors que le mandataire ou l'AGS remet en cause le contrat de travail, c'est à lui d'apporter la preuve de la fictivité des relations contractuelles (C. trav., art. 1315. – V. dans le même sens : *Cass. soc.*, 11 oct. 2000 : *RJS*, 2/2001, n° 159. – *Cass. soc.*, 18 oct. 2007, n° 06-46.188, F-D : *JurisData* n° 2007-040969).

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Contrat de travail - Fictivité - Charge de la preuve  
**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430  
**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

## CUMUL CONTRAT DE TRAVAIL – MANDAT SOCIAL

### ▲ 29 Suspension du contrat de travail pendant la durée du mandat social d'un salarié

Lorsque le salarié devenu mandataire social cesse d'exercer des fonctions techniques distinctes, dans un état de subordination à l'égard de la société, le contrat de travail est suspendu pendant la durée du mandat.

*Cass. soc.*, 23 sept. 2009, n° 08-41.397, n° 08-41.415 (jonction), FS-P+B : *JurisData* n° 2009-049556

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. P., né le 21 avril 1946, engagé par les sociétés Crédit immobilier du Puy de Dôme et Auvergne habitat le 2 août 1976, a exercé au sein de chacune des sociétés, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1989, les fonctions de directeur administratif et marketing ; que chacun des contrats stipulait que le salarié pourrait prendre sa retraite à 55 ans et bénéficier d'une garantie retraite, dite retraite chapeau, égale à 75 % de sa rémunération terminale globale, à condition d'avoir au moins 24 années de service au sein de la société ; qu'en décembre 1991, M. P. s'est vu confier un mandat social de directeur général dans chacune des sociétés ; que le 6 janvier 1993, a été conclu entre la société Eagle star, aux droits de laquelle est venue la société Generali vie, et les sociétés Crédit immobilier du Puy de Dôme et Auvergne habitat un contrat de retraite complémentaire à prestations définies, mais non garanties ; que par lettre du 25 mars 2001, M. P. a notifié à ses employeurs sa décision de prendre sa retraite, avec effet au 25 mai 2001, à l'issue du préavis contractuel de deux mois ; que ceux-ci lui ont, par lettre du 11 avril 2001, notifié la rupture immédiate de son préavis pour faute grave ; que le 17 avril 2001, M. P. a été révoqué de ses deux mandats sociaux ; que les sociétés Crédit immobilier du Puy de Dôme et Auvergne habitat ont, les 7 et 25 juin 2004, dénoncé le contrat de groupe du 6 janvier 1993, avec effet au 12 mai 2004 ; que le salarié a, le 27 décembre 2004, saisi la

juridiction prud'homale de demandes de solde d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés afférents, d'indemnité de départ en retraite, de complément de retraite « chapeau » et de solde d'indemnité de congés payés ;

(...)

Sur le moyen unique du pourvoi des employeurs, pris en sa troisième branche :

Vu l'article L. 1221-1 du Code du travail ;

Attendu que pour décider que l'ancienneté du salarié devait être calculée en tenant compte des périodes pendant lesquelles ce dernier a cumulé ses fonctions de directeur administratif et du marketing et de directeur général, l'arrêt retient que les sociétés et M. Peyron sont convenus que ses contrats de travail, nonobstant sa nomination au poste de directeur général de ces deux sociétés, continueraient à être exécutés ;

Attendu, cependant, que lorsque le salarié devenu mandataire social cesse d'exercer des fonctions techniques distinctes, dans un état de subordination à l'égard de la société, le contrat de travail est suspendu pendant la durée de ce mandat ;

Qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans rechercher si M. Peyron avait effectivement exercé des fonctions techniques distinctes de son mandat social, dans un lien de subordination à l'égard des sociétés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

(...) ».

**NOTE :** Lorsque le salarié devenu mandataire social cesse d'exercer des fonctions techniques distinctes, dans un état de subordination à l'égard de la société, le contrat de travail est suspendu pendant la durée de ce mandat. Une fois de plus, la Cour de cassation statue sur le sort d'un salarié, titulaire d'un contrat de travail, devenu, au sein de la même société, mandataire social. En effet, la question se pose de savoir si le contrat de travail a disparu dès lors que le salarié a acquis son mandat social ou s'il n'est que suspendu. On sait que, dans un premier temps, la jurisprudence s'en remettait à la volonté des parties pour déterminer si celles-ci avaient entendu mettre un terme au contrat de travail ou seulement le suspendre (*Cass. soc.*, 3 déc. 1987 : *Bull. civ.* 1987, V, n° 709). Toutefois, en 1989, la Cour de cassation amorça un premier virement. Affirmant le principe de l'incompatibilité d'un mandat de membre du conseil de surveillance avec un contrat de travail, elle avait considéré que, si un salarié venait à être nommé membre du conseil de surveillance, son contrat de travail se trouvait suspendu pendant la durée de son mandat social (*Cass. soc.*, 2 mai 1989 : *D.* 1989, p. 512). Ce phénomène sera amplifié par deux arrêts de la Cour suprême (*Cass. soc.*, 12 déc. 1990 : *Bull. civ.* 1990, V, n° 658. – *Cass. soc.*, 19 mars 1991 : *RJDA.* 1991, n° 7, p. 520). Il en résulte, aujourd'hui, qu'un contrat de travail, antérieurement conclu, se trouve, en l'absence de convention contraire, suspendu pendant le temps d'exercice du mandat, peu important qu'il ait été modifié dans l'un de ses éléments substantiels lors de la cessation du mandat. Désormais, la suspension n'a pas à être prévue par les parties : elle est automatique. Ainsi, le contrat de travail, qui cesse d'être exécuté, reprend vie lorsque l'intéressé cesse d'être mandataire social (V. dans le même sens : *Cass. soc.*, 10 juill. 2007, n° 05-44.300).

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Contrat de travail - Cumul avec un mandat social - Suspension du contrat de travail

**JurisClasseur :** Travail traité, Fasc. 2-14

## LICENCIEMENT OU RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

### CARACTÈRE ÉCONOMIQUE DU LICENCIEMENT

#### 30 Licenciement économique : appréciation des difficultés

Les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise.

Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-41.327

« (...) attendu que les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé, qu'alors que l'employeur faisait référence dans la lettre de licenciement aux recherches de reclassement faites dans le groupe Alti, la société Comaco n'avait invoqué dans cette lettre que la dégradation de ses propres résultats, a pu en déduire, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la première branche du moyen et sans violer l'article 16 du Code de procédure civile, que les difficultés de cette seule société ne pouvaient suffire à établir la réalité des difficultés économiques justifiant le licenciement, qui doivent être appréciées au niveau du groupe (...) ».

**NOTE :** Selon la Cour de cassation, les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise. En l'espèce, une salariée avait accepté le 20 septembre 2005 la convention de reclassement personnalisé qui lui avait été proposée au cours de l'entretien préalable et avait été licenciée pour motif économique le 26 septembre. Elle avait saisi la juridiction prud'homale d'une contestation de son licenciement. Pour la Cour de cassation, les difficultés économiques invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique doivent être appréciées au niveau du groupe ou du secteur d'activité du groupe dont relève l'entreprise. Or, les difficultés d'une seule société ne pouvaient suffire à établir la réalité des difficultés économiques justifiant le licenciement, qui doivent être appréciées au niveau du groupe. Cette position est conforme à la jurisprudence même si elle vaut la peine d'être répétée. Deux situations sont à distinguer. Soit l'entité visée n'appartient pas à un groupe et les difficultés doivent s'apprécier au niveau de l'entreprise et non de l'établissement (Cass. soc., 17 juin 1992 : Bull. civ. 1992, V, n° 403). Soit l'entité fait partie d'un groupe et ces difficultés doivent être prises en compte au niveau du secteur du groupe (V. Cass. soc., 5 avr. 1995 : Bull. civ. 1995, V, n° 123. – Cass. soc., 11 mai 2005, n° 01-41.382. – Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 04-41.789. – Cass. soc., 26 avr. 2007, n° 05-43.221). Et dans l'hypothèse où l'on se trouve face à un groupe ayant des filiales à l'étranger, il est clair qu'il convient de prendre en compte les sociétés du secteur d'activité situées à l'étranger (Cass. soc., 12 juin 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 214 et n° 215). **F. TAQUET**

**Mots-Clés :** Licenciement - Licenciement économique - Notion Licenciement - Licenciement économique - Appréciation des difficultés au niveau du groupe

Groupe de sociétés - Licenciement économique - Appréciation des difficultés au niveau du groupe

**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430

**Voir aussi :** B. Soenne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

#### 31 Critères du licenciement économique : baisse d'activité significative

La simple mention d'une baisse d'activité significative est insuffisante à caractériser le motif économique.

Cass. soc., 22 sept. 2009, n° 08-41.995

« (...) Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire le licenciement de M. X... sans cause réelle et sérieuse et de le condamner en conséquence, alors, selon le moyen, que les juges du fond sont tenus d'examiner chacun des motifs énoncés dans la lettre de licenciement ; que la lettre de licenciement de M. X... visant la baisse significative de l'activité de l'entreprise, fait état d'un motif économique matériellement vérifiable ; qu'en refusant de l'examiner, la cour d'appel a violé l'article L. 122-14-2, alinéa 2, ancien du Code du travail devenu l'article L. 1233-16 ;

Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que la lettre de licenciement se bornait à faire état d'une baisse d'activité significative, a décidé à bon droit qu'elle ne comportait pas l'énoncé du motif économique exigé par l'article L. 1233-16 du Code du travail ; que le moyen n'est pas fondé (...) ».

**NOTE :** Pour la chambre sociale, dès lors qu'une lettre de licenciement se borne à faire état d'une baisse d'activité significative, elle ne comporte pas l'énoncé du motif économique exigé par l'article L. 1233-16 du Code du travail. Dans cette espèce, un cadre expert avait été licencié pour cause économique par lettre du 22 février 2006. La cour d'appel avait constaté que la lettre de licenciement se bornait à faire état d'une baisse d'activité significative et décidé qu'elle ne comportait pas l'énoncé du motif économique exigé par l'article L. 1233-16 du Code du travail. La chambre sociale confirme cette position. Rappelons que le licenciement économique ne peut être envisagé qu'en cas de difficultés sérieuses qui mettent en péril la vie de l'entreprise. Est ainsi en difficulté économique, l'entreprise qui connaît des pertes financières importantes (Cass. soc., 12 déc. 1991 : Bull. civ. 1991, V, n° 581) ou encore, une dégradation sérieuse de son résultat (Cass. soc., 7 déc. 1993 : Bull. civ. 1993, V, n° 306). *A contrario*, ne saurait entrer dans cette catégorie, une légère baisse d'activité si elle ne se traduit pas par des difficultés économiques sérieuses (Cass. soc., 26 juin 1991, Sté Weibel c/ Jeanny) ou encore, le licenciement effectué dans le simple but de faire des économies et ce, sans prouver une difficulté économique (Cass. soc., 24 avr. 1990 : Bull. civ. 1990, V, n° 182). **F. TAQUET**

**Mots-Clés :** Licenciement - Licenciement économique - Notion Licenciement - Licenciement économique - Critère - Baisse significative d'activité

**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430

**Voir aussi :** B. Soenne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

#### 32 Licenciement économique et rentabilité

De simples considérations de rentabilité ne peuvent justifier un licenciement économique.

Cass. soc., 22 sept. 2009, n° 08-44.147, F-D : JurisData n° 2009-049634

« (...) Attendu qu'appréciant le caractère réel et sérieux de la cause économique, la cour d'appel a retenu, au vu des éléments de faits et de preuve qui lui étaient soumis, qu'il n'était justifié ni de difficultés économiques, ni d'une quelconque menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité du groupe, et que la réorganisation répondait seulement à un souci de rentabilité ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision (...) ».

**NOTE :** La cour suprême rappelle que dès lors qu'un licenciement économique n'est justifié ni par des difficultés économiques, ni par une quelconque menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité du groupe, et que la réorganisation répond seulement à un souci de rentabilité, le licenciement est sans cause réelle et sérieuse. Dans cette affaire, le chef comptable d'une clinique avait été licencié pour motif économique le 7 avril 2005. Les juges du fond avaient dit que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse et condamné l'employeur au paiement de sommes à ce titre, ainsi qu'à rembourser à l'ASSEDIC, les indemnités de chômage versées à la salariée dans la limite de six mois. La Cour de cassation confirme cette position. Rappelons que suivant l'article L. 1233-3 du Code du travail, « constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques ». Ne pouvait-on considérer que l'adverbe « notamment » introduisait de nouvelles hypothèses de motifs économiques ? Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1992 (*Bull. civ. 1992, V, n° 223*), la chambre sociale avait considéré qu'une réorganisation pouvait constituer une cause économique de suppression ou de transformation d'emplois ou d'une modification substantielle du contrat de travail, à la condition d'avoir été décidée dans l'intérêt de l'entreprise. Toutefois, afin de prévenir tout abus dans ce critère, la chambre sociale a affirmé sa définition en décidant, dans un arrêt du 5 avril 1995 (*Bull. civ. 1995, V, n° 123*), que la réorganisation, non liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, ne pouvait constituer un motif économique que si elle était faite pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. Ainsi donc, il faut que la survie de l'entreprise soit en jeu (*Cass. soc., 6 mars 2002, n° 99-44.717. – Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 01-40.972*). La Chambre sociale rappelle donc la nécessité, pour les juges du fond, de vérifier que la restructuration a bien pour objet de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise (V. dans le même sens : *Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-40.945. – Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 05-44.338*).

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Licenciement - Licenciement économique - Notion de difficultés économiques

**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

## OBLIGATION DE RECLASSEMENT

### 33 Mise en œuvre de l'obligation de reclassement : reclassement subordonné à une formation et précision des propositions de reclassement

L'obligation de reclassement n'est pas respectée si l'employeur ne propose pas au salarié un poste pour lequel le salarié disposait des compétences nécessaires sous réserve d'une formation en anglais (1<sup>re</sup> espèce). Par ailleurs, les offres de reclassement doivent être concrètes et personnalisées (2<sup>e</sup> espèce).

Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 07-43.438

Cass. soc., 5 nov. 2009, n° 08-41.509

**NOTE :** Dans le cadre du licenciement économique, la chambre sociale vient de rendre deux décisions qui faute d'être novatrices, répètent la position de la jurisprudence en la matière. Dans un premier arrêt, la Cour de cassation rappelle que dès lors que, sous réserve d'une mise à niveau en anglais (qu'une formation

d'adaptation aurait permis de réaliser), le salarié disposait des compétences pour occuper un emploi de directeur commercial Europe, créé concomitamment à la procédure de licenciement pour motif économique, et que l'employeur n'avait pas proposé ce poste à l'intéressé, le licenciement économique n'était pas justifié (*Cass. soc., 18 nov. 2009. – V. également C. trav., art. L. 1233-4* suivant lequel « le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés »). En outre, si le plan social présenté aux représentants du personnel peut être amélioré au cours de la procédure de consultation, il doit dès l'origine comporter des mesures précises et concrètes propres à éviter des licenciements ou à réduire leur nombre et indiquer à cette fin le nombre, la nature et la localisation des postes disponibles pour assurer un reclassement dans l'entreprise ou dans le groupe (*Cass. soc., 5 nov. 2009*). Rappelons sur ce dernier point que, dans le cadre des licenciements économiques d'au moins 10 salariés sur 30 jours dans une entreprise employant au moins 50 salariés, deux obligations existent : une obligation générale de reclassement (*Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 1994 : Bull. civ. 1994, V, n° 228. – Cass. soc., 5 avr. 1995 : Bull. civ. 1995, V, n° 123*) et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi. En l'absence d'un tel plan, la procédure de licenciement est « nulle et de nul effet ». Certes, cette dernière obligation, qui pèse sur l'employeur, est une obligation de moyens, un objectif à atteindre, et non une obligation de résultat. Toutefois, les mesures proposées doivent être précises (*Cass. soc., 17 mai 1995 : Bull. civ. 1995, V, n° 159*), concrètes (*Cass. soc., 10 juin 1997 : Bull. civ. 1997, V, n° 216*), adaptées aux moyens de l'entreprise (*Cass. soc., 30 sept. 1997 : Bull. civ. 1997, V, n° 298*) afin que les représentants du personnel puissent donner leur avis en connaissance de cause. Après tout, comment pourrait-il en être autrement alors que dans le cadre d'un licenciement économique, la chambre sociale a indiqué qu'il incombait à l'employeur de formuler des offres de reclassement précises, concrètes et personnalisées, et non se borner à adresser au salarié la liste des emplois disponibles (*Cass. soc., 20 oct. 2009, n° 08-43.999*).

Rappelons, enfin, que l'absence ou l'insuffisance du plan entraîne la nullité du licenciement (*V. C. trav., art. L. 1235-10. – Cass. soc., 13 févr. 1997 : Bull. civ. 1997, V, n° 64. – Cass. soc., 30 mars 1999 : Bull. civ. 1999, V, n° 144*). En d'autres termes, les salariés concernés peuvent demander leur réintégration dans leur entreprise et ce, dans le cadre de la prescription de 5 ans (*Cass. soc., 28 mars 2000 : Bull. civ. 2000, V, n° 132*). Faute de demander la poursuite de leur contrat de travail, les intéressés pourront obtenir une indemnité qui ne peut être inférieure aux salaires des 12 derniers mois (*C. trav., art. L. 1235-11*).

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Licenciement - Licenciement économique - Obligation de reclassement - Mise en œuvre

Obligation de reclassement - Mise en œuvre - Obligation de formation

Obligation de reclassement - Mise en œuvre - Propositions concrètes et personnalisées

**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430

**Voir aussi :** B. Soinne, *Traité des Procédures Collectives* : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

### 34 Propositions de reclassement sur des postes en horaires de jour alors que le salarié avait refusé la proposition de modification de son contrat de travail en ce sens

Le licenciement économique d'un salarié ne peut intervenir que si toutes les possibilités de reclassement ont effectivement été envisagées, y compris sur des postes que le salarié avait refusé dans le cadre d'une proposition de modification de son contrat de travail.

Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-43.085, F-D : JurisData n° 2009-049759

« Sur le moyen unique, pris en sa première branche :  
Vu l'article L. 1233 4 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Boyer, employé comme boulanger depuis le 1<sup>er</sup> avril 1998 par la société Maître Crousti, aux droits de laquelle se trouve la société Maître Panetier, a été licencié le 28 juillet 2001 après son refus d'une modification de ses horaires de travail proposée en raison de difficultés économiques ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande tendant au paiement de dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que les seuls emplois disponibles étaient des postes de travail portant uniquement sur des horaires de jour que M. Boyer avait précisément et expressément refusés ;

Attendu cependant que le licenciement économique ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé n'est pas possible ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que la proposition de la modification du contrat de travail par la suppression des heures de nuit, que le salarié peut toujours refuser, ne dispensait pas l'employeur de lui proposer dans le cadre de son obligation de reclassement les postes disponibles dans l'entreprise, fussent-ils de jour, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) ».

**NOTE :** La Cour de cassation rappelle que le licenciement économique ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé n'est pas possible. En l'espèce, un boulanger avait été licencié le 28 juillet 2001 après son refus d'une modification de ses horaires de travail proposée en raison de difficultés économiques. Pour la Cour de cassation, le licenciement économique ne peut intervenir que si le reclassement de l'intéressé n'est pas possible. La proposition de la modification du contrat de travail par la suppression des heures de nuit, que le salarié peut toujours refuser, ne dispense pas l'employeur de lui proposer dans le cadre de son obligation de reclassement les postes disponibles dans l'entreprise, fussent-ils de jour. Même si cette position n'est pas nouvelle, elle est intéressante à répéter. Elle est à relier directement à l'article L. 1233-4 du Code du travail suivant lequel « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises* » (V. en ce sens : Cass. soc., 6 juill. 2005, n° 03-43.630. – Cass. soc., 20 sept. 2006, n° 04-45.703). Il est, d'autre part, clair que, faute de recherche de reclassement, le licenciement serait considéré sans cause réelle ni sérieuse. En outre, l'obligation de reclassement, est nécessairement dans le débat portant sur la cause économique du licenciement. La jurisprudence nous habitue, désormais, à de telles formules (V. Cass. soc., 26 mai 1999 : Bull. civ. 1999, V, n° 235. – Cass. soc., 13 mai 2003, n° 00-43.892).

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Licenciement - Licenciement économique - Obligation de reclassement - Mise en œuvre  
Obligation de reclassement - Mise en œuvre

**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430  
**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

## CONTRAT FNE

### 35 Contestation par des salariés ayant adhéré à une convention FNE du caractère économique de leur licenciement

Les salariés qui ont adhéré à une convention FNE ne peuvent pas contester la régularité et le bien-fondé de leur licenciement.

Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 08-44.009

**NOTE :** Dans le cadre d'un redressement judiciaire, plusieurs salariés avaient adhéré à une convention d'allocation spéciale du Fonds national de l'emploi. Ces salariés avaient saisi la juridiction prud'homale d'une demande de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour la Cour de cassation, à moins d'établir une fraude de leur employeur ou un vice du consentement, les salariés licenciés pour motif économique, qui ont personnellement adhéré à la convention passée entre leur employeur et l'État, laquelle, compte tenu de leur classement dans la catégorie des salariés non susceptibles d'un reclassement, leur assure le versement d'une allocation spéciale jusqu'au jour de leur retraite, ne peuvent remettre en discussion la régularité et la légitimité de la rupture de leur contrat de travail. Cette position de la chambre sociale est affirmée depuis 1994 (Cass. soc., 27 janv. 1994, *Sté Pomona et a. c/ Leclerc et a.*, n° 90-46.034, P : *JurisData* n° 1994-000094. – V. dans le même sens : Cass. soc., 8 janv. 1997 : *JCP E* 1997, pan. 210. – Cass. soc., 31 oct. 2000, n° 98-41.679, D. – Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-45.731. – Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-46.010). Elle n'en est pas exempte de critiques (V. sur ce point : A. Arseguet et P. Isoux, *L'arrêt Pomona ou la pomme de discorde : Sem, soc, Lamy, 1994, n° 685, p. 3. – J. Savatier, Les préretraités peuvent-ils contester en justice la régularité et la légitimité de leur licenciement ? : RJS 1994, p. 1590. – F. Taquet : Rev. proc. coll. 1995, p. 233). Malgré les arguments de poids développés de la doctrine, on peut s'étonner que la Chambre sociale persévère dans cette voie depuis des lustres. Peut-être, faut-il tout simplement voir, dans cette position de la Cour de cassation, le désir des juges suprêmes d'éviter toute divergence d'interprétation entre l'administration qui est chargée de contrôler que les salariés bénéficiaires ne sont pas « aptes à bénéficier de mesures de reclassement ».*

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Licenciement - Licenciement économique - Obligation de reclassement - Mise en œuvre  
Obligation de reclassement - Mise en œuvre  
**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430  
**Voir aussi :** B. Soinne, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

## PRIORITÉ DE RÉEMBAUCHAGE

### 36 Priorité de réembauchage et recrutement interne

La priorité de réembauche ne peut s'exercer que lorsque l'employeur procède à des embauches. Tel n'est pas le cas lorsqu'un poste est pourvu par voie de recrutement interne.

Cass. soc., 22 sept. 2009, n° 08-41.679, F-D : *JurisData* n° 2009-049754

**NOTE :** Un salarié avait été licencié pour motif économique par lettre du 4 décembre 2003. Le 16 février 2004, les parties avaient signé un protocole d'accord transactionnel portant sur les conséquences de la rupture. Le salarié avait demandé à bénéficier de la priorité de réembauche. Il avait été débouté de ses demandes de dommages-intérêts pour violation de la priorité de réembauche, les juges du fond ayant relevé que le poste dont le salarié faisait valoir qu'il aurait dû lui être proposé avait été pourvu par recrutement interne. La chambre sociale confirme cette position.

Rappelons que l'article L. 1233-16 du Code du travail dispose que « *la lettre de licenciement comporte l'énoncé des motifs économiques invoqués par l'employeur. Elle mentionne également la priorité de réembauche prévue par l'article L. 1233-45 et ses conditions de mise en œuvre* ». Quant à l'article L. 1233-45, il prévoit : « *Le salarié licencié pour motif économique bénéficie d'une priorité de réembauche durant un délai d'un an à compter de la date de rupture de son contrat s'il en fait la demande au cours de ce même délai. Dans ce cas, l'employeur informe le salarié de tout emploi devenu disponible et compatible avec sa qualification. En*

outre, l'employeur informe les représentants du personnel des postes disponibles et affiche la liste de ces postes. Le salarié ayant acquis une nouvelle qualification bénéficie également de la priorité de réembauche au titre de celle-ci, s'il en informe l'employeur ». Quelles sanctions doivent être appliquées en cas de non respect de cette priorité ? Pratiquement, deux hypothèses peuvent être envisagées :

– soit il y a défaut de mention de la priorité de réembauchage dans la lettre de licenciement et la loi ne prévoit aucune disposition spécifique. Toutefois, la jurisprudence a décidé que si le salarié démontrait que cette omission l'avait empêché de bénéficier d'un réembauchage, la sanction prévue à l'article L. 1235-2 du Code du travail était due (sanction pour non respect de la procédure).

– soit il y a non respect de la priorité de réembauchage. Dans les entreprises d'au moins 11 salariés, et si le salarié a au moins 2 ans

d'ancienneté, ce non-respect est sanctionné par une indemnité égale au moins à deux mois de salaire (V. Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 05-43.050).

On sait également que le délai, pour manifester le désir d'user de la priorité de réembauchage court à compter de la date à laquelle prend fin le préavis (Cass. soc., 21 juill. 1993 : RJS, 1993, n° 511. – Cass. soc., 27 nov. 2001 : Bull. civ. 2001, V, n° 362. – Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 03-47.860).

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Licenciement - Licenciement économique - Priorité de réembauchage - Mise en œuvre  
Priorité de réembauchage - Recrutement interne

**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430

**Voir aussi :** B. Soinnie, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

## CRÉANCES SALARIALES

### AGS

#### ▲ 37 Créances garanties : décision de l'employeur ou accord d'entreprise

Seules les créances salariales résultant d'une décision prise unilatéralement par l'employeur ou d'un accord d'entreprise conclu moins de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires sont exclues de la garantie de l'AGS.

Cass. soc., 30 sept. 2009, n° 08-42.076, FS-P+B : JurisData n° 2009-049703

« (...) attendu qu'il résulte des dispositions de l'article L. 143-11-3, alinéa 7, du Code du travail, dans leur rédaction issue de la loi du 4 mai 2004, que seules les créances salariales résultant d'une décision prise unilatéralement par l'employeur ou d'un accord d'entreprise conclu moins de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires sont exclues de la garantie de l'AGS ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la créance du salarié résultait d'un accord d'entreprise conclu postérieurement au jugement arrêtant le plan de cession, en a justement déduit que l'AGS devait sa garantie (...) »

**NOTE :** La Cour de cassation rappelle que seules les créances salariales résultant d'une décision prise unilatéralement par l'employeur ou d'un accord d'entreprise conclu moins de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires sont exclues de la garantie de l'AGS. En l'espèce, une société avait été déclarée en redressement judiciaire le 27 juillet 2004, puis avait fait l'objet d'un plan de cession le 30 septembre 2004. Le jugement qui avait arrêté ce plan ayant autorisé le licenciement de 298 salariés, l'employeur avait élaboré en octobre 2004 un plan de sauvegarde de l'emploi qui prévoyait le versement d'une indemnité de reclassement aux salariés licenciés n'ayant pas refusé leur reclassement et ne bénéficiant pas d'une indemnité contractuelle de rupture. Un salarié avait été licencié pour motif économique le 13 octobre 2004. Le cessionnaire ayant accepté de reprendre son contrat de travail, l'administrateur judiciaire de la société avait proposé à l'intéressé d'annuler son licenciement, ce que ce dernier avait refusé. Le salarié avait saisi la juridiction prud'homale aux fins d'inscription, au passif de la société, de l'indemnité de reclassement. Confirmant le jugement, la cour d'appel avait accueilli cette demande et déclaré sa décision opposable à l'AGS. Pour la Cour de cassation, il résulte des dispositions de l'article L. 3253-13, du Code du travail que seules les créances salariales résultant d'une décision prise unilatéralement par l'employeur ou d'un accord d'entreprise conclu moins de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires sont exclues de la garantie de l'AGS. Or, la créance du salarié résultant d'un accord d'entreprise conclu postérieurement au jugement arrêtant le plan de cession, l'AGS devait sa garantie. Rappelons sur ce point que la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 a prévu que l'AGS ne couvrirait pas les sommes qui, en application d'un accord d'entreprise ou d'établissement ou de groupe ou d'une décision unilatérale de l'employeur, concouraient à l'indemnisation du préjudice causé par la rupture du contrat de travail dans le cadre d'un licenciement pour motif économique, lorsque l'accord avait été conclu et déposé ou la décision notifiée moins de 18 mois avant la date du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires. L'objectif était bien évidemment d'éviter que l'AGS n'ait à supporter la charge financière d'indemnités, dont le versement, non prévu par la loi ou la convention collective, aurait été décidé par l'employeur ou négocié alors que les difficultés de l'entreprise étaient déjà connues.

F. TAQUET

**Mots-Clés :** Accord d'entreprise - Créance salariale - AGS  
AGS - Créance salariale résultant d'un accord d'entreprise  
Créances - Créance salariale - Accord d'entreprise - Garantie de l'AGS

**JurisClasseur :** Procédures Collectives ou Commercial, Fasc. 2430, 2450

**Voir aussi :** B. Soinnie, Traité des Procédures Collectives : Litec, 2<sup>e</sup> éd. 1995, n° 2238 à 2298

# 1 La détection précoce des difficultés des entreprises

Dans toute pathologie, un diagnostic précoce est un gage de réussite du traitement. Ce principe s'applique également au traitement des entreprises en difficultés. La détection précoce de ces difficultés permet de réagir rapidement et de mettre en place des mesures de redressement. Les traitements précoces des difficultés des entreprises ne cessent d'être développés et encouragés, la réforme des procédures collectives par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté en sont d'ailleurs les dernières manifestations. Ces outils sont-ils aujourd'hui suffisamment efficaces et bien utilisés ? Monsieur Jean-Bertrand Drummen, président du tribunal de commerce de Nanterre et président de la Conférence générale des juges consulaires de France, Monsieur Thierry Bellot, expert-comptable, commissaire aux comptes, président du CIP National, associé BMA et Monsieur Dominik Zwerger, secrétaire général adjoint du CIRI ont accepté d'en discuter pour la Revue des Procédures Collectives et de répondre aux questions du professeur Michel Menjuçq. Maître Vincent Gladel, président du Conseil national des Administrateurs judiciaires et des Mandataires judiciaires, ayant eu un empêchement de dernière minute, n'a pu participer au débat.



**Michel Menjuçq :** La loi de sauvegarde ne définit pas la notion de difficultés : quelles sont pour vous les difficultés qui devraient précocement attirer l'attention ?

**Thierry Bellot :** La définition du mot difficulté est le caractère de ce qui est difficile, qui ne se fait qu'avec peine et exige des efforts. Cela me semble également être une certaine définition de l'entreprise : peine et effort.

Il est vrai que la loi ne définit pas les difficultés. L'article L. 611-2 sur la convocation par le président du tribunal de commerce fait référence à la détection de difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. C'est exactement la même formulation que l'on retrouve dans les textes relatifs à l'alerte du commissaire

aux comptes sur laquelle on va revenir : des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

L'article L. 611-1 sur les groupements de prévention agréés, mentionne des « indices de difficultés » sans les définir.

L'article L. 611-4 sur la conciliation évoque des difficultés juridiques, économiques ou financières avérées ou prévisibles.

Et enfin l'article L. 620-1 sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde, envisage des difficultés que l'entreprise n'est pas en mesure de surmonter.

Les difficultés ne sont donc pas définies ou, lorsqu'elles le sont, c'est au travers de leurs conséquences.

**Jean-Bertrand Drummen :** Les premières difficultés sont celles de trésorerie qui risquent de mettre à mal une entreprise. Pour détecter des difficultés, nous avons un certain nombre d'informations qui nous sont communiquées par les greffes. Il est certain que les prises de garanties, les ordonnances d'injonction de payer à répétition ou le non-dépôt de comptes sociaux sont des indices.

S'y ajoutent également l'étude des bilans et les ratios dégagés par les greffes et qui nous sont communiqués : nous avons là un arsenal qui nous permet d'agir.

De plus il faut aussi compter avec toutes les informations qui nous viennent des salariés, des représentants de salariés, du Trésor public, de l'inspection du travail, éventuellement du parquet. C'est tout un réseau d'informations que nous exploitons pour inviter les chefs d'entreprises à nous rencontrer.

### **Le tribunal de commerce dispose de diverses sources d'information pour détecter les difficultés des entreprises : les greffes, les salariés, le Trésor public... (Jean-Bertrand Drummen).**

**Dominik Zwerger :** En ce qui concerne une intervention du Comité Interministériel de Restructuration Industrielle (CIRI) (NDLR : le CIRI est compétent pour les entreprises de plus de 400 salariés. En dessous de ce seuil, les entreprises relèvent du Comité départemental d'évaluation des difficultés financières des entreprises (CODEFI), présidés par les Préfets), la notion de difficultés dans la négociation avec un ou plusieurs partenaires, principalement mais non exclusivement financiers de l'entreprise suffit pour justifier sa saisine.

Ensuite la formalisation par un banquier d'une réduction de ses financements, voire la dénonciation d'un encours ou de tout autre financement constituent également un signal important de probables difficultés futures que le dirigeant ne doit pas sous-estimer.

Au-delà de ces difficultés techniques, la réalisation d'un trimestre, d'un semestre voire d'un exercice déficitaire, doit alerter le dirigeant de l'entreprise et l'inciter à mettre en place des outils de prévention et de gestion de crise. Pour ce faire, il peut et doit s'appuyer sur des conseils spécialisés dans les entreprises en difficultés, notamment le mandataire *ad hoc* pour la négociation avec les principaux partenaires, mais aussi un cabinet d'audit pour la réalisation d'un plan d'affaires et la révision des prévisions de trésorerie, un conseil juridique et, le cas échéant, un cabinet spécialisé dans la recherche d'investisseurs, voire de repreneurs, si l'entreprise n'est plus capable de financer seule son redressement.

Encore trop souvent, les mandataires *ad hoc* ainsi que le CIRI ne sont sollicités qu'au moment de la survenance de difficultés de trésorerie avérées c'est-à-dire au moment d'un besoin « cash » que l'entreprise ne peut plus assurer, ce qui est bien trop tard pour mener les négociations dans de bonnes conditions. Néanmoins, ce besoin « cash » constitue dans la majorité des cas l'élément qui déclenche véritablement les discussions sur le sauvetage d'une entreprise.

**Michel Menjuq :** Si l'on devait faire un petit guide des difficultés des entreprises à destination des chefs d'entreprises et dirigeants, de manière très précoce, sur quel élément faudrait-il attirer l'attention des dirigeants ? La sous-performance ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Pour répondre à cette question je distinguerai les moyennes et grosses entreprises qui sont très organisées et structurées avec des services compétents spécialisés et la grande masse des petites entreprises où le chef d'entreprise est souvent très seul.

Pour être efficace et c'est ce que nous essayons de faire dans les tribunaux de commerce, il faut convaincre l'expert-comptable qui a la confiance du dirigeant et qui suit l'entreprise au quotidien,

d'intervenir le plus en amont possible pour inciter et accompagner le chef d'entreprise à rencontrer le tribunal.

Les commissaires aux comptes ont aussi une responsabilité. Il est évident que les alertes des commissaires aux comptes sont un clignotant des plus utiles. Peut-être faudrait-il que l'on reçoive ses alertes plus tôt.

**Michel Menjuq :** À quel moment le commissaire aux comptes devrait-il alerter le chef d'entreprise ?

**Thierry Bellot :** Quand elle rencontre des difficultés de trésorerie, l'entreprise a eu des difficultés préalables, souvent au niveau de son activité elle-même. Il est important de tenter de mesurer la qualité des performances d'une entreprise et en particulier de détecter la sous-performance. Comment la détecter ? Pour les grandes entreprises c'est en comparant leurs performances avec celles d'un panel d'entreprises qui font à peu près le même métier.

Pour les entreprises plus petites c'est plus difficile, mais une bonne mesure de la sous-performance peut être l'appréciation des performances réalisées par rapport aux prévisions. Et s'il y a des dérives, il faut essayer d'en trouver les origines.

Globalement, je dirais qu'il y a 3 types de difficultés :

- Les difficultés ponctuelles qui résultent d'un événement particulier, un directeur commercial débauché, un décès, un client important qui disparaît. En général ce ne sont pas les difficultés les plus difficiles à surmonter car elles sont ponctuelles et bien identifiées.

- D'autres sont plus dures à traiter. Ce sont celles liées au *business-model*, lorsque les métiers évoluent, surtout quand les dérives sont lentes car elles sont plus difficiles à appréhender.

- Le tout peut enfin être aggravé par les difficultés économiques générales.

Le travail de l'expert-comptable, c'est d'expliquer au chef d'entreprise qu'au regard des progrès qui ont été réalisés notamment en matière de traitements informatiques et de formation des comptables, il y a moins de temps à consacrer à l'établissement des comptes eux-mêmes. Il est donc possible de l'aider à mettre en place un tableau de bord et surtout de le suivre dans le temps dans le cadre d'un budget inchangé.

### **Les difficultés ponctuelles liées à un événement particulier sont relativement aisées à surmonter ce qui n'est pas le cas de celles liées à l'évolution des métiers et des marchés, surtout dans un contexte de difficultés économiques et financières générales (Thierry Bellot).**

**Jean-Bertrand Drummen :** Il y a des difficultés d'ordre conjoncturel et d'ordre structurel. En matière de prévention, l'expert-comptable peut aussi, à un moment où les difficultés ne sont pas encore avérées, attirer l'attention sur des points de fragilité. Par exemple, quand une petite entreprise est liée fortement à un seul client c'est très dangereux et cela doit être détecté en dehors de toute difficulté avérée.

On observe parfois qu'un contentieux important peut mettre à mal une entreprise, par exemple un gros client qui ne paie pas ou une concurrence déloyale dévastatrice.

**Michel Menjuq :** La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont-elles favorisé la détection précoce des difficultés ? Y a-t-il encore beaucoup d'efforts à faire de ce point de vue ?

**Jean-Bertrand Drummen :** La loi de 2005 et l'ordonnance de 2008 n'ont pas apporté d'élément nouveau sur ce point particulier. Le président du tribunal de commerce a la faculté de convoquer

le chef d'entreprise s'il a le sentiment que l'entreprise est en difficulté. C'est une faculté de par la lettre de la loi, c'est une obligation de par l'esprit de la loi. À cet égard, si le président a toute possibilité, peut-être a-t-il un problème de moyens. Car faire une enquête suppose quelques moyens, dont le président ne dispose pas. On demande aux mandataires judiciaires de faire cette enquête. Ils la font très bien, mais ce n'est pas satisfaisant car cela traduit un manque de moyens. On leur demande de faire une enquête gracieusement.

**Michel Menjuq :** Pour vous ce n'est pas un problème de pouvoir, mais un problème de moyens ?

**Thierry Bellot :** La loi de sauvegarde et notamment sa préparation qui a pris plusieurs années et qui a été orchestrée par deux gardes des sceaux successifs (Messieurs Perben et Clément), a permis, au-delà de son contenu, de communiquer sur le sujet. Il y a eu beaucoup d'agitation autour de cette loi, et donc des difficultés des entreprises, et cela a été assez favorable, notamment s'agissant du discours sur le traitement précoce des difficultés. Tout le battage résultant de cette loi de sauvegarde a permis à beaucoup d'entrepreneurs et acteurs de prendre conscience de la nécessité du traitement précoce et du rôle que peut jouer le tribunal de commerce qui a vocation à aider les entreprises.

**Jean-Bertrand Drummen :** Le rôle du tribunal s'est trouvé modifié avec la loi de sauvegarde. Le principal mérite de cette loi est d'avoir inculqué la culture de l'anticipation qui manifestement commence à prendre auprès des chefs d'entreprises mais aussi auprès des conseils : les experts-comptables et les hommes du droit. On voit de plus en plus d'avocats très pointus sur ces questions.

**Dominik Zwerger :** La priorité aujourd'hui – et l'effort qui doit être poursuivi – est de continuer d'accroître la publicité et d'améliorer la connaissance par le public et la maîtrise par les professionnels des outils existants. Ces outils sont globalement performants, voire très performants, et répondent aux besoins exprimés, c'est-à-dire de permettre le sauvetage d'entreprises en difficulté.

Les procédures ont été nettement clarifiées depuis la loi de sauvegarde de 2005. Il est beaucoup plus important de s'approprier ces différentes procédures, que de réfléchir à la mise en place de nouvelles structures, de nouvelles méthodes, voire de procédures supplémentaires. Le toilettage a eu lieu et les procédures amiables que sont le mandat *ad hoc* et la conciliation constituent les mesures phares de la loi de sauvegarde de 2005, qui met donc clairement l'accent sur le développement d'une culture de prévention et de détection en amont des difficultés des entreprises.

### **Les outils de prévention et de traitement précoce ont été clarifiés par la loi de sauvegarde de 2005 et il faut poursuivre les efforts pour développer l'usage de ces procédures (Dominik Zwerger).**

**Michel Menjuq :** Comment inciter les chefs d'entreprises à révéler plus précocement leurs difficultés ? Devant l'appréhension de nombreux chefs d'entreprises à franchir les portes du Palais de Justice, ne serait-il pas opportun de développer une institution non juridictionnelle d'aide à la détection et au traitement des difficultés des entreprises ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Le tribunal fait encore peur aux chefs d'entreprises. Et c'est une responsabilité importante pour le tribunal et en particulier pour son président d'accueillir les chefs d'entreprises. Ainsi, la manière dont les chefs d'entreprises seront invités à rencontrer les juges de la prévention, ou dont ils seront accueillis lorsqu'ils demandent la mise en œuvre d'une procédure conventionnelle est capitale, en termes de rapidité, de réactivité,

de disponibilité, d'accueil et de sollicitude. C'est la meilleure manière de promouvoir cette culture de l'anticipation. Un chef d'entreprise bien reçu parle et un chef d'entreprise mal reçu parle également.

**Thierry Bellot :** Aujourd'hui les plus belles réussites de traitement des difficultés des entreprises se font dans le cadre de procédures amiables, confidentielles. Une telle procédure qui se passe bien et qui se conclut par un accord, personne n'en entend parler. En revanche, le grand public est toujours au courant des dossiers qui finissent mal. Cela joue aussi défavorablement, et on ne connaît pas avec précision le taux de succès final de ces procédures confidentielles.

**Jean-Bertrand Drummen :** On connaît le taux dans les grandes lignes : 65 à 70 % de taux de réussite. À Nanterre nous avons à ce jour à peu près 30 000 salariés qui travaillent pour des entreprises faisant l'objet d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation. Si on considère que 65 à 70 % de ces procédures vont connaître un succès, on voit la répercussion sur l'emploi et sa préservation qui est une des missions premières.

**Dominik Zwerger :** En ce qui concerne les dossiers actuellement traités par le CIRI, j'estime à environ 60 000 le nombre de salariés qui travaillent dans des entreprises qui sont, soit sous mandat *ad hoc*, soit en conciliation. Ce sont des procédures certes récentes, mais l'ensemble des professionnels qui interviennent dans le secteur des entreprises en difficultés se sont approprié ces procédures en un temps record, elles sont donc aujourd'hui parfaitement opérationnelles. Ces procédures fonctionnent, puisqu'elles donnent du temps à la négociation avec l'ensemble des partenaires de l'entreprise et permettent, dans la plupart des cas, le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

**Michel Menjuq :** Est-ce que les dispositions légales actuelles relatives au mandat *ad hoc* sont suffisantes ? Faut-il définir le statut du mandataire *ad hoc* ? Pensez-vous qu'il faudrait davantage de dispositions légales ou bien faudrait-il au contraire laisser le plus de souplesse possible ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Il ne faut surtout pas toucher à quelque chose qui fonctionne très bien. Nous avons un texte de 4 lignes qui est tout à fait suffisant. Ce qui fait le succès du mandat *ad hoc* et de la conciliation c'est que ce sont des procédures simples, souples et confidentielles. La requête peut être une simple lettre, la mission va être définie en fonction de chaque cas, c'est du sur mesure et la confidentialité exigée par l'article L. 611-15 est la clé du succès.

**Michel Menjuq :** Cela a-t-il un sens alors d'avoir institué une conciliation avec homologation et donc avec publicité ? Ce privilège de *new money* est-il bien utile ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Le privilège de *new money* est utile puisque très souvent l'homologation est demandée en raison du privilège que l'on veut obtenir, ce n'est pas toujours le débiteur qui le demande, mais les banquiers, les établissements de crédit. Ce privilège est donc important et obtenu grâce au jugement d'homologation.

**Dominik Zwerger :** Ce privilège est demandé de façon quasi-systématique dans les cas où les banquiers acceptent de faire de la *new money*. Dans les négociations avec des partenaires financiers de l'entreprise, ce privilège de conciliation permet, même dans des situations très difficiles, d'obtenir les nouveaux financements, et constitue de ce fait une des mesures phares de la procédure de conciliation.

En ce qui concerne la procédure de sauvegarde, au bout d'un peu plus de deux ans de pratique, nous pouvons constater que cette procédure va globalement dans le bon sens puisqu'elle favorise le maintien de l'intégrité de l'entreprise et non pas son démantèlement dans l'unique but de désintéresser les créanciers, comme c'est encore le cas du *Insolvenzverfahren* en Allemagne et des *receiverships* au Royaume-Uni. Néanmoins, la pratique récente montre qu'il y a un certain déséquilibre des pouvoirs au détriment

des créanciers historiques de l'entreprise et au bénéfice du dirigeant de l'entreprise qui dispose d'importants leviers dans les négociations avec ses partenaires financiers dans le cadre d'une sauvegarde. Néanmoins, l'on constate sur les procédures de sauvegarde ouvertes sans aucune concertation avec les banquiers de l'entreprise au cours de la période difficile de 2008 et 2009, que les dirigeants ont eu beaucoup de mal à ressortir de ces procédures. Il est en effet très difficile de lever de nouveaux financements, que ce soit en ou à l'issue d'une procédure de sauvegarde, quand le dirigeant utilise la sauvegarde comme arme vis-à-vis d'un banquier.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde doit se faire en concertation avec les banquiers et après analyse des risques encourus, notamment s'il existe des besoins de financement ultérieurs qui ne sont pas couverts.

En conséquence, un certain toilettage de la procédure de sauvegarde pourrait notamment porter sur le rééquilibrage du rapport de force entre le dirigeant et ses créanciers historiques, mais pourrait surtout introduire des garanties supplémentaires au bénéfice de prêteurs acceptant d'apporter de nouvelles liquidités dans le cadre de la sauvegarde, sur le modèle du *Debtor-in-possession financing* (DIP-financing) du chapitre 11 américain. En effet, le DIP-financing favorise l'apport de nouveaux financements à des sociétés placés sous la protection du chapitre 11 américain en conférant des garanties supplémentaires, notamment le principe de superséniorité de ces nouveaux apports par rapport à toute autre dette historique. Un tel dispositif permettrait, grâce à cet octroi de nouvelles garanties très solides, d'attirer de nouveaux financements dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, ce qui constitue aujourd'hui un des points faibles de cette procédure.

**Thierry Bellot :** S'agissant du mandat *ad hoc*, il ne faut pas le modifier, il ne doit pas devenir une procédure mais surtout rester une mesure. En l'état c'est parfait.

S'agissant de l'homologation de l'accord de conciliation, on constate des protocoles entre entreprises, banques et pouvoirs publics qui ne prévoient pas de *new money* mais qui, souvent à la demande des banquiers, sont toutefois homologués. L'effet négatif de l'homologation est de rendre public le fait qu'une entreprise a eu des difficultés. Ainsi, tous les créanciers habituels, notamment les fournisseurs de l'entreprise, savent qu'en cas de problème ils seront primés. Il faut donc bien mesurer l'impact de cette publicité sur le besoin de fonds de roulement de l'entreprise.

**Michel Menjucq :** Le *pre-packaged plan* est-il une pratique qui se développe pour préparer la sauvegarde, gage d'une sauvegarde réussie ?

**Jean-Bertrand Drummen :** La sauvegarde doit être préparée. Il ne faut pas oublier dans tous ces problèmes la dimension psychologique, que ce soit vis-à-vis du personnel, des créanciers et aussi des banquiers. Il faut que les choses soient claires et que personne n'ait l'impression d'être manipulé. Une sauvegarde préparée sera de très courte durée et par conséquent les effets collatéraux négatifs seront réduits.

Voilà l'avenir, car s'il n'y a pas un minimum d'informations, de consentement des principaux acteurs, les dégâts risquent d'être sérieux.

### **Une sauvegarde préparée sera de très courte durée et par conséquent les effets collatéraux négatifs seront réduits (Jean-Bertrand Drummen).**

**Thierry Bellot :** Une sauvegarde bien réussie est une sauvegarde préparée, généralement au travers d'un mandat *ad hoc*, voire d'une conciliation si on est en cessation de paiements et si cette conciliation permet de faire disparaître cette situation par la négociation.

Ce qui est choquant dans la sauvegarde, c'est de la préparer avec les banquiers, ou les établissements financiers d'une manière géné-

rale, dont les assureurs-crédit, de temps en temps avec les pouvoirs publics, dont le CIRI. Ceux qui sont totalement exclus de cette préparation et qui subissent les effets de la sauvegarde sont les fournisseurs habituels, les créanciers qui font confiance à l'entreprise depuis longtemps. Du jour au lendemain ils reçoivent une invitation à déclarer leur créance et ils ont dès lors très peu de droits. Le régime devrait évoluer pour améliorer la protection des fournisseurs loyaux de l'entreprise qui ne peuvent pas être associés à la préparation de la sauvegarde, car leurs créances ne sont pas significatives et qu'ils sont trop nombreux au regard de la nécessité de préserver la confidentialité. Cela crée des situations inégalitaires et donc des dégâts collatéraux. Il faudrait réfléchir à une protection de ces créanciers comme par exemple un paiement beaucoup plus rapide que les 10 ans prévus par la loi.

**Michel Menjucq :** Quels sont les garde-fous pour la sauvegarde ? Peut-il y avoir un abus de sauvegarde ?

**Jean-Bertrand Drummen :** La responsabilité du juge est accrue. Avec la réforme de 2008 une sauvegarde peut être ouverte plus aisément. Le chef d'entreprise n'a plus à démontrer que les difficultés qu'il rencontre le conduiront inéluctablement à la cessation de paiements et par conséquent la sauvegarde pourrait être utilisée comme un moyen de concurrence déloyale, pour se mettre à l'abri de ses créanciers tout simplement. Il faut donc être vigilant. Quand le tribunal de commerce ouvre une procédure de sauvegarde il doit s'assurer que cela répond bien à l'esprit de la loi et que cette dernière n'est pas dévoyée.

**Michel Menjucq :** Comment le tribunal peut-il faire pour s'en assurer ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Une demande d'ouverture de sauvegarde est documentée. Par conséquent les difficultés doivent apparaître à travers l'examen des chiffres qui sont communiqués et à travers l'exposé qui en sera fait par le chef d'entreprise ou ses conseils. On doit pouvoir se rendre compte de la réalité de la difficulté. Le tribunal de commerce doit faire preuve d'une vigilance accrue.

**Michel Menjucq :** Faudrait-il ouvrir davantage les recours aux tiers à l'encontre d'une procédure de sauvegarde ? On sait qu'actuellement, depuis les arrêts de la Cour de cassation du 30 juin 2009 dans l'affaire Eurotunnel, les créanciers étrangers sont recevables à faire tierce opposition, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde transfrontalière. Est-ce qu'en droit interne, on ne devrait pas également ouvrir une telle possibilité de tierce opposition aux créanciers ?

**Thierry Bellot :** Peut être pourrait-on permettre au juge-commissaire ou au tribunal, sous le contrôle ou pas du Parquet, d'autoriser des paiements de créances antérieures dans un cadre plus large que le cadre actuel.

**Jean-Bertrand Drummen :** Les recours et le temps qu'ils nécessitent sont très négatifs pour l'entreprise. Ces recours ne doivent pas ruiner la procédure de sauvegarde. À cet égard, l'article L. 626-34-1 présente un grand intérêt puisqu'il dispose que les contestations relatives à la constitution et au vote des comités de créanciers ou de l'assemblée des obligataires seront tranchées par le jugement statuant sur l'arrêté du plan, l'adoption de celui-ci ne sera donc pas retardée.

**Michel Menjucq :** Ce serait davantage dissocier le régime de la sauvegarde de celui du redressement judiciaire ?

**Dominik Zwinger :** La régulation se fera automatiquement de par les exemples négatifs d'ouvertures de sauvegarde, ouvertes sans aucune concertation avec les créanciers et dans l'unique but du dirigeant d'entreprise de disposer d'un argument de poids vis-à-vis des banquiers. Comme indiqué, si le dirigeant choisit cette option, il aura beaucoup de mal à obtenir de nouveaux financements par la suite et le simple gel des remboursements de la dette, ne suffit souvent pas à remédier totalement aux difficultés de l'entreprise. La plupart des dossiers nécessitent une restructuration de la dette

et du capital, et tout cela n'est possible que s'il y a de nouveaux financements voire de nouveaux investisseurs.

Ces cas négatifs d'ouverture de sauvegarde vont conduire les conseils de dirigeants à ne plus conseiller l'ouverture « sauvage » de procédures de sauvegarde mais à utiliser la sauvegarde en dernier ressort et suite à une consultation extensive des créanciers. Une sauvegarde doit être préparée et concertée avec les partenaires de l'entreprise, elle peut permettre d'emporter l'adhésion de quelques derniers récalcitrants, mais ne doit pas servir à imposer des décisions à l'ensemble des partenaires de l'entreprise.

**Jean-Bertrand Drummen :** S'agissant de la sauvegarde préparée, le juge, le tribunal ne doit pas avoir peur de se montrer innovant. On s'est posé des questions à propos de la sauvegarde pré-packagée. Dans notre droit, ce qui n'est pas interdit est autorisé. Donc c'est très bien que le juge fasse preuve d'innovation et qu'il accepte cette sauvegarde préparée.

**Thierry Bellot :** Les préparations de procédures collectives pourraient également et devraient même s'appliquer au redressement judiciaire, dans des cas particuliers, en mettant en place un système juridique autour du tribunal et du ministère public. Il y a beaucoup de fonds de commerce qui ne résistent pas à une procédure collective et à son caractère public. C'est le cas de ceux très volatiles ou fondés sur la confiance, comme par exemple les sociétés de prestations informatiques : lorsqu'elles déposent leur bilan, les meilleurs chefs de projets et parfois leurs équipes n'attendent même pas d'être licenciés, ils démissionnent et partent chez un concurrent accueillant.

Il va falloir réfléchir dans le futur au traitement préalable à une procédure publique, dans les cas où elle marque l'arrêt de mort de l'entreprise.

**Michel Menjucq :** Parmi les partenaires, il y a aussi les assureurs-crédits, est-ce que leurs modalités d'intervention ont évolué ces dernières années ?

**Dominik Zwerger :** La gestion de la relation avec les assureurs-crédit est délicate, plus délicate qu'avec les autres partenaires financiers de l'entreprise, puisqu'il n'existe aucun lien contractuel direct entre l'entreprise en difficultés et l'assureur-crédit qui, par la nature de son activité, couvre principalement les fournisseurs de l'entreprise en question. L'expérience montre que pour éviter un retrait brutal de l'assureur-crédit, il est important de maintenir un dialogue régulier avec ce dernier, à la fois sur la nature des difficultés rencontrées par l'entreprise et les mesures envisagées pour y remédier, dans le cadre d'un plan de redressement global. Cette stratégie permet de limiter la diminution des encours, voire permet d'éviter des retraits trop brutaux. Néanmoins, en raison du risque supérieur encouru, le retrait des assureurs-crédits se fera toujours en amont des autres partenaires financiers de l'entreprise et sera dans certains cas inéluctable car certains dossiers sont trop dégradés et présentent des risques avérés de cessation des paiements. Dans ce cas, il est difficile de reprocher à l'assureur-crédit de tirer les conclusions de son analyse du risque et de décider de sortir d'un dossier.

**La gestion de la relation avec les assureurs-crédit est délicate, car il n'existe aucun lien contractuel direct entre l'entreprise en difficultés et l'assureur-crédit qui couvre principalement les fournisseurs de l'entreprise en question (Dominik Zwerger).**

**Michel Menjucq :** Y a-t-il un problème d'information de la part des assureurs-crédit ?

**Thierry Bellot :** Les assureurs-crédit sont les organismes qui ont mis en place les outils les plus sophistiqués en matière de détec-

tion du risque, c'est-à-dire de la cessation des paiements. Ils sont très déstabilisés depuis 3 ans par la procédure de sauvegarde, car leurs radars ne fonctionnent pas pour détecter le risque de sauvegarde.

Depuis septembre 2008, on constate dans les dossiers traités au CIRI que, non seulement les assureurs-crédit viennent aux réunions qu'il organise, mais aussi qu'ils signent, comme les banquiers, des protocoles. C'est une vraie révolution en un an.

**Jean-Bertrand Drummen :** Dans tous les départements (à tout le moins dans les Hauts de Seine) le préfet tient une réunion mensuelle avec tous les décideurs économiques du département. Parmi ces décideurs économiques il y a le représentant de l'assurance-crédit. Ce sont de très grandes réunions où il y a un échange d'informations très utiles et où l'on apprend à se connaître ce qui est très important.

Les assureurs-crédit sont là, et ils ont donc écouté beaucoup de choses et réagi de manière constructive, et tout cela est positif.

**Thierry Bellot :** Au-delà du poids que peut avoir le CIRI auprès des assureurs-crédit dans les dossiers qu'il traite, il faut rappeler qu'il y a un médiateur du crédit dédié aux assureurs-crédit qui, dans des dossiers de plus petite importance, arrive régulièrement à amener les assureurs-crédit autour de la table et à les faire revenir à des niveaux d'encours existant quelques mois auparavant.

**Dominik Zwerger :** L'absence de lien contractuel ne dispense pas les dirigeants d'entreprise de s'engager dans un discours constructif basé sur la confiance avec les assureurs-crédit. Cette relation de confiance est très importante.

**Jean-Bertrand Drummen :** Cette relation de confiance est, dans tous les domaines, primordiale. Quand une entreprise souhaite bénéficier d'une mesure conventionnelle, et que le personnel fait corps avec les dirigeants c'est un gage de succès. Au contraire le conflit ouvert ou larvé est une source d'échec. On mesure l'importance de la gestion des ressources humaines, le management doit y être particulièrement attentif. Instaurer un climat de confiance règle aussi pour partie les problèmes délicats de confidentialité.

**Michel Menjucq :** La procédure d'alerte des commissaires aux comptes est-elle concrètement efficace ? Alors qu'il existe une réflexion en cours, faut-il la réformer et, le cas échéant, dans quel sens ?

**Thierry Bellot :** Dans le dictionnaire, « alerte » veut dire appel ou signal qui prévient de la menace d'un danger et invite à prendre les mesures pour y faire face. Cela veut dire qu'on peut considérer que l'alerte n'a de sens qu'à partir du moment où elle s'adresse aux tiers. Si vous allez voir un dirigeant d'entreprise pour lui dire qu'il a des difficultés, en général il en est conscient. Il y a une certaine hypocrisie sur cette procédure.

Il n'y a qu'environ 220 000 entreprises qui sont dotées d'un commissaire aux comptes en France, c'est-à-dire 10 % du total.

Le taux de procédures d'alerte en 2008 par rapport à 2007 sur les 220 000 entreprises est passé de 1,43 à 1,74 %. Dans l'absolu c'est une augmentation de 20 % mais cela veut dire qu'il y a très peu de procédures d'alerte.

L'alerte comprend plusieurs phases. Dans nos statistiques, le chiffre le plus intéressant, est celui de la phase 1, le courrier recommandé au dirigeant. Après la phase 1 ou pendant la phase 1, lorsque la société n'est pas dotée d'un organe collégial, l'information est élargie au président du tribunal de commerce et aux représentants des salariés. Quand il y a un organe collégial, comme un conseil d'administration, cet élargissement a lieu en phase 2.

La pratique prévoit qu'avant la phase 1 il y a une phase 0 qui consiste à rencontrer le dirigeant pour discuter avec lui de la situation. Si après cette discussion le commissaire aux comptes estime nécessaire d'entamer la phase 1, on peut s'étonner qu'il mette fin à la procédure, après réception de la réponse du dirigeant nécessairement conforme à ses propos récents. Or on constate qu'il est mis fin à plus de 70 % des procédures d'alerte par le commissaire aux comptes après la phase 1. Cela montre une certaine forme

d'aversion du commissaire aux comptes vis-à-vis de cette procédure d'alerte.

Cette aversion s'explique pour deux raisons. La première est qu'il estime que c'est un rôle qu'il n'a pas à jouer, un peu comme la révélation des faits délictueux au Parquet, qui ne s'inscrit pas dans l'esprit de sa mission.

Voilà les statistiques de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes. Très peu de procédures d'alerte, et plus l'entreprise est importante moins il y a de procédures d'alerte. 70 à 75 % des alertes s'arrêtent après la phase 1 ce qui montre l'ambiguïté de cette procédure dont la réforme est en cours de réflexion.

Pour le moment, la procédure d'alerte a des délais préfix. Les deux grands axes seraient de pouvoir interrompre la procédure d'alerte et de la reprendre à la phase où elle a été interrompue pour qu'elle soit plus rapide.

Par exemple, le commissaire aux comptes écrit au dirigeant qu'il met fin à la procédure car sa réponse l'a convaincu. Et puis il se rend compte un peu plus tard que tout ne se passe pas comme prévu. Il peut reprendre en phase 2, c'est-à-dire faire convoquer le conseil et informer le président du tribunal. C'est probablement ce vers quoi on s'oriente dans la réforme.

Mon avis est qu'il faudrait changer le fusil d'épaule en matière de procédure d'alerte des commissaires aux comptes et laisser beaucoup plus de souplesse et de pouvoir d'appréciation aux professionnels pour décider, en fonction des situations, s'ils doivent déclencher l'alerte, et informer le président du tribunal de commerce.

**Jean-Bertrand Drummen :** Cette phase 0 me paraît très importante. Elle est en dehors de la procédure encadrée. Elle permet au commissaire aux comptes de mettre le chef d'entreprise au fait des difficultés dont il n'a pas toujours totalement conscience et de l'amener à entrer dans une phase de prévention.

Deuxièmement, lorsque l'alerte est déclenchée, la question se pose de savoir si la désignation d'un mandataire *ad hoc* est une réponse appropriée dont le commissaire aux comptes doit se satisfaire ? J'aurais tendance à répondre oui, tout au moins je le souhaiterais, car cela prouve que le chef d'entreprise a pleinement conscience des difficultés et qu'en demandant la désignation d'un mandataire *ad hoc* il a la volonté de trouver des solutions. Cela devrait rassurer le commissaire aux comptes et suspendre la procédure d'alerte.

**Thierry Bellot :** Le mandat *ad hoc* n'exonère pas le commissaire aux comptes de l'obligation de déclencher une procédure d'alerte et ne lui permet pas d'y mettre fin si elle est déclenchée, à la différence de la conciliation, qui éteint cette procédure.

Le problème du commissaire aux comptes est qu'il doit appréhender la continuité de l'exploitation en ayant une vision de l'activité de l'entreprise sur 12 mois.

### **Le mandat *ad hoc* n'exonère pas le commissaire aux comptes de l'obligation de déclencher une procédure d'alerte ou ne lui permet pas d'y mettre fin si elle est déclenchée à la différence de la conciliation (Thierry Bellot).**

**Michel Menjuq :** Faut-il sanctionner le non dépôt des comptes sociaux alors que certaines entreprises sont réticentes à faire un tel dépôt en raison des répercussions qu'il est susceptible d'avoir sur leur activité (au vu de bons résultats, négociation à la baisse de certains contrats, notamment en cas de sous-traitance) ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Une première observation d'ordre général est que c'est une obligation de la loi française. Qu'en est-il des autres pays de l'Union européenne ? La même obligation ne pèse pas de la même manière sur les entreprises et je pense que

c'est un aspect important à prendre en compte et sans doute à faire évoluer.

Par ailleurs, nous observons que les greffes font des relances avec un taux de réponse assez satisfaisant. Mais on ne va pas plus loin. Je n'ai que très rarement signé une ordonnance d'injonction de dépôt des comptes. Il y a une réglementation qui n'est pas satisfaisante car la loi reste en partie sans effet et que par ailleurs le cas de la France n'est pas celui des autres pays de l'Union et cela provoque une distorsion peu satisfaisante.

**Thierry Bellot :** En Allemagne, de très grands groupes ne sont pas tenus au dépôt de leurs comptes. Quand ils font une offre pour racheter des actifs d'une société en redressement judiciaire, ils refusent de donner leurs comptes et viennent avec une attestation bancaire aux termes de laquelle la banque affirme qu'elle a connaissance du projet et qu'elle garantit que le groupe X est en mesure de le financer.

**Michel Menjuq :** À l'étranger il y a une certaine résistance au dépôt de comptes.

**Jean-Bertrand Drummen :** C'est un domaine où le traitement différencié n'est pas satisfaisant et provoque des distorsions de concurrence.

**Thierry Bellot :** Les comptes constituent une bonne information pour les tiers qui voudraient entrer en relation professionnelle avec une société.

**Michel Menjuq :** Nous n'avons pas parlé des groupements de prévention agréés. Quel est leur bilan ?

**Jean-Bertrand Drummen :** J'ai du mal à répondre à cette question car je discerne mal leur bilan.

**Michel Menjuq :** Ces groupements sont-ils très utilisés ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Je ne crois pas qu'ils soient très utilisés, je ne vois pas de réalisation concrète.

**Thierry Bellot :** Moi non plus je n'en ai jamais vu.

**Michel Menjuq :** Pourrait-on les supprimer ? Pourquoi ne fonctionnent-ils pas ?

**Jean-Bertrand Drummen :** En matière de prévention il faut distinguer la prévention dont le tribunal a la charge de par les textes, et la prévention hors tribunal, qui est multiple et peut être un peu trop disparate.

Quand la prévention qui incombe au tribunal est bien menée et qu'il y a des dizaines d'entreprises qui sont invitées à rencontrer le juge de la prévention du tribunal parce que l'entreprise semble éprouver des difficultés, que la prévention est donc bien réalisée, quelle est l'utilité de la développer ailleurs ?

**Thierry Bellot :** S'agissant des groupements de prévention agréés, il faut relire les articles de la loi de sauvegarde qui confirme leur institution. En fait c'est une centrale des bilans. L'entreprise qui adhère donne des informations et on lui restitue son positionnement par rapport à la profession, dans le cadre d'une forme de monographie. Les entreprises n'ont plus vraiment besoin de ce service car aujourd'hui elles ont d'autres sources d'information sur leur profession et sont capables de se positionner elles-mêmes.

### **Les groupements de prévention agréés sont inadaptés aux besoins des entreprises (Thierry Bellot).**

**Michel Menjuq :** L'offre de prévention hors du tribunal vous semble-t-elle trop diversifiée ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Une certaine réorganisation de la prévention hors tribunal pourrait être utile. Actuellement nous avons des CIP (Centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises), des organismes qui s'appellent les SAGECE, récemment sont apparus les tiers de confiance. Tout cela crée de la confusion. Je ne dis pas que ces actions de prévention sont sans

utilité, mais ne risquent-elles pas de brouiller le paysage. Le chef d'entreprise doit savoir à qui s'adresser utilement.

### **Une certaine réorganisation de la prévention hors tribunal pourrait être utile (Jean-Bertrand Drummen).**

**Michel Menjuq :** Comment se situent les CIP au sein de l'offre et faut-il simplifier celle-ci ?

**Thierry Bellot :** Il faut simplifier l'offre car ces dispositifs sont bien connus des professionnels au sens opérationnel du terme (magistrats consulaires, pouvoirs publics, avocats, conseils) impliqués dans la prévention. Mais pour un entrepreneur l'offre est totalement illisible.

La juridiction a des fonctions gracieuses, soit sur convocation soit sur comparution spontanée d'un dirigeant. Il suffit d'appeler pour prendre rendez-vous et on est reçu rapidement par un magistrat, en région parisienne dans les 48 heures.

Le CIP est original, car il regroupe la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes, le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables, le Conseil National des Barreaux, et l'ACFCI. On espère que l'artisanat et les métiers vont nous rejoindre prochainement.

Cette institution, constituée d'associations animées par des bénévoles, est très intéressante car elle regroupe à peu près tous les acteurs de la prévention et du traitement des difficultés à destination des TPE. Une PME n'a pas besoin de se rendre au CIP pour se faire expliquer ce qu'est la prévention et les procédures. Elle dispose de ressources internes et de conseils. Donc le CIP a un rôle qui est autant social voire sociologique qu'économique.

**Jean-Bertrand Drummen :** Il faut effectivement tenir compte de l'organisation du tribunal et des régions. À Nanterre nous avons mis au point une lettre d'invitation, de convocation des chefs d'entreprise qui ne doit pas être traumatisante. On leur dit par exemple que si les problèmes que nous avons repérés ne sont pas avérés il est inutile qu'ils se déplacent. Ils nous envoient alors les documents qui nous permettent de classer le dossier.

On ne convoque pas pour faire peur au chef d'entreprise. On lui dit que cette rencontre avec un juge de la prévention est destinée à l'aider, que telle est notre mission. À ce jour nous avons convoqué à peu près 900 chefs d'entreprises.

**Michel Menjuq :** S'agissant de la simplification de l'offre de prévention, on vient de voir le rôle des CIP, des juges et des présidents des tribunaux, mais qu'en est-il de la simplification de l'offre en elle-même ?

**Dominik Zwerger :** En ce qui concerne les entreprises de taille CIRI (plus de 400 personnes) l'offre est parfaitement claire, à la fois en ce qui concerne le traitement des dossiers en dehors des tribunaux de commerce et surtout en ce qui concerne les procédures amiables sous l'égide du tribunal de commerce (le mandat *ad hoc* et la conciliation). Les professionnels qui interviennent dans le secteur des entreprises en difficultés sont maintenant parfaitement rodés dans l'utilisation du mandat *ad hoc* et de la conciliation. En effet, 90 % des dossiers qui arrivent au CIRI viennent de faire l'objet de l'ouverture d'un mandat *ad hoc*. Pour les 10 % restant, le CIRI recommande à l'entreprise d'ouvrir dans les meilleurs délais un mandat *ad hoc*. En effet, le CIRI n'a pas vocation à remplacer le mandataire *ad hoc*, qui dispose de compétences reconnues et d'une expérience souvent de plusieurs dizaines d'années dans les négociations avec les partenaires des entreprises en difficulté, mais le CIRI intervient en tant que médiateur neutre dans les dossiers les plus difficiles et est souvent capable d'instaurer une nouvelle dynamique, même dans les dossiers les plus difficiles. Le CIRI intervient ainsi en appui et en parfaite coordination avec le mandataire *ad hoc* avec lequel il constitue un binôme efficace au service du diri-

geant de l'entreprise en difficulté. En résumé, les procédures amiables étant parfaitement rodées pour les entreprises de taille CIRI, le seul secteur où une clarification pourrait être utile, c'est l'offre à destination des TPE, dont les dirigeants doivent être davantage sensibilisés au traitement précoce des difficultés. C'est un secteur qui intéresse moins les conseils spécialisés mais qui emploie beaucoup de personnes, il ne doit donc pas être négligé.

**Michel Menjuq :** Le tiers de confiance qui a été évoqué tout à l'heure, qu'en est-il ?

**Thierry Bellot :** Les tiers de confiance ont été créés par la médiation du crédit. Ce sont plus de 1 000 personnes qui sont désignées pour accompagner les démarches de médiation. Ces personnes sont issues d'horizons divers : chambres de commerce et d'industrie, chambres des métiers et de l'artisanat, MEDEF, CGPME, experts-comptables...

**Michel Menjuq :** L'une des réussites reconnues de la réforme de 2005 est la conciliation. Quelles seraient selon vous, les améliorations qui pourraient être apportées au dispositif légal ? Notamment, ne serait-il pas utile d'étendre la durée légale de la mission du conciliateur ou de revenir à la situation antérieure à l'ordonnance de 2008, ce qui permettrait au président du tribunal de solliciter l'intervention d'un expert avant l'ouverture de la conciliation ?

**Jean-Bertrand Drummen :** Le juge peut dans le cadre de la détection obtenir tout renseignement. Mais il ne semble pas qu'il faille augmenter la durée d'une conciliation. Elle doit pouvoir se faire dans les délais légaux actuels. D'autant plus que le législateur a apporté un assouplissement, puisque lorsque la demande d'homologation est introduite dans le délai de la conciliation, même si l'homologation intervient après, elle est valable.

S'agissant des autres aménagements évidemment, il y a ce problème des délais de paiement pouvant être accordés sur le fondement des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil désormais dès que le débiteur est mis en demeure par un créancier et donc sans qu'une assignation soit nécessaire. C'est une bonne chose. Néanmoins, pour obtenir ces délais, le débiteur devra assigner son créancier en la forme des référés. Peut-être pourrait-on imaginer que les pouvoirs du président du tribunal de commerce soient renforcés et que sans attendre une assignation en référé qui aura pour conséquence de mettre l'affaire sur la place publique, le président puisse sur ce point, éclairé par le conciliateur, ordonner des délais utiles, en faisant l'économie d'une action judiciaire.

**Dominik Zwerger :** Sur la question des délais, l'on constate souvent dans les dossiers d'entreprises en difficultés qui ne présentent pas de besoin « cash » immédiat, que finalement les partenaires financiers de l'entreprise se disent que la situation n'est pas si dramatique et que l'on peut se donner un peu de temps pour voir l'évolution de la situation, ce qui au final fait perdre un temps précieux à la négociation.

Ainsi, la limitation de la durée de la conciliation permet de responsabiliser les acteurs et incite les partenaires à se mettre autour d'une table et à trouver une solution. Il ne faut donc pas étendre perpétuellement la durée de la conciliation et il ne faut pas non plus permettre la réouverture de plusieurs conciliations. C'est dans cet esprit qu'a été mise en place la législation actuelle.

### **La limitation de la durée de la conciliation permet de responsabiliser les acteurs (Dominik Zwerger).**

**Thierry Bellot :** Il est sain que la durée de la conciliation soit limitée à 5 mois effectifs. On peut bénéficier de cette conciliation en état de cessation des paiements, ce qui est une très bonne chose, et il n'est pas très sain qu'une entreprise puisse continuer à exploiter dans cet état pendant trop longtemps.

Il faudrait peut-être aussi réfléchir à la possibilité de faire intervenir l'AGS pour prendre en charge, en tout ou partie, le coût des

plans sociaux en conciliation. Une cause fréquente de conversion d'une procédure de conciliation en procédure collective est l'impossibilité de financer les plans sociaux. Cette réflexion doit être menée, même si la mesure représente un coût facial important.

**Michel Menjuq :** Au cœur de la prévention il y a bien sûr la profession d'administrateur judiciaire souvent désigné comme mandataire *ad hoc* ou conciliateur. Comment voyez-vous l'avenir de cette profession ?

**Jean-Bertrand Drummen :** D'une manière générale pour la mise en place des mesures conventionnelles et pour ensuite l'exercice du mandat qui est confié, nous travaillons de plus en plus avec de grands professionnels. C'est très rassurant pour le tribunal. Quand une requête de conciliation ou de mandat *ad hoc* est présentée, nous avons des dossiers qui sont très bien faits, bien argumentés, bien présentés.

Du côté du mandataire ou du conciliateur qui va être nommé, nous avons dans 99% des cas, des administrateurs judiciaires qui eux-mêmes sont des professionnels reconnus, qualifiés et qui présentent toutes les garanties morales et professionnelles.

Nous avons les bons interlocuteurs.

**Dominik Zwerger :** La profession d'administrateur judiciaire sortira grandie et renforcée de la crise économique que nous traversons actuellement car les administrateurs judiciaires jouent indéniablement un rôle crucial dans l'anticipation et la gestion des dossiers d'entreprises en difficulté. Il n'y a pas eu un dossier de la période 2007-2009 qui n'aura été traité sans les conseils et les talents de négociateur d'un administrateur judiciaire. Les administrateurs jouent un rôle important dans la prévention et la détection en amont des difficultés et cette anticipation ne pourra être qu'améliorée par un effort soutenu et renouvelé de communication et d'explication, principalement auprès des dirigeants d'entreprises et de leurs conseils. L'objectif est bien évidemment de faire intervenir les mandataires *ad hoc* le plus en amont possible des

difficultés, tout comme le CIRI qui reste malheureusement toujours la dernière entité à être sollicitée avant un dépôt de bilan, et ce malgré un effort continu de notre part de sensibilisation des dirigeants et de leurs conseils.

**Jean-Bertrand Drummen :** Le président d'un tribunal qui a désigné un mandataire ou un conciliateur doit le soutenir dans la mission qui lui a été confiée. Lorsque l'ordonnance est signée, la mission du président ne se termine pas. Au contraire, elle commence et le mandataire doit savoir qu'il a le support permanent du président. Tout cela doit être mis en œuvre avec prudence et discernement. Ainsi le président peut prendre toutes mesures innovantes qui faciliteront la mission du conciliateur ou mandataire, tout cela en restant à sa place.

**Michel Menjuq :** Si les mesures de prévention ou les procédures de prévention venaient à se développer d'une manière véritablement importante, l'offre des professionnels administrateurs judiciaires ne serait-elle pas trop réduite, car il y a peine 80 à 100 administrateurs pour toute la France ?

**Jean-Bertrand Drummen :** De plus en plus souvent, le chef d'entreprise sollicite la désignation de tel mandataire et je pense que le président ne peut que répondre favorablement à cette demande compte tenu de la dimension *intuitu personae* qu'il faut privilégier. C'est une mission où la relation de confiance est essentielle et donc si le chef d'entreprise qui a rencontré le mandataire pressenti est en confiance, en harmonie avec lui il ne faut pas contrarier cette demande. Cela serait contre-productif et, sauf rare exception, infondé.

**Mots-Clés :** Prévention des difficultés des entreprises - Outils de prévention

Alerte - Commissaire aux comptes et expert-comptable  
Alerte - Président du tribunal  
Mandat *ad hoc*  
Conciliation

## Revue des Procédures collectives

**OUI** Je m'abonne à la revue **pour toute l'année 2010** (4 numéros par an + tables annuelles) au prix de 311,23 €<sup>TTC</sup>.

Je recevrai donc également les numéros déjà parus depuis le début de l'année.

Je m'abonne à partir du mois en cours au coût mensuel de 25,94 €<sup>TTC</sup>.

Je ne recevrai que les prochains numéros à paraître jusqu'à la fin de l'année.

### RELIURES

Je commande la reliure permettant de conserver 2 années de la revue.

Je souhaite \_\_\_\_\_ reliure(s) au prix unitaire de 24,27 €<sup>TTC</sup>

Sauf avis contraire de votre part avant le 1<sup>er</sup> décembre, nos abonnements se renouvellent d'année en année par tacite reconduction pour une période d'un an. Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant.

## OFFRE D'ABONNEMENT

A renvoyer par  **Courrier** : LexisNexis  
Relation client - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15  
ou par  **Fax** : 01 45 58 94 00

**Commande sur internet** : <http://boutique.lexisnexis.fr/>

Votre numéro d'abonné LexisNexis  
(si vous le connaissez)

MLE  MME  M. NOM/PRÉNOM

SOCIÉTÉ/ÉTABLISSEMENT

ADRESSE

CODE POSTAL

VILLE

TÉL

FAX

E-MAIL

NAF

SIRET

DATE/CACHET ET SIGNATURE 10MLO1-RPC

 **0 821 200 700**

0,112 € puis 0,09 €/min à partir d'un poste fixe

 LexisNexis®

Tarifs valables en France métropolitaine jusqu'au 31/12/2010.  
DOM-TOM et étranger : abonnement annuel 2010 : 318,60 €<sup>HT</sup>, reliure : 25,30 €<sup>HT</sup>.  
TVA : 5,5% sur la revue, 2,10% sur la reliure. 552 029 431 RCS Paris.

# Sommaire

<b>P. 1 Repère</b>	
Le temps, par Bernard Soinne.....	n° 1

<b>P. 3 Alertes</b>	n° 1 à 10
---------------------	-----------

<b>P. 11 Études</b>	
Actualité jurisprudentielle, par Florent Petit.....	n° 1
Les actes préparatoires à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (articles L. 651-4 et R. 651-5 du Code de commerce), par Christophe Delattre.....	n° 2
Brèves observations sur le passif de l'auto-entrepreneur, par Frédéric Vauvillé.....	n° 3
La désignation de l'administrateur judiciaire et du mandataire judiciaire moins de 18 mois après une conciliation ou un mandat ad hoc, par Christophe Delattre.....	n° 4

## Commentaires

<b>P. 22 Aspects procédurals, par Stéphane Gorrias et Véronique Manie</b>	
● Jugement d'ouverture et règles de procédure	

Absence d'autorité de chose jugée de l'admission d'une créance en cas d'ouverture d'une seconde procédure collective après résolution du plan de redressement.....	n° 1
--	------

● Compétence	
Pouvoir juridictionnel du juge-commissaire.....	n° 2

● Voies de recours	
Les voies de recours du conjoint commun en biens in bonis et du cessionnaire.....	n° 3
L'appel de l'ordonnance de restitution.....	n° 4

● Décisions susceptibles d'opposition, de tierce opposition, d'appel	
Recours contre une ordonnance du juge-commissaire.....	n° 5

<b>P. 27 Créanciers hors du privilège de procédure, par Olivier Staes, Francine Macorig-Venier, François Legrand et Marie-Noëlle Legrand</b>	
--	--

<b>Instances en cours</b>	
● Notion d'instance en cours	
Référé-provision : domaine.....	n° 6

● Recours contre la décision du juge-commissaire	
Défaut de réponse du créancier à la proposition du mandataire judiciaire.....	n° 7

● Reprise de l'instance en cours	
Obligation de la juridiction saisie de l'instance en cours valablement reprise de fixer le montant de la créance.....	n° 8

● Sort de l'instance en cours non reprise	
La suspension des poursuites individuelles : une règle d'ordre public international.....	n° 9

● Maintien de l'interruption d'instance jusqu'à la clôture de la procédure collective.....	n° 10
● Compétence pour constater la péremption de l'instance en cours.....	n° 11

## Déclaration et vérification des créances

● Déclaration par mandataire	
! Déclaration par la secrétaire d'un avocat.....	n° 12

● Déclaration. Régularisation	
L'indication erronée de l'identité du créancier dans une déclaration de créance doit être régularisée dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bodacc.....	n° 13

● Défaut de déclaration	
Quels sont les moyens à la disposition du créancier omis volontairement de la liste des créanciers par le débiteur.....	n° 14

● Déclaration des créances fiscales	
Créance fiscale : délai pour demander l'admission définitive en l'absence d'indication par le tribunal du délai imparti pour la vérification des créances.....	n° 15

● Déclaration par le créancier et recours subrogatoire de la caution	
! Ouverture du recours subrogatoire à la caution en cas de déclaration de créance par le créancier.....	n° 16

● Vérification des créances	
La créance faisant l'objet d'une instance en référé tendant à obtenir une condamnation provisionnelle doit être soumise à la procédure de vérification des créances.....	n° 17

● Admission des créances	
Conditions de l'admission à titre privilégié de la créance de cotisations d'une caisse de retraite.....	n° 18

<b>P. 36 Nullités de la période suspecte, par Gérard Blanc</b>	
--	--

<b>Exercice de l'action en nullité</b>	
● Juge compétent	
! Nullité du contrat de travail conclu en période suspecte.....	n° 19

● Qualité pour agir	
! Absence de qualité pour agir de l'AGS.....	n° 20
● Auteur de l'acte	

Acte accompli par le débiteur et acte accompli par un tiers.....	n° 21
--	-------

● Date de cessation des paiements	
Fixation de la période suspecte en cas d'extension de procédure à un dirigeant.....	n° 22

<b>Cas de nullité</b>	
● Nullités de droit	
! Acte à titre gratuit : donation déguisée.....	n° 23
Contrat commutatif déséquilibré.....	n° 24

Paiement de dettes non échues : cession de créance professionnelle et remboursement anticipé d'un prêt.....	n° 25
---	-------

Mode anormal de paiement : hypothèses diverses (remboursement anticipé d'un prêt, délégation de créance et compensation conventionnelle, mesure conservatoire, dation en paiement).....	n° 26
---	-------

● Nullités facultatives	
! Connaissance de l'état de cessation des paiements : preuve.....	n° 27

## Code de commerce 2010

NOUVELLE  
ÉDITION  
NOUVELLE  
ÉQUIPE

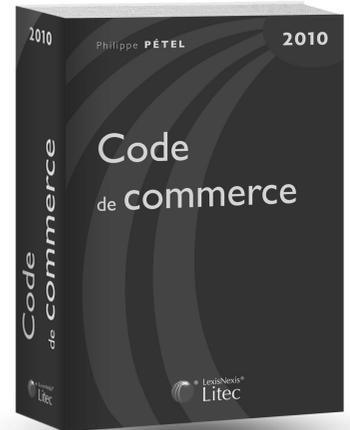
- ✓ Une nouvelle équipe d'auteurs
- ✓ La nouvelle partie Arrêtés
- ✓ La refonte intégrale de la partie Annexes (600 pages)

Une 22<sup>e</sup> édition, entièrement rénovée, réalisée par une nouvelle équipe d'auteurs sous la direction de Philippe Pétel et caractérisée en particulier par une partie Annexes intégralement refondue avec les récentes réformes en matière économique et financière : huit nouvelles annexes traitant notamment de la banque, des transports, de la concurrence, des entreprises en difficulté...

Cette nouvelle édition est à jour de la réforme du droit des entreprises en difficulté et de la nouvelle partie Arrêtés du Code de commerce, publiée en janvier 2009.

#### ► Parmi les textes récents intégrés :

- l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement ;
- le décret et l'arrêté du 23 juin 2009 relatifs au compte affecté aux fonds détenus par les greffiers des tribunaux de commerce pour le compte de tiers ;
- le décret du 19 mai 2009 portant modification de certaines dispositions relatives à l'organisation de la commission d'examen des pratiques commerciales ;
- la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ;
- l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière.



#### ► Code des sociétés et autres groupements 2010

Par Florence DEBOISSY et Guillaume WICKER, professeurs à l'université

Ce Code comprend l'ensemble des textes relatifs au droit général des sociétés, aux sociétés particulières (notamment sociétés professionnelles et coopératives), et aux autres groupements (associations, fonda-

tions, indivisions), complétés par des annotations de jurisprudence. Il présente d'autre part les textes relatifs à l'environnement juridique et fiscal des sociétés, ainsi que de nombreux textes européens (règlement ou directive) récents.

- 13<sup>e</sup> édition • Octobre 2009
- EAN : 978-2-7110-1136-0
- 2700 pages

#### AUTEUR



• Sous la direction de **Philippe PÉTEL**, agrégé des facultés de droit, Professeur à l'université de Montpellier I

« Ce Code de commerce Litec est doublement nouveau. Parce que cette édition a été entièrement refondue et réorganisée par une équipe d'universitaires couvrant toutes les spécialités du droit de l'entreprise. Parce que les réformes intervenues au cours du second semestre 2008 et du premier semestre 2009 en ont profondément modifié le contenu. »

22<sup>e</sup> édition – Septembre 2009 – EAN : 978-2-7110-1129-2 – 2800 pages.

## BON DE COMMANDE

À retourner à : LexisNexis - Relation Client - 141, rue de Javel 75747 Paris cedex 15  
• ou par Fax : 01 45 58 94 00 • : <http://boutique.lexisnexis.fr>

**Oui**, je commande le(s) ouvrage(s) suivant(s)

ARTICLE	QTÉ	PRIX UNITAIRE	TOTAL
<input type="checkbox"/> Code de commerce 2010 (200618)	.....	46 € <sup>TTC</sup>	.....
<input type="checkbox"/> Code des sociétés et autres groupements 2010 (200511)	.....	60 € <sup>TTC</sup>	.....
<input type="checkbox"/> Les 2 Codes	.....	106 € <sup>TTC</sup>	.....
Frais de port par commande			5€
(TVA 5,5 %)			
<b>TOTAL</b>			.....

#### 5 MOYENS POUR COMMANDER VOS OUVRAGES

- 1 Par téléphone au 0811 46 64 46 (prix d'un appel local)
- 2 Sur notre site Internet : <http://boutique.lexisnexis.fr>
- 3 Par fax en renvoyant le document ci-contre au 01 45 58 94 00
- 4 Par courrier en renvoyant le document ci-dessous à LexisNexis Relation Client - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
- 5 Et bien sûr chez votre libraire habituel

#### RÈGLEMENT

- Je réglerai à réception de la facture
- Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de LexisNexis

VOTRE N° CLIENT (si vous le connaissez) \_\_\_\_\_

Mlle  MME  M. NOM/PRÉNOM \_\_\_\_\_

SOCIÉTÉ / ÉTABLISSEMENT \_\_\_\_\_

ADRESSE \_\_\_\_\_

CODE POSTAL \_\_\_\_\_

VILLE \_\_\_\_\_

E-MAIL \_\_\_\_\_

TÉL \_\_\_\_\_

VOTRE ACTIVITÉ \_\_\_\_\_

Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant.

DATE/CACHET ET SIGNATURE

09N110

TOUTES VOS SOLUTIONS D'INFORMATION ET DE GESTION

Recherche et  
Information

Solutions de  
Gestion Métier

Gestion  
du Risque

Développement  
de Clientèle



LexisNexis®

## Table de jurisprudence

CA Rouen, <b>24 avr. 2008</b> : JurisData n° 2008-363700 ( <i>Recours contre la décision du juge-commissaire</i> ) ..... comm. 7	CA Aix-en-Provence, <b>16 avr. 2009</b> ( <i>Nullités de la période suspecte</i> ) ..... comm. 26	Cass. soc., <b>22 sept. 2009</b> , n° 08-41.679 : JurisData n° 2009-049754 ( <i>Priorité de réembauchage</i> ) ..... comm. 36
CA Poitiers, 2 <sup>e</sup> ch. civ., <b>14 oct. 2008</b> : JurisData n° 2008-009165 ( <i>Nullités de la période suspecte</i> ) ..... comm. 25	CA Montpellier, <b>21 avr. 2009</b> : JurisData n° 2009-004456 ( <i>Auteur de l'acte</i> ) ..... comm. 21	Cass. soc., <b>23 sept. 2009</b> , n° 08-41.397 : JurisData n° 2009-049556 ( <i>Cumul contrat de travail - Mandat social</i> ) ..... comm. 29
CA Nîmes, <b>6 nov. 2008</b> : JurisData n° 2008-007439 ( <i>Nullités de la période suspecte</i> ) ..... comm. 24	Cass. com., <b>28 avr. 2009</b> , n° 08-10.368 : JurisData n° 2009-047973 ( <i>Voies de recours</i> ) ..... comm. 3	Cass. soc., <b>23 sept. 2009</b> , n° 08-44.009 ( <i>Contrat FNE</i> ) ..... comm. 35
CA Fort de France, <b>19 déc. 2008</b> : JurisData n° 2008-008652 ( <i>Nullités facultatives</i> ) ..... comm. 27	CA Rennes, 2 <sup>e</sup> ch. com., <b>28 avr. 2009</b> : JurisData n° 2009-011189 ( <i>Nullités facultatives</i> ) ..... comm. 27	Cass. soc., <b>29 sept. 2009</b> , n° 08-41.327 ( <i>Caractère économique du licenciement</i> ) ..... comm. 30
CA Rouen, ch. sol., <b>20 janv. 2009</b> : JurisData n° 2009-000285 ( <i>Instance en cours</i> ) ..... comm. 11	Cass. 1 <sup>er</sup> civ., <b>6 mai 2009</b> , n° 08-10.281 : JurisData n° 2009-048035 ( <i>Arrêt des poursuites individuelles</i> ) ..... comm. 9	Cass. soc., <b>29 sept. 2009</b> , n° 08-43.085 : JurisData n° 2009-049759 ( <i>Obligation de reclassement</i> ) ..... comm. 34
CA Paris, 22 <sup>e</sup> ch. B, <b>20 janv. 2009</b> : JurisData n° 2009-374578 ( <i>Juge compétent</i> ) ..... comm. 19	CA Grenoble, <b>7 mai 2009</b> , CARCD c/ B. : JurisData n° 2009-003330 ( <i>Admission des créances</i> ) ..... comm. 18	Cass. soc., <b>30 sept. 2009</b> , n° 08-42.076 : JurisData n° 2009-049703 ( <i>AGS</i> ) ..... comm. 37
CA Aix-en-Provence, <b>22 janv. 2009</b> : JurisData n° 2009-011790 ( <i>Défaut de déclaration</i> ) ..... comm. 14	Cass. com., <b>12 mai 2009</b> , n° 08-10.002 : JurisData n° 2009-048267 ( <i>Déclaration des créances fiscales</i> ) ..... comm. 15	Cass. com., <b>6 oct. 2009</b> , n° 08-12.416 : JurisData n° 2009-049794 ( <i>Notion d'instance en cours</i> ) ..... comm. 6
CA Metz, <b>2 févr. 2009</b> : JurisData n° 2009-375457 ( <i>Juge compétent</i> ) ..... comm. 19	Cass. com., <b>12 mai 2009</b> , n° 08-13.430 : JurisData n° 2009-048253 ( <i>Déclaration par le créancier et recours subrogatoire de la caution</i> ) ..... comm. 16	Cass. com., <b>6 oct. 2009</b> , n° 08-12.416, SARL Corse Blanc c/ SARL Petracumpac : JurisData n° 2009-049794 ( <i>Vérification des créances</i> ) ..... comm. 17
Cass. com., <b>3 févr. 2009</b> , n° 07-18.931 : JurisData n° 2009-046856 ( <i>Voies de recours</i> ) ..... comm. 4	Cass. com., <b>12 mai 2009</b> , n° 08-12.590 : JurisData n° 2009-048257 ( <i>Nullités facultatives</i> ) ..... comm. 27	Cass. com., <b>20 oct. 2009</b> , n° 08-17.830 : JurisData n° 2009-050032 ( <i>Déclaration. Régularisation</i> ) ..... comm. 13
Cass. com., <b>17 févr. 2009</b> , n° 08-13.728, Miquel c/ Sté KBC Bank NV : JurisData n° 2009-047105 ( <i>Déclaration par mandataire</i> ) ..... comm. 12	Cass. 1 <sup>er</sup> civ., <b>20 mai 2009</b> , n° 08-12.858 : JurisData n° 2009-048348 ( <i>Nullités de droit</i> ) ..... comm. 23	Cass. soc., <b>28 oct. 2009</b> , n° 08-20.711 ( <i>Preuve</i> ) ..... comm. 28
CA Amiens, ch. com., <b>5 mars 2009</b> : JurisData n° 2009-377292 ( <i>Nullités facultatives</i> ) ..... comm. 27	Cass. avis, <b>8 juin 2009</b> : JurisData n° 2009-048455 ( <i>Sort de l'instance en cours non reprise</i> ) ..... comm. 10	Cass. com., <b>3 nov. 2009</b> , n° 08-20.490 : JurisData n° 2009-050158 ( <i>Reprise de l'instance en cours</i> ) ..... comm. 8
Cass. com., <b>10 mars 2009</b> , n° 07-20.718 : JurisData n° 2009-047448 ( <i>Voies de recours</i> ) ..... comm. 3	Cass. com., <b>16 juin 2009</b> , n° 08-13.565 : JurisData n° 2009-048660 ( <i>Décisions susceptibles d'opposition, de tierce opposition, d'appel</i> ) ..... comm. 5	Cass. com., <b>3 nov. 2009</b> , n° 08-20.418 : JurisData n° 2009-050195 ( <i>Nullités de la période suspecte</i> ) ..... comm. 26
CA Nîmes, 1 <sup>er</sup> ch. civ., sect. B, <b>19 mars 2009</b> : JurisData n° 2009-009747 ( <i>Nullités de la période suspecte</i> ) ..... comm. 26	Cass. com., <b>16 juin 2009</b> , n° 08-14.635 : JurisData n° 2009-048819 ( <i>Nullités facultatives</i> ) ..... comm. 27	Cass. soc., <b>5 nov. 2009</b> , n° 08-41.509 ( <i>Obligation de reclassement</i> ) ..... comm. 33
CA Nîmes, 1 <sup>er</sup> ch. civ., sect. B, <b>19 mars 2009</b> : JurisData n° 2009-009747 ( <i>Nullités facultatives</i> ) ..... comm. 27	CA Chambéry, ch. com., <b>23 juin 2009</b> : JurisData n° 2009-008267 ( <i>Nullités de la période suspecte</i> ) ..... comm. 25	Cass. com., <b>17 nov. 2009</b> , n° 08-11.198, Broche c/ Gervais : JurisData n° 2009-050358 ( <i>Défaut de déclaration</i> ) ..... comm. 14
Cass. com., <b>24 mars 2009</b> , n° 07-21.567 : JurisData n° 2009-047592 ( <i>Compétence</i> ) ..... comm. 2	Cass. soc., <b>22 sept. 2009</b> , n° 08-41.995 ( <i>Caractère économique du licenciement</i> ) ..... comm. 31	Cass. soc., <b>18 nov. 2009</b> , n° 07-43.438 ( <i>Obligation de reclassement</i> ) ..... comm. 33
CA Bordeaux, 2 <sup>e</sup> ch. civ., <b>31 mars 2009</b> : JurisData n° 2009-004591 ( <i>Date de cessation des paiements</i> ) ..... comm. 22	Cass. soc., <b>22 sept. 2009</b> , n° 08-44.147 : JurisData n° 2009-049634 ( <i>Caractère économique du licenciement</i> ) ..... comm. 32	Cass. soc., <b>2 déc. 2009</b> , n° 08-43.104 : JurisData n° 2009-050611 ( <i>Qualité pour agir</i> ) ..... comm. 20
Cass. ass. plén., <b>10 avr. 2009</b> , n° 08-10.154 : JurisData n° 2009-047761 ( <i>Jugement d'ouverture et règles de procédure</i> ) ..... comm. 1		

## Table des textes

D. n° 2009-1661, <b>28 déc. 2009</b> : JO 30 déc. 2009, p. 22686 ( <i>Procédure</i> ) ..... alerte 6	D. n° 2009-1693, <b>29 déc. 2009</b> : JO 31 déc. 2009, p. 23109 ( <i>Compétence</i> ) ..... alerte 9	D. n° 2009-1694, <b>30 déc. 2009</b> : JO 31 déc. 2009, p. 23110 ( <i>Compte bancaire</i> ) ..... alerte 5
--	---	--

**Pub\_60 : rpc1001\_p60.pdf**

**Pub\_61 : rpc1001\_p61.pdf**

**Pub\_62 : rpc1001\_p62.pdf**

# Nouveautés Codes bleus 2010

Votre année 2010 commence bien !

## Profitez de l'expertise de spécialistes



**Code du patrimoine et autres textes relatifs aux biens culturels 2010**  
Commenté par Marie Cornu et Vincent Négri



**Code général de la propriété des personnes publiques 2010**  
Commenté par Philippe Yolka

Nouveautés

## À jour de toutes les réformes



**Code de l'expropriation 2010**  
12<sup>e</sup> édition  
Commenté par René Hostiou



**Code de la copropriété 2010**  
14<sup>e</sup> édition  
Commenté par Jacques Lafond, Bernard Stemmer et Jean-Marc Roux



**Code général des impôts 2010**  
3<sup>e</sup> édition



**Code des assurances 2010**  
4<sup>e</sup> édition  
Commenté par Bernard Beignier et Jean-Michel Do Carmo Silva  
Près de 2000 décisions de Cours d'appel sont présentées sous forme de tableaux construits à partir des critères d'évaluation.



**Code monétaire et financier 2010**  
5<sup>e</sup> édition  
Commenté par Alice Pézard



**Code notarial 2010**  
2<sup>e</sup> édition  
En partenariat avec le Conseil Supérieur du Notariat



**Code des transports 2010**  
2<sup>e</sup> édition  
Commenté par Christophe Paulin

### 5 moyens pour commander vos codes :

- par téléphone au 0811.46.64.46 (prix d'un appel local)
- sur notre site Internet :

<http://boutique.lexisnexis.fr>

- par fax en renvoyant le document ci-contre au 01.45.58.94.00
- par courrier en renvoyant le document ci-dessous à LexisNexis - Relation Client - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
- et bien sûr chez votre libraire habituel.

Nouvelles Éditions

## BON DE COMMANDE

Commande : À retourner à LexisNexis - Relation Client - 141, rue de Javel - 75747 PARIS Cedex 15 •  
Fax : 01 45 58 94 00 • <http://boutique.lexisnexis.fr>

**Oui**, je commande le(s) code(s) suivant(s) :

Article	Qté	Prix unitaire	Total
Code du patrimoine 2010 (426201)	.....	60 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code général de la propriété des personnes publiques 2010 (449401)	.....	60 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code de l'expropriation 2010 (201910)	.....	58 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code des assurances 2010 (376104)	.....	72 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code des transports 2010 (435302)	.....	70 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code de la copropriété 2010 (201012)	.....	52 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code monétaire et financier 2010 (352205)	.....	78 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code général des impôts 2010 (456503)	.....	35 € <sup>TTC</sup>	.....€
Code notarial 2010 (459202)	.....	60 € <sup>TTC</sup>	.....€
Frais de port par commande			<b>5 €</b>

(TVA 5,5 %)

**TOTAL** .....

- Je réglerai à réception de la facture  
 Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de LexisNexis

Votre n°client LexisNexis (si vous le connaissez) :

Mme  Mlle  M. \_\_\_\_\_

Société / Établissement \_\_\_\_\_

Adresse \_\_\_\_\_

Code postal [ ] [ ] [ ] [ ] [ ] [ ] Ville \_\_\_\_\_

Tél. \_\_\_\_\_ E-mail \_\_\_\_\_

Votre activité \_\_\_\_\_

Date / Cachet et signature \_\_\_\_\_ **10NO012**

Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant.



# Code civil 2010

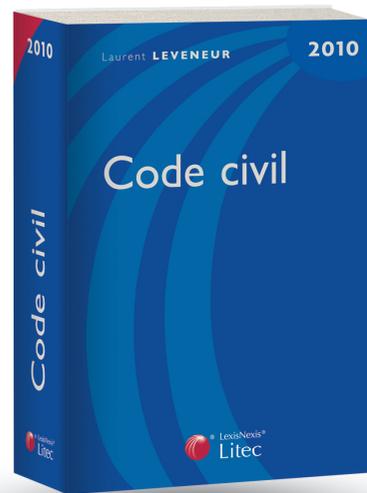
À jour des réformes législatives les plus récentes, ce code incontournable met à votre disposition l'essentiel des textes de droit civil enrichis d'annotations de jurisprudence et de nombreux textes complémentaires. Cette nouvelle édition est marquée notamment par l'entrée en vigueur de l'importante réforme des tutelles et curatelles, la ratification de l'ordonnance réformant la filiation ou encore l'introduction de l'acte de décès pour l'enfant sans vie.

## Parmi les nouveautés

- la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ;
- la loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion ;
- l'ordonnance du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie ;
- la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

Riche de nombreux textes annexes parmi lesquels des extraits de plus d'une vingtaine de codes, le Code civil 2010 reproduit de nombreuses dispositions dans leur rédaction actuelle ainsi que dans leur rédaction antérieure aux réformes récentes.

➤ Actualisation mensuelle GRATUITE par e-mail.

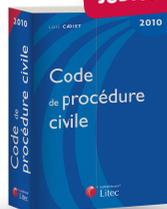


### L'AUTEUR

• Laurent Leveueur est Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

29<sup>e</sup> édition – EAN : 978-2-7110-1127-8  
Septembre 2009 – 2700 pages

**INCLUS LE CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ANNOTÉ**



## ➤ Code de procédure civile 2010

Annoté par Loïc CADIET

La toute nouvelle édition riche d'une jurisprudence abondante et ordonnée, émanant à la fois des juridictions françaises et européennes. Elle a fait l'objet d'une réorganisation substan-

tielle permettant de proposer un accès encore plus facile et exhaustif à la matière. Un réaménagement rendu nécessaire par les réformes récentes du procès civil, l'abrogation complète des dispositions de l'ancien code de procédure civile et la recodification de l'organisation judiciaire et du procès prud'homal.

Le Code de procédure civile 2010 Litec fait donc peau neuve, les anciennes dispositions n'y figurant plus qu'à titre indicatif. Toutes les annotations jurisprudentielles ont été transférées et réécrites sous la législation en vigueur.

• 23<sup>e</sup> édition • EAN : 978-2-7110-1128-5  
• Septembre 2009 • 2200 pages

## BON DE COMMANDE

A retourner à LexisNexis - Relation Client - 141, rue de Javel 75747 Paris cedex 15  
• ou par Fax : 01 45 58 94 00 • <http://boutique.lexisnexis.fr>

**Oui**, je commande le(s) codes suivant(s) :

ARTICLE	QTÉ	PRIX UNITAIRE	TOTAL
<input type="checkbox"/> Code civil 2010 (200118)	.....	36 € <sup>ttc</sup>	.....
<input type="checkbox"/> Code de procédure civile 2010 (200218)	.....	54 € <sup>ttc</sup>	.....
Frais de port par commande			5 €
(TVA 5,5 %)			
<b>TOTAL</b>			.....

### 5 MOYENS POUR COMMANDER VOS OUVRAGES

- 1 Par téléphone au 0811 46 64 46 (prix d'un appel local)
- 2 Sur notre site Internet : <http://boutique.lexisnexis.fr>
- 3 Par fax en renvoyant le document ci-contre au 01 45 58 94 00
- 4 Par courrier en renvoyant le document ci-dessous à LexisNexis Relation Client - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
- 5 Et bien sûr chez votre libraire habituel

### RÈGLEMENT

- Je réglerai à réception de la facture
- Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de LexisNexis

MLLE  MME  M. VOTRE N° CLIENT \_\_\_\_\_

NOM/PRÉNOM \_\_\_\_\_

SOCIÉTÉ / ÉTABLISSEMENT \_\_\_\_\_

ADRESSE \_\_\_\_\_

CODE POSTAL \_\_\_\_\_

VILLE \_\_\_\_\_

E-MAIL \_\_\_\_\_

TÉL \_\_\_\_\_

VOTRE ACTIVITÉ \_\_\_\_\_

DATE/CACHET ET SIGNATURE

09N109

Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant.