

# La Lettre du Restructuring

L'actualité juridique et économique des acteurs du restructuring par Simon Associés

JUILLET - AOÛT 2018

## SOMMAIRE

PARIS - NANTES  
MONTPELLIER - LYON  
FORT-DE-FRANCE

Bureaux intégrés

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

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE  
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN  
BAHAMAS - BAHREÏN  
BELGIQUE - BOLIVIE - BRÉSIL  
BULGARIE - CAMBODGE  
CAMEROUN - CHILI - CHINE  
CHYPRE - COLOMBIE  
CORÉE 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  
MAROC - NICARAGUA  
OMAN - PARAGUAY - PÉROU  
PORTUGAL - RD CONGO  
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE  
SENÉGAL - SINGAPOUR  
THAÏLANDE - TUNISIE  
VENEZUELA

Conventions transnationales

[www.simonassocies.com](http://www.simonassocies.com)  
[www.lettredurestructuring.com](http://www.lettredurestructuring.com)

### PRÉVENTION

**Le renforcement de la mission préventive des commissaires au redressement productif**  
Circulaire du 29 juin 2018 du Ministre de l'Economie et des Finances – Projet de Loi Pacte

p. 2

### PROCÉDURES COLLECTIVES

**Sur les mesures du projet de Loi Pacte concernant les entreprises en difficulté**  
Projet de Loi Pacte

p. 3

**La tierce opposition du créancier contre le jugement d'ouverture d'une sauvegarde**  
CA Versailles, 12 juin 2018, n°18/02231

p. 4

### DIRIGEANTS

**Appréciation de la faute d'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal**  
Cass. com., 4 juillet 2018, n°14-20.117

p. 6

**Application immédiate de l'exonération de responsabilité du dirigeant en cas de simple négligence**  
Cass. com., 5 septembre 2018, n°17-15.031

p. 6

### ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS

**Fixation de la date de cessation des paiements après cessation de l'activité professionnelle**  
Cass. com., 4 juillet 2018, n°17-16.056

p. 8

### CRÉANCIERS

**La compensation pour dettes connexes exige de la part du créancier une déclaration de créances**  
Cass. com., 20 juin 2018, n°16-16.723

p. 9

**La résiliation de plein droit du contrat doit être constatée par le juge-commissaire**  
Cass. com., 4 juillet 2018, n°17-15.038

p. 10

### SOCIAL

**Licenciement économique : appréciation de l'obligation de reclassement dans le cadre d'un groupe de sociétés**  
Cass. soc., 4 juillet 2018, n°17-15.982

p. 11

## PRÉVENTION

### Le renforcement de la mission préventive des commissaires au redressement productif

Circulaire du 29 juin 2018 du Ministre de l'Economie et des Finances – Projet de Loi Pacte

*Ce qu'il faut retenir :*

**Par une circulaire du 29 juin 2018, le Ministre de l'Economie et des Finances a indiqué sa volonté de consolider et de renforcer la mission des commissaires au redressement productif en matière de prévention des difficultés des entreprises.**

*Pour approfondir :*

Les commissaires au redressement productif, actuellement au nombre de 22, soit un par région, ont été institués par une décision du 1<sup>er</sup> juillet 2012 du Ministre du Redressement Productif de l'époque, Monsieur Arnaud Montebourg.

A l'origine, il a été convenu que leur mission soit double. D'une part, les commissaires au redressement productif avaient pour mission d'animer des cellules régionales de veille et d'alerte précoce. D'autre part, ils devaient soutenir les entreprises dans la résolution de leurs difficultés et plus particulièrement, en intervenant de façon préventive et d'éviter, ainsi, toute ouverture d'une procédure collective.

Cette mission préventive devait se matérialiser par l'intervention des commissaires au redressement productif auprès des différents partenaires de l'entreprise en difficulté parmi lesquels les fournisseurs, les établissements bancaires voire l'administration fiscale.

En définitive, cette intervention devait permettre d'aboutir à des échelonnements des créances dues par l'entreprise en difficulté.

Il semble que cette mission préventive ait été un succès.

En effet, selon le Ministère de l'Economie et des Finances, les commissaires au redressement productif auraient soutenu près de 3000 entreprises en difficulté depuis leur institution en 2012.

Aussi, le gouvernement a souhaité renforcer et consolider leur mission en matière de prévention, notamment à l'occasion de l'élaboration du plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) lequel comporte un volet relatif au rebond de l'entreprise ([voir notre commentaire « Sur les mesures du projet de Loi Pacte concernant les entreprises en difficulté »](#)).

C'est ainsi qu'aux termes d'une circulaire rendue le 29 juin 2018, le Ministre de l'Economie et des Finances, Monsieur Bruno Le Maire, a insisté sur la nécessité de renforcer, le plus en amont possible, les difficultés des entreprises. A cet égard, le Ministre a proposé, symboliquement, de modifier la désignation des commissaires au redressement productif. Ces derniers répondront ainsi désormais au nom de « **Commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés des entreprises** ».

Par ailleurs, afin de garantir l'efficacité de cette mission préventive, le Ministre a indiqué que les commissaires devaient se distinguer par leurs compétences en matière de compréhension de projet d'entreprise et des moyens d'action des différents partenaires.

Enfin, le Ministre a insisté sur la nécessité, pour les commissaires, de « *se focaliser sur les entreprises industrielles de plus de 50 salariés* » dans la mesure où ce secteur rencontre, depuis plusieurs années, des difficultés.

Ainsi, il semble que les commissaires au redressement productif, répondant désormais au nom de commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés des entreprises, s'inscrivent durablement dans le paysage institutionnel français en matière de prévention des difficultés des entreprises.

**A rapprocher :** Circulaire du 29 juin 2018 du Ministre de l'Economie et des Finances ; Projet de plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) ; [« Sur les mesures du projet de Loi PACTE concernant les entreprises en difficulté »](#)

## PROCÉDURES COLLECTIVES

### Sur les mesures du projet de Loi Pacte concernant les entreprises en difficulté

Projet de Loi Pacte

*Ce qu'il faut retenir :*

**En matière d'entreprises en difficulté, le projet de loi du Gouvernement relatif à la croissance et à la transformation des entreprises (PACTE) comporte certaines mesures destinées à faciliter le rebond des entrepreneurs en leur permettant de redresser ou de liquider plus rapidement leur entreprise, ce de manière moins stigmatisante.**

*Pour approfondir :*

Le projet de loi du Gouvernement relatif à la croissance et à la transformation des entreprises (PACTE), qui sera examiné par le Parlement en septembre 2018, comporte un ensemble de mesures destinées à favoriser la croissance et le développement des entreprises.

Certaines mesures concernent l'entreprise en difficulté.

Poursuivant son objectif de faciliter le rebond des entrepreneurs, le projet de loi PACTE prévoit que le Tribunal de la procédure devra, avant de statuer sur une demande de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, une demande d'ouverture de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, obligatoirement examiner si la situation de l'entrepreneur répond aux conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel. La procédure de rétablissement professionnel, instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014, ouverte aux entrepreneurs personnes physiques sous certaines conditions (absence de salarié, actif inférieur à 5.000 euros, absence de procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif ou de décision de clôture d'une procédure de rétablissement professionnel dans les 5 dernières années), permet l'effacement des dettes du débiteur sans recours à une procédure de liquidation judiciaire. L'ouverture d'une telle procédure sera évidemment soumise à l'accord préalable du débiteur. (Article 15 du projet).

Le projet de loi PACTE prévoit de mettre fin à la fixation obligatoire par le juge-commissaire de la rémunération

afférente aux fonctions exercées par le débiteur, s'il est une personne physique, ou par les dirigeants de la personne morale, en cas de redressement judiciaire. Désormais, la rémunération sera maintenue, sauf décision contraire du juge-commissaire saisi sur demande de l'administrateur judiciaire ou du ministère public ou du mandataire judiciaire pour les procédures sans administrateur judiciaire (Article 14 du projet).

Afin de permettre la liquidation plus rapide des entreprises, le champ d'application de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est étendu et son délai est réduit.

Actuellement, la procédure de liquidation judiciaire simplifiée est obligatoire pour les entreprises qui n'ont pas de bien immobilier, qui n'emploient pas plus d'un salarié et dont le chiffre d'affaires hors taxes est inférieur ou égal à 300 000 euros. Lorsqu'elle est obligatoire, elle doit être clôturée dans un délai de six à neuf mois. Elle est facultative pour les entreprises qui n'ont pas de bien immobilier, dont l'effectif ne dépasse pas 5 salariés et dont le chiffre d'affaires hors taxes est compris entre 300 000 euros et 750 000 euros. Lorsqu'elle est facultative, elle doit être clôturée dans un délai de douze à quinze mois.

Le projet de loi PACTE prévoit que la procédure de liquidation judiciaire simplifiée sera obligatoire pour toutes les entreprises employant cinq salariés au maximum et réalisant moins de 750.000 euros de chiffre d'affaires. Les cas de liquidation judiciaire simplifiée sont supprimés. En outre, la clôture devra intervenir en principe dans un délai de 6 mois, porté dans certaines conditions à un an (Article 15 du projet).

Le projet de loi prévoit également des mesures de nature à favoriser la reprise d'entreprise. On sait qu'en application des dispositions de l'article L.642-7 du Code de commerce, le tribunal ordonne la cession au repreneur des contrats nécessaires au maintien de l'activité. Le bail fait partie des contrats visés par les dispositions de l'article L.642-7 du Code de commerce. Le contrat de bail cédé prévoit généralement une clause de garantie solidaire entre le cédant et le cessionnaire. L'article L. 641-12 du code de commerce neutralise les effets de cette clause dans la mesure où elle impose au cédant (société en liquidation judiciaire) une solidarité avec le cessionnaire. Le Livre IV ne prévoit à ce jour aucune disposition similaire en faveur du cessionnaire. A ce jour, le cessionnaire, repreneur du bail en plan de cession, encourt donc le risque d'avoir à payer le passif locatif du débiteur (Cass.com., 27 septembre 2011, 10-23539).

Le projet de Loi PACTE prévoit, afin de faciliter la reprise d'entreprise, de modifier les dispositions actuelles de l'article L.642-7 du Code de commerce en prévoyant de réputer non écrite toute clause d'un contrat de bail imposant au cessionnaire des dispositions solidaires avec le cédant (Article 19 du projet).

Sur un autre point, le projet de loi comprend une habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures législatives nécessaires pour introduire en droit national les mesures prévues par le projet de directive dite « insolvabilité », publié par la commission européenne le 22 novembre 2016, et actuellement en cours de négociation : les cadres de restructuration préventive, la seconde chance des entrepreneurs et les mesures destinées à améliorer l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité (Article 64 du projet).

Signalons pour conclure que le projet de loi comprend une habilitation du Gouvernement à réformer par voie d'ordonnance le droit des sûretés dans un double objectif : rendre accessible le droit des sûretés et renforcer son efficacité afin de faciliter le crédit et donc le financement de l'activité économique. A ce titre, il est prévu notamment de moderniser les textes relatifs au cautionnement et aux priviléges, de clarifier les textes relatifs au gage, au nantissement de créance et à la réserve de propriété, de consacrer dans le code civil la possibilité de céder des créances à titre de garant et d'assouplir le formalisme de la fiducie-sûreté.

**A rapprocher : L.642-7 du code de commerce ; L.641-12 du code de commerce**

#### La tierce opposition du créancier contre le jugement d'ouverture d'une sauvegarde

CA Versailles, 12 juin 2018, n°18/02231

*Ce qu'il faut retenir :*

**Les créanciers d'un débiteur, placé en procédure de sauvegarde, ne peuvent former une tierce opposition à l'encontre du jugement d'ouverture que s'ils démontrent qu'ils ont des moyens propres ou que le jugement a été rendu en fraude de leur droit. Aucun de ces éléments n'est caractérisé dès lors qu'il est démontré que le débiteur connaissait antérieurement des difficultés financières et que la procédure s'applique à l'ensemble des créanciers.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, le groupe de société « S » connaît des difficultés financières au cours de l'année 2014.

Dans ces conditions, certaines sociétés stratégiques du groupe engagent une restructuration financière et sollicitent l'ouverture d'une procédure de conciliation.

Par jugement du 27 juin 2014, le Tribunal de commerce de Nanterre homologue les accords de conciliation concernant les sociétés de ce groupe.

La société S, holding du groupe S ne bénéficiant pas de cette procédure de conciliation, est attirée devant une juridiction anglaise par les sociétés B et T.

Ces sociétés estiment que la société S a procédé à une distribution illicite de dividendes à l'une de ses anciennes filiales, constitutive, en droit anglais d'une infraction.

Elles estiment également que cette distribution leur a causé un préjudice à hauteur de 578 millions d'euros. Concomitamment, la société S sollicite l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc. Par ordonnance du 1er juin 2016, le Président du Tribunal de commerce de Nanterre fait droit à cette demande.

Par décision du 11 juillet 2016, la juridiction anglaise estime que la distribution de dividendes précitée est illicite et qu'elle contrevient à la loi anglaise sur l'insolvabilité.

Le 28 octobre 2016, le Président du Tribunal de commerce de Nanterre met fin, par ordonnance, à la procédure de mandat ad hoc de la société S et ouvre une procédure de conciliation.

Par ordonnance du 8 novembre 2016, cette procédure de conciliation est clôturée sans conclusion d'un accord.

Le 23 novembre 2016, le Président du Tribunal de commerce de Nanterre ouvre, de nouveau, une procédure de mandat ad hoc au bénéfice de la société S.

Par décision du 10 février 2017, à la suite de la décision rendue le 11 juillet 2016, la juridiction anglaise condamne la société S à payer diverses sommes dont 138,4 millions d'euros en réparation du préjudice subi par les sociétés B et T.

Sur demande de la société S et par jugement du 15 février 2017, le Tribunal de commerce de Nanterre ouvre une procédure de sauvegarde.

Les sociétés B et T forment une tierce opposition à l'encontre du jugement précité au motif que la société S aurait sollicité l'ouverture de cette procédure uniquement pour se soustraire au paiement de la condamnation prononcée par la juridiction anglaise.

Les créancières estiment ainsi que l'ouverture de la procédure a été décidée en fraude de leur droit.

Cette argumentation n'est toutefois pas retenue par les premiers juges.

Les sociétés B et T décident alors d'interjeter appel de cette décision.

Par arrêt du 12 juin 2018, la Cour d'appel de Versailles débute les sociétés B et T de leurs demandes.

Les juges du fond rappellent ainsi que la tierce opposition à l'encontre d'un jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde n'est possible que si le créancier invoque des moyens qui lui sont propres ou s'il démontre que le jugement a été rendu en fraude de ses droits.

Cette argumentation ne peut que rappeler les termes de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation daté du 8 mars 2011 (ou arrêt « Cœur défense ») désormais bien connu des praticiens.

En effet, par cet arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que le créancier ne pouvait pas former de tierce opposition s'il n'avait pas de moyens propres.

La Chambre commerciale avait alors précisé que n'était pas un moyen propre celui qui tend à la contestation d'un effet inhérent à la procédure ou qui serait commun à tous les créanciers.

Or, dans le cadre de l'appel traité par la Cour d'appel de Versailles, les sociétés B et T font principalement valoir que la sauvegarde entraîne, pour elle, un aménagement contraint de leur créance.

Cette argumentation ne peut caractériser un moyen propre dans la mesure où la procédure de sauvegarde entraîne, pour tous les créanciers, un aménagement contraint du fait de l'interdiction de paiement des créances antérieures.

Ainsi, la décision d'appel, en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation, ne peut que mériter l'approbation sur ce point.

Par ailleurs, l'argumentation de la juridiction d'arrêt renvoie également aux termes de l'arrêt du 8 mars 2011 en ce qui concerne la fraude invoquée par les créanciers.

En effet, la Chambre commerciale a également précisé que le créancier peut former une tierce opposition s'il démontre l'existence d'une fraude. A ce titre, la juridiction suprême s'était montrée très restrictive sur l'interprétation de la notion de fraude, rassurant, par la même, une majorité de professionnels.

Dans le cadre de l'appel traité par les juges du fond versaillais, la fraude est également appréciée très restrictivement.

Ainsi, la Cour d'appel précise d'une part que la fraude ne peut pas être caractérisée dans la mesure où la société S a connu, antérieurement à la procédure de sauvegarde, de nombreuses procédures préventives dont les sociétés B et T étaient parfaitement informées.

D'autre part, elle précise que la fraude ne peut être caractérisée que si elle affecte l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Or, en l'espèce, les sociétés B et T se prévalent d'une fraude résultant de l'ouverture de la sauvegarde (pour rappel, le non-paiement, par la société S, de la condamnation prononcée par la juridiction anglaise). Il en résulte que l'interprétation de la juridiction d'appel versaillaise, suivant une jurisprudence désormais bien établie, ne peut que rassurer davantage les entrepreneurs sur l'opportunité de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, notamment à la suite d'une condamnation.

**A rapprocher : Cass. com., 8 mars 2011, n°10-13.988, 10-13.989, 10-13.990 ; Article L.661-2 du Code de commerce ; Article 583 du Code de procédure civile**

## DIRIGEANTS

### Appréciation de la faute d'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal Cass. com., 4 juillet 2018, n°14-20.117

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'omission de déclarer, dans le délai légal, la cessation des paiements s'apprécie au regard de la seule date de cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report.**

**La condamnation du dirigeant social à supporter l'insuffisance d'actif ayant été prononcée au visa de plusieurs fautes de gestion, la cassation encourue pour l'une d'entre elles emporte la cassation de l'arrêt dans son entier.**

*Pour approfondir :*

Par cet arrêt, la Haute juridiction réaffirme deux principes jurisprudentiels établis, l'un tenant à l'appréciation de la date de cessation des paiements, l'autre aux principes de légalité et de proportionnalité des fautes de gestion justifiant la condamnation du dirigeant à supporter l'insuffisance d'actif.

En l'espèce, le liquidateur d'une société placée en liquidation judiciaire avait assigné son dirigeant sur le fondement des dispositions de l'article L. 651-2 du code de commerce considérant qu'il avait commis une faute de gestion pour avoir déclaré tardivement la cessation des paiements de sa société et, en tout cas, hors le délai légal des 45 jours. Le jugement d'ouverture ayant prononcé la liquidation judiciaire avait pourtant fixé cette date de cessation des paiements dans ce délai légal, sans que celle-ci n'ait ultérieurement fait l'objet d'un jugement de report.

Aussi, pour condamner le dirigeant de ce chef, la Cour d'appel – suivant en cela la position du liquidateur – a estimé qu'un certain nombre d'éléments corroboraient une date de cessation des paiements antérieure à celle fixée par le jugement d'ouverture.

C'est sans surprise que la Cour de cassation censure les juges du fond. C'est l'occasion pour elle de rappeler, aux termes de deux attendus limpides :

- D'une part, « *Qu'en statuant ainsi, alors que la date de cessation des paiements avait été fixée par le jugement d'ouverture au 16 février 2009, la Cour d'appel, qui n'a pas apprécié au regard de cette seule date les conséquences de la non-déclaration de l'état de cessation des paiements par le dirigeant, a violé le texte susvisé* ; » ; cette solution n'est pas nouvelle (Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-23.070) et consacre l'autorité de chose jugée attachée au jugement d'ouverture qui s'étend à la date de cessation des paiements.

- D'autre part, « *que la condamnation à supporter l'insuffisance d'actif ayant été prononcée en considération de plusieurs fautes de gestion, la cassation encourue à raison de l'une d'entre elles entraîne, en application du principe de proportionnalité, la cassation de l'arrêt de ce chef* » ; c'est ce qu'imposent les principes de légalité et de proportionnalité en application desquels les juges du fond qui, s'ils peuvent retenir la responsabilité du dirigeant sur le fondement de l'article L.651-2 pour une unique faute, doivent en cas de pluralité de fautes de gestion, s'assurer que chacune d'elles est légalement justifiée et à contribuer à l'insuffisance d'actif (Cass. com., 15 déc. 2009, n°08-21.906 ; Cass. com., 3 mai 2011, n°10-16.709).

**A rapprocher : Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-23.070 ; Cass. com., 15 déc. 2009, n°08-21.906 ; Cass. com., 3 mai 2011, n°10-16.709**

### Application immédiate de l'exonération de responsabilité du dirigeant en cas de simple négligence

Cass. com., 5 septembre 2018, n°17-15.031

*Ce qu'il faut retenir :*

**La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Loi Sapin II, qui écarte, en cas de simple négligence dans la gestion de la société, la responsabilité du dirigeant au titre de l'insuffisance d'actif, est applicable immédiatement aux procédures collectives en cours et aux instances en responsabilité en cours au moment de son entrée en vigueur.**

*Pour approfondir :*

L'application dans le temps de la loi nouvelle est un sujet récurrent du droit des entreprises en difficulté.

A défaut de disposition expresse du législateur, il convient de se référer aux dispositions des articles 1 et 2 du code civil.

Le principe dégagé par l'article 2 du code civil, principe qui peut souffrir exceptions, est que la loi nouvelle dispose pour l'avenir et n'a pas point d'effet rétroactif.

Si par principe la loi n'a pas d'effet rétroactif, il n'en demeure pas moins qu'elle est, de jurisprudence constante, d'application immédiate aux situations juridiques non contractuelles, sous réserve du respect des droits acquis.

En l'espèce, suivant jugement du 2 décembre 2011, une société a été placée en liquidation judiciaire.

Le liquidateur judiciaire a assigné la dirigeante en responsabilité pour insuffisance d'actif de cette société en se fondant sur les dispositions de l'article L.651-2 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 146 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, qui écarte toute responsabilité « *en cas de simple négligence du dirigeant* ».

Le législateur était resté silencieux s'agissant de l'application dans le temps de la modification susvisée.

Par un arrêt du 17 janvier 2017, la Cour d'appel de Chambéry, aux fins de rejeter l'action du liquidateur judiciaire, avait jugé que les dispositions de l'article 146 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 étaient applicables aux procédures collectives en cours au moment de leur entrée en vigueur.

Le liquidateur judiciaire a alors formé un pourvoi en cassation contre cette décision. A l'appui de ses prétentions, il a soutenu que les dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 146 de la loi 9 décembre 2016 devaient s'appliquer au cas d'espèce, et donc que la négligence du dirigeant pouvait constituer une faute de gestion susceptible d'engager sa responsabilité.

Par un arrêt du 5 septembre 2018, la Chambre commerciale a rejeté le pourvoi en ces termes : « *Selon les articles 1 et 2 du code civil, la loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations et rapports juridiques établis ou formés avant sa promulgation, à moins que cette application immédiate ne méconnaisse un droit acquis ; que le caractère facultatif de la condamnation du dirigeant à supporter, en tout ou partie, l'insuffisance d'actif de la société exclut tout droit acquis du liquidateur à la réparation du préjudice auquel le dirigeant a contribué par sa faute de gestion ; qu'il en résulte qu'en l'absence de disposition contraire prévue par elle, la loi du 9 décembre 2016, qui écarte, en cas de simple négligence dans la gestion de la société, la responsabilité du dirigeant au titre de l'insuffisance d'actif, est applicable immédiatement aux procédures collectives en cours et aux instances en responsabilité en cours.* »

C'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur la question d'application dans le temps de l'article 146 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016.

Certaines cours d'appel avaient jugé que ces dispositions n'étaient pas applicables aux procédures collectives ouvertes avant le 11 décembre 2016, date d'entrée en vigueur de la loi (CA Versailles, 7 nov. 2017, n°17/04229).

La Cour de cassation justifie sa solution en se fondant sur le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations et rapports juridiques établis ou formés avant sa promulgation dans la mesure où ladite loi ne préjudicie pas aux droits acquis. Or, pour la Haute Cour, « *le caractère facultatif de la condamnation du dirigeant à supporter, en tout ou partie, l'insuffisance d'actif de la société exclut tout droit acquis du liquidateur à la réparation du préjudice auquel le dirigeant a contribué par sa faute de gestion* ».

**A rapprocher : L.651-2 du code de commerce ; Loi Sapin II du 9 décembre 2016 ; CA Versailles, 7 nov. 2017, n°17/04229**

## ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS

### Fixation de la date de cessation des paiements après cessation de l'activité professionnelle

Cass. com., 4 juillet 2018, n°17-16.056

*Ce qu'il faut retenir :*

**Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'un commerçant, radié du registre du commerce, n'est plus soumise à la condition que soit établi un état de cessation des paiements antérieur à la radiation.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, le 14 avril 2014, une commerçante a été radiée du registre du commerce et des sociétés. Elle a été assignée ultérieurement par le comptable des finances publiques du pôle de recouvrement spécialisé pour non-paiement d'une dette de taxe sur la valeur ajoutée au titre de l'année 2013.

Suivant jugement du 28 avril 2015, l'ancienne commerçante a été placée en liquidation judiciaire et la date de cessation des paiements a été fixée au 31 mars précédent. Sur appel de cette dernière, la Cour d'appel d'Angers, par un arrêt du 25 octobre 2016, a confirmé l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire. La débitrice a alors formé un pourvoi en cassation.

Au soutien de ses prétentions, elle fait grief à l'arrêt de la Cour d'appel de confirmer l'ouverture de sa liquidation judiciaire en fixant la date de cessation de ses paiements au 31 mars 2015, soit postérieurement à sa radiation du registre du commerce et des sociétés intervenue le 14 avril 2014.

Selon son raisonnement, une procédure de liquidation judiciaire ne peut être ouverte qu'à l'égard d'un débiteur déjà en état de cessation des paiements lors de la cessation de son activité professionnelle.

Par un arrêt du 4 juillet 2018, publié au bulletin, la Cour de cassation rejette le pourvoi en ces termes : « *Mais attendu que l'arrêt retient exactement que, selon les articles L.631-3, alinéa 1<sup>er</sup>, ou L.640-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires à l'égard d'un commerçant radié du registre du commerce n'est plus*

*soumise, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, à la condition que soit établi un état de cessation des paiements antérieur à la radiation, dès lors qu'existe, lors de l'examen de la demande d'ouverture de la procédure, un passif résiduel exigible à caractère professionnel auquel l'ancien commerçant est dans l'impossibilité de faire face avec son actif disponible ; que le moyen qui postule le contraire n'est pas fondé ».*

Les dispositions de l'article L.621-15 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 25 janvier 1985, prévoient en ces termes :

« (...) le tribunal ne peut être saisi que dans le délai d'un an, à partir de l'un des événements mentionnés ci-après, et lorsque celui-ci est postérieur à la cessation des paiements du débiteur :

1<sup>er</sup> radiation du registre des commerces et des sociétés (...),

2<sup>me</sup> cessation de l'activité s'il s'agit d'un artisan ou d'un agriculteur ».

Ainsi, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire exigeait que l'état de cessation des paiements précède la cessation d'activité (Cass. com., 26 octobre 1999, n°95-21.913). Cette exigence a désormais disparu avec la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005

Selon les dispositions des articles L.631-3 et L.640-3 du code de commerce, le passif du débiteur personne physique retiré doit toutefois provenir, à tout le moins partiellement, de son activité professionnelle (Cass. avis, 17 septembre 2007, n°07-00007 ; Cass. com., 2 juillet 2009, n°08-17.211). Cette solution s'explique par l'interdiction faite à un ancien professionnel de bénéficier de la procédure de surendettement, dès lors qu'il est exigible aux procédures collectives (Cass. com., 2 juillet 2009, n°08-17.211).

Par la présente décision, la Cour de cassation fait une application stricte des textes précités.

**A rapprocher : L.631-3 et L.640-3 du code de commerce ; Cass. avis, 17 septembre 2007, n°07-00007 ; Cass. com., 2 juillet 2009, n°08-17.211**

## CRÉANCIERS

### La compensation pour dettes connexes exige de la part du créancier une déclaration de créances

Cass. com., 20 juin 2018, n°16-16.723

*Ce qu'il faut retenir :*

**La Cour de cassation confirme sa jurisprudence selon laquelle la compensation de créances connexes ne peut être opérée dès lors que le créancier n'a pas déclaré sa créance antérieure au passif.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, par un marché du 14 novembre 2007, un établissement public d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (l'EHPAD) a confié, dans le cadre de la construction d'une résidence, la réalisation du lot électricité à une société qui a été successivement placée en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire par jugements respectifs des 22 septembre et 16 novembre 2010.

Le liquidateur judiciaire, n'ayant pas obtenu le paiement des factures émises par le débiteur en octobre, novembre et décembre 2010, a assigné l'EHPAD en paiement des factures impayées. Par un jugement du 17 octobre 2014, le Tribunal de commerce a condamné l'EHPAD à payer au liquidateur judiciaire, ès qualités, la somme de 60 518,95 euros au titre des factures impayées.

L'EHPAD a interjeté appel du jugement. Par un arrêt du 3 mars 2016, la Cour d'appel de Nîmes a confirmé la décision de première instance. L'EHPAD a alors formé un pourvoi en cassation.

L'EHPAD fait notamment grief aux juges du fond d'avoir rejeté sa demande de compensation pour dettes connexes entre sa dette au titre des factures impayées et la dette du débiteur au titre de l'exécution incomplète et défectueuse des travaux aux motifs qu'il n'avait pas déclaré sa créance au passif du débiteur.

Par un arrêt du 20 juin 2018, la Cour de cassation rejette le moyen.

La Chambre commerciale, en se fondant sur les dispositions des articles L.622-24, L.622-26 et L.622-7 du Code de commerce, confirme l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il a rejeté la demande de

compensation pour dettes connexes de l'EHPAD aux motifs que ce dernier aurait dû déclarer sa créance antérieure résultant de l'exécution incomplète et défectueuse des travaux au passif du débiteur sous peine d'inopposabilité de sa créance à la procédure collective.

L'article L.622-7 du Code de commerce dispose en ces termes que :

*« Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. »*

Toutefois, la compensation de créances connexes ne peut être opérée dès lors que le créancier n'a pas déclaré sa créance antérieure au passif du débiteur ; cette créance étant, en application des dispositions de l'article L.622-26 du Code de commerce, inopposable à la procédure collective du débiteur (Cass. com., 3 mai 2011, n°10-16.758 ; Cass. com., 19 juin 2012, n°10-21.641). Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, la compensation de créances connexes nécessitait une déclaration de la créance au passif du débiteur, la sanction étant alors au demeurant l'extinction de la créance.

En l'espèce, il ne pouvait être contesté que la créance au titre du paiement des travaux effectués et celle au titre de l'exécution incomplète et défectueuse des travaux étaient des créances connexes (Cass. com., 24 octobre 1978, n°77-11.012).

Toutefois, le fait générateur de la créance, née de l'exécution défectueuse par le débiteur d'une prestation de travaux, étant le jour de l'exécution de la prestation (Cass. com., 21 février 2012, n°11-11.504), la créance de l'EHPAD était une créance antérieure qui aurait dû être déclarée au passif du débiteur pour permettre la compensation des créances en application des dispositions de l'article L.622-7 du Code de commerce.

**A rapprocher :** Cass. com., 3 mai 2011, n°10-16.758 ; Cass. com., 19 juin 2012, n°10-21.641 ; Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ; L.622-24 du Code de commerce ; L.622-26 du Code de commerce ; L.622-7 du Code de commerce

**La résiliation de plein droit du contrat doit être constatée par le juge-commissaire**  
Cass. com., 4 juillet 2018, n°17-15.038

*Ce qu'il faut retenir :*

**Lorsque ne sont pas payées à échéance, au cours de la période d'observation, des sommes en vertu d'un contrat dont la continuation a été décidée, et à défaut d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, la résiliation de plein droit du contrat doit, à la demande de tout intéressé, être constatée par le juge-commissaire, lequel doit vérifier que l'absence de paiement est justifiée par la constatation que l'administrateur ne dispose plus des fonds nécessaires pour remplir les obligations nées du contrat.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, le 13 décembre 2012, une société a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde avec désignation d'un mandataire judiciaire. Le 25 février 2013, suite à la mise en demeure par son cocontractant créancier, la société débitrice et son mandataire judiciaire ont fait connaître leur volonté de poursuivre le contrat de location financière. Par jugement en date du 3 avril 2014, le tribunal de commerce a arrêté le plan de sauvegarde de la débitrice

Le 22 avril 2014, le créancier a notifié à la société débitrice la mise en jeu de la clause résolutoire par courrier recommandé avec avis de réception, puis a assigné le débiteur en paiement des loyers impayés et de l'indemnité de résiliation, et a demandé la restitution du matériel loué.

Par une décision en date du 12 décembre 2016, la Cour d'appel de Paris a condamné la société débitrice à payer au créancier la somme de 73 634,73 €, et à restituer le matériel loué, en retenant que la débitrice et son mandataire judiciaire n'avaient pas saisi le juge-commissaire ou informé le créancier de l'incapacité d'exécuter le contrat. La Cour a retenu que la date de résiliation du contrat devait être fixée au jour de la réception de la lettre recommandée lui notifiant la mise en jeu de la clause de résiliation de plein droit.

La société débitrice a formé un pourvoi en cassation en soutenant que, dès lors que la résiliation du contrat intervenait de plein droit à défaut d'accord du cocontractant de poursuivre le contrat, cette résiliation n'était pas soumise à constatation du juge-commissaire.

Dans son arrêt en date du 4 juillet 2018, au visa des articles L.622-13, III, 2° et R.622-13 du code de commerce, la Cour de cassation confirme la décision d'appel en retenant que : « lorsque ne sont pas payées à échéance, au cours de la période d'observation, des sommes en vertu d'un contrat dont la continuation a été décidée, et à défaut d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles, la résiliation de plein droit de ce contrat doit, à la demande de tout intéressé, être constatée par le juge-commissaire qui, après avoir vérifié que l'absence de paiement est justifiée par la constatation que l'administrateur ne dispose plus des fonds nécessaires pour remplir les obligations nées du contrat, en fixe la date ».

En application des dispositions de l'article L.622-13, III, 2° du code de commerce : « Le contrat en cours est résilié de plein droit : (...) A défaut de paiement dans les conditions définies au II (l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant) et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. En ce cas, le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation ».

De plus, selon les dispositions de l'article R.622-13, alinéa 2, du même code, « le juge-commissaire constate, sur la demande de tout intéressé, la résiliation de plein droit des contrats dans les cas prévus au III de l'article L.622-13 et à l'article L.622-14, ainsi que la date de cette résiliation ».

Par cet arrêt, la Haute juridiction confirme sa jurisprudence appliquant strictement les articles L.622-13, III, 2° et R.622-13 du code de commerce (Cass. com., 20 septembre 2017, n°16-14.065), et apporte une précision : le juge commissaire qui constate la résiliation doit vérifier que le défaut de paiement est la conséquence de l'absence des fonds nécessaires pour remplir les obligations nées du contrat.

**A rapprocher : Article L.622-13 du code de commerce ; Article R.622-13 du code de commerce ; Cass. com., 20 septembre 2017, n°16-14.065**

## SOCIAL

### Licenciement économique : appréciation de l'obligation de reclassement dans le cadre d'un groupe de sociétés

Cass. soc., 4 juillet 2018, n°17-15.982

*Ce qu'il faut retenir :*

**En l'absence de recherches sérieuses et actives, le liquidateur ne satisfait pas à l'obligation de reclassement qui lui incombe.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, M. Y, salarié de la société X cédée au groupe A en octobre 2008, a été licencié pour motif économique le 6 octobre 2011, suite à la liquidation judiciaire de la société. M. Y a alors saisi la juridiction prud'homale pour contester son licenciement.

La Cour d'appel, considérant que le liquidateur n'avait pas satisfait à l'obligation de reclassement faute de recherches sérieuses et actives, a fixé au passif de la liquidation judiciaire de la société X les indemnités conséquentes à ce licenciement infondé dénué de cause réelle et sérieuse.

Le mandataire liquidateur a alors formé un pourvoi en cassation, considérant que la tentative de reclassement du salarié dans l'entreprise et son groupe avait été dûment réalisée puisqu'il avait, d'une part, interrogé la société mère du groupe de sociétés qui avaient le même dirigeant et, d'autre part, reçu une réponse de la société mère, non péremptoire. Il considérait ainsi qu'aucune recherche insuffisante de reclassement ne pouvait lui être reprochée et qu'en conséquence le licenciement économique du salarié était justifié.

Les magistrats de la Chambre sociale ont ainsi dû s'interroger sur les mesures à mettre en œuvre pour satisfaire à l'obligation de reclassement, lors d'un licenciement économique dans le cadre d'un groupe de société.

Le 4 juillet 2018, la Chambre sociale de la Cour de cassation a admis que « *le liquidateur s'était borné à envoyer une lettre au dirigeant de la société mère en lui demandant de lui indiquer l'existence éventuelle de postes disponibles pour les salariés de la société X au sein de quatre sociétés du groupe, sans s'adresser directement à chacune des sociétés concernées, qu'il*

*s'était contenté d'une réponse particulièrement évasive et générale déduisant l'absence de postes disponibles sans autre précision, de la conjoncture économique et qu'il n'avait pas interrogé la société Y dont elle a retenu à bon droit qu'elle faisait partie du groupe de reclassement » et qu'en conséquence « *en l'absence de recherches sérieuses et actives, le liquidateur n'avait pas satisfait à l'obligation de reclassement qui lui incombaît* ». Elle a ainsi rejeté le pourvoi formé par le mandataire liquidateur de la société X.*

La Cour de cassation a ici fait application de l'article L.1233-4 du code du travail et particulièrement de l'alinéa 1 qui dispose que « *Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles, situés sur le territoire national dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie et dont l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel* », en se référant aux modalités de recherche de reclassement.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation s'inscrit ainsi dans la lignée jurisprudentielle qui utilise fréquemment la référence de « recherche sérieuse et active » pour apprécier l'obligation de reclassement. En effet, la Chambre sociale a précédemment décidé qu'un licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse lorsque l'employeur qui s'était borné à adresser des lettres aux autres sociétés du groupe ne comportant aucune indication relative à l'expérience et à la qualification de l'intéressée, ne justifiait d'aucune recherche sérieuse et active des possibilités de reclassement existant dans ce groupe (Cass. soc., 8 décembre 2010, n°09-68.483).

**A rapprocher : Article L.1233-4 du code du travail ; Cass. soc., 8 décembre 2010, n°09-68.483**

\*\*\*