

SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LYON
FORT-DE-FRANCE

Bureaux intégrés

CHAMBÉRY
CLERMONT-FERRAND
GRENOBLE - LE HAVRE
LYON - MARSEILLE
ROUEN - SAINT-ETIENNE
SAINT-DENIS (La Réunion)
STRASBOURG - TOULOUSE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARMÉNIE
AZERBAÏDJAN - BAHREÏN
BELGIQUE - 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
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - LUXEMBOURG
MAROC - NICARAGUA
OMAN - PARAGUAY - PÉROU
PORTUGAL - RD CONGO
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE

Conventions transnationales

www.simonassocies.com
www.lettredurestructuring.com



PRÉVENTION	
Suspension des effets d'une clause résolutoire par l'octroi des délais de paiement dans la procédure de conciliation CA Paris, 15 juin 2018, n°17/08050	p. 2
PROCÉDURES COLLECTIVES	
L'imputation majorée des déficits antérieurs en cas d'abandon de créance QPC, 13 avril 2018, n°2018-700	p. 3
Pouvoir du mandataire de former un recours après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire Cass. com., 24 mai 2018, n°17-11.513	p. 5
DIRIGEANTS	
Appréciation de l'insuffisance d'actif en cas de démission du dirigeant Cass. com., 24 mai 2018, n°17-10.117	p. 6
Recevabilité de l'action en contribution aux pertes sociales Cass. com., 3 mai 2018, n°15-20.348	p. 7
ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS	
Sur la recevabilité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif diligentée par les créanciers contrôleurs Cass. com., 24 mai 2018, n°17-10.005	p. 8
Application immédiate de la loi plus douce à la sanction de l'interdiction de gérer Cass. com., 24 mai 2018, n°17-18-918	p. 9
CRÉANCIERS	
Interdiction des poursuites et déclaration de créance : absence d'obligation d'alerter les créanciers Cass. com., 6 juin 2018, n°16-23.996	p. 10
La notion de créance utile à la procédure collective précisée Cass. com., 9 mai 2018, n°16-24.065	p. 11
SOCIAL	
Absence de garantie par l'AGS des créances salariales en l'absence de procédure collective Cass. soc., 16 mai 2018, n°16-25.898 et n°16-25.899	p. 13
ACTUALITÉ RESTRUCTURING SIMON ASSOCIÉS	p. 15

PRÉVENTION

Suspension des effets d'une clause résolutoire par l'octroi des délais de paiement dans la procédure de conciliation

CA Paris, 15 juin 2018, n°17/08050

Ce qu'il faut retenir :

Le preneur bénéficiaire d'une procédure de conciliation et ayant été mis en demeure par son bailleur pour défaut de règlement des loyers peut solliciter du Président du Tribunal de commerce des délais de paiement. La décision par laquelle le Président du Tribunal de commerce octroie de tels délais permet de suspendre les effets de la clause résolutoire stipulée dans le bail sous réserve du respect, par le preneur, des délais de paiement préalablement accordés et d'une décision en ce sens du Président du Tribunal de grande instance.

Pour approfondir :

En l'espèce, la SCI R conclu, avec la société S, un bail le 28 juin 2010 portant sur un local.

Cette mise en demeure étant restée infructueuse, la SCI R décide de mettre en demeure la société S afin qu'elle règle les loyers impayés.

Par la suite, la SCI R décide de délivrer le 25 septembre 2016 à la société S un commandement de payer les loyers impayés et visant la clause résolutoire du bail commercial.

Toutefois, ce commandement demeure également infructueux.

C'est dans ces conditions que la SCI R décide d'assigner en référé la société S devant le Tribunal de grande instance de Bobigny afin de voir constater l'acquisition de la clause résolutoire et sa condamnation au paiement des arriérés de loyers.

La société S, bénéficiaire d'une procédure de conciliation, décide d'assigner, à son tour, la SCI R devant le Président du Tribunal de commerce de Bobigny afin d'obtenir des délais de paiements ainsi que la réduction du taux d'intérêt contractuel outre la suspension de la réalisation et des effets de la clause résolutoire.

La société S se fonde ainsi sur les dispositions de l'alinéa 5 de l'article L.611-7, lesquelles disposent que :

« Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du Code civil. Le juge statue après avoir recueilli les observations du conciliateur. Il peut subordonner la durée des mesures ainsi prises à la conclusion de l'accord prévu au présent article. Dans ce cas, le créancier intéressé est informé de la décision selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Par ordonnance du 5 janvier 2017, le Président du Tribunal de commerce de Bobigny accueille la demande de délais de paiement de la société S, mais se déclare incompétent pour statuer sur les demandes relatives à la clause résolutoire.

Par ordonnance du 10 mars 2017, le juge des référés du Tribunal de grande instance de Bobigny considère, quant à lui, qu'il n'y a pas lieu à référé et rejette la demande en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire de la SCI R.

A cet égard, il convient de préciser que dans l'hypothèse où le Président du Tribunal de commerce n'aurait pas rendu sa décision concernant l'octroi des délais de paiement, le juge des référés aurait dû surseoir à statuer dans l'attente de cette décision, conformément aux dispositions de l'article R.611-35, alinéa 2.

Insatisfaite de la décision rendue par le juge des référés, la SCI R décide d'interjeter appel devant la Cour d'appel de Paris.

Dans le cadre de cet appel, la société S, intimée, sollicite la suspension des effets de la clause résolutoire en invoquant, à ce titre, la force exécutoire de l'ordonnance du 5 janvier 2017 par laquelle le Président du Tribunal de commerce de Bobigny lui a octroyé des délais de paiement.

Par arrêt du 15 juin 2018, les juges du fond infirment l'ordonnance rendue le 10 mars 2017 et ordonnent la suspension des effets de la clause résolutoire.

En effet, la juridiction d'appel parisienne précise que la décision du Président du Tribunal de commerce de Bobigny du 5 janvier 2017 d'octroyer des délais de paiement à la société S « *bénéficiait de la force exécutoire et s'imposait à la juridiction* ».

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Dans ces conditions, selon la Cour d'appel, le Tribunal de grande instance aurait dû suspendre les effets de la clause résolutoire.

Si cette position apparaît plutôt en faveur du preneur bénéficiaire d'une procédure de conciliation, elle s'avère, en revanche, plutôt classique en la matière.

En effet, les dispositions commerciales prévoient, aux termes de l'article L.145-41 du Code de commerce, que :

« Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues à l'article 1343-5 du Code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge ».

Il résulte de ce texte que si le juge saisi a la possibilité d'octroyer des délais de paiement, en revanche, cet octroi entraîne *de facto* la suspension des effets de la clause résolutoire.

Par ailleurs, il convient de noter l'originalité de la décision dans la mesure où la suspension des effets de la clause résolutoire est prononcée par une juridiction n'ayant pas octroyé des délais de paiement.

En effet, classiquement, la même juridiction octroie des délais de paiement et ordonne la suspension des effets de la clause résolutoire.

A cet égard, il convient de rappeler que le Tribunal de grande instance dispose, en matière de suspension des effets d'une clause résolutoire d'un bail commercial, d'une compétence exclusive (article R.211-4 du Code de l'organisation judiciaire).

Par ailleurs, il convient de préciser que la suspension des effets de la clause résolutoire n'est prononcée que dans l'hypothèse où les délais de paiement sont respectés par le preneur.

A cet effet, la Cour d'appel rappelle que :

« En cas de défaut de paiement des sommes dues à l'échéance fixée, la clause résolutoire retrouverait son plein effet ».

Par conséquent, si l'octroi de délais de paiement apparaît comme une mesure de prévention des difficultés puisqu'elle permet notamment de suspendre les effets de la clause résolutoire stipulée dans un bail, son efficacité reste soumise au respect, par le preneur, des échéances de paiement.

A rapprocher : Article L.611-7 du Code de commerce ; Article L.145-41 du Code de commerce ; Article R.611-35, alinéa 2 ; Article R.211-4 du Code de l'organisation judiciaire ; Application des délais de grâce prévus par l'article 1244-1 du Code civil dans le cadre d'une procédure de conciliation ; Obtention des délais de paiement dans le cadre d'une procédure de conciliation

PROCÉDURES COLLECTIVES

L'imputation majorée des déficits antérieurs en cas d'abandon de créance

QPC, 13 avril 2018, n°2018-700

Ce qu'il faut retenir :

La majoration de la limite d'imputation des déficits reportables sur les bénéficiaires postérieurs en cas d'abandon de créance, prévue par l'article 209 du Code général des impôts, ne profite qu'aux entreprises en difficulté ayant bénéficié de ces abandons. La clarification tenant à la détermination des sociétés bénéficiaires de cette majoration, apportée par le paragraphe II de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2016 n°2016-1917, ne remet pas en cause les situations légalement acquises. Par conséquent, la rétroactivité de ces nouvelles dispositions n'est pas inconstitutionnelle.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société T, à la tête d'un groupe intégré, consent à une de ses filiales, placée en procédure de redressement judiciaire depuis le 1^{er} juin 2012, un abandon de créances à hauteur de 17,5 millions d'euros.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2012, la société T réalise un résultat net à hauteur de 172,2 millions d'euros et cumule un déficit reportable d'environ 2 milliards d'euros.

A l'époque, les dispositions de l'article 209 du Code général des impôts disposent que :

« Sous réserve de l'option prévue à l'article 220 quinquies, en cas de déficit subi pendant un exercice, ce déficit est considéré comme une charge de l'exercice suivant et déduit du bénéfice réalisé pendant ledit exercice dans la limite d'un montant de 1 000 000 € majoré de 50 % du montant correspondant au bénéfice imposable dudit exercice excédant ce premier montant. Si ce bénéfice n'est pas suffisant pour que la déduction puisse être intégralement opérée, l'excédent du déficit est reporté dans les mêmes conditions sur les exercices suivants.

Il en est de même de la fraction de déficit non admise en déduction en application de la première phrase du présent alinéa.

La limite de 1 000 000 € mentionnée au troisième alinéa est majorée du montant des abandons de créances consentis à une société en application d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L.611-8 du Code de commerce ou dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à son nom ».

Opérant une interprétation littérale de ce texte, la société T décide d'appliquer la majoration de la limite d'imputation des déficits reportables en cas d'abandon de créance.

Concrètement, elle impute la somme de 18 500 000,00 € sur ses bénéfices réalisés sur l'exercice 2012, ce qui diminue considérablement son résultat net imposable au titre de l'impôt sur les sociétés.

Or, si les dispositions précitées peuvent effectivement prêter à confusion, la doctrine administrative précise clairement, notamment dans le cadre du BOFIP, qu'en réalité, seule la société qui bénéficie de ces abandons de créances peut prétendre à l'application de la majoration.

Compte tenu de ce positionnement de l'administration, l'application de l'imputation majorée réalisée par la société T sur son exercice comptable au titre de l'année 2012 est contestée dans le cadre d'une vérification de comptabilité.

La société T décide alors de former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du commentaire interprétatif de l'administration fiscale publié au BOFIP.

Au soutien de son recours, la société T soulève une question prioritaire de constitutionnalité relative aux nouvelles dispositions résultant de la modification de l'article 209 du Code général des impôts.

En effet, entre temps, les dispositions de l'article 209 du Code général des impôts ont été clarifiées par le paragraphe II de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2016 n°2016-1917 et précisent expressément que seule l'entreprise en difficulté, qui a bénéficié d'un abandon de créance, peut prétendre à l'application de la majoration.

Le législateur spécifie que ces nouvelles dispositions ont un caractère interprétatif et sont, par conséquent, rétroactivement applicables à compter des exercices clos au 31 décembre 2012.

La société T estime ainsi que le caractère rétroactif de ces nouvelles dispositions expresses porte atteinte à des situations légalement acquises, la sienne y compris. Après une décision de renvoi du 26 janvier 2018 du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel confirme, par une décision du 13 avril 2018, la constitutionnalité des dispositions précitées.

Les juges constitutionnels estiment ainsi que, dès 2012, le législateur « a entendu donner aux sociétés auxquelles ont été consentis des abandons de créances (...) la possibilité de majorer la limite de déficit déductible du bénéfice d'un exercice, à hauteur du montant des abandons de créances qui leur ont été consentis au cours de cet exercice. Il a ainsi entendu soutenir les entreprises en difficulté ».

Les nouvelles dispositions ne remettent ainsi pas en cause des situations légalement acquises puisque, dès 2012, la majoration n'aurait été envisagée que pour les sociétés en difficulté bénéficiant des abandons de créance.

Cette décision appelle plusieurs remarques.

D'une part, les sociétés qui auraient consentis des abandons de créance et qui auraient appliqué cette majoration, risquent désormais de voir rectifier leur résultat imposable jusqu'aux exercices comptables clôturés au 31 décembre 2012.

D'autre part, l'interprétation administrative et la confirmation opérée par le Conseil constitutionnel, ne sont pas forcément évidentes.

En effet, chacun sait qu'une entreprise en difficulté dispose rarement d'une capacité bénéficiaire ce qui amoindrit considérablement l'intérêt d'un tel mécanisme pour ces dernières.

A contrario, une société qui consent des abandons de créances dispose généralement de cette capacité bénéficiaire, ce qui ne peut que l'inciter à procéder à de tels abandons.

Dans ces circonstances, si le bénéfice de la majoration de la limite de l'imputation des déficits reportables avait été accordé aux entreprises consentant des abandons de créances, il ne fait aucun doute que cela aurait également permis, indirectement, de soutenir les entreprises en difficulté.

A rapprocher : Article 209 du CGI ; Décision de renvoi du Conseil d'Etat du 28 janvier 2018, n°415695 ; Paragraphe II de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2016 n°2016-1917

Pouvoir du mandataire de former un recours après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire

Cass. com., 24 mai 2018, n°17-11.513

Ce qu'il faut retenir :

Si la clôture de la procédure de liquidation judiciaire met fin au dessaisissement du débiteur, les pouvoirs recouverts du débiteur sont limités par ceux du mandataire désigné par le tribunal de la procédure en application de l'article L.643-9 al. 3 du Code de commerce tendant à la poursuite des instances en cours et la répartition, le cas échéant, des sommes perçues à l'issue de celles-ci.

Pour approfondir :

En l'espèce, par jugement du 20 juillet 2000, une personne physique, associée d'une société civile immobilière (SCI), a été placée en liquidation judiciaire. Un jugement du 10 janvier 2014 a résolu le plan de sauvegarde de la SCI et ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de celle-ci. Le liquidateur judiciaire de l'associé de la SCI a déclaré au passif de la SCI une créance correspondant au solde du compte courant de cet associé, laquelle créance a été contestée.

Un jugement du 16 mars 2015 a prononcé la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire de l'associé de la SCI, mis fin à la mission du liquidateur judiciaire et désigné ce dernier, en application des dispositions de l'article L.643-9 al. 3 du Code de commerce, en qualité de mandataire avec pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir les sommes perçues conformément à l'état des créances.

Par ordonnance du 2 juin 2015 rendue par le juge-commissaire du redressement judiciaire de la SCI, la créance en compte courant de l'associé de la SCI a été admise. Par un jugement du 4 septembre 2015, le plan de redressement de la SCI, prévoyant le remboursement de la créance de l'associée de la SCI à concurrence de 50 % sur une durée de dix ans, a été arrêté. Le créancier a été réputé, par son silence, avoir consenti à l'abandon du surplus. Le mandataire désigné a formé tierce opposition au jugement arrêtant le plan de la SCI en faisant valoir qu'il s'était opposé à l'abandon de créance proposé.

Par un arrêt du 29 novembre 2016, la Cour d'appel de Rennes a déclaré recevable la tierce opposition du mandataire, a rétracté en conséquence le jugement du 4 septembre 2015 arrêtant le plan de redressement de la SCI et renvoyé les parties devant le Tribunal de grande instance de Saint-Brieuc afin qu'il soit de nouveau statué sur l'issue du redressement judiciaire de la SCI.

La SCI et le commissaire à l'exécution du plan de cette société forment un pourvoi en cassation contre cette décision. Ils soutiennent que le jugement du 16 mars 2015, ayant prononcé la clôture de la liquidation judiciaire de l'associé de la société civile, a désigné le liquidateur judiciaire en qualité de mandataire avec pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir les sommes perçues conformément à l'état des créances, et non avec une mission générale de suivi de l'exécution des décisions de justice.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Par un arrêt du 24 mai 2018, publié au bulletin, la Cour de cassation rejette le moyen au motif que : « *l'arrêt, qui n'a pas dit que (le mandataire) avait une mission générale de suivi de l'exécution des décisions de justice, a exactement retenu, sans dénaturer le jugement du 16 mars 2015 désignant le mandataire, que ce dernier, chargé de poursuivre les instances en cours et de répartir les sommes perçues, devait, pour y parvenir, suivre l'exécution de la décision rendue à l'issue de l'instance relative à l'admission de la créance de (l'associée de la SCI au passif de cette dernière).* »

La Cour indique que si la clôture de la liquidation judiciaire met fin au dessaisissement du débiteur, ce dernier, en cas de désignation d'un mandataire en application de l'article L.643-9 al. 3 du Code de commerce, ne recouvre pas l'exercice de ses droits et actions en ce qui concerne les instances en cours dont la poursuite a été confiée au mandataire, ni sur leur produit éventuel, qui constitue le gage des créanciers de la liquidation judiciaire. Par conséquent, le mandataire avait seul le pouvoir de prendre position sur les modalités de règlement de la créance de compte courant, dans le cadre de la consultation des créanciers, préalable à l'adoption du plan de redressement de la SCI.

Depuis l'ordonnance 2014-326 du 12 mars 2014, l'article L.643-9 du Code de commerce prévoit en son alinéa 3^{ème} que : « *Le tribunal peut également prononcer la clôture de la procédure en désignant un mandataire ayant pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir, le cas échéant, les sommes perçues à l'issue de celles-ci lorsque cette clôture n'apparaît pas pouvoir être prononcée pour extinction du passif* ».

Ces nouvelles dispositions sont applicables aux procédures en cours à la date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance (1^{er} juillet 2014).

Deux points sont à retenir de cet arrêt. Tout d'abord, la Cour de cassation rappelle que la clôture de la procédure de liquidation judiciaire, même pour insuffisance d'actif, met fin au dessaisissement du débiteur (*Cass. com., 17 octobre 2000, n°98-10.955 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 octobre 2002, n°01-13.553*).

Toutefois, la Cour de cassation apporte un tempérament en précisant que les pouvoirs recouverts du débiteur sont limités par ceux du mandataire désigné par le tribunal de la procédure en application

de l'article L.643-9 al. 3 du Code de commerce tendant à la poursuite des instances en cours et à la répartition, le cas échéant, des sommes perçues à l'issue de celles-ci.

A rapprocher : L.643-9 al. 3 du Code de commerce ; Cass. com., 17 octobre 2000, n°98-10.955 ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 octobre 2002, n°01-13.553

DIRIGEANTS

Appréciation de l'insuffisance d'actif en cas de démission du dirigeant

Cass. com., 24 mai 2018, n°17-10.117

Ce qu'il faut retenir :

Ne peut être déduit de l'état de cessation des paiements de la société, la preuve de l'existence d'une insuffisance d'actif, laquelle s'apprécie au regard de la situation globale du passif et de l'actif de la société, à la date de la démission du dirigeant.

Pour approfondir :

En l'espèce, Monsieur X, associé unique et dirigeant de la société Y, a cédé ses actions à la société Z le 15 juin 2010 puis a démissionné de ses fonctions de dirigeant le 30 juin 2010.

La société Y a été mise en redressement le 10 novembre 2010, puis en liquidation judiciaire le 24 novembre 2010.

Postérieurement, un jugement a reporté la date de cessation des paiements au 15 avril 2010, soit antérieurement à la démission du dirigeant.

Le 24 octobre 2012, le liquidateur de la société Y a assigné Monsieur X en responsabilité pour insuffisance d'actif.

La Cour d'appel de Bourges, par arrêt du 10 novembre 2016, a condamné Monsieur X à la somme de 100 000 euros au titre de sa contribution à l'insuffisance d'actif.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Pour justifier leur décision, les juges du fond, se plaçant justement à la date de démission du dirigeant, ont considéré qu'il convenait de déduire de l'état de cessation des paiements existant, la présence d'une insuffisance d'actif. Ils ont conforté cette position en référence au bilan de la société qui révélait « l'existence d'une opération d'écriture comptable destinée à dissimuler une insuffisance d'actif ».

La question posée aux juges suprêmes était alors de savoir quelles sont les modalités d'appréciation d'une insuffisance d'actif en cas de démission du dirigeant ?

La Cour de cassation, par arrêt en date du 24 mai 2018, a, au visa des articles L.631-1 et L.651-2 du Code de commerce, cassé et annulé la décision rendue par les juges du fond.

Aux termes de son arrêt, la Haute juridiction estime, d'une part, que la Cour d'appel « ne pouvait déduire de l'état de cessation des paiements de la société, constitué par l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, la preuve de l'existence d'une insuffisance d'actif, laquelle s'apprécie au regard de la situation globale du passif et de l'actif de la société, à la date de la démission », tout en précisant, d'autre part, qu'au jour de la démission du dirigeant, la société Y disposait de capitaux propres de nature à exclure l'existence d'une insuffisance d'actif.

Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence, selon laquelle l'insuffisance d'actif doit être constatée à la date de cessation des fonctions de l'ancien dirigeant poursuivi (Cass. com., 14 octobre 2008, n°07-19.000 pour une application avant la loi du 26 juillet 2005 et Cass. com., 22 janvier 2013, n°11-27.420 pour une application postérieure à cette loi). Si la Haute juridiction vient rappeler un principe existant, elle a toutefois le mérite de la clarté dans cet arrêt, par lequel elle apporte une précision : l'insuffisance d'actif ne peut se déduire de la cessation des paiements, même antérieure à la démission du dirigeant.

A rapprocher : Article L.631-1 du Code de commerce ; Article L.651-2 du Code de commerce ; Cass. com., 14 octobre 2008, n°07-19.000 ; Cass. com., 22 janvier 2013, n°11-27.420

Recevabilité de l'action en contribution aux pertes sociales

Cass. com., 3 mai 2018, n°15-20.348

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'une société est en liquidation judiciaire, seul le liquidateur peut agir sur le fondement de l'article 1832 du Code civil contre les associés en fixation de leur contribution aux pertes sociales.

Pour approfondir :

En l'espèce, deux associés d'une société civile d'exploitation agricole ont recherché la responsabilité des deux autres associés, le gérant et son épouse, dans la déconfiture de la société sur le fondement de la faute de gestion. A titre reconventionnel, les défendeurs ont demandé la condamnation des demandeurs au titre de leur contribution aux pertes de la société.

Par un arrêt en date du 26 mars 2015, la Cour d'appel de Nîmes a fait droit à la demande reconventionnelle des défendeurs en condamnant les demandeurs au paiement de différentes sommes sur le fondement de la contribution aux pertes, conformément aux dispositions de l'article 1832 du Code civil.

Sur saisine des associés condamnés, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'appel au visa des articles 1832 du Code civil, L.641-9 du Code de commerce et 125 du Code de procédure civile. Dans son attendu de principe, la Chambre commerciale rappelle en ces termes que :

« Lorsqu'une société est en liquidation judiciaire, seul le liquidateur peut agir sur le fondement de l'article 1832 du Code civil contre les associés en fixation de leur contribution aux pertes sociales ».

Selon la Haute juridiction, la Cour d'appel aurait dû relever d'office l'irrecevabilité des demandes formées par les défendeurs.

Conformément aux dispositions de l'article L.641-9 du Code de commerce, la liquidation judiciaire emporte dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens.

Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur. Dès lors, les associés d'une société civile d'exploitation agricole en liquidation judiciaire ne peuvent agir en fixation de la contribution aux pertes sociales de leurs coassociés, peu importe la qualité de gérant de l'un des associés. Par un arrêt du 27 septembre 2016, la Cour de cassation avait déjà confirmé la recevabilité du liquidateur à agir sur le fondement de l'article 1832 du Code civil afin de fixer la contribution aux pertes sociales des associés d'une société (*Cass. com., 27 septembre 2016, n°15-13.348*).

A rapprocher : L.641-9 du Code de commerce ; Cass. com., 27 septembre 2016, n°15-13.348

ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS

Sur la recevabilité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif diligentée par les créanciers contrôleurs

Cass. com., 24 mai 2018, n°17-10.005

Ce qu'il faut retenir :

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif exercée, à titre subsidiaire, par une majorité de créanciers nommés contrôleurs, doit, sous peine d'irrecevabilité, être précédée d'une mise en demeure au liquidateur judiciaire délivrée conjointement par au moins deux d'entre eux.

Pour approfondir :

En l'espèce, par jugement du 26 juillet 2011, une société d'exploitation du domaine viticole d'une commune a été placée en **redressement judiciaire**, procédure convertie en liquidation judiciaire par jugement du 15 novembre 2011.

Le 3 octobre 2014, un créancier, désigné contrôleur par le juge-commissaire, a mis en demeure le liquidateur judiciaire d'engager une action en responsabilité pour insuffisance d'actif contre la commune, prise en la personne de son maire en exercice, en tant que dirigeant. Suite au refus du liquidateur judiciaire d'agir, par acte en date du 14 novembre 2014, le créancier contrôleur a assigné la commune en responsabilité

pour insuffisance d'actif. Un deuxième créancier contrôleur, après avoir pareillement mis en demeure le liquidateur judiciaire le 29 décembre 2014, est intervenu volontairement à l'instance.

Par un arrêt du 26 octobre 2016, la Cour d'appel de Colmar a déclaré irrecevable l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif initiée par le premier créancier contrôleur de même que l'intervention volontaire du second créancier contrôleur.

Les deux créanciers contrôleurs se sont pourvus en cassation en se fondant sur les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 126 du Code de procédure civile selon lesquelles :

« Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. ».

A l'aune de ces dispositions, ils soutenaient que si l'action en insuffisance d'actif devait être exercée conjointement par les deux contrôleurs de la procédure collective, chacun d'entre eux avait faculté de saisir seul le Tribunal et donc d'interrompre seul le délai triennal de prescription visé à l'article L.651-2 alinéa 3 du Code de commerce, pourvu que l'autre contrôleur intervienne à ses côtés avant que l'action ne soit jugée. Par un arrêt du 24 mai 2018, la Cour de cassation rejette le moyen au motif :

« qu'il résulte de la combinaison des articles L.651-3, alinéa 2, et R.651-4 du Code de commerce que, pour être recevable, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, lorsqu'elle est exercée, à titre subsidiaire, par des créanciers nommés contrôleurs, doit être précédée d'une mise en demeure au liquidateur délivrée conjointement par au moins deux d'entre eux puis être engagée par la majorité des contrôleurs ; que s'il n'est pas exigé que cette saisine postérieure émane conjointement d'une telle majorité, la demande pouvant, contrairement à la mise en demeure préalable, être régularisée par l'intervention d'un ou plusieurs autres contrôleurs pour constituer la majorité, qui a seule qualité pour agir, c'est à la condition que cette intervention ait lieu avant l'expiration du délai triennal de prescription de l'action, conformément à l'article 126, alinéa 2, du Code de procédure civile ; que, dès lors qu'il résulte des constatations de l'arrêt qu'aucune mise en demeure conjointe n'a été adressée au liquidateur avant l'acquisition de la prescription ».

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

L'article L.651-3 alinéa 2 du Code de commerce, visé par la Cour de cassation, dispose que :

« Dans l'intérêt collectif des créanciers, le tribunal peut également être saisi par la majorité des créanciers nommés contrôleurs lorsque le liquidateur n'a pas engagé l'action prévue au même article, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'Etat ».

L'article R.651-4 du Code de commerce, visé également par la Cour de cassation, vient préciser que la mise en demeure faite au liquidateur judiciaire d'engager l'action en responsabilité est délivrée par au moins deux créanciers contrôleurs. Leur action n'est recevable que si cette mise en demeure, adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, est restée infructueuse pendant deux mois à compter de sa réception.

L'article 126 alinéa 2 du Code de procédure civile, troisième article visé par la Cour de cassation, prévoit que l'irrecevabilité est régularisée *« lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité à agir devient partie à l'instance ».*

Au regard de ces trois références textuelles, trois enseignements peuvent être tirés de cette décision :

- Premièrement, la mise en demeure visée à l'article L.651-3 alinéa 2 du Code de commerce doit être délivrée au liquidateur judiciaire conjointement par deux créanciers contrôleurs et ce sous peine d'irrecevabilité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. La mise en demeure doit donc être commune à au moins deux créanciers contrôleurs.
- Deuxièmement, et même si l'action doit être initiée par une majorité de créanciers contrôleurs, l'assignation peut, elle, être délivrée par un seul créancier contrôleur.
- Troisièmement, la régularisation par intervention volontaire d'un créancier contrôleur est donc possible, mais à la condition qu'elle intervienne avant l'expiration du délai de prescription prévu à

l'article L.651-2 alinéa 3 du Code de commerce (3 ans à compter du jugement de liquidation judiciaire), et ce conformément aux dispositions de l'article 126 alinéa 2 du Code de procédure civile.

A rapprocher : L.651-3 al. 2 du Code de commerce ; R.651-4 du Code de commerce

Application immédiate de la loi plus douce à la sanction de l'interdiction de gérer

Cass. com., 24 mai 2018, n°17-18-918

Ce qu'il faut retenir :

Le respect du principe constitutionnel de nécessité des peines, reconnu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont découle la règle de l'application immédiate de la loi pénale plus douce, commande que, lorsque le juge civil est amené à prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition telle que l'interdiction de gérer prévue par l'article L.653-8 du Code de commerce, la loi nouvelle moins sévère reçoive application aux procédures collectives en cours.

Pour approfondir :

En l'espèce, suivant jugement du 31 octobre 2013, un tribunal de commerce a, sur déclaration de cessation des paiements, ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'une société en fixant la date de cessation des paiements au 31 mai 2013. Suivant jugement du 18 mars 2014, le tribunal a, sur assignation de deux salariés, prononcé la liquidation judiciaire d'une autre société en fixant la date de cessation des paiements au 27 septembre 2013.

Le procureur de la République a saisi le tribunal d'une demande de sanctions à l'encontre du dirigeant de deux sociétés pour faute de gestion. Ce dernier a été condamné à une interdiction de gérer pour une durée de trois ans notamment pour défaut de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal de quarante-cinq jours.

Par un arrêt du 30 mars 2017, la Cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement en jugeant que les dispositions du nouvel article L.653-8 alinéa 3 du Code de commerce, issues de la loi n°2015-990 du 6 août 2015, qui prévoient que l'omission d'une demande d'ouverture d'une procédure collective dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements ne peut être sanctionnée par une mesure d'interdiction de gérer que si elle est intervenue sciemment, n'étaient applicables qu'aux procédures collectives ouvertes après le 8 août 2015 (date d'entrée en vigueur de la loi) au motif que les sanctions pénales, d'une part, et les sanctions pécuniaires et personnelles qui pouvaient être prononcées par les juridictions civiles ou commerciales dans le cadre des procédures collectives, d'autre part, étaient de nature différente.

Saisie d'un pourvoi formé par le dirigeant, la Cour de cassation, par un arrêt du 24 mai 2018 publié au bulletin, casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa du principe constitutionnel de nécessité des peines reconnu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des dispositions de l'article L.653-8 alinéa 3 du Code de commerce dans leur rédaction issue de la loi du 6 août 2015.

Dans son attendu de principe, la Haute Juridiction expose que : « *le respect du principe constitutionnel susvisé, dont découle la règle de l'application immédiate de la loi pénale plus douce, commande que, lorsque le juge civil est amené à prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition telle que l'interdiction de gérer prévue par l'article L.653-8 du Code de commerce, la loi nouvelle moins sévère reçoive application aux procédures collectives en cours* ».

La Cour de cassation rejette la distinction opérée par la Cour d'appel entre les sanctions pénales et les sanctions pécuniaires et personnelles qui peuvent être prononcées par les juridictions civiles ou commerciales dans le cadre des procédures collectives. Partant, en vertu du principe de l'application immédiate de la loi la moins sévère pour les dirigeants, elle décide que la loi 6 août 2015, qui modifie les dispositions de l'article L.653-8 alinéa 3 du Code de commerce dans un sens moins sévère en exigeant que le défaut de déclaration de la cessation des paiements dans les quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements intervienne sciemment, est applicable aux procédures collectives en cours à la date de son entrée en vigueur.

Par cet arrêt, la Cour de cassation tranche clairement (et définitivement) les interrogations qui ont concerné l'application dans le temps des dispositions de l'article

L.653-8 alinéa 3 du Code de commerce issues de la loi 6 août 2015.

Cet arrêt est conforme à la position du Conseil constitutionnel qui elle aussi avait qualifié de sanction l'interdiction de gérer (*Cons. const. 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC*).

Conformément à sa jurisprudence constante, la Cour de cassation décide que la condamnation à l'interdiction de gérer ayant été prononcée en considération de plusieurs fautes ; la cassation encourue à raison de l'une d'entre elles (défaut de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal de quarante-cinq jours) entraîne la cassation de l'arrêt en application du principe de proportionnalité (*Cass. com. 1^{er} déc. 2009, n°08-17.187*).

A rapprocher : Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; L.653-8 alinéa 3 du Code de commerce

CRÉANCIERS

Interdiction des poursuites et déclaration de créance : absence d'obligation d'alerter les créanciers
Cass. com., 6 juin 2018, n°16-23.996

Ce qu'il faut retenir :

L'omission volontaire, par une société, d'alerter ses créanciers de sa mise en redressement judiciaire, n'est pas de nature à faire échec à la règle de l'interdiction des poursuites individuelles qui impose aux créanciers de déclarer leur créance dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective.

Pour approfondir :

En l'espèce, en juin 2008, les époux Z ont confié à une société le remplacement de fenêtres de leur domicile. Se plaignant de malfaçons, les époux Z ont saisi, en février 2012, le juge des référés aux fins de voir désigner un expert judiciaire, lequel fut désigné par une ordonnance rendue en avril 2012. En mars 2012, la société a été placée en redressement judiciaire et un plan de redressement a été arrêté en septembre 2013.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Suite au dépôt du rapport d'expertise, les époux Z ont assigné la société débitrice en juin 2013 en réparation des préjudices subis du fait des malfaçons, sans avoir déclaré leur créance au passif de la débitrice. Un jugement rendu le 4 mars 2014 a accueilli leurs demandes.

Par un arrêt en date du 7 juillet 2016, la Cour d'appel de Douai a condamné la société débitrice à payer aux époux Z la somme de 32.757,50 € en réparation des différents préjudices subis. Les juges du fond ont considéré que la société débitrice avait omis, durant l'expertise et devant les premiers juges, de révéler sa situation juridique et de mentionner cette créance sur la liste des créanciers destinée au mandataire judiciaire, de sorte qu'il ne pouvait être reproché aux créanciers de ne pas avoir déclaré leur créance.

La société débitrice a formé un pourvoi en cassation en soutenant notamment que le jugement d'ouverture d'une procédure collective interdisait aux créanciers dont la créance était née antérieurement à ce jugement, toute action en justice tendant à la condamnation au paiement d'une somme d'argent.

Par cette décision en date du 6 juin 2018, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt rendu par la Cour d'appel en retenant que :

- D'une part, vu l'article L.622-21 du Code de commerce : « *la prétendue faute ou fraude commise par [le débiteur], qui aurait sciemment omis d'alerter ses créanciers de sa mise en redressement judiciaire, à la supposer établie, n'était pas de nature à faire échec à la règle de l'interdiction des poursuites individuelles et qui imposait [aux créanciers] de déclarer leur créance dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective de la société [débitrice]* ».
- D'autre part, vu l'article L.622-26 alinéa 2 du même code : la créance des époux Z « *était inopposable à la société [débitrice] pendant l'exécution du plan faite d'avoir été déclarée dans les délais, de sorte que leur demande en paiement était irrecevable* ».

En effet, selon les dispositions de l'article L.622-21 du Code de commerce, le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part des créanciers, dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L.622-17 (créance née régulièrement

après le jugement d'ouverture) et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent.

Et selon les dispositions de l'article L.622-26 alinéa 2 du même code, les créances non déclarées régulièrement dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC 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.

Par cet arrêt, la Haute juridiction confirme sa jurisprudence et l'application de ces dispositions : le créancier dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective est soumis au principe d'interdiction des poursuites et l'absence de déclaration de sa créance dans les délais la rend inopposable au débiteur (Cass. com., 12 février 1991, n°89-15.165 ; Cass. com., 26 octobre 1999, n°97-11.734).

A rapprocher : Article L.622-21 du Code de commerce ; Article L.622-26 du Code de commerce ; Cass. com., 12 février 1991, n°89-15.165 ; Cass. com., 26 octobre 1999, n°97-11.734

La notion de créance utile à la procédure collective précisée

Cass. com., 9 mai 2018, n°16-24.065

Ce qu'il faut retenir :

L'appréciation du caractère utile d'une créance doit se faire en considération de l'utilité potentielle de l'opération et non de son utilité réelle appréciée a posteriori.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société chargée de la construction d'un ensemble viticole a fait appel à un sous-traitant pour le gros œuvre. Par jugement en date du 12 avril 2012, le sous-traitant a été placé en redressement judiciaire et a continué d'exécuter le contrat. Le 11 juin 2012, le sous-traitant a informé son donneur d'ordres qu'il n'était plus en mesure de poursuivre les travaux. Par courrier du 19 juin 2012, le donneur d'ordres a constaté l'abandon du chantier et la résiliation du contrat.

Par actes en date des 4 et 5 septembre 2012, le donneur d'ordres a assigné le sous-traitant ainsi que ses mandataire et administrateur judiciaires aux fins de le voir condamner au paiement d'une somme de 318.076,62 euros. Par jugement en date du 18 décembre 2012, la procédure de redressement judiciaire a été convertie en liquidation judiciaire.

Par un arrêt en date du 26 avril 2016, la Cour d'appel de Reims a condamné le liquidateur judiciaire du sous-traitant à payer au donneur d'ordres uniquement la somme de 59.784,71 euros et a débouté celui-là de sa demande reconventionnelle de condamnation au paiement de la somme de 287.254,79 euros.

Le créancier a formé un pourvoi contre cette décision faisant grief à la Cour d'appel d'avoir limité le montant de la condamnation du liquidateur judiciaire au remboursement des paiements directs aux fournisseurs sans délégation de paiement. A ce titre, il soutient que tous les paiements faits par un créancier, avec ou sans cession de créance ou délégation de paiement, pour permettre la poursuite de l'activité pendant la période d'observation ont la nature de créances postérieures.

Parallèlement, le liquidateur judiciaire du débiteur forme un pourvoi incident faisant grief à la Cour d'appel de l'avoir condamné à payer au créancier la somme de 59.784,71 euros et de l'avoir débouté de sa demande en paiement de la somme de 287.254,79 euros au motif que seules les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur pendant cette période, sont payées à l'échéance ou à défaut bénéficient d'un privilège de paiement. A ce titre, le liquidateur judiciaire soutient que le liquidateur judiciaire créance de restitution du créancier, correspondant à diverses sommes versées à des fournisseurs pour le compte du débiteur, n'est pas une créance postérieure née pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, et ne constitue pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur.

Par un arrêt, publié au bulletin du 9 mai 2018, la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi incident du liquidateur judiciaire, a rejeté le moyen au motif que l'appréciation du caractère utile d'une créance doit se faire en considération de l'utilité potentielle de l'opération et non de son utilité réelle appréciée a posteriori. Ainsi, la Chambre commerciale a considéré que le règlement des factures des fournisseurs du

débiteur en vue de la continuation par ce dernier du chantier après l'ouverture du redressement judiciaire, est une créance régulièrement née pour les besoins de la période d'observation.

La Cour de cassation, statuant sur le premier moyen pris en ses trois premières branches du pourvoi principal, approuve la décision de la Cour d'appel en retenant que le créancier, qui avait réglé des sous-traitants de son débiteur en exécution de cessions de créances et de délégations de paiement, ne pouvait prétendre au remboursement de ces sommes qu'il aurait dû, en l'absence des cessions et délégations, payer à son cocontractant, dans la mesure où ces créances ne relèvent pas du traitement préférentiel institué par les dispositions l'article L.622-17 du Code de commerce en l'absence de contre-prestation. Elles auraient par conséquent dû faire l'objet d'une déclaration de créances.

Toutefois, la Cour de cassation, statuant sur le premier moyen du pourvoi principal du créancier pris en sa cinquième branche, vient censurer la décision de la Cour d'appel.

En premier lieu, elle reproche à la Cour d'appel d'avoir limité le montant de la créance due sans rechercher, comme l'invoquait le créancier, si d'autres paiements n'avaient pas été effectués avant le jugement de conversion

En deuxième lieu, la Chambre commerciale reproche à la Cour d'appel d'avoir retenu que le paiement de la somme par le liquidateur judiciaire interviendrait selon l'ordre prescrit par l'article L.622-17, III, du Code de commerce, alors que le créancier qui bénéficiait du traitement préférentiel prévu par l'article L.622-17, I, du Code de commerce était en droit d'être payé à l'échéance et, à défaut, pouvait dans l'exercice de son droit de poursuite individuelle, obtenir un titre exécutoire et le faire exécuter indépendamment de l'ordre dans lequel s'exerce les privilèges.

Par cette décision, la Cour de cassation est venue préciser la notion de créance utile à la procédure collective.

En application de l'article L.622-17 du Code de commerce, pour être qualifiée de créance préférentielle, celle-ci doit réunir trois critères : elle doit être née après un jugement d'ouverture, elle doit être régulière et être utile. Pour être utile, la créance doit être née « pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation ».

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

En l'espèce, la Cour de cassation a retenu une conception large de la notion d'utilité en relevant que « *l'appréciation du caractère utile d'une créance doit se faire en considération de l'utilité potentielle de l'opération et non de son utilité réelle appréciée a posteriori* », de sorte que le créancier avait contribué au financement de la période d'observation.

Par ailleurs, la Haute juridiction est venue confirmer sa jurisprudence selon laquelle le traitement préférentiel offert par l'article L.622-17 du Code de commerce donne au créancier exerçant son droit de poursuite individuelle la possibilité d'obtenir un titre exécutoire et, le cas échéant, d'exercer des voies d'exécution (Cass. com., 20 juin 1989, n°87-19.594 ; Cass. com., 28 juin 2016, n°14-21.668).

A rapprocher : Article L.622-17 du Code de commerce ; Cass. com., 20 juin 1989, n°87-19.594 ; Cass. com., 28 juin 2016, n°14-21.668

SOCIAL

Absence de garantie par l'AGS des créances salariales en l'absence de procédure collective

Cass. soc., 16 mai 2018, n°16-25.898 et n°16-25.899

Ce qu'il faut retenir :

L'assurance prévue à l'article L.3253-6 du code du travail couvre dans les conditions énoncées aux articles L.3253-2 à L.3253-21 du même code, le risque de non-paiement des sommes dues aux salariés en exécution du contrat de travail en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire et non en cas de liquidation de la société résultant d'une décision judiciaire ayant ordonné sa dissolution sur le fondement des dispositions de l'article 1844-7 5° du code civil quand celle-ci était toujours *in bonis*.

Pour approfondir :

En l'espèce, des salariés ont été engagés par une société, en qualité de secrétaire et d'assistante de gestion.

Subséquentement, par jugement du Tribunal de grande instance de Compiègne, la dissolution de la société a été prononcée en application de l'article 1877-7 5° du code civil (mésentente entre associés).

Les salariés de la société ont par la suite été licenciés pour inaptitude physique. Prétendant être victimes d'un harcèlement moral, ils ont saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la nullité de leur licenciement et le paiement de diverses indemnités liées à la rupture, ainsi qu'un rappel de salaire. La juridiction prud'homale les a déboutés de leur demande de nullité du licenciement mais a fixé leur créance de rappel de salaire et ordonné leur inscription au passif de la société.

Par arrêts avant dire droit, la Cour d'appel, considérant que la liquidation judiciaire de l'employeur pour mésentente entre associés ne privait pas les salariés du bénéfice de la garantie de l'AGS, a ordonné la réouverture des débats pour mettre l'AGS en cause. De son côté, l'AGS a fait valoir qu'elle n'entendait pas intervenir à l'instance, en l'absence de redressement ou de liquidation judiciaires de la société.

Postérieurement, par arrêts sur le fond, la Cour d'appel d'Amiens a déclaré nul le licenciement des salariés, condamnant le liquidateur, ès qualités, à payer aux salariés des indemnités liées à la rupture et une somme à titre de rappel de salaire. Puis, après avoir constaté que la liquidation de la société résultait d'une décision judiciaire ayant ordonné sa dissolution sur le fondement des dispositions de l'article 1844-7 5° du code civil et que celle-ci était toujours *in bonis*, la Cour d'appel a déclaré sa décision opposable à l'AGS.

La question posée aux magistrats du quai de l'horloge était alors de savoir si : lorsque la liquidation d'une société *in bonis* résultait d'une décision judiciaire ayant ordonné sa dissolution, les salariés pouvaient compter sur la garantie de l'AGS concernant leurs créances salariales.

La Chambre sociale de la Cour de cassation, au visa des articles L.3253-1 alinéa 2 et L.3253-6 du code du travail, casse et annule les arrêts rendus en ce qu'ils déclarent la décision opposable à l'AGS, en estimant que « *l'assurance prévue à l'article L.3253-6 du code du travail couvre dans les conditions énoncées aux articles L.3253-2 à L.3253-21 du même code, le risque de non-paiement des sommes dues aux salariées en exécution du contrat de travail en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (...)* ».

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

La Cour de cassation rejette alors expressément la garantie des créances salariales par l'AGS en l'absence de procédure collective et notamment dans le cas d'espèce où « *la liquidation de la société résulte d'une décision judiciaire ayant ordonné sa dissolution sur le fondement des dispositions de l'article 1844-7 5° du code civil et que celle-ci- était toujours in bonis* ».

La Cour de cassation reste ainsi cohérente avec sa jurisprudence. En effet, depuis longtemps demeure le principe selon lequel pour que la garantie puisse être mise en œuvre, il est nécessaire de constater que l'employeur a fait l'objet d'une procédure de règlement judiciaire (Cass. soc., 7 février 1990, n°87-40.780).

A rapprocher : Articles L.3253-1 (alinéa 2), L.3253-6, L.3253-2 à L.3253-21 du code du travail ; Article 1844-7 5° du code civil ; Cass. soc, 7 février 1990, n°87-40.780

ACTUALITÉ RESTRUCTURING SIMON ASSOCIÉS

JUILLET 2018

Le marché chinois, quelles opportunités pour votre entreprise ?

Matinale dédiée à la Chine, organisée par le **MEDEF LYON-RHONE** et **SIMON ASSOCIÉS**

10 juillet 2018 – Lyon

En savoir plus

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie ■