

SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LILLE

Bureaux intégrés

AIX-EN-PROVENCE
BELFORT - BORDEAUX
CLERMONT-FERRAND
LE HAVRE - LYON - MARSEILLE
METZ - NICE - ROUEN
SAINT-ETIENNE

Réseau SIMON Avocats

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

Conventions transnationales

www.simonassociés.com
www.lettredurestructuring.com



PRÉVENTION	
Poursuite du bail commercial et mission de l'administrateur judiciaire dans une procédure de sauvegarde Cass. com., 7 octobre 2020, n°19-14.807	p. 2
PROCÉDURES COLLECTIVES	
Cession d'entreprise et information expresse sur l'état de cessation des paiements Cass. com., 18 novembre 2020, n°18-24.301	p. 3
Une procédure de liquidation judiciaire annulée peut en faire naître une seconde ! Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.015	p. 3
Les entreprises en difficulté face à l'épidémie de Covid-19 : nouvelle adaptation des règles applicables	p. 4
DIRIGEANTS	
Élément intentionnel du délit de banqueroute et soustraction consciente aux obligations comptables Cass. crim., 25 novembre 2020, n°19-85.205	p. 6
ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS	
Action ne relevant pas du monopole du représentant des créanciers : nouvelle illustration Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.829	p. 7
CRÉANCIERS	
Responsabilité du liquidateur judiciaire en cas de cession d'un actif revendiqué Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.685	p. 8
Intérêt collectif des créanciers et commissaire à l'exécution du plan Cass. com., 12 novembre 2020, n°19-11.972	p. 10
SOCIAL	
Conditions de mise en œuvre de la portabilité des droits des salariés en cas de liquidation judiciaire Cass. civ. 2 ^{ème} , 5 novembre 2020, n°19-17.164	p. 10
ACTUALITÉS RESTRUCTURING	p. 12

PRÉVENTION

Poursuite du bail commercial et mission de l'administrateur judiciaire dans une procédure de sauvegarde

Cass. com., 7 octobre 2020, n°19-14.807

Ce qu'il faut retenir :

L'administrateur, qui n'a reçu qu'une mission de surveillance, ne peut être tenu pour responsable de l'exécution ou de l'inexécution fautive du bail des locaux d'exploitation de l'entreprise, lequel s'est poursuivi de plein droit, tant qu'il n'a pas pris parti sur sa poursuite, dès lors que sa principale mission est d'établir le bilan économique de l'entreprise et de proposer un plan de sauvegarde.

Pour approfondir :

Une société a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ouverte le 24 janvier 2013. Le jugement d'ouverture a désigné un administrateur judiciaire avec une mission de surveillance. Avant l'ouverture de la procédure, la société ne réglait plus les loyers qu'elle devait au titre de son contrat de bail commercial. L'administrateur informé dès le 22 février 2013 de ces impayés, n'a pas pris l'initiative de la résiliation du bail. Le 6 mai 2013, la procédure de sauvegarde a été convertie en redressement judiciaire à la demande de l'administrateur. Ce dernier, qui s'est vu confier une mission d'assistance, a informé le bailleur de sa renonciation à la poursuite du bail, le 30 mai suivant. La liquidation judiciaire a été prononcée le 9 juillet 2013 et le bailleur s'est vu remettre les clés. Toutefois, ce dernier reprochant des fautes à l'administrateur judiciaire dans sa gestion du contrat de bail, a recherché sa responsabilité.

La Cour d'appel de Paris a, par un arrêt en date du 28 février 2019, retenu la responsabilité de l'administrateur judiciaire pour s'être abstenu de résilier le bail commercial « *dès l'ouverture de la procédure de sauvegarde* » alors que la société n'avait, dès l'ouverture de cette procédure, pas pu assumer le paiement des loyers et charges qui étaient trop élevés au regard de son activité. L'administrateur avait connaissance de ces éléments puisqu'il avait été informé moins d'un mois après l'ouverture de ladite procédure.

La Cour d'appel a constaté que l'administrateur judiciaire n'a mis fin au contrat que le 30 mai 2013, après la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire et a estimé que l'abstention de résilier le contrat révélait de la part de l'administrateur son intention de prendre parti sur sa continuation. Elle en a déduit que ce dernier a méconnu les dispositions de l'article **L.622-13 du Code de commerce** dès lors que l'absence de trésorerie rendait impossible la poursuite du bail, en raison du montant trop élevé des loyers.

L'administrateur judiciaire a alors formé un pourvoi en cassation. Au soutien de son pourvoi, ce dernier a soutenu que le bail nécessaire à la poursuite immédiate de l'activité de l'entreprise doit être poursuivi durant la procédure de sauvegarde qui a pour unique finalité son redressement, nonobstant l'absence de trésorerie disponible pour assurer immédiatement le paiement des loyers. La résiliation du bail aurait imposé l'arrêt de son activité et l'aurait privée de toute chance de redressement.

Par un arrêt en date du 7 octobre 2020, la Cour de cassation a cassé et annulé, en toutes ses dispositions, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, aux vises des articles **1240 du Code civil** et **L.620-1, L.622-1 et L. 622-13 du Code de commerce**, rappelant qu'une procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Ainsi, selon la Chambre commerciale, l'administrateur, qui n'a reçu qu'une mission de surveillance, ne peut être tenu pour responsable de l'exécution ou de l'inexécution fautive du bail des locaux d'exploitation de l'entreprise, lequel s'est poursuivi de plein droit, tant qu'il n'a pas pris parti sur sa poursuite, dès lors que sa principale mission était d'établir le bilan économique de l'entreprise et de proposer un plan de sauvegarde.

Conformément à l'article L.622-13 du Code de commerce, la Cour de cassation rappelle le principe de la poursuite des contrats en cours malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagement antérieur au jugement d'ouverture.

A rapprocher : Cass. Com., 24 janv. 2018, n°16-13.333

PROCÉDURES COLLECTIVES

Cession d'entreprise et information expresse sur l'état de cessation des paiements
Cass. com., 18 novembre 2020, n°18-24.301

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation considère que dans le cadre d'une cession d'entreprise, communiquer aux acquéreurs les documents comptables ne suffit pas à les informer sur la situation financière de la société. Il appartient aux cédants d'informer expressément les acquéreurs sur l'existence de l'état de cessation des paiements de la société, même si elle ne se trouve pas, au jour de la cession, en procédure collective. Cette absence d'information peut conduire à la nullité de la cession d'entreprise.

Pour approfondir :

Une société a été cédée en décembre 2013 avant d'être placée en redressement judiciaire en mai 2014 puis en liquidation judiciaire en juillet 2014. La date de cessation des paiements a été fixée au 6 novembre 2012, par jugement du 7 mai 2014, soit postérieurement à la cession de l'entreprise.

Les acquéreurs ont été assignés en justice par les vendeurs pour n'avoir pas payé l'intégralité du prix de cession. A cette occasion, les acquéreurs ont quant à eux demandé la nullité de la cession, estimant avoir été victimes d'un dol. Le dol consiste en une manœuvre pratiquée par l'une des parties pour faire contracter l'autre partie, qui peut se traduire par l'absence de révélation d'une information déterminante. Il est une cause de nullité de la convention passée lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Au cas d'espèce, la cour d'appel a relevé que les cédants avaient parfaitement connaissance de l'augmentation du montant des dettes et impayés échus entre le bilan 2012 et la cession de la société en fin d'année 2013, de laquelle découlait l'état de cessation des paiements, et ce même si la société n'était pas encore, au moment de la cession, en procédure collective et que la date précise de la cessation des paiements n'était pas arrêtée.

En conséquence, la communication du bilan de l'année 2012, lequel permettait d'avoir des informations sur les

dettes de la société, n'était pas suffisante pour informer les acquéreurs en ce que ce seul bilan ne permettait pas de connaître leur ampleur et leur ancienneté. La Cour d'appel en a déduit que les cédants se sont volontairement abstenus d'informer expressément les acquéreurs de l'évolution du passif entre 2012 et 2013 et de l'état de cessation des paiements existant pourtant dès avant la cession. Il est également reproché aux cédants d'avoir attesté, dans l'acte de cession, que la société ne se trouvait pas en état de cessation des paiements.

La cour d'appel est approuvée dans son raisonnement par la Cour de cassation qui considère que dès lors que le dol est bien établi dans son élément intentionnel, la cession de la société est nulle.

Cette décision, rendue en vertu du régime juridique du dol applicable avant la réforme du droit des contrats de 2016, lequel exigeait de véritables manœuvres de dissimulation d'informations déterminantes, peut paraître sévère. Néanmoins, elle s'inscrit totalement dans l'esprit de la réforme du droit des contrats qui a encadré les négociations contractuelles et ainsi donné naissance à l'article 1112-1 du Code civil, lequel oblige la partie qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre partie à l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

A rapprocher : Article 1116 du Code civil (ancien) ; Article 1112-1 du Code civil ; Article L.631-1 du Code de commerce ; CA Riom, 12 septembre 2018, 3^{ème} ch. civ., Société Py Negos ; Cass. com., 18 novembre 2020, n°18-19.766 (dans un sens contraire, rejet du dol)

Une procédure de liquidation judiciaire annulée peut en faire naître une seconde !

Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.015

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation considère qu'une cour d'appel peut ouvrir une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre d'une société, même après avoir annulé le jugement de première instance ayant initialement ouvert cette procédure, à condition d'être en mesure de démontrer (i) un état de cessation des paiements et (ii) l'impossibilité manifeste de redresser l'activité de ladite société.

Pour approfondir :

Sur assignation d'un créancier, la société X a été placée en liquidation judiciaire par décision, assortie de l'exécution provisoire, du tribunal de commerce de Bobigny du 4 octobre 2018.

La société X a interjeté appel de cette décision et a parallèlement saisi le Premier président de la Cour d'appel de Paris d'une demande en arrêt de l'exécution provisoire, laquelle a été arrêtée sur décision du 22 novembre 2018.

Par un arrêt du 12 mars 2019, la Cour d'appel prononce l'annulation du jugement du tribunal de commerce de Bobigny pour une raison procédurale, mais estime néanmoins être saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel, considérant que l'annulation du jugement n'a pas entraîné l'annulation des autres actes de procédure, dont l'assignation initiale du créancier en ouverture de la procédure collective. Aussi, la Cour d'appel statue au fond, déclare impossible le redressement de l'entreprise et décide en conséquence de la placer en liquidation judiciaire, fixant la date de cessation des paiements à cette date.

Pour ce faire, elle fait la démonstration, en application de l'article L.640-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce que la société X (i) se trouve en état de cessation des paiements et que (ii) son redressement est manifestement impossible.

Pour démontrer l'état de cessation des paiements, la Cour d'appel s'appuie sur une liste des créances établie par le liquidateur judiciaire en décembre 2018, lors de la procédure de liquidation judiciaire annulée. Côté passif, la Cour relève que le débiteur n'est pas en mesure de justifier les réserves de crédit ou les moratoires dont il prétend bénéficier par des écrits qui émaneraient des créanciers et elle rappelle que n'est pas exclue du passif exigible une créance dont le titulaire s'est simplement abstenu de demander le paiement. Elle écarte par ailleurs une attestation de l'expert-comptable du débiteur qui se borne à déclarer simplement l'absence de cessation des paiements sans la démontrer.

Côté actif, la Cour exclut le compte-courant du gérant associé unique qui est une dette de la société envers un tiers, ainsi que sa promesse de céder ses parts sociales dans la mesure où cette promesse, même si elle se réalise, est sans incidence sur la consistance de l'actif de la société.

Pour affirmer une impossibilité manifeste de redressement du débiteur, la Cour prend appui sur l'état des créances de décembre 2018 qui fait état d'un passif échu de l'ordre de 900.000 euros, là où la société réalise un chiffre d'affaires annuel de 1,3 millions d'euros, se traduisant par une perte de 25.000 euros au cours du dernier exercice. Elle en déduit qu'au regard de l'importance du passif et de l'absence d'éléments établissant la possibilité d'une très forte progression de l'activité et de la rentabilité, le redressement est manifestement impossible, justifiant ainsi l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

La Cour d'appel est approuvée dans sa démarche par la Cour de cassation qui rejette le pourvoi rappelant que la preuve de l'état de cessation des paiements d'une société peut être apportée par tous moyens, y compris à partir d'un état des créances établi antérieurement à l'ouverture de la procédure, à condition d'être actualisé et d'être corroboré par d'autres éléments.

A rapprocher : Article L.640-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce ; CA Paris, Pôle 5, Chambre 8, 12 mars 2019, n°18/22172

Les entreprises en difficulté face à l'épidémie de Covid-19 : nouvelle adaptation des règles applicables

Ce qu'il faut retenir :

Une majorité de mesures prises en vue d'adapter le droit des entreprises en difficulté au contexte sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19 ont été prolongées, notamment par la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, jusqu'au 31 décembre 2021. La crise économique et le contexte sanitaire actuel imposaient le report de telles mesures exceptionnelles.

Pour approfondir :

Les règles régissant le droit des entreprises en difficulté ont fait l'objet, au cours des derniers mois, d'une adaptation temporaire sans précédent, et ce afin de tenir compte de l'impact des mesures prises afin de faire face à l'épidémie de Covid-19, sur l'activité des entreprises françaises.

Ainsi, une première ordonnance n°2020-341 du 27 mars 2020 est venue apporter diverses adaptations temporaires, tant en ce qui concerne les règles relatives à la prévention des difficultés, avec la prolongation de plein droit de la durée de la procédure de conciliation de 5 mois selon l'article 1^{er} II, qu'en ce qui concerne les règles relatives aux procédures collectives, avec la prolongation de la durée des plans ou encore l'assouplissement des règles relatives à la reprise d'une entreprise par son ancien dirigeant.

Une deuxième ordonnance, n°2020-596 du 20 mai 2020, est venue, quant à elle, préciser, voire compléter les adaptations précitées :

- D'une part, en favorisant la détection précoce des difficultés des entreprises (renforcement du rôle du commissaire aux comptes, suspension de l'exigibilité d'une créance sur demande du débiteur auprès du Président du Tribunal dans le cadre d'une procédure de conciliation...);
- D'autre part, en adaptant les règles applicables aux procédures collectives (assouplissement des conditions d'accès aux procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière, extension des garanties de l'AGS, prolongation de la durée des plans de sauvegarde et de redressement judiciaire, allègement des formalités de consultation des créanciers, assouplissement des règles relatives à la reprise des actifs d'une entreprise en difficulté par son dirigeant ou encore ses actionnaires).

La majorité de ces mesures étaient applicables jusqu'au 23 août 2020 pour certaines et jusqu'au 31 décembre 2020 pour d'autres, mais la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19 persistant, il est apparu nécessaire de maintenir certaines règles, et ce au-delà du délai initialement fixé. C'est dans ce contexte qu'une nouvelle ordonnance n°2020-1443 du 25 novembre 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de l'épidémie de Covid-19, a été adoptée.

Aux termes de cette ordonnance, l'application des mesures suivantes est prolongée jusqu'au 31 décembre 2021 :

- Prolongation de la durée de la procédure de conciliation, une à plusieurs fois, à la demande du conciliateur, sans pouvoir excéder une durée de 10 mois, pour les procédures en cours ouvertes à compter du 24 août 2020 ;

- Accélération de la prise en charge des créances salariales par l'assurance garantie des salaires (AGS), d'ores et déjà prévu par l'ordonnance n°2020-596 du 20 mai 2020 ;
- Communication par tout moyen entre, d'une part, l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le liquidateur, le commissaire à l'exécution du plan, le mandataire ad hoc ou le conciliateur, et, d'autre part, le greffe du tribunal ainsi que les organes juridictionnels de la procédure.

Toutefois, l'ordonnance n°2020-1443 du 25 novembre 2020 portant adaptation que d'une partie des mesures, il était nécessaire d'aller plus loin en élargissant le champ des prorogées. L'article 124 de la loi n°2020-1525 d'accélération et de simplification de l'action publique du 7 décembre 2020 s'en est chargé : « *Les dispositions des articles 1er à 6 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19 sont prolongées **jusqu'au 31 décembre 2021 inclus*** ».

La loi dite « ASAP » proroge ainsi les effets des mesures suivantes jusqu'au 31 décembre 2021 :

- Renforcement de la mission du commissaire aux comptes dans la prévention des difficultés des entreprises ;
- Interdiction des poursuites par les créanciers ayant refusé la suspension d'exigibilité de leur créance et le report de leurs échéances dans le cadre de la procédure de conciliation ;
- Suppression des conditions de seuils en vue de recourir aux procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière accélérée ;
- Raccourcissement à 15 jours du délai de réponse des créanciers à leur consultation individuelle (hors comités) ;
- Présentation d'un plan dont le passif est vérifié par attestation du commissaire aux comptes ou de l'expert-comptable ;
- Prolongation de la durée des plans de sauvegarde et de redressement judiciaire jusqu'à 12 ans ;
- Instauration du privilège de sauvegarde/redressement judiciaire concernant les apports réalisés durant la période d'observation ou en vue de garantir l'exécution du plan arrêté par le tribunal ;
- Suppression des conditions de seuils d'accès à la procédure de liquidation judiciaire simplifiée.

A l'inverse, l'assouplissement des règles relatives à la reprise des actifs d'une entreprise en difficulté par son dirigeant ou encore ses actionnaires, n'est pas mentionné dans les mesures prorogées. Cette possibilité de reprise devra dès lors être mise en œuvre avant le 1^{er} janvier 2021.

A rapprocher : Ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période ; Ordonnance n°2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de covid-19 ; Ordonnance n°2020-1443 du 25 novembre 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises aux conséquences de l'épidémie de covid-19 ; Loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique

DIRIGEANTS

Élément intentionnel du délit de banqueroute et soustraction consciente aux obligations comptables
Cass. crim., 25 novembre 2020, n°19-85.205

Ce qu'il faut retenir :

Il résulte de l'article L.654-2 4° et 5° du Code de commerce et de l'article 121-3 du Code pénal que la caractérisation de l'élément intentionnel des délits de banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière suppose la seule conscience de son auteur de se soustraire à ses obligations comptables légales.

Pour approfondir :

En décembre 2008, deux dirigeants d'une société civile immobilière (SCI) ont acquis un terrain, financé en totalité par un découvert en compte d'un montant 1.400.000 euros.

Par un jugement du 15 octobre 2013, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte au bénéfice de la SCI et la date de cessation des paiements a été fixée au 13 septembre 2013.

Sur demande du tribunal, un rapport d'expertise comptable a été établi, faisant état de certaines irrégularités.

A l'issue des investigations, les dirigeants de la SCI ont été poursuivis devant le tribunal correctionnel des chefs de banqueroute par emploi de moyens ruineux, tenue irrégulière et absence de comptabilité.

Les juges du premier degré ont reconnu les prévenus coupables du délit de banqueroute pour les faits commis à compter du 21 mai 2012, date à laquelle ils ont retenu l'état de cessation des paiements.

Les dirigeants de la SCI ont interjeté appel du jugement. La Cour d'appel a fait droit à leurs demandes et a prononcé la relaxe au motif que la tenue irrégulière de comptabilité pour l'année 2011, et l'absence totale de comptabilité pour les années 2012 et 2013, s'inscrivaient dans un contexte de conflit entre associés et n'avait pas pour finalité de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements ou d'affecter l'actif de la SCI dans des conditions qui allaient la mettre dans l'impossibilité de faire face au passif exigible.

La Cour d'appel a en outre déduit de la personnalité des dirigeants ainsi que de leurs comportements, qu'ils n'avaient pas l'intention de maintenir artificiellement l'activité de la SCI avant la date de cessation des paiements telle que fixée par le tribunal de grande instance.

Par un arrêt en date du 25 novembre 2020, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au visa des articles L.654-2 4° et 5° du Code de commerce et l'article 121-3 du Code pénal, lesquels énoncent :

- « *En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L.654-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après : [...]* 4° *Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ; 5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.* » (Article L.654-2 4° et 5° du Code de commerce) ;

- « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. » (Article 121-3 du Code pénal).

Tout d'abord, la Haute juridiction rappelle que la cessation des paiements, constatée par le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, est une condition préalable à l'exercice de poursuites des chefs de banqueroute. Néanmoins, elle précise que la date de cessation des paiements retenue par le tribunal est sans incidence sur la caractérisation de la banqueroute, qui peut être retenue pour les faits qui sont antérieurs ou postérieurs à cette date.

Par ailleurs, la Cour de cassation affirme qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les dirigeants ont eu la volonté soit d'éviter ou de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements, soit d'affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible. Au contraire, la caractérisation de l'élément intentionnel des délits de banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière suppose uniquement la conscience de son auteur de se soustraire à ses obligations comptables légales, peut importer la connaissance des conséquences de ces violations sur le déroulement de la procédure collective.

Ainsi, par cet arrêt la Cour de cassation retient qu'en matière de délit de banqueroute, comme dans de nombreux autres domaines du droit pénal (vente sans facture par un commerçant – *Cass. crim.*, 25 mai 1994, n°93-85.205 ; Exploitation sans autorisation d'une installation classée par un chef d'entreprise – *Cass. crim.*, 25 mai 1994, n°93-85.158) la seule conscience de la matérialité des faits suffit à caractériser l'élément intentionnel.

A rapprocher : Cass. crim., 25 mai 1994, n°93-85.205 ; Cass. crim., 25 mai 1994, n°93-85.158

ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS

Action ne relevant pas du monopole du représentant des créanciers : nouvelle illustration

Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.829

Ce qu'il faut retenir :

L'action en responsabilité intentée à l'encontre d'une banque pour inexécution d'un mandat de vente des titres d'une société ayant par la suite fait faillite est étrangère à la protection et à la reconstitution du gage commun et ne relève donc pas du monopole du représentant des créanciers.

Pour approfondir :

Un actionnaire avait confié à une banque un mandat de vente des titres d'une société holding et de trois de ses filiales. Les sociétés concernées ayant fait faillite avant que l'actionnaire n'ait pu céder ses titres, il assigna la banque en responsabilité pour inexécution dudit mandat de vente, le préjudice résultant de la perte de chance de céder les titres à leur valeur réelle avant l'ouverture des différentes procédures collectives.

La banque forma un pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel l'ayant condamné à verser à l'actionnaire la somme de 2 millions d'euros en réparation de ses divers préjudices. Aux termes de son pourvoi, la banque soutenait que cette action en responsabilité relevait du monopole du liquidateur judiciaire, le préjudice – constitué de la perte de valeur des actions – n'étant pas personnel et distinct de celui subi par la collectivité des créanciers du fait de l'ouverture des procédures collectives.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi, motifs pris que le préjudice n'avait pas sa cause dans la disparition de la valeur vénale de la société du fait de l'ouverture de la procédure collective mais dans la carence de la banque dans l'exécution du mandat de vente. Le préjudice étant ainsi étranger à la protection ou à la reconstitution du gage commun, l'action ne relevait pas du monopole du liquidateur judiciaire.

A rapprocher : Cass. com., 18 janvier 2017, n° 15-13.392

CRÉANCIERS

Responsabilité du liquidateur judiciaire en cas de cession d'un actif revendiqué
Cass. com., 21 octobre 2020, n°19-15.685

Ce qu'il faut retenir :

Le liquidateur judiciaire engage sa responsabilité lorsqu'il fait procéder à la réalisation d'actifs faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété dont il connaît l'existence, sauf accord du vendeur, à qui il doit payer le solde du prix restant dû sur le matériel.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société S est placée sous procédure de redressement judiciaire par jugement rendu le 23 octobre 2014.

Le 18 novembre 2014, la société A déclare sa créance au passif de la société S, à hauteur de 71.360,36 €, correspondant au solde impayé de plusieurs factures de vente de biens.

Parallèlement, une prise des actifs de la société A, valant inventaire, est réalisée par le commissaire-priseur désigné dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire précitée.

Par jugement rendu le 11 décembre 2014, la procédure de redressement judiciaire de la société S est convertie en procédure de liquidation judiciaire.

Le même jour, la société A décide de revendiquer les biens objets des factures précitées, entre les mains du liquidateur judiciaire de la société S, ces derniers étant grevés d'une clause de réserve de propriété.

Faute de retour du liquidateur judiciaire de la société S, la société A se trouve contrainte de saisir, par requête datée du 11 février 2015, le juge-commissaire, aux fins de se voir restituer lesdits matériels.

A cet égard, il convient de rappeler qu'en matière de revendication, et conformément aux dispositions des articles L.624-9, L.624-17 et R.624-13 du Code de commerce, le créancier revendiquant est tenu de respecter un certain nombre de délais, à savoir :

- S'agissant de la revendication entre les mains du liquidateur judiciaire, étant précisé qu'en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, cette demande est effectuée auprès de l'administrateur judiciaire, ou à défaut auprès du débiteur avec copie au mandataire judiciaire, la demande doit être adressée dans un délai de 3 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC, par lettre recommandée avec accusé de réception ;
- A la réception de cette demande, transmise impérativement par voie de recommandé avec accusé de réception, le destinataire de la demande en revendication dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer ;
- A défaut de réponse du destinataire de la demande en revendication dans ce délai d'un mois, un nouveau délai d'un mois s'ouvre, au cours duquel le créancier revendiquant est fondé à saisir le juge-commissaire par voie de requête. A défaut de saisine dans ce dernier délai, le créancier revendiquant est forclo.

En l'occurrence, ces délais avaient été respectés par la société A, rendant ainsi sa requête, en la forme, recevable.

Il convient de noter que parallèlement à cette saisine, la société A prend l'initiative de solliciter, de nouveau, le liquidateur judiciaire, par courrier recommandé avec accusé de réception réceptionné le 9 mars 2015, et ce afin qu'il indique sa position concernant la demande en revendication précitée. En vain.

Par ordonnance du 4 mars 2015, le juge-commissaire autorise la vente aux enchères publiques des biens de la société S.

Le liquidateur judiciaire prend alors l'initiative de faire procéder à la vente aux enchères desdits biens les 15 et 16 avril 2015, ce qui lui permet de recouvrer une somme de 827.050 €.

Par ordonnance du 18 juin 2015, le juge-commissaire statue favorablement sur la requête en revendication de la société A, et l'autorise à se voir restituer les biens revendiqués, sous réserve de leur existence en nature au jour du jugement d'ouverture.

A cet égard, il convient de rappeler que, conformément aux dispositions de l'article L.624-16 du Code de commerce, seuls les biens qui se retrouvent en nature au jour du jugement d'ouverture, peuvent être revendiqués en nature.

La preuve de la présence en nature du bien revendiqué au jour du jugement d'ouverture pèse sur le créancier revendiquant. Toutefois, la charge de cette preuve est renversée, et pèse sur le liquidateur judiciaire, lorsque l'inventaire est incomplet, sommaire ou inexploitable (*Cass. com., 25 octobre 2017, n°16-22.083*).

En l'occurrence, la société A, jusqu'alors non informée de la vente aux enchères publiques précitée, décide de solliciter le liquidateur judiciaire afin que ce dernier lui restitue les biens revendiqués, ou à défaut, lui restitue leur prix.

Faute de retour du liquidateur judiciaire et estimant avoir subi un préjudice du fait de la vente des biens revendiqués à son insu, la société A décide de l'assigner aux fins de voir réparer son préjudice qu'elle évalue à la somme de 71.360,36 €.

Par un jugement rendu le 27 septembre 2017, la juridiction saisie fait droit à cette demande, estimant la responsabilité du liquidateur judiciaire engagée en raison de la vente des biens revendiqués alors même qu'il était informé de la revendication de la société A.

Toutefois, la juridiction de 1^{ère} instance limite le montant du préjudice à la somme de 3.750 €, ce qui conduit la société A à interjeter appel.

Par arrêt rendu le 28 février 2019, les juges du fond font droit à la demande de la société A et condamnent le liquidateur judiciaire à verser la somme de 71.360,36 €, au titre du préjudice subi par la société A.

Le liquidateur judiciaire décide de former un pourvoi en cassation estimant notamment que sa faute n'est pas caractérisée, n'étant tenu de respecter les droits des tiers que dans la mesure où ils sont opposables au

débiteur, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la revendication de la société A n'ayant pas encore aboutie.

En outre, le liquidateur judiciaire estime également que la société A ne démontrait pas en l'espèce que les biens revendiqués étaient présents au jour du jugement d'ouverture, et ce alors même que la charge de cette preuve lui incombait, selon lui, en sa qualité de créancier revendiquant.

Par arrêt rendu le 21 octobre 2020, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le liquidateur judiciaire et rappelle clairement qu'il appartient aux organes de la procédure de s'abstenir de procéder à la réalisation d'actifs faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété dont ils connaissent l'existence, sauf accord du vendeur à qui ils doivent payer le solde du prix restant dû sur le matériel.

En l'occurrence, il ressortait clairement des éléments factuels que le liquidateur judiciaire de la société S était parfaitement informé de l'existence de cette clause de réserve de propriété, ainsi que de l'action en revendication initiée par la société A, et qu'il avait néanmoins fait procéder à la vente de ces actifs.

En outre, la chambre commerciale de la Cour de cassation relève que l'inventaire étant inexploitable en l'état, la charge de la preuve de l'existence en nature des biens revendiqués, au jour du jugement d'ouverture, pesait donc sur le liquidateur judiciaire de la société S, preuve qu'il ne pouvait rapporter, en l'espèce.

Dans ce contexte, la faute du liquidateur judiciaire était caractérisée et le préjudice subi par la société A démontré.

Il en résulte qu'en présence de biens grevés d'une clause de réserve de propriété, faisant l'objet d'une demande de revendication, le liquidateur judiciaire doit ainsi s'abstenir de céder lesdits biens, faute de quoi, ce dernier risque d'engager sa responsabilité, à l'égard du créancier revendiquant.

A rapprocher : Articles L.624-9, L.624-17 et R.624-13 du Code de commerce ; Cass. com., 25 octobre 2017, n°16-22.083

Intérêt collectif des créanciers et commissaire à l'exécution du plan

Cass. com., 12 novembre 2020, n°19-11.972

Ce qu'il faut retenir :

L'action ut singuli, qui tend à la réparation du préjudice subi par la société, échappe au monopole du commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde, lequel n'a qualité à agir qu'au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, qui est satisfait par l'adoption du plan de sauvegarde.

Pour approfondir :

Après l'adoption d'un plan de sauvegarde, plusieurs associés avaient agi à l'encontre des dirigeants de la société soumise au plan sur le fondement de diverses fautes de gestion tenant notamment à la violation des statuts et à des carences au titre de l'obligation d'information et de communication des documents sociaux (action dite *ut singuli*, permettant aux associés de solliciter des dirigeants la réparation d'un préjudice subi par la société).

La Cour d'appel déclara l'action irrecevable. Cette action, visant à réparer un préjudice qui n'était pas distinct des autres créanciers, relevait du monopole du commissaire à l'exécution du plan, seul organe susceptible d'exercer une action dans l'intérêt collectif des créanciers.

Aux termes d'un arrêt important, et au visa des articles L. 225-252, L. 227-8 et L. 626-25 alinéa 3 du code de commerce, la Cour de cassation censura les juges du fond : « *L'action ut singuli, réservée par les deux premiers textes susvisés aux associés, qui tend à la réparation du préjudice subi par la société, échappe au monopole du commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde, lequel n'a qualité à agir, en application du troisième texte, qu'au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, qui est satisfait par l'adoption de ce plan* ».

Cet arrêt sonne le glas du commissaire à l'exécution du plan en tant qu'organe habilité à agir en responsabilité contre les tiers, ce dernier ne pouvant agir que dans l'intérêt collectif des créanciers, lequel est satisfait selon la Cour de cassation dès l'arrêt du plan de continuation.

A rapprocher : L.626-25 du Code de commerce

SOCIAL

Conditions de mise en œuvre de la portabilité des droits des salariés en cas de liquidation judiciaire

Cass. civ. 2^{ème}, 5 novembre 2020, n°19-17.164

Ce qu'il faut retenir :

Les dispositions d'ordre public, issues de l'article L.911-8 du Code de la sécurité sociale n'opèrent aucune distinction entre les salariés des entreprises ou associations in bonis et les salariés dont l'employeur a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, et ne prévoient donc aucune condition relative à l'existence d'un dispositif assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance. Ainsi, le salarié qui a été licencié dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire, bénéficie de la portabilité de ses droits, dès lors que le contrat d'assurance collectif n'a pas été résilié au moment de la demande de mise en œuvre du maintien des droits.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société D conclut le 1^{er} décembre 2012, un contrat collectif d'assurance complémentaire santé au bénéfice de ses salariés, auprès de la société G (ci-après, l'« **Assureur** »).

Par jugement rendu le 17 mai 2016, la société D est placée sous procédure de liquidation judiciaire.

Le liquidateur judiciaire désigné dans le cadre de cette procédure sollicite, les 31 mai, 23 et 24 juin 2016, la mise en œuvre du dispositif de maintien des garanties prévu par l'article L.911-8 du Code de la sécurité sociale, et ce au profit des salariés de la société D, licenciés suite à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

Il convient de rappeler qu'il ressort des dispositions précitées que les salariés dont le contrat de travail a été rompu peuvent conserver pendant une durée maximale de 12 mois, le bénéfice des garanties des couvertures prévoyance. Il s'agit de ce que l'on appelle communément la portabilité des droits.

Toutefois, l'Assureur s'oppose à cette demande, estimant, pour l'essentiel, que le maintien des garanties attachées au contrat précité est subordonné à l'existence d'un dispositif assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance lorsque l'entreprise souscriptrice est placée en procédure de liquidation judiciaire.

En d'autres termes, l'Assureur estime ne pas devoir maintenir ces garanties, alors même que les cotisations d'assurances risquent de ne plus être réglées, compte tenu de la procédure de liquidation judiciaire de la société D.

Après une première décision d'instance, le contentieux est porté devant la Cour d'appel de LYON, laquelle estime, par arrêt rendu le 28 mars 2019, que, contrairement à ce que prétend l'Assureur, le maintien des garanties n'est subordonné qu'à l'existence et l'application d'un contrat collectif de complémentaire, au jour où le licenciement du salarié est intervenu.

Les juges du fond rappellent également qu'aux termes du texte précité, seuls les salariés ayant été licenciés pour faute lourde sont exclus de ce dispositif.

Dans ce contexte, l'Assureur décide de former un pourvoi en cassation.

Par arrêt rendu le 5 novembre 2020, la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, rejette le pourvoi formé par l'Assureur, rappelant (i) que les dispositions issues de l'article L.911-8 du Code de la sécurité sociale, sont d'ordre public, (ii) qu'elles n'opèrent aucune distinction entre les salariés des entreprises ou associations in bonis et les salariés dont l'employeur a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, et (iii) qu'elles ne prévoient aucune condition relative à l'existence d'un dispositif assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance.

Cette décision n'est pas surprenante, la Cour de cassation ayant d'ores et déjà eu l'occasion de se prononcer dans le même sens (*Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 18 janvier 2018, n°16-27332*).

Toutefois, il convient de relever qu'en l'espèce, la Cour suprême insiste sur le fait que le contrat d'assurance n'avait pas été résilié par l'Assureur, au moment de la demande de portabilité, étant rappelé qu'une telle résiliation peut intervenir en cas de défaut de paiement d'une prime et après mise en demeure du liquidateur judiciaire par l'assureur, dans les conditions visées à l'article L.113-3 du code des assurances (*Cass. com., 15 novembre 2016, n°14-27.045*).

Aussi, il faut comprendre qu'en cas de résiliation d'un tel contrat, et ce avant la demande de mise en œuvre du maintien des droits, les salariés ne pourront bénéficier du maintien des garanties, ce qui relativise la protection accordée aux salariés licenciés, dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire.

A rapprocher : Article L.911-8 du Code de la sécurité sociale ; Article L.113-3 du Code des assurances ; Cass. civ. 2^{ème}, 18 janvier 2018, n°16-27.332 ; Cass. com., 15 novembre 2016, n°14-27.045

ACTUALITÉ RESTRUCTURING SIMON ASSOCIÉS

BONNE ANNÉE 2021 !

Simon Associés vous présente ses meilleurs vœux pour cette nouvelle année !



[Cliquez ici](#)

CONSEILS PRATIQUES

4 minutes pour armer votre entreprise contre le Covid

Par Emmanuel DRAI, Avocat associé

[Visionner la vidéo](#)

Comment sauvegarder son entreprise dans la période actuelle ?

6 clés pour traverser la période actuelle

Par Jean-Charles SIMON, Associé-Gérant

[Lire l'article](#)