

---

## PREVENTION ET TRAITEMENT DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES QUATRIEME TRIMESTRE 2016

---

### **Adoption d'un plan de sauvegarde financière accélérée**

*C.A Paris, 5-9,22 septembre 2016, n° 15/25086*

#### **Fiche TDE G 2-2-3**

Le tribunal de commerce avait ouvert une procédure de sauvegarde financière accélérée, afin de mettre en œuvre un protocole d'accord prévoyant la conversion totale d'une créance obligataire en actions, assortie de l'engagement du principal porteur d'obligations d'apporter les fonds nécessaires, cet accord devant ainsi s'imposer aux minoritaires dans le cadre d'une assemblée générale des obligataires.

Toutefois le tribunal a rejeté le plan qui avait été approuvé par cette assemblée générale, au double motif du non-respect du délai de convocation de l'assemblée générale (R 626-60, R 628-16 et 17) et du dépassement du délai maximal de 2 mois entre l'ouverture de la procédure et l'adoption du plan (L 628-8 et 10).

La cour d'appel a eu beau jeu de repousser le premier motif faisant valoir que le tribunal avait invoqué l'article R 628-17 relatif à l'assemblée des actionnaires au lieu du R 628-16 relatif à l'assemblée des obligataires, qu'en tout état de cause aucune contestation de la régularité de ladite assemblée n'avait été élevée dans le délai de 10 jours et que c'est donc à tort que le tribunal l'avait soulevée d'office.

Pour repousser le deuxième motif, la cour d'appel note que la rédaction des articles L 628-8 et 10 ne prévoit qu'aucune sanction n'assortit le délai de 2 mois et qu'est uniquement prévue la faculté pour le tribunal de clôturer la procédure s'il est saisi à cette fin, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce !

Il lui est alors facile de démontrer que les intérêts des créanciers sont protégés par l'adoption du plan, la conversion des obligations en actions permettant l'extinction du passif, évitant ainsi la cessation des paiements et permettant la poursuite de l'activité.

*Il va sans dire que cet arrêt a un caractère choquant en faisant fi des délais imposés par les textes, mais également paradoxal en faisant preuve d'un pragmatisme qu'on aurait attendu davantage du tribunal de commerce que de la cour d'appel !*

### **Assignation d'une société radiée du registre du commerce et des sociétés : point de départ du délai d'1 an.**

*Cass.com.12 juillet 2016, n°14-19694, PB*

#### **Fiche TDE G 2-3-2**

Il s'agissait en l'occurrence d'une société qui avait été dissoute le 30 novembre 2010 ; sa radiation du R.C.S était intervenue le 28 décembre suivant. La clôture des opérations de liquidation amiable de la personne morale avait eu lieu le 20 janvier 2011.

La société avait été assignée en ouverture de liquidation judiciaire le 29 décembre 2011 : cette demande était-elle recevable ? Les juges du fond avaient répondu non, considérant que la demande était présentée plus d'un an après la radiation de la société.

La Cour a censuré cette décision, rappelant que le délai d'un an ne court qu'à compter de la radiation du R.C.S, consécutif à la publication de la clôture des opérations de liquidation.

C'est effectivement ce que prévoient les articles L 631-5 al.2, 1° et L 640-5 al.2, 1°.

*On peut toutefois s'étonner que la radiation du R.C.S ait pu être enregistrée avant la clôture de la liquidation ! Le greffe a ses raisons que la raison ne connaît pas !*

### **Extension de procédure : confusion de patrimoines et certification des comptes.**

*Cass.com. 27 sept. 2016, n°14-29278, F-PB*

#### **Fiche TDE G 2-6**

L'extension de procédure se justifie souvent par la confusion des patrimoines, elle-même caractérisée par des mélanges de comptes ou des flux financiers anormaux. En l'occurrence, un débiteur prenait prétexte de la certification des comptes "sans réserves" pour plaider l'absence de confusion de patrimoines.

La Cour n'a heureusement pas suivi cette argumentation consistant à admettre que la certification des comptes permettrait de gommer l'anormalité de relations financières observables, anormales en ce qu'elles sont incompatibles avec des obligations contractuelles réciproques normales.

*Un avertissement pour des commissaires aux comptes dont la responsabilité pourrait être recherchée*

### **Qualité à agir du mandataire liquidateur pour reconstituer le gage commun des créanciers**

*Cass.com. 15 novembre 2016 n° 14-26.287, PB*

#### **Fiche TDE G 4-2-1-a**

L'intérêt principal de cet arrêt est qu'il revient complètement sur l'arrêt du 13 mars 2012 n°11-15.438, qui selon le professeur F.X.Lucas, "reposait sur une succession d'erreurs de droit" !

Cet arrêt avait en effet dénié au liquidateur la qualité pour agir en inopposabilité d'une DNI (déclaration notariée d'insaisissabilité) au motif qu'il ne pouvait agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non pas d'un groupe de créanciers, ...alors qu'évidemment cette action relevait bien de sa mission dès lors qu'elle visait à réaliser un actif et ainsi à procurer un prix entrant dans le gage commun de tous les créanciers,... quelle qu'en soit ensuite la répartition entre les créanciers !

Dans le présent dossier, la DNI n'avait pas été publiée au R.C.S et était donc inopposable à la liquidation judiciaire. C'est ainsi que la Cour énonce clairement " *qu'il apparait donc nécessaire de modifier la solution résultant de l'arrêt du 13 mars 2012 et de retenir désormais que, la déclaration d'insaisissabilité n'étant opposable à la liquidation judiciaire que si elle a fait l'objet d'une publicité régulière, le liquidateur, qui a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, est recevable à en contester la régularité à l'appui d'une demande tendant à reconstituer le gage commun des créanciers*"

*"Reconnaître ses erreurs est une marque de courage et preuve d'intelligence"*

### **Fondement juridique de la déclaration de créance.**

*Cass.com. 12 juillet 2016 n° 14-28.003*

#### **Fiche TDE G 5-1-0**

Par un arrêt du 14 décembre 1993, la Cour de cassation a considéré que la déclaration de créance était un acte équivalent à une demande en justice ; c'est ainsi que le fondement juridique et/ou le montant de la déclaration ne peuvent être modifiés que dans le délai de la déclaration de créance.

Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, ce caractère de demande en justice a été amendé, puisqu'il est maintenant possible au créancier de ratifier une déclaration faite par un tiers ; la saisine du juge-commissaire n'est plus alors l'œuvre du créancier personnellement, mais se fait à l'initiative du mandataire judiciaire en charge de la vérification des créances : c'est donc lui qui présente la demande en justice pour le compte du créancier.

Par conséquent, tant que le juge-commissaire n'aura pas été saisi, il n'y aura pas d'obstacles à modifier le montant, ou le fondement de la déclaration de créance ; tout changement sera considéré comme une demande additionnelle qui pourra être présentée, tant que le juge-commissaire n'est pas saisi et non plus obligatoirement dans le délai de la déclaration de créance.

### **Défaut d'inscription d'une créance sur la liste des créances postérieures privilégiées**

*Cass.com. 28 juin 2016 n° 14-21.668, PB*

#### **Fiche TDE G 5-2**

Une société A avait fourni à la demande de l'administrateur judiciaire des marchandises à une société B en redressement judiciaire. Contrairement aux dispositions de l'article L 622-17, la créance correspondante n'avait pas été payée à son échéance. Le créancier a donc assigné le débiteur en paiement, mais la somme réclamée n'était pas celle figurant sur la liste des créances postérieures privilégiées (R 622-15), cette dernière correspondant à un montant après une compensation opérée par le mandataire judiciaire. Le créancier perdait ainsi son privilège au-delà de la somme inscrite ; pouvait-il alors poursuivre le débiteur en paiement devant la juridiction de droit commun, donc en marge de la procédure collective.

La cour d'appel avait dit non, considérant que le créancier était déchu de son privilège, et que la contestation de la compensation échappait à son pouvoir juridictionnel, étant de la seule compétence du juge-commissaire. Heureusement, la Cour n'a pas suivi cette argumentation et a affirmé clairement que " *l'absence d'inscription d'une créance sur la liste des créances postérieures instituée par l'article R 622-15 du code de commerce , qui n'est sanctionnée que par la perte du privilège du paiement prioritaire, est sans effet sur le droit de poursuite du créancier devant la juridiction de droit commun, lorsque sa créance répond aux conditions de l'article L 622-17 du code de commerce "*

*Décision logique : le droit de poursuite est indépendant de la règle du paiement par privilège !*

### **Modification de gage en cours de période suspecte**

*Cass.com. 27 sept. 2016, n°15-10421, PB*

#### **Fiche TDE G 5-4-0-a**

Une société avait consenti un gage sans dépossession sur 6 moteurs de bateau en garantie du solde débiteur d'un compte courant. Alors qu'il était déjà en état de cessation des paiements, le débiteur s'était accordé avec son créancier pour substituer 2 moteurs à 2 autres.

Au cours de la procédure de liquidation judiciaire qui a suivi, le liquidateur avait assigné l'établissement financier pour que le gage soit annulé, en application de l'article L 632-1 al.6, estimant que sa modification constituait un nouveau contrat. La cour d'appel avait suivi le jugement du tribunal en faisant droit à cette demande.

Par contre, la Cour a censuré, assez justement nous semble-t-il, cette décision, reprochant aux juges du fond de n'avoir pas recherché si la substitution opérée en cours de période suspecte avait conféré au créancier un gage supérieur ! Mais on pourra quand même s'étonner que la Cour ne soit pas interrogée sur la question purement juridique de savoir si une modification de gage pouvait s'assimiler à une constitution, mais ait préféré s'intéresser au sort des créanciers, en refusant de pénaliser un créancier qui avait accepté une substitution dans l'assiette de son gage pour favoriser l'exploitation .

*Ici encore, la Cour fait preuve d'un pragmatisme qu'on aurait davantage attendu du tribunal*

### **Revendication d'un bien incorporé**

*Cass.com. 2 novembre 2016 n° 14-18898, PB*

#### **Fiche TDE G 5-5**

L'article L 624-16 précise que *"la revendication en nature peut s'exercer... sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage"*.

En l'occurrence, il s'agissait d'un matériel de minoterie fixé sur un plancher en béton.

Après avoir noté, d'une part que la clause de réserve de propriété figurait bien sur les devis et les factures d'acompte ainsi que sur celle émise avant la livraison, et d'autre part que l'article R 624-13 n'exige pas que la lettre recommandée avec demande d'avis de réception soit adressée au débiteur lorsque ce dernier est assisté d'un administrateur, la Cour a estimé que son démontage ne nécessitait qu'une éventuelle remise en état du plancher en béton, sans risque de dégradation pour les biens de la société débitrice et en a *"souverainement déduit que la séparation des biens pouvait s'effectuer sans qu'ils en subissent un dommage au sens de l'article L 624-16 du code de commerce"*.

*Même si la Cour ne l'a pas spécifié, il semblerait néanmoins logique que la remise en état du plancher soit à la charge du revendiquant !*

### **Demande d'exécution des contrats en cours par l'administrateur judiciaire**

*Cass.com. 2 novembre 2016 n° 15-13324 et 15-16291, D*

#### **Fiche TDE G 5-7-1**

Le présent arrêt rappelle simplement les dispositions de l'article L 622-13 qui dit qu' : *"au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant"*.

En l'occurrence, l'administrateur a été condamné pour avoir poursuivi les contrats de location de 22 véhicules, alors que, selon la Cour, il ne pouvait ignorer le caractère structurellement déficitaire de l'activité et le manque de trésorerie pour faire face aux loyers à échoir, et que dès lors il n'avait même pas à s'interroger sur le caractère indispensable des contrats pour assurer la continuation de l'activité pendant la période d'observation. *En fait, l'administrateur n'a-t-il pas été condamné pour avoir voulu corriger l'erreur du tribunal, qui aurait du ouvrir immédiatement une liquidation judiciaire ?*

### **Responsabilité du liquidateur en cas de loyers impayés après poursuite du bail**

*Cass.com. 31 mai 2016 n° 14-23946*

#### **Fiche TDE G 5-7-2**

Un mandataire liquidateur avait informé le bailleur qu'il n'entendait pas mettre fin au bail en raison d'une instance en cours concernant la propriété d'actifs substantiels entreposés dans les locaux en cause.

18 mois plus tard, après restitution des clefs, le bailleur assigne le liquidateur en responsabilité personnelle pour défaut de paiement des loyers. La cour d'appel fait droit assez logiquement à cette demande considérant

que le liquidateur devait veiller au paiement des loyers, dont il était responsable en l'absence de résiliation du bail et de libération des locaux.

Toutefois, la Cour en a fait une lecture différente, considérant que c'était au bailleur de prendre l'initiative de faire valoir ses droits (L 641-12,3°), soit en obtenant l'exécution de l'obligation de paiement soit en demandant la résiliation du bail, et donc que c'était davantage la passivité du bailleur que celle du liquidateur qui était à l'origine du dommage !

*C'est l'application du principe : "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans " (Personne n'est entendu lorsqu'il allègue sa propre turpitude)*

### **Mandat ad hoc et sanction**

*Cass.com.16 mai 2016 n°14-16.895*

#### **Fiche TDE G 14-2**

Cet arrêt de la Cour rappelle simplement que la désignation d'un mandataire ad hoc n'exonère pas le dirigeant de ses obligations et n'est donc pas de nature à faire obstacle à sa responsabilité pour insuffisance d'actif, le mandataire ne disposant d'aucun pouvoir d'administration ou de gestion.

A l'inverse, s'abstenir d'utiliser une mesure de prévention peut être considéré comme une faute, comme l'ont relevé plusieurs cours d'appel. Dans un arrêt du 9 octobre 2008, la cour d'appel d'Orléans considère, pour refuser la condamnation du dirigeant, que l'effort d'avoir demandé et obtenu la désignation d'un mandataire ad hoc doit être pris en compte,...ce qui est une réaction plutôt rare et qui devrait être encouragée.

C'est cette même idée qui a été reprise dans l'ordonnance du 18 décembre 2008, en précisant qu'une interdiction de gérer peut être prononcée à l'encontre du dirigeant qui a omis "sciemment" de demander l'ouverture d'un redressement ou liquidation judiciaire....sans avoir par ailleurs demandé l'ouverture d'une conciliation.

*Toutefois, il ne faudrait pas que les présidents de tribunaux se laissent "instrumentaliser" en ouvrant des procédures préventives qui n'auraient aucune chance d'aboutir !*

### **Sanctions : Inconstitutionnalité de l'article L 654-6 du code de commerce**

*Conseil constitutionnel 29 juillet 2016, n° 2016-573 QPC*

L'article L 654-6 qui dispose que : "*La juridiction répressive qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article L 654-1 coupable de banqueroute peut, en outre, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L 653-11, prononcer soit la faillite personnelle de celle-ci soit l'interdiction prévue à l'article L 653-8, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive prise à l'occasion des mêmes faits.*" a été déclaré contraire à la Constitution, et plus précisément à l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui dit notamment que "*la Loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*".

Cet article pouvait effectivement conduire à une différence de traitement selon que le juge pénal se prononçait avant ou après le juge civil ou commercial.

*Il est certes louable de rappeler que la Loi doit être la même pour tous, ... mais est-ce bien suffisant !!*

\*