

---

## PREVENTION ET TRAITEMENT DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES DEUXIEME TRIMESTRE 2018

---

### Prévention

#### **Injonction de déposer les comptes**

Cass.com.7 février 2018 n°16-20519, D

##### **Fiche G.P 3-2-1**

L'article L.611-2,II dispose que, lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus, le président du tribunal de commerce peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte. L'article R.611-14, al.1<sup>er</sup> précise que le greffier notifie l'ordonnance au représentant légal de la personne morale.

En l'espèce, le dirigeant ne s'étant pas acquitté de son obligation, le président du tribunal liquida l'astreinte. C'est alors que le dirigeant contesta cette décision, faisant valoir que la notification de l'ordonnance avait eu lieu au siège de la société et non à son domicile. La Cour rejeta ce pourvoi, notant que le représentant légal avait bien comparu à l'audience relative à la liquidation de l'astreinte et ne pouvait donc prétendre ne pas l'avoir reçue, et conclut qu'"en l'absence de grief tenant au lieu où la notification a été faite", le moyen du pourvoi ne pouvait prospérer.

*Heureusement, la mauvaise foi ne paie pas !*

### Ouverture d'une procédure

#### **Assignation en redressement judiciaire**

T.com. Lille Métropole 5 mars 2018

##### **Fiche TDE G\_2-3-2**

L'entraîneur du club de football Lille OSC, qui avait été licencié pour faute grave, avait assigné son ancien club en redressement judiciaire pour réclamer le paiement d'une indemnité de 6,5 M€ qu'il estimait lui être due. Cette demande a été normalement rejetée, dans la mesure où l'appréciation d'un état de cessation des paiements ne peut pas tenir compte d'une dette contestée, donc ni certaine, ni liquide et ni exigible ! De plus, le tribunal a considéré que cette assignation constituait un détournement de procédure et un abus du droit d'agir en justice et a fait droit à la demande reconventionnelle du LOSC en condamnant l'entraîneur à lui verser la somme de 300 k€ à titre de dommages et intérêts ! Mais, comme le remarque le professeur F-X. Lucas, les dommages et intérêts visent à réparer un dommage, dont il revient à la prétendue victime de prouver tant l'existence que le montant, ce que n'a pas fait le LOSC, ...et que la cour d'appel ne manquera certainement pas de rappeler !

*Comme quoi, les coulisses du football peuvent parfois présenter un intérêt... tout à fait inattendu !*

#### **Créances fiscales et cessation des paiements**

Cass.com., 11avril 2018 n° 16-23019, F-PBI

##### **Fiche TDE G\_2-1**

Un comptable public avait assigné une société en liquidation judiciaire sur le fondement d'une créance représentant une taxation d'office. Contestant le montant de cette créance, le débiteur faisait grief au tribunal de l'avoir prise en compte dans le montant du passif exigible et d'avoir constaté son état de cessation des paiements, alors que la jurisprudence veut que ne soient pas retenues les créances litigieuses dans la détermination du passif exigible.

Mais la Cour en a décidé autrement, rappelant que les créances fiscales ne peuvent être contestées que dans les conditions prévues au Livre des procédures fiscales, qu'en l'occurrence les délais étaient expirés, que donc la créance ne pouvait plus être contestée et qu'il convenait donc de la prendre en compte dans l'appréciation de l'état de cessation des paiements. Pour qu'il n'en soit pas ainsi, il aurait fallu que la contestation dans les délais imposés soit assortie d'une demande en sursis de paiement, ce qui aurait suspendu son exigibilité et l'aurait donc exclue du montant du passif exigible.

*Les créances fiscales exigent un traitement particulier !*

#### **Caractérisation de l'état de cessation des paiements**

Cass.com., 11avril 2018 n° 16-24275, D

##### **Fiche TDE G\_2-1**

Une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'égard d'un avocat sur assignation du Trésor public. Le tribunal remonte la date de cessation des paiements à 18 mois pour défaut de déclaration de TVA.

Bien que l'avocat conteste son état de cessation des paiements en se prévalant d'un recours contre des créances litigieuses et d'une demande de sursis en paiement, la cour d'appel, constatant que l'actif disponible est inexistant pour faire face à un passif exigible très important, et estimant qu'une poursuite d'activité ne permettrait pas d'apurer le passif mais au contraire ne pourrait que l'augmenter, confirme la liquidation judiciaire et la date de cessation des paiements.

Comme on l'aurait deviné, la Cour casse cette décision, au motif que les créances litigieuses doivent être exclues du passif exigible, qu'il convient d'apprécier l'état de cessation des paiements au jour du jugement, que la date de cessation des paiements doit être déterminée en retraçant les créances contestées et que le défaut de déclaration de TVA depuis plusieurs années est impropre à permettre une fixation de la date de cessation des paiements à 18 mois !

*Le droit l'emporte sur l'évidence !*

### **Confusion de patrimoines**

*Cass.com.28 février 2018 n° 16-26735, D*

#### **Fiche TDE G\_2-6**

L'article L.621-2, al.2 qui dit que la procédure de redressement ou liquidation judiciaire peut être étendue à une ou plusieurs personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale a déjà donné lieu à un important contentieux, mais le présent arrêt mérite quelque attention.

En effet, en réponse à une demande classique d'extension de la liquidation judiciaire d'une SARL à la SCI qui lui louait ses locaux d'exploitation, la SCI fit valoir que l'existence de relations financières anormales de nature à caractériser une confusion de patrimoines suppose une volonté systématique de procéder à des versements sans contrepartie aux fins de créer cette confusion de patrimoines, et qu'en l'occurrence les flux financiers anormaux résultaient des difficultés de la SARL et non d'une volonté délibérée de créer une confusion de patrimoines.

La Cour n'a pas suivi cette argumentation habile, voire subtile, et après avoir vérifié d'une part l'existence de relations financières anormales et d'autre part leur permanence dans le temps, a justement rejeté ce pourvoi.

*La réalité des faits l'emporte sur l'intention de leur auteur !*

*Cass. 1 ère civ. 3 mai 2018 n° 17-13974, D*

Dans cette affaire, le débiteur, avant l'ouverture du redressement puis de la liquidation judiciaire avait séquestré entre les mains d'un notaire une somme destinée au paiement de travaux confiés à un prestataire. Le liquidateur, ayant constaté que le gérant avait utilisé une partie de cette somme à des fins personnelles, assigna ce dernier en extension de la procédure collective pour confusion de patrimoines.

La cour d'appel rejetta la demande au motif que "quelques opérations quantifiables...ne pouvaient pas caractériser une confusion de patrimoines", mais la Cour a cassé l'arrêt pour défaut de base légale, rappelant qu'il s'agissait de 4 versements effectués entre 2010 et 2012 pour un montant total de 60 100 €, qui n'avaient donc pas un caractère ponctuel !

*Ici encore, la réalité des faits s'impose !*

### **Liquidation judiciaire sans cessation des paiements**

*Cass.com., 28 février 2018 n° 16-19422, PBI*

#### **Fiche TDE G\_2-4-2**

Une société bénéficiant d'une sauvegarde avait obtenu la conversion de la procédure en redressement judiciaire sur le fondement de l'article L.622-10, al.3, qui dit effectivement que le tribunal décide la conversion en redressement judiciaire si aucun plan de sauvegarde n'a été adopté ou que ce plan se révèle manifestement impossible et que la clôture de la procédure conduirait de manière certaine et à bref délai à la cessation des paiements. Un créancier forma tierce opposition au jugement qui avait par la suite converti le redressement en liquidation judiciaire, au motif que la cessation des paiements n'ayant pas été constatée lors de la conversion de sauvegarde en redressement, elle devait nécessairement l'être au sein du jugement prononçant la liquidation judiciaire.

Mais la Cour n'a pas suivi ce raisonnement, en se basant strictement sur l'article L.631-15,II qui dit qu'à tout moment de la période d'observation le tribunal prononce la liquidation judiciaire si le redressement est manifestement impossible !

*La loi a des subtilités qui, elles, ne cessent de surprendre !*

### **Ouverture d'une procédure et instance en cours**

*Cass.com., 11 avril 2018 n° 16-20149, D*

#### **Fiche TDE G\_**

Dans cette affaire, un locataire avait engagé devant le juge des loyers commerciaux une instance pour réviser à la baisse le montant de ses loyers. Dans le courant de cette instance, le bailleur fit l'objet en juillet 2011 d'une procédure de redressement judiciaire, ce qui eut pour effet, conformément à l'article L.622-22, d'interrompre l'instance en cours jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance ; en octobre 2011, le locataire déclara donc au passif de son bailleur la créance de régularisation de loyer, dont la détermination était en cours.

Comme le prévoit l'article R.622-20, l'instance n'est reprise qu'à l'initiative du créancier, dès qu'il a produit à la juridiction saisie de l'instance une copie de sa déclaration de créance et mis en cause le mandataire judiciaire; c'est ainsi qu'en septembre 2013 le locataire assigna en intervention forcée le mandataire judiciaire aux fins de reprise de l'instance interrompue. Le bailleur y opposa une exception de péremption, en application de l'article 386 du code de procédure civile qui dit que l'instance est périmée lorsqu'aucune des parties n'accomplit de diligences pendant 2 ans.

Contrairement à la cour d'appel qui avait considéré que la déclaration de créance d'octobre 2011 avait fait courir un nouveau délai de péremption de 2 ans, la Cour dit que la déclaration de créance n'a aucun effet sur l'instance en cours, qu'elle ne constitue pas une diligence interruptive de péremption, que cette déclaration est autonome et n'a pas de lien direct avec l'instance en cours portant sur la fixation d'un loyer révisé et en conséquence que l'instance en cours était périmée.

*Diligence, certes... mais en lien avec l'instance en cours !*

### Créanciers

#### **Compensation de créances connexes**

*Cass.com., 28 février 2018 n° 16-25328, D*

#### **Fiche TDE G\_5-1-3**

L'article L 622-7 dit que "le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance antérieure au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes". En l'espèce, il s'agissait de compenser la dette d'un sous-traitant, en liquidation judiciaire, envers son donneur d'ordre par une retenue de garantie ; toutefois le donneur d'ordre reprochait au sous traitant diverses malfaçons. La cour d'appel avait néanmoins ordonné la compensation, mais la Cour a cassé cette décision, faisant valoir que la cour d'appel avait bien caractérisé le caractère vraisemblable de la créance du donneur d'ordre, mais qu'elle ne pouvait ordonner la compensation qu'à concurrence du montant de cette créance, montant qui doit être fixé par le juge-commissaire qui est seul compétent pour en déterminer l'existence, la nature et le montant.

#### **Intérêts à échoir : montant ou modalités de calcul**

*Cass.com., 28 février 2018 n° 16-24867, PBI*

*Cass.com., 14 mars 2018 n° 16-26350, D*

#### **Fiche TDE G\_5-1-0**

L'article R.622-23 2° précise que "la déclaration de créance contient les éléments de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, cette indication valant déclaration pour le montant ultérieurement arrêté."

La jurisprudence veut que cette indication des modalités de calcul ne s'applique que dans le cas où le montant des intérêts ne peut être calculé au jour de la déclaration, ce qui pourrait signifier que, dans le cas contraire, le créancier n'aurait pas à distinguer le montant des intérêts de celui du capital à échoir.

Dans cette affaire, la créance avait été déclarée pour un montant global non échu, incluant les intérêts, mais le juge-commissaire avait admis la créance en séparant le capital de la dette et les intérêts. La banque a fait valoir que cette distinction ne respectait pas l'article R.622-23 mais la cour d'appel puis la Cour n'ont pas admis cette contestation, reconnaissant au juge-commissaire le droit d'admettre la créance d'intérêts de manière distincte et de substituer à leur montant déclaré les modalités de calcul qui résultent du contrat de prêt.

Cette méthode est d'ailleurs tout à fait logique: elle a pour avantage de ne pas faire courir les intérêts sur un montant global incluant déjà des intérêts, et permet de tenir compte des événements à venir au cours de la procédure pour fixer la créance à son montant exact au moment de son paiement.

Le principe est simplement que les modalités de calcul des intérêts à échoir doivent être rapportées avec précision pour satisfaire à l'exigence selon laquelle la déclaration de créance doit exprimer par elle-même, de façon non équivoque, la volonté du créancier de réclamer le montant de sa créance.

#### **Appel du débiteur de l'état des créances**

*Cass.com. 28 mars 2018 n° 17-10600, PB*

#### **Fiche TDE G\_5-1-2**

L'article R.624-1 dit que, si une créance est discutée, le mandataire judiciaire en avise le créancier par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ; cette lettre précise l'objet de la discussion, indique le montant de la créance qui est proposé et rappelle le délai de 30 jours dont dispose le créancier pour faire connaître ses explications.

Ce même article indique que les observations du débiteur doivent être faites dans un même délai de 30 jours à compter de la date à laquelle le débiteur a été mis en mesure par le mandataire judiciaire de formuler ses observations.

En l'espèce, le débiteur soutenait qu'il n'avait pas été convoqué à la procédure de vérification du passif et faisait donc appel de l'état des créances ; il en a été débouté au simple motif que les pièces qu'il produisait n'étaient pas de nature à prouver une telle irrégularité !

La Cour n'a pas suivi cette décision, remarquant qu'elle exigeait du débiteur qu'il fasse la preuve de son défaut de convocation, preuve négative impossible à rapporter et a accordé au débiteur un délai de 10 jours pour faire appel de l'état des créances, à compter de sa publication au BODACC .

### **Résiliation d'un bail commercial**

*Cass.com.24 janvier 2018 n° 16-13333, F-PBI*

#### **Fiche TDE G\_5-7-2**

L'article L.622-13, Il donne au seul administrateur judiciaire la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant ; il prévoit que l'administrateur s'assure au moment où il demande l'exécution du contrat qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet pour assurer le paiement en résultant, sachant que, s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin quand il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.

En l'espèce, l'administrateur judiciaire avait notifié au bailleur, le dernier jour de la période d'observation d'une procédure de sauvegarde, la résiliation de 3 baux commerciaux, avec prise d'effet 6 mois plus tard. Le bailleur avait contesté cette résiliation faisant valoir que l'administrateur n'avait pas apporté la preuve de l'insuffisance de fonds. Le juge-commissaire n'avait pas retenu cette contestation, décision qui a été ensuite confirmée par la cour d'appel puis la Cour de cassation.

La Cour note en effet que si l'article L.622-13 fait bien obligation à l'administrateur judiciaire de résilier un contrat à exécution successive à défaut de fonds suffisants pour acquitter le terme suivant, cette obligation ne lui interdit pas de mettre un terme à tout moment à des contrats de bail, même si les loyers peuvent être payés à l'échéance.

Elle rappelle également que l'article L.622-14,1° dispose que la résiliation du bail des immeubles donnés à bail au débiteur intervient au jour où le bailleur est informé de la décision de l'administrateur de ne pas continuer le bail, mais note que le fait que l'administrateur lui ait indiqué que la résiliation n'interviendrait qu'à une date ultérieure n'a pas eu pour effet de la rendre irrégulière ni d'en différer la date.

### **Constitutionnalité de l'insaisissabilité de la résidence principale**

*Cass.com.12 avril 2018 n° 18-40004, D*

#### **Fiche TDE G\_2-8**

La différence de traitement entre l'entrepreneur individuel mis en liquidation judiciaire avant la publication de la loi du 6 août 2015, dite loi Macron, et qui n'avait pas estimé nécessaire de faire une déclaration notariée d'insaisissabilité et l'entrepreneur qui s'endette après cette date pour les besoins de son activité professionnelle et bénéficie de plein droit de cette insaisissabilité, ne constitue pas une rupture d'égalité qui violerait le préambule de la Constitution et ne saurait donc faire l'objet d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité)

La Cour dit en effet que le principe d'égalité "ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi"

*...mais comment définit-on l'intérêt général ?*

### **Sanctions**

#### **Interdiction de gérer contre un dirigeant ayant omis de déclarer la cessation des paiements**

*Cass.com.14 décembre 2017 n° 17-18918, D*

#### **Fiche TDE G\_14-3**

La loi Macron du 6 août 2015 a modifié l'article L.653-8 qui dispose qu'une interdiction de gérer peut être prononcée à l'encontre du dirigeant qui a omis de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou

liquidation judiciaire dans le délai de 45 jours de la cessation des paiements, en précisant qu'il devait l'avoir omis "sciemment".

Cette modification a fait l'objet d'une QPC (question prioritaire de constitutionnalité) pour savoir si cette disposition était applicable aux procédures en cours à la date de son entrée en vigueur. La Cour n'a pas transmis cette question au Conseil constitutionnel considérant qu'elle n'était pas nouvelle et ne présentait pas un caractère sérieux.

En effet, le respect du principe constitutionnel de nécessité des peines, reconnu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et 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, la loi nouvelle moins sévère reçoive application aux procédures collectives en cours. En exigeant que l'omission de la déclaration de la cessation des paiements soit faite « sciemment », la loi Macron a modifié, dans un sens moins sévère, les conditions d'application de cet article.

A titre indicatif, on rappellera que pendant très longtemps, la Cour de cassation a considéré que les mesures d'interdiction de gérer ou de faillite personnelle n'étaient pas des sanctions mais des mesures d'intérêt public destinées à écarter de l'activité commerciale, dans l'intérêt des tiers, les dirigeants de sociétés qui s'étaient révélés malhonnêtes ou incompetents. C'est par un revirement de jurisprudence en 2009 que la Cour a reconnu à ces mesures le caractère d'une sanction et cette qualification a également été reprise par le Conseil constitutionnel, qui a jugé que la faillite personnelle et l'interdiction de gérer doivent être regardées comme des sanctions ayant le caractère de punition.

C'est donc ce revirement qui explique la présente décision d'appliquer cette disposition "adoucie" aux procédures en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi Macron, à savoir le 8 août 2015.

*Il n'en reste pas moins que cette disposition, essentiellement subjective, sera difficilement applicable*

### **Action en paiement contre un dirigeant**

*Cass.com.14 mars 2018 n° 16-20524, D*

#### **Fiche TDE G\_14-2**

Une SARL avait fait l'objet d'un redressement judiciaire converti 1 an plus tard en liquidation judiciaire.

Le liquidateur assigna alors en paiement le gérant et associé de la SARL, au motif qu'il avait détourné des fonds à son profit personnel, et donc au préjudice de la société, pendant la période d'observation.

Il ne s'agissait donc pas d'une demande de sanction ou plus précisément d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif au sens de l'article L.651.2, mais la cour d'appel fit néanmoins droit à la demande du liquidateur et condamna le dirigeant à rembourser les sommes détournées.

Celui-ci forma un pourvoi en cassation alléguant une violation des articles 12 du code de procédure civile et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), faute pour les juges d'avoir précisé le fondement juridique de leur décision. La Cour a rejeté le pourvoi, notant justement que les encaissements du gérant sur son compte personnel de produits facturés par la société constituaient des détournements de fonds au préjudice de la société...mais, sur le fond, les juristes puristes pourront s'émouvoir de l'absence de base légale, sauf à interpréter extensivement l'article L.223-18 du code de commerce sur la gestion de la SARL ou l'article 1193 du code civil sur l'obligation du gérant de rendre compte de son mandat !

### **Prononcé d'une faillite personnelle contre le dirigeant d'une société sans activité effective**

*Cass.com.11 avril 2018 n° 16-24312, D*

#### **Fiche TDE G\_14-3**

Une dirigeante de SARL avait été placée sous contrôle judiciaire dans le cadre d'une procédure pénale, avec interdiction de gérer toute personne morale. Deux ans plus tard, la SARL était mise en liquidation judiciaire et le ministère public assigna la dirigeante pour voir prononcer contre elle une mesure de faillite personnelle, en raison d'une absence de comptabilité et d'une non-coopération avec les organes de la procédure.

L'arrêt de la cour d'appel prononçant une telle sanction pour une durée de 5 ans fit naturellement l'objet d'un pourvoi, au motif que la SARL n'avait jamais eu ni activité, ni salarié, actif ou compte bancaire, et que la dirigeante ne gérait pas la société du fait de l'interdiction qui lui avait été faite.

La Cour n'a toutefois pas reconnu cette argumentation, notant que l'article L.653-1 ne subordonne pas le prononcé d'une sanction à l'encontre du dirigeant d'une personne morale au fait que cette personne ait eu une activité effective, que l'interdiction de gérer assortissant le contrôle judiciaire ne décharge pas le dirigeant de coopérer avec les organes de la procédure collective et que l'article L.123-12 du code de commerce oblige toute société commerciale à établir des comptes annuels, peu important qu'elle n'ait ni activité ni patrimoine !

*Même si une stricte interprétation de la loi peut se comprendre, elle peut tendre à en faire oublier le fondement...et à déconsidérer la justice auprès d'un public non averti !*