

# L'ESSENTIEL

N° 4 • AVRIL 2011

DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

## A LA UNE

### 069 La sauvegarde enfin libérée : l'arrêt de principe « Cœur Défense »

• Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13988, FSPBRI

**La Cour de cassation énonce, dans une solution de principe, que seules doivent être prises en compte les conditions d'ouverture de la sauvegarde énoncées par le texte.**

Cette affaire emblématique marque un tournant de l'histoire de la sauvegarde. Cette décision de censure est exemplaire et a des effets pratiques immédiats. Riche d'enseignements, elle redonne toute sa portée à la procédure de sauvegarde en critiquant toute restriction qui ne résulterait pas des conditions légales d'ouverture, confirmant ainsi l'approche qu'avait retenue le tribunal de commerce de Paris.

Francisé pour les anglo-saxons en *Cœur défense* et anglicisé pour les francophones en *Heart of la défense*, le vocabulaire reflète deux conceptions de la procédure collective qui se sont affrontées sur l'application de la loi française de l'insolvabilité et le pouvoir des créanciers. Pur produit juridique de la crise financière, l'ouverture de cette sauvegarde est une conséquence collatérale de la faillite de *Lehman Brothers*. Devant la cour suprême, de nombreuses questions fondamentales étaient abordées. Ce litige était l'occasion d'apprécier la notion de difficultés insurmontables prévues par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ; de cerner le périmètre de la procédure en déterminant si une société sans salarié, dont l'objet n'est que la détention d'un immeuble, pouvait faire l'objet d'une sauvegarde ; et enfin de déterminer la finalité de la procédure.

La Cour de Cassation reconnaît le droit aux créanciers de faire valoir leur droit. Contrebalançant une procédure qui pourrait paraître excessive aux créanciers, elle leur ouvre la voie de la tierce opposition s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres, distincts. L'ouverture n'est cependant pas large car le créancier doit démontrer que la procédure a pour but *exclusif* de porter atteinte à son contrat et à lui seul.

S'agissant des conditions d'ouverture, la cour prône un retour aux textes avec une analyse conforme à la volonté du législateur. L'appréciation des critères se fait par les juges du fond au regard de la loi et seulement la loi. Ainsi il ne résulte nullement « de ce texte que l'ouverture de la procédure est elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité ». La finalité de la procédure ouverte est l'adoption d'un plan de sauvegarde qui revient, plus ou moins, à un simple plan d'apurement des dettes. Si les conditions de l'article L. 620-1 du Code de Commerce sont remplies, les autres motifs sont sans valeur et il n'est pas possible d'empêcher un débiteur de bénéficier des effets de l'ouverture d'une procédure instituée par la loi.

Enfin sur le dévoiement de la procédure et la soustraction aux poursuites individuelles des créanciers, la Cour de cassation prend une position de principe en rappelant que « hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements ».

Désormais plus rien ne s'oppose à l'application de la sauvegarde aux sociétés holdings et notamment aux montages types LBO.

*Stéphane Gorrias*, mandataire judiciaire à Paris, SCP BTSG,  
*Christophe Thevenot*, administrateur judiciaire à Paris

## SOMMAIRE

▶ <b>OUVERTURE</b>	
• L'auto-entrepreneur est éligible aux procédures collectives	2
▶ <b>DÉCLARATION DE CRÉANCE</b>	
• Quand la remise exclusive de chèques revenus impayés vaut déclaration de créances	2
▶ <b>SAUVEGARDE</b>	
• La SFA tient son décret !	3
▶ <b>PASSIF</b>	
• Le passif exigible n'a pas à être exigé pour être dû	3
• Les professionnels libéraux exerçant à titre indépendant vont bénéficier de la remise des pénalités !	4
• Dispense de déclaration pour le mandant d'une agence immobilière en liquidation judiciaire	4
▶ <b>LIQUIDATION JUDICIAIRE</b>	
• L'arrêt de l'activité professionnelle n'empêche pas la saisine d'office du tribunal	5
▶ <b>ORGANES</b>	
• Rémunération du liquidateur d'une procédure ouverte après résolution du plan de continuation	5
▶ <b>SANCTIONS</b>	
• L'obligation aux dettes sociales substituée aux procédures-sanctions antérieures au 1 <sup>er</sup> janvier 2006, privée d'efficacité	6
▶ <b>DROIT SOCIAL</b>	
• L'application de la directive n° 98/59/CE à l'entreprise en état de dissolution/liquidation pour insolvabilité	6
▶ <b>DROIT EUROPÉEN</b>	
• Reconnaissance des jugements étrangers ouvrant une procédure	7
▶ <b>DROIT INTERNATIONAL</b>	
• Exequatur d'un jugement et opposabilité d'un plan d'apurement du passif	7



CONSEIL  
NATIONAL

DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES  
& DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

**lextenso éditions**

Defrénois • Gazette du Palais • Gualino éditeur  
JOLY éditions • L.G.D.J. • Montchrestien • Petites Affiches

**Directeur scientifique :** François-Xavier Lucas  
**Directeur de la publication :** Emmanuelle Filiberti

**Responsable de rédaction :** Marija Dimitrijevic

**Comité de rédaction :** Stéphane Gorrias,  
François-Xavier Lucas, Pascal Rubellin

## ► OUVERTURE

### 064 L'auto-entrepreneur est éligible aux procédures collectives

• *TC Caen, 12 janv. 2011, n° 2010/014613*

**Un auto-entrepreneur peut à sa demande bénéficier d'une procédure collective, même si son passif est composé de dettes non professionnelles antérieures à son activité.**

Ce premier jugement qui prononce la liquidation judiciaire d'un auto-entrepreneur mérite d'être signalé ne serait-ce qu'en raison du succès de ce statut. Il confirme que bien que n'étant pas immatriculé au RCS, l'auto-entrepreneur est autorisé à demander l'ouverture d'une procédure collective. Néanmoins, ceux qui prétendent qu'un commerçant de fait peut désormais demander l'application du livre VI ne sont pas autorisés à prendre appui sur cette décision : la non immatriculation par l'auto-entrepreneur est une dispense légale.

Dans une optique prospective, les faits invitent à la réflexion. Il est mentionné que l'état de cessation des paiements constaté était en très grande partie constitué de dettes antérieures à l'adoption de ce statut et étrangères à toute activité professionnelle (en ce sens, P. Roussel-Galle, *Rev. Sociétés* 2011, p. 189). Il ne peut cependant être reproché à cette personne de ne pas avoir demandé, avant l'adoption de son statut d'auto-entrepreneur, une procédure de surendettement des particuliers : la procédure consumériste est facultative. En revanche, si elle a adopté ce statut aux seules fins de pouvoir bénéficier d'une procédure de liquidation judiciaire simplifiée et de profiter « de la purge du passif » (plus intéressante que l'aménagement du passif résultant de l'application de la loi relative au surendettement des particuliers, fût-elle une procédure de rétablissement personnel), il pourrait y être décelé une fraude ou un abus de droit. Ces notions exceptionnelles devraient être alléguées dès le premier jugement, notamment si l'auto-entrepreneur n'a témoigné d'aucune activité ou d'une activité professionnelle famélique, afin de refuser l'ouverture d'une procédure.

À cet instant, l'auto-entrepreneur serait pris à son propre jeu, puisque son statut ne lui permet pas de demander une procédure de surendettement. Et même après sa radiation volontaire lui faisant recouvrer son statut de simple particulier une telle voie lui serait aussi fermée, la fraude initiale le constituant de mauvaise foi. Enfin, l'auto-entrepreneur inactif, mais de bonne foi, semble pouvoir bénéficier d'une procédure de sauvegarde depuis l'arrêt *Heart of la Défense* (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13988 : LEDEN, avr. 2011, p. 1, n° 69), échappant ainsi à ses obligations contractuelles.

*Pascal Rubellin, maître de conférences à l'université de Poitiers*

## ► DÉCLARATION DE CRÉANCE

### 070 Quand la remise exclusive de chèques revenus impayés vaut déclaration de créances

• *Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-12149*

**Le juge apprécie souverainement si l'écrit envoyé au mandataire judiciaire exprime de façon non équivoque la volonté du créancier de réclamer dans la procédure collective le paiement de sa créance.**

Héritière de la production, la déclaration est l'acte par lequel le créancier manifeste la volonté d'être payé et fait reconnaître sa créance dans le cadre de la procédure collective. La déclaration de créance, à l'instar de la production, équivaut, selon la Haute juridiction, à une demande en justice (Cass. com., 14 déc. 1993, n° 93-10696 et n° 93-12544). De la nature d'action en justice découle un certain formalisme (CPC, art. 750 et s. et 853 et s.), et ce nonobstant le silence des textes qui n'imposent aucune forme sacramentelle. Cependant, les tribunaux recherchent l'expression d'une volonté non équivoque et exigent ainsi que soit exprimée une volonté claire et certaine de déclarer la créance.

En l'espèce, la Haute juridiction rappelle que le juge apprécie souverainement si l'écrit envoyé au mandataire judiciaire exprime de façon non équivoque la volonté du créancier de réclamer dans la procédure collective le paiement de sa créance. Ainsi, un courrier contenant exclusivement trois chèques accompagnés de trois certificats de non-paiement s'y rapportant, et dont l'un d'eux portait l'indication manuscrite « j'ai reçu ces certificats le 4 décembre 2007 » vaut déclaration de créance aux motifs que ces documents permettent l'identification du créancier et la détermination du montant de la créance.

Cet assouplissement peut paraître outrancier lorsque l'on sait que certains juges du fond et même la Cour de cassation ont considéré que ne constitue pas une déclaration de créance, faute d'exprimer une volonté non équivoque, la remise de pièces comptables, l'envoi d'un relevé comptable ou encore d'un décompte définitif sans requérir dans l'un et l'autre cas l'inscription d'une créance au passif. De plus, dans notre hypothèse, certes les documents transmis permettaient d'identifier le créancier, mais en aucun cas le déclarant qui faute d'être le créancier lui-même, doit être muni d'un pouvoir et ce même si sur ce point la Cour de cassation a récemment assoupli les règles de preuves (Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14619 : LEDEN, mars 2011, p. 2, n° 36, obs. F. Legrand). Enfin, cette position tend à confondre la déclaration et les éléments qu'elle doit impérativement contenir et de nature à prouver son existence.

Cette interprétation putative des intentions du créancier témoigne que la déclaration de créances ne saurait rester équipollente à une action en justice et vient sonner le glas d'une jurisprudence qui rechignant à créer un régime procédural propre à la déclaration de créance l'y assimilait.

*Geoffroy Berthelot, mandataire judiciaire stagiaire, chargé de cours à l'université Jean Moulin-Lyon 3*

## ► SAUVEGARDE

### 061 La SFA tient son décret !

- *D. n° 2011-236 du 3 mars 2011, JO du 4 mars 2011, p. 4183*

**Le décret du 3 mars 2011 complète les dispositions de la loi n° 2010-1249 de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 instaurant la procédure de sauvegarde financière accélérée.**

S'il faudra attendre l'adoption définitive de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit déposée par M. Warsmann pour que la SFA soit pleinement sur les rails, le décret du 3 mars 2011 n'en était pas moins attendu.

Ce texte contient quelques modifications relatives au plan de sauvegarde. Ainsi en est-il de l'article R. 626-7 du Code de commerce afin de tenir compte de la possibilité de proposer aux créanciers une conversion de leurs créances en titres de capital. De même, s'agissant de l'arrêt des créances en présence de comités de créanciers, l'article R. 626-58 est modifié en raison de la nouvelle mouture de l'article L. 626-30-2, al. 4, prévoyant que ne prennent pas part au vote les créanciers dont les droits ne sont pas affectés par le plan.

Surtout, la partie règlementaire du Code de commerce est complétée par un chapitre consacré à la SFA (art. R. 628-1 et s.). En premier lieu, et conformément aux objectifs de la SFA, un certain nombre de délais sont réduits (v. C. com., art. R. 628-5, R. 628-8, R. 628-9, R. 628-11). En second lieu, retiennent particulièrement l'attention les articles R. 628-6 et R. 628-7 relatifs à la déclaration des créances, qui visent à tenir compte de l'article L. 628-5 tel qu'issu de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010. Rappelons que, selon ce texte, les créanciers mentionnés à l'article L. 628-1, al. 3, qui ont participé à la procédure de conciliation sont réputés avoir déclaré leurs créances, le débiteur ayant l'obligation d'établir une liste de ces créanciers certifiée par le commissaire aux comptes ou, à défaut, l'expert comptable. L'article R. 628-6 précise que ladite liste doit être déposée au greffe en deux exemplaires dans les dix jours du jugement d'ouverture, à charge pour le greffier d'en remettre un exemplaire au mandataire judiciaire. Et l'article R. 628-7 complète le dispositif en prévoyant que, dans les huit jours du dépôt de la liste, il appartient au mandataire judiciaire d'informer chaque créancier des informations relatives à sa créance. Et si un créancier conteste les informations portées sur la liste, il doit alors, s'il ne l'a pas déjà fait, déclarer sa créance conformément aux articles R. 622-23 et R. 622-24.

*Nicolas Borga, maître de conférences à l'université Jean Moulin-Lyon 3*

## ► PASSIF

### 053 Le passif exigible n'a pas à être exigé pour être dû

- *Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-13625*

**Si X doit 100 euros à Y et que Y ne réclame pas cette somme, cela veut-il dire que X ne doit plus rien ? Où la récurrente question du passif exigible non exigé en matière de cessation des paiements.**

Avant la loi du 26 juillet 2005, certains ont soutenu, en référence à deux arrêts d'espèce (Cass. com., 12 nov. 1997, n° 94-15829 et Cass. com., 28 avr. 1998, n° 95-21969), que l'absence de réclamation d'une créance par son titulaire faisait perdre le caractère d'exigibilité de ladite créance laquelle devait alors être exclue dans la détermination du passif exigible. Cette analyse erronée de la notion de passif exigible était fort utile pour ceux qui refusaient d'incorporer dans la rubrique « passif exigible » les créances dues mais non exigées pour échapper, grâce à l'actif disponible, à l'ouverture d'une procédure collective.

Pourtant, l'article L. 621-1 du Code de commerce, tel qu'il résulte de la rédaction antérieure à la loi de sauvegarde de 2005, ne faisait référence qu'à la comparaison entre le passif exigible (sans référence à la notion de passif exigé) et l'actif disponible. Ces dispositions ont été reproduites à l'article L. 631-1 alinéa 1 dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde. L'ordonnance du 18 décembre 2008 ajoutait également la possibilité pour le débiteur d'évoquer les réserves de crédit ainsi que les moratoires pour faire face au passif exigible. Le passif exigible correspond donc à l'ensemble des dettes échues, certaines et liquides, au jour où le tribunal statue.

En l'espèce, le liquidateur avait obtenu la condamnation pécuniaire du dirigeant sur la faute de gestion caractérisée par l'omission de la déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal. La cour d'appel réformait le jugement querellé au motif notamment que « le passif exigible ne peut être considéré dès lors que les créances ne sont pas réclamées...il n'est pas rapporté la preuve que les créances relevées aient fait l'objet d'une demande en paiement ». La cassation était prononcée car « il n'y a pas à rechercher si le passif exigible a été effectivement exigé dès lors que le débiteur n'a pas allégué qu'il disposait d'une réserve de crédit ou d'un moratoire de la part de ses créanciers » (voir égal. en ce sens : Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-14937). La négligence ou la complaisance d'un créancier ne doivent pas être un obstacle à l'ouverture d'une procédure collective.

Cet arrêt rappelle également qu'un fonds de commerce non encore vendu n'est pas un actif disponible (voir égal. en ce sens Cass. com., 6 mars 1990, n° 88-15408 et « la notion de l'actif disponible au sens de l'article L. 621-1-devient L. 631-1 alinéa 1 du Code de commerce » : Rev. Proc. Coll. 2007/3, p. 109, note C. Delattre).

*Christophe Delattre, magistrat au parquet de Valenciennes*

## 065 Les professionnels libéraux exerçant à titre indépendant vont bénéficier de la remise des pénalités !

• *Cons. const., 11 févr. 2011, n° 2010-101, QPC*

**L'alinéa 5 de l'article L. 243-5 du Code de la sécurité sociale viole le principe d'égalité.**

En rendant éligibles au droit des entreprises en difficulté les personnes physiques exerçant à titre libéral, la loi du 26 juillet 2005 a doté « leur » procédure collective de certaines spécificités destinées à respecter les règles particulières de ces professions. En aucun cas, elle n'a entendu être discriminatoire à leur égard. Par inadvertance législative, tel n'a pas été le cas.

L'écueil vient du fait que l'alinéa 1 de l'article L. 243-5 du Code de la sécurité sociale pose le principe de l'inscription par les organismes de sécurité sociale de leur créance – sous peine de perdre leur privilège – due « par un commerçant, un artisan, ou une personne morale de droit privé même non commerçante ». L'alinéa 6 établit une toute autre règle consistant à faire bénéficier « le redevable » de pénalités, majorations de retard et frais de poursuites » d'une remise intégrale et automatique en cas d'ouverture d'une procédure collective ce, afin de favoriser la réussite de celle-ci.

Deux alinéas aux finalités bien différentes que la Cour de cassation (Cass. com, 15 déc. 2009, n° 08-70173 – Cass. 2° civ., 12 févr. 2009, n° 08-13459 : LEDEN 2009, avr. 2009, p. 1, obs. F.-X. Lucas – *contra* CA Poitiers, 23 févr. 2010, n° 08/04081) s'est pourtant, malgré les critiques de la doctrine, entêtée à lier, persistance inutile d'autant plus que l'article L. 623-1 du Code de la sécurité sociale rend les dispositions de ce code applicables aux professions libérales. Il en résulte que ceux qui exercent à titre individuel une profession libérale ne peuvent bénéficier d'une remise automatique des pénalités.... sans justification téléologique raisonnable surtout si l'on rappelle que la remise s'applique lorsqu'ils ont constitué une société. L'ordonnance du 18 décembre 2008 aurait dû être l'occasion de modifier le texte : occasion manquée. Double erreur du législateur, sanctionnée par le Conseil constitutionnel qui à l'occasion de cette QPC a estimé que ces dispositions étaient contraires au principe d'égalité. Que de temps perdu pour arriver à une solution incontestable ! La réponse toutefois sera beaucoup plus rapide parce que la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, adoptée par l'Assemblée nationale le 9 février 2011 modifie l'article L. 243-5 pour l'étendre « aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale ». Il nous semble qu'il aurait été plus simple de substituer à l'alinéa 6 le terme « redevable » (des pénalités) par celui « de débiteur ».

*Pascal Rubellin, maître de conférences à l'université de Poitiers*

## 068 Dispense de déclaration pour le mandant d'une agence immobilière en liquidation judiciaire

• *Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-10056, FPB*

**Le mandant d'une agence immobilière en liquidation judiciaire n'a pas à déclarer sa créance de restitution résultant des dispositions de la loi du 2 janvier 1970 au passif de la procédure, celle-ci échappant par sa nature aux dispositions de la procédure collective obligeant les créanciers antérieurs à déclarer leurs créances.**

Le client d'une agence immobilière ayant des fonds détenus par celle-ci doit-il déclarer sa créance de restitution à la procédure collective de l'agence immobilière ?

Par cet arrêt publié, la chambre commerciale censure l'ordonnance d'un juge-commissaire ayant admis la créance au passif, au visa, notamment, des articles 1 et 3 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

De manière générale, on sait qu'une demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur (Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-13356). Cependant, il avait déjà été affirmé que l'autonomie de la garantie financière impliquait qu'elle ne s'éteigne pas lorsqu'en cas de procédure collective le client ne déclarait pas sa créance (Cass. ass. plén., 4 juin 1999, n° 96-18094 : Bull. civ., n° 4, p. 7). À l'inverse d'une garantie accessoire telle que le cautionnement, la garantie financière prévue par l'article 3, 2° de la loi du 2 janvier 1970 visé dans le présent arrêt survivait donc à l'extinction de la créance non déclarée (sous l'empire la loi du 25 janvier 1985).

L'arrêt s'inscrit dans la même logique de protection du mandant. Néanmoins, il suscite l'interrogation.

Tout d'abord, il est affirmé que le mandant « n'a pas à déclarer sa créance de restitution », ce qui implique qu'il a interdiction de produire sa créance au passif. La justification en est donnée par la chambre commerciale : la créance échappe à l'obligation de déclaration « par sa nature ». Mais le lecteur n'en saura pas plus, aucune précision n'étant donnée sur cette nature. Faut-il comprendre qu'il ne s'agit pas d'une obligation personnelle mais d'une obligation réelle ?

Ensuite, que se passerait-il en cas de paiement spontané par le mandataire de son obligation de restitution ? Serait-il soumis ou non à l'interdiction du paiement des créances antérieures ? *Quid* du garant financier qui aura payé le mandant ? Pourra-t-il ensuite se retourner contre le mandataire en procédure collective, en dépit de l'absence de déclaration ?

*Eva Mouial-Bassilana, maître de conférences à l'université de Nice Sophia-Antipolis*

## ► LIQUIDATION JUDICIAIRE

### 060 L'arrêt de l'activité professionnelle n'empêche pas la saisine d'office du tribunal

• Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-13751

**Lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, et que le débiteur ayant cessé son activité se trouve dans l'impossibilité de faire face à un passif professionnel résiduel et exigible, le tribunal peut à tout moment se saisir d'office afin d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires.**

Si le passif professionnel subsiste, la menace de la procédure collective perdure. Tel est l'enseignement de cet important arrêt, relatif au débiteur ayant cessé son activité professionnelle.

En l'espèce, un débiteur était mis en liquidation judiciaire sur saisine d'office du tribunal, presque deux ans après sa radiation du RCS et du répertoire des métiers. L'on sait qu'en cas de cessation d'activité, il est toujours possible de soumettre le débiteur à une procédure de redressement ou de liquidation, s'il existe encore des dettes professionnelles (v. par ex., Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-17670 : LEDEN mars 2010, p. 1, obs. F.-X. Lucas). Peu importe, d'ailleurs, que la cessation des paiements soit intervenue avant ou après l'arrêt de l'activité. Cependant, aux termes des articles L. 631-5 et L. 640-5 du Code de commerce, les créanciers ne disposent que d'un an pour faire une assignation à cette fin. C'était l'argument développé dans le pourvoi pour contester la décision des juges du fond.

Néanmoins, en vertu des mêmes textes, lorsque la procédure est ouverte sur saisine d'office du tribunal, aucun délai n'est expressément prévu. C'est ce qui fonde la solution de rejet en l'occurrence, et qui constitue le principal apport de cet arrêt. En effet, pour la première fois la Cour de cassation affirme clairement que le tribunal peut se saisir d'office « à tout moment » en présence d'un « passif professionnel résiduel et exigible ». Comme l'avancé déjà la doctrine (v. A. Charvériat et S. Martin, Réforme des procédures collectives, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2006, n° 118), la saisine d'office n'est pas une « action » et, dans le silence des textes, elle n'est pas soumise au délai d'un an. La solution devrait s'appliquer également à la saisine sur requête du ministère public.

Bien sûr, le résultat peut étonner. Combien de temps le débiteur redevenu particulier doit-il redouter la liquidation judiciaire ? Ou presque plus gênant encore, doit-il ressusciter, des années après, son entreprise pour la soumettre à un redressement judiciaire ? À une époque de contestation de la saisine d'office, la solution paraît excessive. Mais elle résulte des textes en vigueur et il faut croire que telle est la politique juridique actuelle.

*Irina Parachkévova, maître de conférences à l'université de Nice Sophia-Antipolis*

## ► ORGANES

### 062 Rémunération du liquidateur d'une procédure ouverte après résolution du plan de continuation

• Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-10005

**Le liquidateur désigné dans une procédure de liquidation judiciaire ouverte après résolution d'un plan de continuation ne peut prétendre à un droit fixe au titre de la liquidation dès lors qu'il a perçu précédemment un droit fixe en tant que représentant des créanciers dans la procédure de redressement judiciaire.**

La cour de cassation par un arrêt du 15 février 2011, *Peres c/ Philippe* (et non SELARL François Legrand c/ M. X comme il a été indiqué par erreur dans LEDEN, mars 2011, p. 8), refuse l'octroi d'un droit fixe au mandataire judiciaire désigné comme liquidateur dans une procédure de liquidation ouverte par suite de la résolution d'un plan de redressement, au motif qu'il avait déjà perçu un droit fixe dans la procédure de redressement au cours de laquelle le plan avait été adopté. Elle se fonde sur les articles 12 et 12-1 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985, applicables en l'espèce et desquels il résulte qu'un liquidateur ne peut percevoir le droit fixe que lorsqu'il a été désigné dans une procédure ouverte sans période d'observation. Selon le droit antérieur, le défaut de paiement des dividendes entraînait résolution du plan et liquidation judiciaire. Depuis la réforme de 2005, la liquidation ou le redressement judiciaire seront ouverts par suite de la constatation de la cessation des paiements. Quelle que soit la législation applicable, deux observations s'imposent. En premier lieu, la liquidation judiciaire est toujours immédiate après résolution du plan ; aucune période d'observation n'est organisée ; le tribunal qui constate le non paiement des dividendes puis la cessation des paiements, prononce la liquidation judiciaire ou le redressement (C. com., art. L. 626-27). D'autre part, la procédure de liquidation judiciaire est une procédure indépendante de la procédure de redressement judiciaire qui a été clôturée (C. com., art. R. 631-43 et art. L. 626-27, I, al. 4). Le débiteur était *in bonis* depuis l'adoption du plan. C'est bien une procédure autonome qui s'ouvre ; le texte actuel (art. L. 626-27, III) le dit expressément. Dès lors, si un même mandataire est désigné dans les deux procédures, il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions des articles R. 663-18 et R. 663-19 du Code de commerce limitant les honoraires à un seul droit fixe par procédure puisqu'il n'y a ni unité de procédure, ni conversion.

*François Legrand, mandataire judiciaire à Pau et à Tarbes*

## ► SANCTIONS

### 063 L'obligation aux dettes sociales substituée aux procédures-sanctions antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2006, privée d'efficacité

• *Cass. com.*, 8 mars 2011, n° 09-70714

**Doit être déclarée prescrite l'action en obligation aux dettes sociales qui, substituée à une action engagée sur le fondement de l'ancien article L. 624-5, a été formée plus de trois ans après le jugement de mise en liquidation judiciaire.**

L'article L. 624-5 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005, prévoyait, à l'occasion d'une procédure collective, la possibilité, à titre de sanction, de déclarer personnellement en redressement ou en liquidation judiciaire un dirigeant fautif. La loi supprima néanmoins cette procédure-sanction et la remplaça par l'action en obligation aux dettes sociales de l'article L. 652-1, elle-même supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 au motif qu'elle faisait double emploi avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (v. A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2009, n° 1038 et s.). Quelques actions ouvertes sur le fondement de l'ancien article L. 652-1 entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 15 février 2009 continuent toutefois de prospérer. Une circulaire du 9 janvier 2006 avait notamment prévu que l'action en obligation aux dettes sociales pouvait se substituer à la procédure-sanction de l'ancien article L. 624-5. Telle est la situation en l'espèce. Mais ces actions étaient soumises à un délai de prescription de trois ans à compter du jugement de liquidation de l'entreprise (art. L. 652-4). Or ici, ce jugement était de 2003 et l'action en obligation aux dettes sociales du 12 février 2009 (le liquidateur était-il pressé par la réforme de 2008 ?). La question se posait donc de savoir si les actes accomplis pour obtenir l'extension de la procédure collective au dirigeant étaient considérés comme interruptifs de la prescription. En dépit d'avis contraires de la doctrine (P.-M. Le Corre, D. 2006, chron. p. 2737 ; J.-P. Sortais, RTD com. 2010, p. 267), la réponse des juges du fond (CA Poitiers, 19 août 2009 – *adde*, CA Versailles, 7 déc. 2006 : Gaz. Pal. 19-20 janv. 2007, p. 50 ; RJDA 2007, n° 1268) comme celle de la Cour de cassation est unanimement négative. Autant dire que le présent arrêt consacre l'impossibilité de voir efficacement se relayer une procédure-sanction et une action en obligation aux dettes sociales : la jurisprudence n'aime pas que les actions survivent aux textes qui les fondent.

*Julien Couard, ATER à l'université Jean Moulin-Lyon 3*

## ► DROIT SOCIAL

### 055 L'application de la directive n° 98/59/CE à l'entreprise en état de dissolution/liquidation pour insolvabilité

• *CJUE*, 3 mars 2011, n° C-235/10, *Claes et a. c/ Landsbanki Luxembourg SA*

**Les articles 1 à 3 de la directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 s'appliquent à la cessation des activités d'un établissement employeur à la suite d'une décision de justice ordonnant sa dissolution et sa liquidation pour insolvabilité, même si, dans le cas d'une telle cessation, la législation nationale prévoit la résiliation avec effet immédiat des contrats de travail des travailleurs. Les obligations découlant des articles 2 et 3 de la directive doivent être remplies, jusqu'à l'extinction définitive de la personnalité juridique d'une entreprise dont la dissolution et la liquidation sont ordonnées.**

Par l'arrêt rapporté, la CJUE se prononce sur deux questions préjudicielles posées par la Cour de cassation (Luxembourg) dans les procédures D. Claes (C-235/10), S. Jeanjean (C-236/10), M. Rémy (C-237/10), V. Schneider (C-238/10), X.-M. Tran (C-239/10) contre Landsbanki Luxembourg SA, en liquidation, et apporte d'utiles précisions sur les garanties collectives prévues par la directive n° 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

En premier lieu, la CJUE confirme que les articles 1 à 3 de la directive n° 98/59/CE s'appliquent à la cessation des activités d'un établissement employeur à la suite d'une décision de justice ordonnant sa dissolution et sa liquidation pour insolvabilité, alors même que, dans cette hypothèse, la législation nationale prévoit la résiliation avec effet immédiat des contrats de travail des travailleurs. Par conséquent, les obligations prévues aux articles 2 et 3 de la directive imposent à l'employeur qui envisage d'effectuer des licenciements collectifs pour motif économique de respecter la procédure d'information et de consultation des représentants des travailleurs. L'accent est mis sur la recherche d'un plan social avec les représentants des travailleurs.

En second lieu, la CJUE règle la question de l'identification de l'employeur. Elle souligne que, jusqu'à l'extinction définitive de la personnalité juridique d'un établissement dont la dissolution et la liquidation sont ordonnées, les obligations découlant des articles 2 et 3 de la directive doivent être remplies. Elle ajoute que ces obligations doivent être exécutées par la direction de l'établissement en cause, lorsqu'elle reste en place, même avec des pouvoirs limités quant à la gestion de cet établissement, ou par le liquidateur de celui-ci, dans la mesure où la gestion dudit établissement est reprise entièrement par ce liquidateur. Autrement dit, l'administrateur judiciaire/liquidateur se voit reconnaître la qualité d'employeur et est tenu de s'acquitter, à ce titre, des obligations prévues aux articles 2 et 3 de la directive n° 98/59.

*Gilles Dedessus-Le-Moustier, maître de conférences à la faculté de droit et de science politique de Rennes*



## ► DROIT EUROPÉEN

### 054 Reconnaissance des jugements étrangers ouvrant une procédure

• Cass. com., 15 févr. 2011, n° 09-71436

**En application du règlement n° 1346/2000/CE du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, un État de l'Union peut refuser de reconnaître une décision étrangère d'ouverture en cas de méconnaissance du droit d'accès au juge.**

L'article 16 du règlement du 29 mai 2000 prévoit un système de reconnaissance automatique des décisions d'ouverture d'une procédure collective prononcées dans un État de l'Union européenne. Ces décisions sont en effet reconnues dans tous les autres États membres dès qu'elles produisent leurs effets dans l'État d'ouverture. L'article 26 du même texte apporte néanmoins une limite à ce principe, en prévoyant qu'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure étrangère « lorsque cette reconnaissance [...] produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution ».

La difficulté est de déterminer les contours de cette exception d'ordre public. À ce sujet, la CJCE a eu l'occasion de préciser, dans un arrêt Eurofood du 2 mai 2006 (aff. C-341/04), qu'un refus de reconnaissance est justifié lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendu, et ce après avoir rappelé qu'il existe un principe général du droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable.

C'est dans cette perspective que se situe l'arrêt rapporté.

En l'espèce, un créancier français faisait valoir qu'une décision italienne ne pouvait pas être reconnue en France, en prétendant qu'il avait été privé, en Italie, de son droit de contester la compétence de la juridiction saisie.

Son pourvoi est toutefois rejeté. L'arrêt approuve certes les juges du fond d'avoir retenu qu'un refus de reconnaissance peut être fondé sur la méconnaissance du droit d'accès au juge et, notamment, sur l'impossibilité pour un créancier domicilié dans un État membre autre que celui d'ouverture de la procédure d'insolvabilité de contester effectivement, dans l'État d'ouverture, la compétence assumée par ses juridictions. Il relève cependant que ces mêmes juges ont constaté que la loi italienne ouvrait bien, en réalité, aux créanciers un recours permettant de contester la compétence du tribunal saisi.

*François Mélin, maître de conférences à la faculté de droit de Reims*

## ► DROIT INTERNATIONAL

### 056 Exequatur d'un jugement et opposabilité d'un plan d'apurement du passif

• Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 09-15431

**En cas de procédure collective ouverte à l'étranger, le protocole, conclu dans l'intérêt de la masse des créanciers par l'organe compétent, qui fixe le montant du passif et ses conditions d'apurement, est opposable en France aux créanciers, si le jugement étranger de faillite a obtenu l'exequatur.**

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1346/2000/CE du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la jurisprudence porte avant tout sur les conditions de mise en œuvre de ce texte, qui s'applique si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans l'Union et s'il existe des effets transfrontaliers.

Seules de rares décisions portent encore sur le droit commun de la faillite internationale, qui régit les procédures ayant un caractère international et qui ne relèvent pas du champ du règlement. Tel est le cas de l'arrêt rapporté.

Dans cette affaire, une procédure avait été ouverte en Belgique en 1995, soit à une date antérieure à l'entrée en vigueur du règlement. L'organe compétent avait conclu un protocole d'accord avec les créanciers, déterminant le montant du passif et ses conditions d'apurement. Par la suite, le jugement belge avait obtenu l'exequatur en France mais un créancier demanda en France au débiteur le paiement d'une certaine somme. Son action échoua néanmoins au motif que le protocole conclu en Belgique lui était opposable.

L'arrêt est certes une décision d'espèce mais permet de revenir sur deux principes du droit de la faillite internationale.

D'une part, une décision étrangère de faillite peut obtenir force exécutoire en France, si elle remplit les conditions de l'exequatur définies par le droit international privé. Le juge doit donc vérifier la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international et l'absence de fraude (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2007, n° 05-14082).

D'autre part, les effets de la décision étrangère ayant obtenu l'exequatur se produisent en France. Peut ainsi intervenir en France le dessaisissement du débiteur, l'arrêt des poursuites individuelles ou la vente des biens, si ces effets résultent de la décision. Par ailleurs, les créanciers peuvent se voir opposer, comme en l'espèce, les accords d'apurement du passif conclus dans la procédure étrangère et qui s'imposeraient à eux dans ce cadre.

*François Mélin, maître de conférences à la faculté de droit de Reims*

**VEILLE**

**Modernisation des professions judiciaires ou juridiques**

Dans le cadre de la loi de modernisation des professions judiciaires ou juridiques, adoptée en 2<sup>e</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 15 mars dernier, l'article 20 apporte quelques ajustements au statut des administrateurs et mandataires judiciaires.

En premier lieu, il supprime la présence des représentants de ces professions réglementées dans la formation des commissions statuant sur l'inscription des nouveaux membres sur les listes nationales, afin d'éviter tout conflit d'intérêts éventuel. En deuxième lieu, cet article supprime l'avis de la commission nationale compétente pour les mandataires judiciaires au sujet de l'inscription des experts en diagnostic d'entreprise sur la liste nationale des experts judiciaires. En troisième lieu, le texte précise les modalités de computation de la durée de prescription de l'action disciplinaire à l'encontre des administrateurs et mandataires judiciaires. Le délai de prescription a été réduit à deux ans à compter de la date à laquelle la condamnation pénale de l'administrateur judiciaire ou du mandataire judiciaire est devenue définitive. Enfin, l'article 20 pose l'obligation pour les administrateurs et mandataires judiciaires qui ont connaissance de faits délictueux ou criminels dans l'exercice de leurs fonctions d'en donner avis sans délai au procureur

de la République et de lui transmettre tous renseignements, procès-verbaux et actes y afférant.

Les sénateurs ont ensuite jeté les bases d'un *portail électronique* des déclarations de tiers, répondant en cela à une forte aspiration des professionnels et des créanciers. Centralisant les déclarations de créances effectuées par voie électronique, un tel portail constituera une mesure de simplification à l'égard des tiers comme des professionnels. Aux termes du nouvel article L. 814-13 du Code de commerce, les actes de procédure envoyés ou reçus par les administrateurs et mandataires judiciaires pouvant faire l'objet d'une communication par voie électronique seront précisés par décret. En outre, les professionnels pourront recourir à des moyens dématérialisés lorsque les émetteurs et destinataires des actes en auront expressément formulé la demande ou y auront consenti. Le portail en lui-même sera mis en place par le CNAJMJ dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, pris après avis de la CNIL. Le CNAJMJ devra rendre compte au garde des Sceaux de l'accomplissement de ses missions dans la tenue de cet instrument, par le biais d'un rapport annuel adressé au ministre de la justice.

- *Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JO 29 mars 2011, p. 5447*

**Point de départ du délai de l'action en revendication des meubles**

Les dispositions de l'article L. 624-9 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, se bornent à unifier le point de départ du délai de l'action en revendication du meuble en le faisant courir, dans tous les cas, à compter de la publication au Bodacc du jugement d'ouverture, sous peine de rendre inopposable à la procédure collective le droit de propriété du revendiquant et les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte, répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée. Il n'y a donc pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel.

- *Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-40073, FSPB (non lieu à renvoi QPC)*

**BIBLIO**

**Procédures collectives 2011-2012**

Les éditions Delmas annoncent la parution de la 4<sup>e</sup> édition de l'ouvrage d'Alain Lienhard, consacré aux procédures collectives. Cette nouvelle édition, à jour du décret du 3 mars 2011 relatif à la sauvegarde financière accélérée, est accompagnée d'un CD-rom.

- *Delmas éd., mars 2011, 764 p., 66 €, disponible à la librairie LGDJ ([www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr))*

LA FAMILLE **L'ESSENTIEL** S'AGRANDIT !

Bienvenue à

**L'ESSENTIEL DROIT BANCAIRE**  
**L'ESSENTIEL DROIT DES ASSURANCES**  
**L'ESSENTIEL DROIT FISCAL**

ABONNEZ-VOUS AU 01 56 54 42 10

**lextenso éditions**