

SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LYON

Bureaux intégrés

AIX-EN-PROVENCE
BORDEAUX - CAEN
CLERMONT-FERRAND
GRENOBLE - LE HAVRE - LYON
MARSEILLE - ROUEN
SAINT-ETIENNE
SAINT-DENIS (La Réunion)
TOULOUSE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHREÏN
BELGIQUE - BIRMANIE
BOLIVIE - BRÉSIL - BULGARIE
CAMBODGE - CAMEROUN
CHILI - CHINE - CHYPRE
COLOMBIE - COREE DU SUD
COSTA RICA - CÔTE D'IVOIRE
ÉGYPTE - EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - LUXEMBOURG
MALTE - MAROC
NICARAGUA - OMAN
PANAMA - PARAGUAY
PÉROU - PORTUGAL
RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM

Conventions transnationales

www.simonassociés.com
www.lettredurestructuring.com



PRÉVENTION	
Etat des lieux des procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises en 2018 Etude DELOITTE / ALTARES « L'entreprise en difficulté en France en 2018, une fin de cycle ? », mars 2019	p. 2
PROCÉDURES COLLECTIVES	
L'absence d'ingérence disproportionnée dans le droit de propriété du créancier non revendiquant Cass. com., 3 avril 2019, n°18-11.247	p. 2
Défaillances et sauvegardes d'entreprises en France – 1^{er} trimestre 2019 Étude – ALTARES	p. 4
DIRIGEANTS	
Nullités facultatives de la période suspecte - Connaissance de l'état de cessation des paiements Cass. com., 6 mars 2019, n°17-17.686	p. 4
Faillite personnelle et procédure collective : Rappel de l'exigence d'antériorité des faits Cass. com., 6 mars 2019, n°17-26.495	p. 6
CRÉANCIERS	
Possibilité d'une nouvelle déclaration de créance à la seconde procédure collective pour le montant initial de la créance Cass. com., 30 janvier 2019, n°17-31.060	p. 6
EIRL en difficulté : Recevabilité de la déclaration de créance d'un créancier non professionnel Cass. com., 6 mars 2019, n°17-26.605	p. 7
Admission au passif d'une créance d'intérêts à échoir et adoption d'un plan de sauvegarde Cass. com., 13 février 2019, n°17-26.361	p. 9
SOCIAL	
Heures supplémentaires : la réglementation CNIL doit être respectée par l'employeur sous peine de rejet des pièces produites Cass. soc., 27 mars 2019, n°17-31.715	p. 11
Transfert d'entreprise : le nouvel employeur peut se prévaloir du PV de carence établi par l'ancien employeur Cass. soc., 6 mars 2019, n°17-28.478	p. 11
ACTUALITÉ RESTRUCTURING	p. 13

PRÉVENTION

Etat des lieux des procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises en 2018

Etude DELOITTE / ALTARES « L'entreprise en difficulté en France en 2018, une fin de cycle ? », mars 2019

Ce qu'il faut retenir :

La 13^{ème} édition de l'étude DELOITTE / ALTARES sur les entreprises françaises en difficulté en 2018 révèle une hausse du recours aux procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises sur un échantillon de 17 juridictions françaises à hauteur de 15 %. Cette hausse n'est toutefois pas constatée sur l'ensemble du territoire national.

Pour approfondir :

L'étude menée conjointement par le cabinet de conseil et d'audit DELOITTE à partir des données collectées par ALTARES met en exergue, sur un échantillon de 17 juridictions françaises, une augmentation de 15 % de l'ouverture des procédures préventives des difficultés.

Cette hausse concerne principalement les procédures de **mandat ad hoc** (+ 22 % par rapport à 2017), et plus relativement les procédures de conciliation (+ 8 % par rapport à 2017).

Le rapport précise, par ailleurs, que la procédure de mandat ad hoc a été particulièrement plébiscitée devant les juridictions de Lyon et Rennes avec respectivement 54 et 26 mandats ouverts au cours de l'année 2018.

Toutefois, cette hausse ne se confirme pas au niveau national.

En effet, les données récoltées par l'Observatoire économique du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires (CNAJMJ) indiquent, au contraire, une sensible baisse du nombre de procédures préventives au cours de l'année 2018 avec 3 599 procédures ouvertes, soit 2 % de moins qu'en 2017.

Parmi ces 3 599 procédures ouvertes, 70 % concernent des procédures de mandat ad hoc contre 30 % concernant les **procédures de conciliation**.

Cette préférence peut s'expliquer par une plus grande souplesse du mandat ad hoc, sans limite de durée.

Il est cependant rappelé que l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc implique l'absence d'un état de **cessation des paiements**.

Par ailleurs, l'Etude met également en exergue une baisse du nombre d'emplois concernés par ces procédures amiables, et ce à hauteur de 85 829, soit une baisse de 16 % par rapport à 2017.

Ce chiffre n'a eu de cesse de diminuer depuis 2016.

En effet, le nombre d'emplois concernés s'élevaient alors à 196 705.

Ces données chiffrées permettent ainsi de constater que malgré une baisse sensible du nombre d'ouverture de procédures amiables, le recours au traitement amiable des difficultés tend à se stabiliser au cours des dernières années.

A rapprocher : Défaillances et sauvegardes d'entreprises en France, par Jean-Charles SIMON

PROCÉDURES COLLECTIVES

L'absence d'ingérence disproportionnée dans le droit de propriété du créancier non revendiquant

Cass. com., 3 avril 2019, n°18-11.247

Ce qu'il faut retenir :

La sanction de l'absence de revendication avant la fin du délai prévu à l'article L.624-9 du Code de commerce réside dans l'inopposabilité du droit de propriété à la procédure collective. Selon la Cour de cassation, cette atteinte au droit de propriété se justifie par un motif d'intérêt général et ne constitue pas une ingérence disproportionnée.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société P donne à bail une pelle hydraulique à la société B, par contrat conclu le 12 décembre 2012, et ce pour une durée de 32 mois.

Cependant, la société B est placée sous procédure de **redressement judiciaire** par un jugement du 25 février 2014.

Le 10 avril 2014, la société B informe son assureur que la pelle subit un sinistre, cette dernière étant immergée dans un étang.

Par jugement du 7 octobre 2014, la procédure de redressement judiciaire de la société B est **convertie en procédure de liquidation judiciaire**.

Le 21 novembre 2014, la société P fait procéder à l'enlèvement de la pelle hydraulique, toujours immergée, et en reprend possession sans former, préalablement, une action en revendication.

A cet égard, il convient de rappeler que l'article L.624-9 du Code de commerce impose au créancier de revendiquer son bien dans un délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure.

Le liquidateur décide alors de mettre en demeure, en vain, la société P de restituer cet actif au commissaire-priseur, et ce aux fins d'adjudication.

Le liquidateur décide alors d'assigner la société P aux mêmes fins.

Après une première décision d'instance, l'affaire est portée devant la cour d'appel de Douai laquelle rejette, par un arrêt du 23 novembre 2017, la demande en restitution du liquidateur.

En effet, les juges du fond estiment que, dans le cas d'espèce, l'application des dispositions de l'article L.624-9 du Code de commerce constituerait **une ingérence disproportionnée** dans le droit de propriété de la société P dans la mesure où elle se trouverait définitivement privée du droit de jouir et de disposer de la chose par la réalisation des actifs au stade de la liquidation.

Au demeurant, la cour d'appel estime que les objectifs visant à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi ne sauraient justifier l'atteinte au droit de propriété de la société P et que le seul objectif de permettre l'apurement du passif ne saurait constituer une cause d'utilité publique.

Le liquidateur décide alors de former un pourvoi en cassation.

La Haute cour fait droit à sa demande en cassant et annulant l'arrêt d'appel au visa de l'article L.624-9 du Code de commerce ainsi que de l'article 1 du premier protocole additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à la protection du droit de propriété.

Elle estime, par un attendu de principe, que la sanction de l'absence de revendication par le propriétaire d'un bien dans le délai légal consiste à rendre son droit de propriété inopposable à la procédure collective et que cette atteinte au droit de propriété, prévue par la loi, se justifie par un motif d'intérêt général.

La cour rappelle également que ce court délai de forclusion ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir.

Par conséquent, contrairement à ce que décide la juridiction d'appel, la Cour de cassation considère qu'aucun motif ne caractérise en l'espèce une ingérence disproportionnée.

Outre le fait de rappeler que la sanction de l'absence de revendication dans le délai légal réside dans l'inopposabilité à la procédure collective, la Cour de cassation rappelle également en filigrane la conformité de l'article L.624-9 du Code de commerce à l'article 1 du premier protocole additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à la protection du droit de propriété (*Cass. com., 15 décembre 2015, n°13-25.566 ; Cass. com., 1^{er} avril 2014, n°13-13574*).

Cette décision n'est donc pas surprenante mais interroge sur la possibilité réelle, pour un créancier non revendiquant, de caractériser une atteinte disproportionnée à son droit de propriété dans le cadre d'une procédure collective.

A rapprocher : Article L.624-9 du Code de commerce ; Cass. com., 15 décembre 2015, n°13-25.566 ; Cass. com., 1^{er} avril 2014, n°13-13.574 ; La conformité du délai de revendication à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, par Marie ROBINEAU

**Défaillances et sauvegardes d'entreprises en France –
1^{er} trimestre 2019
Étude – ALTARES**

Ce qu'il faut retenir :

ALTARES, expert international reconnu de l'information sur les entreprises, dont les sources sont toujours très utiles pour les professionnels, a présenté son étude sur les défaillances d'entreprise : analyse du 1^{er} trimestre 2019.

Pour approfondir :

Le nombre de défaillances a diminué de 1,1 % entre le 1^{er} trimestre 2018 et le 1^{er} trimestre 2019 : diminution globale des sauvegardes (- 10,6 %), des liquidations judiciaires directes (- 1,3 %) et stabilisation du nombre de redressements judiciaires (0 %).

Ce chiffre cache toutefois des disparités :

- **Disparités en fonction de l'effectif de l'entreprise :**

Les TPE de moins de 10 salariés représentent à elles seules 94 % des défaillances avec 13 400 procédures au 1^{er} trimestre 2019. Les entreprises avec moins de 3 salariés ont vu augmenter la sinistralité (+ 1,5 %) contrairement aux entreprises avec 3 à 5 salariés (- 7,7 %) et les entreprises ayant entre 6 à 9 salariés (- 7,9 %). Concernant les PME de 10 à 49 salariés (- 12 %) ou les sociétés de 50 à 99 salariés (- 2,2 %) il faut noter que la diminution globale des défaillances masque l'augmentation des liquidations. Il en est de même pour les sociétés de plus de 100 salariés qui ont vu les défaillances augmenter 'que' de 6,3 % mais pour lesquelles les liquidations sont passées de 3 au 1^{er} trimestre 2018 à 7 au 1^{er} trimestre 2019.

- **Disparités géographiques :**

Des disparités concernant les défaillances apparaissent clairement en fonction de la situation géographique des entreprises. Ainsi, le nombre de défaillances au cours de ce premier trimestre 2019 a été plus élevé par rapport à la même période en 2018 à la Réunion (+ 65,2 %), en Guyane (+ 12 %), en Corse (+ 12 %), dans le Grand-est (13,1 %), en Bretagne (+ 7,9 %), dans le Centre-Val-de-Loire (+ 8,4 %) ou encore plus sensiblement dans la Nouvelle-Aquitaine (+ 1,3 %). D'autres régions voient ce nombre baisser telles la

Guadeloupe (- 24,1 %), la Martinique (- 7,8 %), la Provence-Alpes-Côte-D'azur (- 7,2 %), l'Auvergne-Rhône-Alpes (- 6,4 %), les Pays-de-la-Loire (- 6,1 %), la Bourgogne-Franche-Comté (- 5,3 %), le Haut-de-France (- 4,2 %), l'Île-de-France (- 3,4 %), la Normandie (- 3,1 %) et l'Occitanie (- 1,3 %).

- **Disparités dans les domaines d'activités :**

Cette étude met en valeur les disparités qui existent en fonction de l'activité exercée par l'entreprise. Ainsi, les entreprises qui exercent dans la construction ont vu le nombre de défaillances diminuer (- 5,4 %), idem dans le commerce (- 2,5 %) et dans l'industrie (- 8,1 %). Ce nombre a en revanche augmenté pour les entreprises travaillant dans l'hébergement, la restauration et débits de boisson (+ 0,4 %), l'agriculture (+ 0,6 %), la santé humaine et action sociale (+ 0,8 %), l'information et communication (+ 0,9 %), le transport et la logistique (+ 5 %), les services aux particuliers (+ 6,1 %), le service aux entreprises (+ 2,6 %), l'enseignement (+ 6,3 %), l'activité d'assurance et financière (+ 15,4 %) ou encore les activités récréatives (+ 22,7 %).

DIRIGEANTS

**Nullités facultatives de la période suspecte -
Connaissance de l'état de cessation des paiements**
Cass. com., 6 mars 2019, n°17-17.686

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation rappelle, en matière de nullités facultatives de la période suspecte, l'exigence pour les juges du fond, faisant droit à une demande fondée sur l'article L.632-2 du Code de commerce, d'établir de façon concrète et précise en quoi le bénéficiaire de l'acte avait connaissance, au moment de l'acte litigieux, de l'état de cessation des paiements du débiteur avec lequel il a traité.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société a été placée en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire les 14 mai et 11 juin 2013. La date de cessation des paiements a été fixée par le tribunal de commerce au 9 juillet 2012.

Le liquidateur de la société a constaté que la société débitrice avait, au cours de la période suspecte, réalisé des virements au profit de son président et que ce dernier avait effectué des prélèvements en espèces sur les comptes de la société.

Dans ces conditions, le liquidateur a saisi le tribunal de commerce de Sens sur le fondement de l'article L.632-2 du Code de commerce afin d'obtenir l'annulation des opérations litigieuses.

Par un jugement du 3 novembre 2015, le tribunal de commerce a fait droit à sa demande.

Le dirigeant de la société débitrice a interjeté appel du jugement.

La cour d'appel de Paris (*CA Paris, Pôle 5 - chambre 9, 2 février 2017, n°16/07189*) a confirmé le jugement rendu en première instance. Celle-ci a en effet retenu que le tribunal de commerce avait pris en compte, non seulement la connaissance personnelle qu'avait le dirigeant sur la trésorerie de l'entreprise mais aussi son évidente appréciation « personnelle » de la situation et donc, sa connaissance effective de la situation de l'entreprise. Dans ces conditions, elle a estimé, conformément à l'article L.632-2 du Code de commerce, que le dirigeant avait connaissance de l'existence de l'état de cessation des paiements de la société en cause.

Le dirigeant de la société débitrice s'est alors pourvu en cassation.

Au visa de l'article L.632-2 du Code de commerce et de l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'appel.

Elle a en effet considéré que la cour d'appel avait dénaturé le jugement de première instance en retenant que le tribunal de commerce avait établi la connaissance, par le dirigeant, de l'état de cessation des paiements de la société à la date des opérations litigieuses, alors même que ce jugement ne contenait aucun motif sur ce point.

En outre, la chambre commerciale a estimé que le simple fait pour la cour d'appel de retenir que la

chronologie des faits montrait que le dirigeant connaissait l'existence de la cessation des paiements comme le démontrait le choix des actes effectués n'était pas suffisant ; dans la mesure où cette seule constatation n'a pas permis d'établir en quoi le dirigeant avait effectivement connaissance de l'état de cessation des paiements, c'est-à-dire de l'impossibilité pour la société qu'il dirige de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Par cet arrêt, la Cour de cassation rappelle les modalités d'annulation, par le juge, des actes passés en **période suspecte** sur le fondement de l'article L.632-2 du Code de commerce. En vertu de cette disposition, la nullité des paiements pour dettes échues ou actes à titres onéreux accomplis durant la période suspecte – c'est-à-dire entre la date de **cessation des paiements** et le **jugement d'ouverture** de la procédure collective – est facultative, puisque celle-ci est subordonnée à la preuve de la connaissance, par son bénéficiaire, de l'état de cessation des paiements (**Article L.632-2, al. 1 du Code de commerce**). Cette connaissance est indispensable à l'annulation des actes litigieux. En effet, contrairement aux nullités de droit qui sanctionnent des actes par nature anormaux, les nullités facultatives sanctionnent le comportement, l'attitude du cocontractant qui a traité avec un débiteur tout en étant conscient de son état de cessation des paiements. De ce fait, il ne peut avoir lieu à nullité qu'à la condition qu'il soit établi que le bénéficiaire de l'acte avait connaissance de l'état de cessation des paiements de son cocontractant. Les juges du fond disposent en la matière d'un pouvoir d'appréciation souverain. Pour autant, et tel que le rappelle la Cour de cassation en l'espèce, les juges du fond qui font droit à une demande d'annulation sur le fondement de l'article L.632-2 du Code de commerce ont l'obligation de caractériser concrètement et effectivement en quoi le bénéficiaire de l'acte – en l'espèce, le dirigeant de la société – avait connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur au moment de l'acte litigieux. En tout état de cause, il est admis que la seule qualité de dirigeant de la société débitrice ne présume pas sa connaissance de l'état de cessation des paiements (*Cass. com., 19 novembre 2013, n°12-25.925*).

A rapprocher : Article L.632-2 du Code de commerce ; Cass. com., 19 novembre 2013, n°12-25.925

Faillite personnelle et procédure collective :
Rappel de l'exigence d'antériorité des faits
Cass. com., 6 mars 2019, n°17-26.495

Ce qu'il faut retenir :

Une mesure de faillite personnelle peut être prononcée uniquement lorsque les faits reprochés au dirigeant sont antérieurs à la date de jugement d'ouverture de la procédure collective.

Pour approfondir :

La société ADB, SARL, a été dirigée par Monsieur S. du 1^{er} janvier 2010 au 6 mars 2013. Par la suite, c'est son épouse Madame I. qui a assumé la gérance de la société.

Le 14 février 2014, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société ADB. Le 23 mai, elle a été placée en **liquidation judiciaire**.

Le liquidateur, ayant relevé notamment que plusieurs chèques émis par une cliente de la société débitrice pour un montant de 212 171,39 euros, bien qu'encaissés, n'apparaissaient ni sur son compte bancaire, ni dans sa comptabilité, **a assigné les dirigeants successifs en responsabilité pour insuffisance d'actif** et en prononcé d'une mesure de faillite personnelle.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant considéré que les époux avaient commis des faits constituant des détournements ou dissimulations d'actifs prévus et sanctionnés par l'article L.653-4 5° du Code de commerce, a donc prononcé une mesure de **faillite personnelle** à leur encontre et a condamné l'époux à contribuer à l'insuffisance d'actif à concurrence de la somme de 200 000 euros et l'épouse à hauteur de 20 000 euros.

Les deux époux se sont pourvus en cassation.

La Cour de cassation a considéré que le prononcé de la mesure de faillite personnelle et la condamnation à contribuer à l'insuffisance d'actif étaient justifiés concernant l'époux.

Cependant concernant l'épouse, la Cour de cassation a relevé que les faits retenus avaient été commis en février et mai 2014 et a précisé ainsi que : *« seuls des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective peuvent justifier le prononcé d'une mesure de faillite personnelle, et que tel n'était pas le cas des virements*

incriminés, qui sont postérieurs au 14 février 2014, date du jugement d'ouverture ».

Elle a donc cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence en ce qu'elle a prononcé à l'encontre de l'épouse une mesure de faillite personnelle, et par voie de conséquence, en ce qu'elle l'a condamnée à supporter pour partie l'insuffisance d'actif.

A rapprocher : Cass. com., 11 décembre 2012, n°11-22.436 F-D, Sté Bâti bien : JurisData n°2012-029306 ; Bull. Joly Sociétés 2013, p. 273, §120, note E. Mouial Bassilana

CRÉANCIERS

Possibilité d'une nouvelle déclaration de créance à la seconde procédure collective pour le montant initial de la créance

Cass. com., 30 janvier 2019, n°17-31.060

Ce qu'il faut retenir :

La décision d'admission ou de rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde procédure ouverte à l'égard du même débiteur après résolution de son plan. Le créancier dont la créance a fait l'objet d'un rejet dans le cadre de la première collective peut déclarer cette même créance au passif de la seconde procédure collective.

Pour approfondir :

Un créancier déclare deux créances d'un montant de 354 090,36 € et 378 452,55 €, au passif de la procédure de redressement judiciaire ouverte à l'égard de son débiteur. Ces créances ont été admises à hauteur de 145,58 € et 144,45 €. Un plan de redressement ayant été arrêté, le débiteur a réglé ces deux créances pour le montant admis au passif en application de l'article L.626-20 II du Code de commerce, qui prévoit le paiement sans remise ni délai des créances d'un montant inférieur à 500 €.

Par la suite, le plan a été résolu et le créancier a de nouveau déclaré ses deux créances, pour le montant initial réactualisé.

La cour d'appel admet les deux créances au montant déclaré. Le débiteur forme alors un pourvoi en cassation au moyen que, si en application de l'article L.626-27 III du Code de commerce, la dispense du créancier soumis au plan ou admis au passif de la première procédure d'avoir à déclarer sa créance dans la seconde procédure ouverte, ne lui interdit pas de déclarer à nouveau (Cass. avis, 17 sept. 2012, n°12-00.010), ce n'est que pour en obtenir l'actualisation (Cass. com., 4 mai 2017, n°15-15.390). Aux termes du pourvoi, le créancier ne pouvait donc, au titre d'une nouvelle déclaration, remettre en cause la décision du juge-commissaire rendue au cours de la première procédure et qui avait partiellement admis la créance, en demandant l'admission de sa créance pour le montant initial.

La Cour de cassation devait donc se prononcer sur le point de savoir si le créancier admis partiellement à la première procédure peut, après résolution du plan, déclarer de nouveau sa créance à la seconde procédure, pour son montant initial.

La Cour de cassation y répond favorablement en reprenant une formulation qu'elle avait adoptée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 : « *l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde à l'égard du même débiteur après résolution de son plan de redressement* » (Cass. com., 3 déc. 2003, n°02-14.474 ; Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n°08-10.154. Cass. com., 22 sept. 2009, n°08-17.378).

En effet, l'autorité de la chose jugée ne vaut que si les parties sont les mêmes (art. 1355 du Code civil – ancien article 1351 du Code civil). Or, l'ouverture d'une seconde procédure collective engendre une nouvelle désignation de mandataires de justice, empêchant de fait l'identité des parties, condition de l'étendue de l'autorité de la chose jugée.

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, en cas d'ouverture d'une seconde procédure collective suite à la résolution du plan, le créancier admis à la première procédure devait déclarer à nouveau sa créance dans la seconde procédure. En application de cette jurisprudence, le créancier pouvait très bien voir admettre une créance qui avait été rejetée dans le cadre de la première procédure (Cass. com., 22 sept. 2009, n°08-17.378) ; de même que le débiteur pouvait contester la créance déclarée au titre de la seconde procédure collective, quand bien même avait-elle été

admise dans le cadre de la première procédure collective.

Il était possible de se demander si cette jurisprudence allait prospérer après la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, qui a introduit l'article L.626-27 du Code de commerce au titre duquel les créances admises dans le cadre d'une première procédure collective sont admises de plein droit au passif de la seconde procédure collective, déduction faite des sommes déjà perçues.

Par le présent arrêt, la Cour de cassation maintient sa position antérieure. Ce faisant, l'articulation entre cette jurisprudence et l'article L.626-27 du Code de commerce place le créancier dans une situation particulièrement favorable.

En effet, aux termes de l'article L.626-27 précité, le créancier dont la créance a été admise dans la première procédure verra sa créance admise de plein droit à la seconde procédure, sans que le débiteur puisse la contester au cours de la seconde procédure. A l'inverse, la décision de rejet d'une créance rendue au cours de la première procédure n'ayant pas autorité de la chose jugée dans la seconde procédure, le créancier pourra la déclarer de nouveau et ainsi espérer son admission dans le cadre de la seconde procédure.

A rapprocher : Art. L.626-27 III du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 12 mars 2014 ; Cass. com., 3 déc. 2003, n°02-14.474 ; Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n°08-10.154 ; Cass. com., 22 sept. 2009, n°08-17.378 ; Cass. com., 4 mai 2017, n°15-15.390 ; Cass. avis, 17 sept. 2012, n°12-00.010

EIRL en difficulté : Recevabilité de la déclaration de créance d'un créancier non professionnel

Cass. com., 6 mars 2019, n°17-26.605

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque le jugement d'ouverture et la publication qui en est faite au BODACC prononcent l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un entrepreneur individuel sans préciser que le débiteur exerce son activité sous le régime d'EIRL, la procédure collective est alors ouverte, non pas à l'égard de l'EIRL, mais à l'encontre de l'entrepreneur individuel.

Par conséquent, la banque créancière personnelle de l'entrepreneur individuel peut valablement déclarer sa créance à la procédure collective de ce dernier, sans que ne puisse lui être opposé le caractère non-professionnel de sa créance.

Pour approfondir :

En l'espèce, un entrepreneur individuel a, par une déclaration d'affectation déposée le 24 mai 2012, affecté une partie de son patrimoine à son activité professionnelle d'électricien, sous la dénomination « Corsa Lux ».

Ce dernier, exerçant désormais en qualité d'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL), a déclaré son état de **cessation des paiements**.

Par un jugement du 13 avril 2015, une procédure de redressement judiciaire, conséquemment convertie en liquidation judiciaire le 8 juin 2015, est ouverte à son égard, sans précision particulière sur sa qualité d'EIRL.

Une banque, qui lui avait consenti un prêt habitat pour l'acquisition de son logement personnel, a déclaré sa créance au passif de la procédure.

La cour d'appel de Bastia (*CA Bastia, 12 juillet 2017, n°16/00546*) a confirmé l'ordonnance du juge-commissaire ayant rejeté la créance litigieuse. Elle a en effet estimé que le professionnel indépendant avait régulièrement affecté une partie de son patrimoine à son activité professionnelle. Or, elle a relevé que la créance relative au prêt habitat, en ce que ce dernier avait été consenti à titre privé, ne constituait pas une créance née à l'occasion de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté. Partant, la cour d'appel en a déduit que la créance en cause ne pouvait être admise au passif ; le professionnel indépendant n'étant pas lui-même éligible à titre personnel à une procédure collective.

La banque s'est pourvue en cassation, reprochant à la cour d'appel d'avoir décidé que la procédure collective avait été ouverte à l'encontre de l'EIRL alors même que le professionnel avait omis, tant dans sa déclaration d'affectation, que dans sa déclaration de cessation des paiements, de faire précéder ou suivre sa dénomination des termes « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ou des initiales « EIRL » tel que l'exige **l'article L.526-6, alinéa 4 du Code de commerce**. L'appelante a par ailleurs relevé que le jugement d'ouverture – qui a autorité de la chose jugée par l'effet de sa publication au BODACC – a été prononcé à

l'encontre de l'entrepreneur individuel à titre personnel, et non pas de l'EIRL, de sorte que sa déclaration de créance ne pouvait être qu'admise.

La Cour de cassation a accueilli le pourvoi et cassé et annulé l'arrêt d'appel.

Elle a en effet relevé que le tribunal avait ouvert une procédure collective à l'encontre de l'entrepreneur individuel exerçant son activité comme EIRL, sans toutefois préciser que la procédure visait les éléments du seul patrimoine affecté à l'activité en difficulté. En outre, elle a relevé que les publications faites du jugement d'ouverture – qui le rendent opposable à tous – ne mentionnaient pas la dénomination sous laquelle le débiteur exerçait son activité d'EIRL, ni même l'expression « entrepreneur individuel à responsabilité limitée » pas plus que les initiales « EIRL », tel que l'exige **l'article R.621-8 du Code de commerce**.

Par conséquent, il est établi que la procédure collective avait été ouverte, non pas au bénéfice de l'EIRL, mais à l'encontre de l'entrepreneur individuel à titre personnel. La Cour de cassation en a donc déduit que la banque, en tant que créancière personnelle de l'entrepreneur, pouvait valablement déclarer sa créance à la procédure collective telle qu'elle avait été ouverte et rendue publique.

Pour rappel, tout entrepreneur individuel peut en effet affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel sans création d'une personne morale (*Code de commerce, art. L.526-6, al. 1*). Pour cela, l'entrepreneur doit réaliser une déclaration d'affectation et utiliser, pour l'exercice de cette activité, une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ou des initiales : « EIRL » (*Code de commerce, art. L.526-6, al. 4*). La création de cette EIRL lui permet ainsi d'isoler de son patrimoine personnel – dit patrimoine non affecté – certains biens dédiés à son activité professionnelle dans un patrimoine indépendant – dit patrimoine d'affectation ou patrimoine affecté.

Il est admis que l'EIRL puisse faire l'objet d'une procédure collective. Lorsque c'est le cas, il est alors fait échec aux principes d'unicité du patrimoine et de l'effet réel de la procédure, en vertu desquels tous les biens composant le patrimoine du débiteur sont soumis à la procédure collective. En effet, seuls les biens composant le patrimoine affecté seront atteints, à l'exclusion de ceux composant le patrimoine non affecté (*Code de commerce, art. L.680-2*).

La procédure collective est seulement ouverte à l'encontre de l'EIRL à laquelle est rattaché ce patrimoine affecté, sans atteindre toutefois l'entrepreneur personne physique, qui demeure quant à lui *in bonis*. Par voie de conséquence, seuls les créanciers dont la créance affecte le patrimoine affecté – dits créanciers « professionnels » – peuvent et doivent déclarer leur créance au passif de la procédure. Au contraire, les créanciers dont la créance atteint le patrimoine non affecté – dénommés créanciers « privés » – traitent toujours avec un entrepreneur *in bonis*. Partant, ces derniers ne peuvent déclarer leur créance au passif de la procédure affectant l'EIRL.

Toutefois, encore faut-il que la procédure collective ait été effectivement ouverte à l'encontre de l'EIRL. Or pour cela, l'avis du jugement d'ouverture doit obligatoirement contenir la dénomination sous laquelle l'EIRL exerce son activité précédemment exigée lors de la déclaration d'affectation (à savoir le nom de l'entrepreneur, précédé ou suivi immédiatement des mots : « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée » ou des initiales : « EIRL » - *Code de commerce, art. R.621-8, al. 5 et L.526-6, al. 4*) ; ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

C'est ce que rappelle expressément la Cour de cassation aux termes de son arrêt du 6 mars 2019. Il est en effet admis que le jugement d'ouverture de la procédure et les publications qui en sont faites acquièrent, à défaut de recours, autorité de la chose jugée et deviennent opposables à tous. Par conséquent, dès lors que la publication du jugement d'ouverture au BODACC mentionne simplement le nom de l'entrepreneur individuel sans aucune précision relative à la qualité d'EIRL du débiteur, la procédure collective est ouverte, non pas à l'encontre de l'EIRL, mais à l'encontre de l'entrepreneur à titre personnel. Partant, les créanciers personnels de ce dernier peuvent et doivent déclarer leur créance au passif de la procédure.

A rapprocher : Code de commerce, art. L.526-6 ; Code de commerce, art. R.621-8 ; Code de commerce, article L.680-2

Admission au passif d'une créance d'intérêts à échoir et adoption d'un plan de sauvegarde
Cass. com., 13 février 2019, n°17-26.361

Ce qu'il faut retenir :

L'article R.622-23, 2° du Code de commerce n'exigeant l'indication des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté que dans le cas où leur montant ne peut être calculé au jour de la déclaration de créance, la créance doit être admise pour son montant au moment du jugement d'ouverture, sans tenir compte des événements pouvant influencer sur le cours des intérêts à échoir.

Par conséquent, le juge-commissaire peut admettre ceux-ci pour leur montant déjà calculé sans prendre en considération les modalités d'un plan ou les sommes pour lesquelles le créancier sera effectivement retenu dans les répartitions et les dividendes.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société a été placée en procédure de **sauvegarde** le 12 octobre 2015, procédure dans laquelle un mandataire judiciaire a été désigné.

Par suite, un plan de sauvegarde a été arrêté et un commissaire à l'exécution du plan a été désigné.

Une banque, créancière de la société débitrice au titre d'un prêt d'équipement consenti le 2 mai 2013, a déclaré sa créance au passif de la procédure. La **déclaration de créance**, qui mentionnait le montant des échéances à échoir, intérêts inclus, ainsi que leur taux conventionnel, ne précisait toutefois pas les modalités de calcul des intérêts.

Par une ordonnance du 17 novembre 2016, cette créance a été admise par le juge-commissaire.

La cour d'appel, saisie d'un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire, a admis la créance au montant qui avait été déclaré (*CA Toulouse, 2^{ème} chambre, 28 juillet 2017, n°16/05863*).

Les juges du fond ont en effet considéré qu'aucun texte n'obligeait le créancier à distinguer, dans la déclaration de créance, le montant des intérêts à échoir du montant du capital à échoir. Par conséquent, ils en ont déduit que le fait d'indiquer dans la déclaration de créance le montant des échéances à échoir, comprenant tant le capital que les intérêts, n'était pas contraire à **l'article R.622-23, 2° du Code de commerce** (pour une solution identique : *CA Toulouse, 2^{ème} chambre, 28 juillet 2017, n°16/05871*).

La société débitrice, le mandataire judiciaire et le commissaire à l'exécution du plan se sont pourvus en cassation.

Ces derniers ont en effet estimé que la déclaration de créance devait, conformément à **l'article R.622-23, 2°** précité, préciser les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté et dont le montant ne peut être calculé au jour de l'acte, ce qui serait le cas lorsque le terme de la créance d'intérêts dépend des délais et modalités de remboursement prévus par un plan, notamment de sauvegarde.

Considérant que les intérêts ne pouvaient être arrêtés avant remboursement de la créance selon les conditions prévues par le plan de sauvegarde, les demandeurs au pourvoi en ont déduit que la déclaration de créance litigieuse aurait dû mentionner les modalités des calculs des intérêts. Partant, la cour d'appel ayant admis la créance litigieuse pour son montant incluant les intérêts à échoir, aurait violé les articles **L.622-25** et **R.622-23, 2°** du Code de commerce.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

Elle a en effet considéré que **l'article R.622-23, 2° du Code de commerce** n'exige l'indication des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté *que dans le cas où leur montant ne peut être calculé au jour de la déclaration des créances*.

Partant, la chambre commerciale a retenu que la créance devait être admise pour son montant au moment du jugement d'ouverture de la procédure

collective, sans tenir compte des événements pouvant influencer sur le cours des intérêts à échoir, de sorte que le juge-commissaire pouvait admettre ces intérêts pour leur montant déjà calculé sans prendre en considération les modalités d'un plan ou les sommes pour lesquelles le créancier sera effectivement retenu dans les répartitions et les dividendes.

Pour rappel, la déclaration de créance doit mentionner « *le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances* » (**Code de commerce, art. L.622-25**). En outre, elle doit préciser « *les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, cette indication valant déclaration pour le montant ultérieurement arrêté* » (**Code de commerce, art. R.622-23, 2°**).

Par conséquent, **l'article R.622-23, 2° du Code de commerce** ne s'applique pas lorsque le montant des intérêts à échoir peut être calculé par le créancier au jour de sa déclaration de créance. Autrement dit, il n'y a pas lieu de préciser les modalités de calcul des intérêts lorsque la déclaration de créance inclue le montant, déjà calculé, des intérêts à échoir (**Cass. com., 5 mai 2015, n°14-13.213**).

Outre cette précision, la Cour de cassation rappelle que la créance doit être admise pour son montant au moment du jugement d'ouverture, sans tenir compte des événements pouvant influencer sur le cours des intérêts à échoir, solution classique en la matière (**Cass. com., 7 novembre 2018, n°17-22.194**).

Partant, la Haute juridiction judiciaire en déduit qu'il n'y a pas lieu en l'espèce, et contrairement aux prétentions des demandeurs au pourvoi, de tenir compte de l'adoption d'un plan de sauvegarde postérieur à la déclaration de créance.

A rapprocher : Code de commerce, art. L.622-25 ; Code de commerce, art. R.622-23, 2° ; Cass. com., 5 mai 2015, n°14-13.213 ; Cass. com., 7 novembre 2018, n°17-22.194

SOCIAL

Heures supplémentaires : la réglementation CNIL doit être respectée par l'employeur sous peine de rejet des pièces produites

Cass. soc., 27 mars 2019, n°17-31.715

Ce qu'il faut retenir :

L'employeur ne peut utiliser des éléments ne respectant pas les normes CNIL sur le traitement automatisé des informations nominatives pour contrer une demande d'heures supplémentaires sous peine de les voir écartés des débats.

Pour approfondir :

Selon l'article L. 3171-4 du Code du travail, « *en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments, et ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si le décompte des heures de travail accomplies par chaque salarié est assuré par un système d'enregistrement automatique, celui-ci doit être fiable et infalsifiable.* ».

Il est de jurisprudence constante que la preuve des heures supplémentaires ne pèse pas uniquement sur le salarié ; il appartient à chacune des parties de rapporter la preuve de l'accomplissement des heures travaillées. Le salarié doit fournir un commencement de preuve et l'employeur doit apporter des éléments justifiant des horaires effectivement exécutés par le salarié.

Dans le cas d'espèce, un salarié sollicitait un rappel d'heures supplémentaires. Pour contester cette demande, l'employeur rappelait que le décompte du salarié était erroné car il ne prenait pas en compte les temps de pause pris pendant le déjeuner. L'employeur produisait à cet effet des tickets de cantine de l'entreprise émanant du système de traitement automatisé.

Le salarié arguait du fait que la production des tickets litigieux n'était pas recevable car ces documents ne respectaient pas la réglementation CNIL. Les juges du fond avaient fait droit à cette demande et avaient ainsi écarté ces éléments de preuve au motif que la norme

simplifiée NS-042 de la CNIL du 8 janvier 2002 encadrant le traitement automatisé des informations nominatives sur le lieu de travail en matière de restauration n'était pas respectée. Pour être recevables, les tickets ne doivent mentionner que l'heure des repas ainsi que le type de consommation (hors d'œuvre, plat, dessert, boisson). Il est interdit de faire figurer des éléments permettant de donner des indications sur les habitudes alimentaires des salariés.

Peu importe que les tickets soient produits uniquement dans le but de contrer le décompte du salarié et de justifier de la réalité des heures effectuées. Pour la Haute juridiction, dans la mesure où ils ne respectent pas la réglementation édictée par la CNIL, ces éléments sont considérés comme des moyens de preuve illicites et doivent de ce fait être écartés des débats.

Il est donc nécessaire que tout traitement informatisé des données au sein de l'entreprise soit conforme aux dispositions édictées par la CNIL et désormais également au RGPD.

A rapprocher : Cass. soc., 24 janvier 2018, n°16-23.743 ; Cass. soc., 1^{er} janvier 2017, n°15-23.522

Transfert d'entreprise : le nouvel employeur peut se prévaloir du PV de carence établi par l'ancien employeur

Cass. soc., 6 mars 2019, n°17-28.478

Ce qu'il faut retenir :

Dans le cadre d'un transfert d'une entité autonome, le nouvel employeur peut se prévaloir, pendant une durée de quatre ans, du procès-verbal de carence aux élections professionnelles dressé au sein de l'entreprise cédante, si l'entité transférée a conservé post transfert son autonomie.

Pour approfondir :

Dans le cadre des élections professionnelles, si aucune institution représentative du personnel n'a pu être mise en place ou renouvelée, l'employeur dresse un procès-verbal de carence. Cette formalité est indispensable afin d'éviter à l'employeur de se voir sanctionné pour défaut de consultation des instances représentatives du personnel quand une consultation est obligatoire.

La Cour de cassation a dû se prononcer sur l'opposabilité, au sein de l'entreprise d'accueil, du procès-verbal de carence établi par l'entreprise cédée, dans le cadre d'un transfert de salariés en application de l'article L.1224.1 du Code du travail.

Dans le cas d'espèce, une société qui avait dressé un procès-verbal de carence à la suite des élections professionnelles a été cédée. Les salariés y travaillant ont ainsi fait l'objet d'un transfert automatique chez le repreneur. Un des salariés transférés a par la suite été licencié dans le cadre d'une procédure de licenciement pour inaptitude. Cette dernière impose à l'employeur de recueillir l'avis des délégués du personnel (CSE désormais) concernant les propositions de reclassement.

Pour justifier de l'absence de consultation des instances représentatives du personnel, l'employeur se prévalait du procès-verbal dressé lors des dernières élections professionnelles au sein de l'entité cédée.

Ce document avait été établi avant le transfert des salariés (donc dans une autre structure juridique) et datait de près de deux ans.

Pour les juges du fond comme pour la Cour de cassation, le procès-verbal continue de produire ses effets et le nouvel employeur peut s'en prévaloir. En effet, l'entité cédée avait conservé son autonomie dans

la nouvelle structure. Or, les mandats des institutions représentatives du personnel sont transférés lorsque l'entité économique à laquelle est rattaché le représentant du personnel conserve son autonomie et que l'activité est poursuivie. Ainsi, dans le cas d'espèce, si des délégués avaient été élus au sein de l'entreprise cédée, les mandats se seraient poursuivis dans la structure d'accueil après le transfert. Pour la Haute juridiction, le procès-verbal de carence continue également à produire ses effets post transfert dans la nouvelle entité qui emploie désormais les salariés.

Par ailleurs, ce procès-verbal est valable pendant une durée de quatre ans (durée légale des mandats) en l'absence de demande d'organisation d'élections professionnelles émanant d'une organisation syndicale ou d'un salarié. Lors de la procédure de licenciement de ce salarié pour inaptitude, aucune demande d'organisation d'élections n'ayant été faite, la procédure de licenciement était tout à fait licite. La solution aurait été différente si un salarié ou un syndicat avaient sollicité (six mois au minimum après l'établissement du procès-verbal de carence) l'organisation d'élections professionnelles. Dans un tel cas, l'employeur aurait eu l'obligation de les mettre en place dans le délai d'un mois.

A rapprocher : Cass. soc., 11 mai 2016, n°14-12.169

ACTUALITÉ RESTRUCTURING SIMON ASSOCIÉS

DISTINCTIONS

Simon Associés, classé parmi les meilleurs cabinets d'avocats en 2019

Le Point / Statista



Notre cabinet est classé parmi les meilleurs, aux côtés des plus grandes équipes françaises, dans la catégorie « **Droit commercial, des affaires et de la concurrence** », catégorie générique qui positionne le cabinet comme il est dans son ADN depuis 25 ans. Ce classement a été réalisé par Le Point avec un institut indépendant reconnu qui s'est fondé sur l'expertise technique, la réactivité, la transparence, et la recommandation. Ce classement confirme ceux déjà obtenus par Simon Associés, le Monde du Droit, Décideurs, Option Droit Affaire, Legal 500, Chambers, etc. Merci à tous ceux qui contribuent à cette notoriété par leur engagement, nos clients et partenaires, notre réseau, et bien sûr nos associés et collaborateurs !

[En savoir plus](#)

N°1 en Restructuring pour la 4^{ème} fois depuis 2015

Palmarès des Avocats 2019

[En savoir plus](#)

Simon Associés est classé dans les catégories *Insolvency* (rang 3) et *Employment* (rang 4)

Legal 500 EMEA

[En savoir plus](#)

Classement Option Finance / Option Droit & Affaires 2019

- Procédures collectives (sauvegardes, redressements judiciaires et liquidations judiciaires) : ***
- Prévention des difficultés et renégociation de dette : **
- PSE et contentieux collectifs afférents : *

[En savoir plus](#)

COMMUNIQUÉ DE PRESSE

Simon Associés conseille la famille Alès et la société Avila dans le cadre d'une restructuration d'Alès Groupe

[En savoir plus](#)

ÉVÉNEMENTS

Entreprises en difficulté : vivre en plan

Conférence organisée par l'Université Jean Moulin Lyon III
Intervention de **Stéphane CAVET** à la table ronde : « Les conseils de l'entreprise en plan »
23 mai 2019 – Lyon | Amphithéâtre de la MILC

[En savoir plus](#)

Si ma boîte allait moins bien, comment devrais-je réagir ?

Conférence organisée par la Commission « Entreprises en difficulté » du MEDEF 44,
en partenariat avec le CIP 44 et l'association 60 000 rebonds
Intervention de **Marie ROBINEAU** en tant qu'expert
4 juin 2019 – Nantes | MEDEF 44

[En savoir plus](#)