

# A LA UNE

## 147 Déclaration de créance par un *trustee* et traitement des *parallel debts*, l'exotique dossier Belvédère

• Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-25533

Même tenu de redistribuer les sommes reçues aux porteurs des titres de créance, le *trustee* pouvait être considéré, selon le droit de l'État de New-York, comme créancier des sociétés débitrices à concurrence du montant total de l'emprunt, ce qui fondait son pouvoir de déclarer une créance à ce titre.

Arrêt d'une grande richesse qui ravira les spécialistes de DIP, cet arrêt rendu dans le très médiatique dossier Belvédère (sans doute plus identifiable - au moins par les noctambules - par les marques de ce groupe en difficulté : Marie Brizard, vodka Sobieski...) mérite d'être signalé, même si son apport porte sur des points de droit qui ne se rencontrent guère qu'à l'occasion de procédures collectives importantes et marquées du sceau de l'extranéité. Tel est le cas lorsque l'arrêt prend parti sur le point de savoir si le *trustee* qui, au nom des porteurs de titres de créance émis à l'étranger (*floating rate notes*), avait procédé à une déclaration de créance au passif des différentes sociétés du groupe, avait qualité pour le faire. Si, aux termes de l'article 4.2, h) du règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000, la loi de l'État d'ouverture de la procédure collective détermine les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances, il appartient à la loi de la source de celles-ci de définir la qualité de créancier, de sorte que c'est à la lumière du droit de l'État de New-York, d'où résultaient les créances déclarées, qu'il convenait d'apprécier si le *trustee* avait la qualité de créancier à titre personnel, comme il l'avait prétendu pour fonder son pouvoir de déclarer. Cette règle de conflit étant posée, la cour d'appel est approuvée d'avoir déduit des stipulations contractuelles, « dont il n'était pas contesté qu'elles étaient conformes au droit de l'État de New-York (...) que, même tenu de redistribuer les sommes reçues aux porteurs des titres de créance, (le *trustee*) pouvait être considéré, selon le droit de l'État de New-York, comme créancier des sociétés débitrices à concurrence du montant total de l'emprunt ». Autrement dit, même si le *trustee*, qui agit pour le compte de créanciers de type obligatoire qui l'ont dans le contrat d'émission investi du pouvoir de les représenter collectivement, paraît plus s'apparenter à un représentant de la masse des obligataires - c'est-à-dire fondamentalement à un mandataire - qu'à un créancier personnellement titulaire du droit de créance, le droit américain applicable et le contrat d'émission permettaient de fonder cette dernière qualification. L'autre affirmation qui retient l'attention est celle qui justifie l'approbation du traitement réservé par la cour d'appel au système de la dette parallèle (*parallel debt*) consistant pour l'émetteur de l'emprunt et ses garants à prendre, envers les agents des sûretés, un engagement contractuel non accessoire équivalent à celui dont ils sont tenus dans leurs rapports avec les porteurs des titres de créance ou le *trustee*. Le pourvoi y trouvait à redire, en faisant valoir qu'un tel système autorisait le « créancier parallèle » à obtenir une admission multiple au passif de différentes filiales et partant à prétendre au paiement de sa créance alors même que la dette résultant de l'opération fondamentale serait éteinte, proposition qui serait contraire tout à la fois à la règle de l'égalité entre les créanciers et au principe selon lequel « tout paiement suppose une dette », deux principes d'ordre public international qui auraient ainsi été méconnus. La Cour de cassation écarte l'objection. « La conception de la cause des obligations contractuelles retenue par le droit français (n'étant) pas, dans tous ses aspects, d'ordre public international », elle regarde avec faveur cet aménagement de notre vénérable théorie des coobligés, à des fins de financement, pour la raison décisive que toute extinction de la dette emportait libération à due concurrence des sociétés débitrices qui, ainsi, n'étaient pas exposées à un risque de double paiement.

François-Xavier Lucas, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (université de Paris I)

## SOMMAIRE

### ► NAISSANCE DES CRÉANCES

- Date de naissance de la créance d'honoraires de résultat 2

### ► DÉCLARATION DE CRÉANCE

- Le directeur général d'une banque populaire peut-il déclarer la créance? 2
- Le relevé de forclusion est de droit lorsque l'omission volontaire est avérée 3

### ► DESSAISISEMENT

- Le liquidateur a seul qualité pour recevoir des fonds pour le compte du débiteur dessaisi 3

### ► CONTRATS EN COURS

- Le cessionnaire d'un bail commercial peut être condamné au paiement des arriérés de loyers! 4

### ► PASSIF

- La compensation de créances connexes ne peut être ordonnée si la créance n'a pas été fixée dans son montant 4

### ► ARRÊT DES POURSUITES

- Dénonciation sur dénonciation ne vaut! 5

### ► LIQUIDATION JUDICIAIRE

- Pouvoirs du liquidateur et contribution aux pertes sociales 5
- Mise en liquidation judiciaire d'une société dont la dissolution n'a pas été publiée au RCS 6

### ► RESPONSABILITÉS

- Absence de responsabilité pour omission de remise de la liste certifiée des créanciers à leur représentant 6

### ► PROCÉDURE

- Liquidation d'une SELAS à objet commercial : compétence du tribunal de grande instance 7
- Réalisation des actifs : violation de l'article 6 § 1 de la CESDH et excès de pouvoir 7



CONSEIL NATIONAL

DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES & DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

lextenso éditions

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

## ► NAISSANCE DES CRÉANCES

### 157 Date de naissance de la créance d'honoraires de résultat

• *Cass. com.*, 27 sept. 2011, n° 10-21277, F-PB

**La créance d'honoraire de résultat du mandataire prend naissance lors de l'exécution de la prestation caractéristique et non lors de l'obtention du résultat.**

Une société a donné mandat à la société Neva afin qu'elle puisse lui obtenir des subventions et des avantages fiscaux. Il est prévu dans le contrat que le mandataire serait rétribué par une commission proportionnelle aux sommes obtenues. La société Neva effectue les prestations requises, puis la société mandante est soumise à une procédure de liquidation judiciaire.

Au cours de celle-ci, la société Neva écrit à l'administration fiscale laquelle admet le principe d'un remboursement des crédits d'impôt recherche (CIR) non utilisés par le débiteur et verse en conséquence les sommes correspondantes au liquidateur. Dès lors, la société Neva ayant obtenu le résultat vers lequel tendaient ses recherches était en droit de réclamer ses honoraires.

Encore fallait-il définir la date de naissance de ceux-ci afin de permettre de déterminer leur sort dans la procédure collective. À cet égard deux thèses s'opposent. La thèse dite volontariste selon laquelle la créance naît de la perfection du contrat. En l'espèce, la créance d'honoraire serait alors née dès la signature du mandat et les honoraires de résultat auraient dû être déclarés à la procédure. À celle-ci s'oppose la thèse dite matérialiste, laquelle voit dans l'exécution du contrat le « fait générateur » des obligations. En l'espèce, la Cour de cassation adopte cette position dans le présent arrêt pour approuver la cour d'appel d'avoir décidé « que la créance de résultat naît de l'exécution de la prestation caractéristique », le résultat obtenu, c'est à dire le remboursement des CIR n'étant que l'exigibilité de la créance d'honoraires (*contra*, CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., 27 janv. 2005, RG n° 04/00204). Cette motivation – qui s'apparente à celle que l'on retient pour déterminer si un contrat est encore en cours – a sans doute été inspirée par la proposition du professeur Le Corre (« Continuation des contrats en cours, date de naissance des créances et mandat », D. 2009, p. 2172). Si elle ne peut être contestée tant la jurisprudence en la matière est difficile à synthétiser, elle demeure peu « maniable » et source d'incertitudes. L'exécution de la prestation caractéristique obéit à la loi du tout ou rien. En l'espèce, la solution aurait sans doute été différente si l'on avait retenu que la lettre écrite par la société Neva pendant la liquidation pouvait entrer dans ce concept : la créance d'honoraires aurait été sans doute considérée, pour le tout, postérieure.

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

## ► DÉCLARATION DE CRÉANCE

### 140 Le directeur général d'une banque populaire peut-il déclarer la créance ?

• *Cass. com.*, 12 juill. 2011, n° 10-18444

**Le directeur général d'une banque populaire ayant opté pour la forme sociale d'une société anonyme, tient de la loi le pouvoir d'ester en justice au nom de la banque et partant, de procéder à une déclaration de créance, sauf clause contraire des statuts.**

Dans cet arrêt de cassation non publié, la chambre commerciale explique en vertu de quoi le directeur général d'une banque populaire peut procéder à une déclaration des créances. Pour la cour d'appel, un tel pouvoir ne pouvait provenir que des statuts. Elle s'appuyait en cela sur l'article L. 512-5 du Code monétaire et financier, prévoyant que « les statuts de chaque banque populaire... fixent... [son] mode d'administration ». Faute d'avoir produit les statuts, la banque populaire ne pouvait donc pas prouver que son directeur général était investi du pouvoir d'agir en justice en son nom, et partant, de celui de déclarer la créance.

Ce raisonnement est sèchement désapprouvé. À juste titre, la Cour de cassation rappelle qu'une banque populaire ayant opté pour le statut d'une société anonyme, ce qui était le cas ici, se trouve soumise aux dispositions régissant la société anonyme. Par conséquent, c'est de la loi [C. com., art. L. 225-51-1 et L. 225-56, I] et non des statuts que son directeur général tient les « pouvoirs les plus étendus pour agir...au nom de la société ».

Il reste à s'interroger sur la portée d'une éventuelle limitation statutaire des pouvoirs du directeur général. La réserve est expressément formulée dans l'arrêt : « sauf clause contraire des statuts ». En droit commun, cette restriction des pouvoirs est inopposable aux tiers [C. com., art. L. 225-56, I, al. 3]. Du coup, la possibilité pour eux de se prévaloir d'une telle clause est très discutée. En matière de procédure civile, certains arrêts ont pu permettre aux tiers de l'invoquer pour justifier d'un défaut de pouvoir du dirigeant (v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 oct. 1985, n° 83-12007 : Rev. sociétés 1986, p. 408, note B. Bouloc). Pourtant, la solution n'est pas généralisée (v. au sujet de la déclaration de créance, note J.-F. Barbièri sous Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-21216 : Rev. sociétés 2009, p. 417). Qu'en est-il d'une banque populaire ? La réponse semble plus tranchée. En cas de conflit, les dispositions spécifiques qui régissent les banques populaires l'emportent sur celles du droit des sociétés anonymes (v. F. Crédot, *Banques populaires*, J-Cl. Banque-Crédit-Bourse 2010, Fasc. 170, spéc. n° 9). Autrement dit, la primauté des statuts paraît ici dicter une invocabilité de la clause limitative des pouvoirs par les organes de la procédure.

*Irina Parachkévova, professeur à l'université Paris VIII*

## 150 Le relevé de forclusion est de droit lorsque l'omission volontaire est avérée

• Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-20402

« L'omission volontaire par le débiteur d'un créancier sur la liste prévue à l'article L. 622-6 du Code de commerce dispense ce dernier d'avoir à établir que sa défaillance n'est pas due à son fait » pour obtenir un relevé de forclusion.

Le contentieux de la déclaration des créances ne se tarit pas. L'arrêt de la Chambre commerciale du 12 juillet 2011, bien que non publié, met opportunément un point final à des divergences qui ont pu apparaître en doctrine relative au nouveau cas de forclusion issu de la loi du 26 juillet 2005. L'article L. 622-26 du Code de commerce prévoit en effet désormais que le juge-commissaire relève de forclusion les créanciers qui établissent que leur défaillance est due à une omission volontaire du débiteur dans la liste des créanciers que le débiteur doit remettre à l'organe de la procédure. C'est désormais sur la difficile appréciation de « l'omission volontaire », laissée à l'interprétation des juges, que va se cristalliser le contentieux. Mais une fois celle-ci avérée, le présent arrêt ôte tout pouvoir au juge-commissaire. Même si, et la décision insiste sur ce point, le créancier omis avait connaissance de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, il doit être relevé de forclusion. Outre que l'on peut remarquer avec A. Lienhard qu'une telle disposition existe dans la procédure de rétablissement personnel, (C. consom., art. R. 332-18), une comparaison peut être établie avec les pouvoirs du juge dans les cas de nullité de droit de la période suspecte.

Cette décision nous paraît devoir être approuvée, même si elle contrevient un peu à l'objectif de sauvegarde de l'entreprise puisqu'elle revient à grossir le passif déclaré, si toutefois le créancier n'omet pas de le faire dans les délais après avoir obtenu le relevé de forclusion. L'omission volontaire réalisée par le débiteur s'apparente à une fraude et mérite une sanction exemplaire. Permettre au créancier d'être automatiquement relevé de forclusion semble plus pénalisant pour le coupable qui verra sa procédure grevée d'un passif supplémentaire et augmenter la probabilité d'échec de celle-ci, que de voir sa responsabilité mise en jeu après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, comme il était jugé avant l'entrée en vigueur de la loi de 2005 (Cass. com., 17 nov. 2009, n° 07-21157 : LEDEN, janv. 2010, p. 5, obs. P. Rubellin). Puisse la présente décision éduquer le débiteur et le dissuader de tenter le coup de poker de ne pas indiquer les créanciers connus dans sa liste. L'effet boomerang est certain. Ceux-ci se trouveraient dans une meilleure position que si le débiteur avait été loyal.

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

## ▶ DESSAISISSEMENT

### 141 Le liquidateur a seul qualité pour recevoir des fonds pour le compte du débiteur dessaisi

• Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-19430

**Le dessaisissement du débiteur emporte que le liquidateur est seul habilité à recevoir des fonds pour le compte du débiteur dessaisi.**

La Cour de cassation confirme, au visa de l'article L. 622-9, devenu l'article L. 641-9 du Code de commerce, que le liquidateur exerçant pendant toute la durée de la liquidation les droits et actions du débiteur relatifs à son patrimoine par suite du dessaisissement de plein droit de ce dernier de l'administration et de la disposition de ses biens, est seul habilité à recevoir des fonds pour le compte du débiteur dessaisi.

Ainsi, le débiteur ne peut plus recevoir de paiement. Ce dernier ne saurait être libératoire pour le *solvens*, si le débiteur n'est pas en mesure de représenter les sommes indûment reçues. En effet, les actes juridiques accomplis par le débiteur en liquidation, en contravention du principe du dessaisissement, et leurs effets, sont inopposables à la procédure collective.

En l'espèce, le débiteur et ses deux fils venant aux droits de la mère décédée, ont vendu un bien immobilier dépendant de la communauté des époux. Le liquidateur a donc assigné les acquéreurs et le notaire aux fins de voir condamner les premiers et le second à titre subsidiaire à lui verser le montant du prix de vente perçu par le débiteur et ses fils.

La cour d'appel rejette les demandes du liquidateur aux motifs que c'est l'acte de vente et non le paiement du prix qui constitue l'acte juridique seul susceptible d'être remis en cause par le truchement des règles du dessaisissement. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif que le dessaisissement commande que le liquidateur a seul qualité pour recevoir des fonds pour le compte du débiteur dessaisi.

Les actes juridiques accomplis par le débiteur en liquidation et subséquemment leurs effets sont inopposables à la procédure collective. Le dessaisissement étant édicté dans l'intérêt de la collectivité des créanciers, seul le liquidateur, qui a qualité pour agir dans l'intérêt des créanciers, peut s'en prévaloir (Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-11851). Dès lors, le liquidateur peut, lorsque l'intérêt des créanciers le commande, ratifier même implicitement de tels actes. Ainsi, le liquidateur pouvait légitimement se prévaloir des règles du dessaisissement pour solliciter non pas l'inopposabilité de la vente, mais celle du paiement du prix par les acquéreurs, puisqu'il est et reste le seul habilité à recevoir les fonds pour le compte du débiteur dessaisi, sauf pour le notaire à justifier d'un pouvoir spécial du liquidateur établi à cette fin.

Cette solution apodictique selon laquelle le paiement du prix ne sera libératoire que s'il est fait entre les mains du liquidateur, est évidemment transposable sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, et son entorse pourrait contraindre les acquéreurs à s'acquitter du prix une seconde fois et voir le notaire engager sa responsabilité professionnelle, en vertu de l'adage « qui paye mal, paye deux fois ».

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

## ► CONTRATS EN COURS

### 158 Le cessionnaire d'un bail commercial peut être condamné au paiement des arriérés de loyers !

• Cass. com., 27 sept. 2011, n° 10-23539, F-PB

**Si une clause du contrat de bail initial le prévoit, le cessionnaire est tenu de payer au bailleur les arriérés de loyers dus par le débiteur liquidé.**

Cette décision est d'une grande importance pratique. Les repreneurs de fonds de commerce et de droit au bail devront désormais redoubler de vigilance.

Pour couper court à toutes polémiques, l'article L. 641-12 du Code de commerce [réd. Ord. 18 déc. 2008] a expressément précisé qu'en cas de cession de bail commercial par le liquidateur « toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite ». Cette exclusion qui existait déjà dans la loi du 26 juillet 2005 par renvoi à l'article L. 622-15, s'applique désormais à toutes les phases de la procédure.

Le cas soumis ici est différent. La chambre commerciale a eu à s'interroger sur l'efficacité d'une clause comprise dans le contrat de bail initial cédé par laquelle « le cessionnaire deviendrait garant du paiement par le preneur de la totalité des sommes dues au titre du présent bail par ledit preneur à la date de la cession ». Cette disposition qui contraint le repreneur à honorer les loyers impayés par le débiteur liquidé ne contrevient à aucune règle connue. Elle est même l'application stricte de l'article L. 641-12 du Code de commerce selon lequel le liquidateur peut céder le bail « dans les conditions prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent ». Ne pas donner plein effet à cette stipulation contractuelle initiale reviendrait à refaire judiciairement le contrat cédé. En se référant justement à l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation approuve donc une cour d'appel d'avoir condamné le repreneur à payer au bailleur les arriérés de loyers (160 000 euros) dus par le débiteur liquidé, et même ceux nés avant l'ouverture de la procédure collective. Ce dernier point ne doit pas surprendre, l'interdiction de l'article L. 622-7 ne vise que les paiements effectués par le débiteur et non ceux effectués par un tiers, ici le cessionnaire du bail. Aux cessionnaires donc d'être vigilants et de lire méticuleusement le bail qu'ils projettent de reprendre, ce d'autant plus que la Cour précise que « les bailleurs étaient fondés à se prévaloir des stipulations contractuelles, peu important qu'elles n'aient pas été reproduites dans l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession ».

La reprise du passif n'est toutefois pas un cas inédit. Elle est légalement prévue lorsque dans le plan de cession se trouve un bien grevé d'une sûreté réelle destinée à garantir le crédit octroyé au débiteur pour le financement de ce bien (C. com., art. L. 642-12, al. 4).

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

## ► PASSIF

### 142 La compensation de créances connexes ne peut être ordonnée si la créance n'a pas été fixée dans son montant

• Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-16943

**Après avoir retenu le caractère connexe de la créance déclarée au passif et le principe de la compensation, la cour d'appel qui devait l'ordonner à concurrence du montant de cette créance à fixer par le juge-commissaire a violé les articles 1289 du Code civil et L. 622-7 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008.**

Dans cet arrêt inédit de cassation partielle sans renvoi, il n'est point question de connexité des créances (elle est ici établie et non contestée), ni de défaut de déclaration de la créance (celle-ci a été régulièrement déclarée). Il est ici question d'une juridiction qui, saisie d'une demande en paiement, connaît d'une exception de compensation alors qu'elle n'est pas habilitée à liquider la créance.

En l'espèce, il s'agissait de compenser une facture de fourniture de marchandises avec une dette correspondant à une action en garantie des vices cachés pour ces mêmes marchandises, toutes deux nées avant le jugement d'ouverture. La créance à compenser avait été déclarée au passif de la procédure pour un certain montant. La cour d'appel s'en est contentée pour ordonner la compensation des créances, relevant leur connexité et la déclaration de la créance payable par compensation malgré l'interdiction du paiement des créances antérieures (C. com., art. L. 622-7).

Néanmoins, c'était aller un peu vite en besogne ; car il eût fallu se poser la question suivante : et si le montant déclaré n'était pas le montant retenu par le juge-commissaire au terme de sa vérification des créances (C. com., art. L. 624-2) ?

Certes, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser récemment que la compensation fondée sur la connexité des créances « n'exige pas la réunion des conditions de liquidité et d'exigibilité de cette créance » (Cass. com., 28 avr. 2009, n° 08-14756 : LEDEN juill. 2009, p. 2, obs. E. Mouial-Bassilana). Pour autant, s'il est vrai que le principe de la compensation se satisfait de la seule connexité, le tribunal a la faculté de se prononcer uniquement sur le principe de la compensation et de surseoir à statuer pour ce qui est de la liquidité de la créance (v. en ce sens Cass. com., 23 sept. 1981, n° 80-12444 : Bull. civ. IV, n° 332). En l'espèce, la cour d'appel aurait donc dû comme l'ont fait les hauts magistrats, constater le principe de la compensation « à concurrence du montant de cette créance à fixer par le juge-commissaire ». Un rappel bienvenu en ces temps de contestation du mécanisme de la compensation des créances connexes au regard du principe d'égalité des créanciers...

*Eva Mouial-Bassilana, Professeur à l'université de Haute-Alsace*

## ▶ ARRÊT DES POURSUITES

### 155 Dénonciation sur dénonciation ne vaut !

• CA Paris, 30 juin 2011, n° 10/21929

**La survenance d'une liquidation judiciaire durant le délai de contestation de la saisie-attribution et entraînant son interruption, ne saurait remettre en cause la procédure de saisie, dès lors que l'acte de saisie a été régulièrement dénoncé au débiteur *in bonis*. Et la dénonciation au liquidateur qui réserve en principe un nouveau délai de contestation à ce dernier est surrogatoire.**

La saisie-attribution produit un effet attributif immédiat, si à la date du jugement d'ouverture, l'acte de saisie a été signifié au tiers-saisi et dénoncé au débiteur dans les 8 jours (L. 9 juill. 1991, art. 43). En l'espèce, la saisie-attribution pratiquée le 27 avril 2010 a été dénoncée le 28 avril au débiteur *in bonis*, si bien qu'elle ne souffre pas la caducité. Cependant, le débiteur saisi dispose d'un mois pour contester cette saisie qui court à compter de la dénonciation. Or, en l'espèce, pendant ce délai – le 25 mai 2010 – une procédure de liquidation judiciaire est intervenue, soit l'antépénultième jour avant l'expiration du délai de contestation. L'arrêt de la cour d'appel de Paris rappelle que celle-ci interrompt le délai de contestation, et qu'un nouveau délai commencera à courir une fois la dénonciation faite au liquidateur. Elle ajoute que « cette exigence n'est destinée qu'à permettre à ce dernier... d'exercer... une contestation au fond... ». Mais, en considérant que le jugement de liquidation ne pouvait avoir pour effet de faire renaître un délai déjà expiré, la cour d'appel ne tire pas les conséquences de ses constatations. Pourtant force est de constater que le délai de contestation n'étant manifestement pas expiré, une dénonciation devait être adressée au liquidateur pour faire courir un nouveau délai de contestation. D'autant que cette dénonciation au liquidateur qui n'a vocation qu'à rendre la saisie attribution opposable à la procédure collective, n'est pas enfermée dans le délai de huitaine. Par ailleurs, cet arrêt qui précise que le liquidateur s'est abstenu de formuler toutes contestations doit être critiqué, puisqu'il entre en contradiction avec l'adage *non valentem agere currit praescriptio*.

Enfin, à titre subsidiaire, on relèvera que les juges du fond ont fixé au passif de la liquidation la créance de frais irrépétibles alloués au titre de l'article 700 du CPC, signe d'une reconnaissance implicite de son inéligibilité au rang des créances méritantes de l'article L. 641-13 du Code de commerce (v. G. Berthelot, Rev. proc. coll., 2010, n° 18), ce dont on se réjouira.

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

## ▶ LIQUIDATION JUDICIAIRE

### 156 Pouvoirs du liquidateur et contribution aux pertes sociales

• Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-24888

**Le liquidateur judiciaire est recevable à agir à l'encontre des associés d'une SCM pour voir fixer leur contribution aux pertes sociales par la prise en compte, outre du montant de leurs apports, de celui du passif social et du produit de la réalisation des actifs.**

Il est des distinctions fort connues et d'une maîtrise apparemment aisée qui ne cessent de susciter le contentieux. C'est précisément le cas de celle opposant contribution aux pertes et obligation aux dettes sociales. Dans un arrêt du 29 juin 2010 (BJS nov. 2010, p. 901, n° 198, note F.-X. Lucas), la cour d'appel de Paris avait énoncé, à l'adresse d'un liquidateur, que l'article 1832 du Code civil « ne vise que la contribution aux pertes, laquelle joue exclusivement dans les rapports internes à la société et est étrangère à l'obligation de payer les dettes et ne peut servir de fondement à l'action en recouvrement du passif social par le liquidateur judiciaire à l'encontre des associés ». Voilà que la Cour de cassation censure cet arrêt en visant l'article 4 du Code de procédure civile et l'article 1832 du Code civil. Les deux chefs de cassation se rejoignent toutefois. Si l'arrêt d'appel est cassé c'est dans la mesure où, selon la Cour de cassation, l'action du liquidateur à l'encontre des associés ne tendait pas au paiement de dettes sociales, mais uniquement à voir « fixer » leur contribution aux pertes par la prise en compte, outre du montant de leurs apports, de celui du passif social et du produit de la réalisation des actifs. C'est donc en qualité de représentant de la société, par l'effet du dessaisissement, que le liquidateur agissait. Aussi, ne saurait-on voir dans l'arrêt un revirement s'agissant de l'absence de qualité à agir du liquidateur à l'encontre des associés au lieu et place des créanciers sociaux, son action se situant sur le terrain de la contribution aux pertes et non sur celui de l'obligation aux dettes sociales. Malgré tout, on peut se demander s'il ne s'en suivra pas une certaine forme de concurrence entre l'action ici reconnue au profit du liquidateur et celles éventuelles de créanciers sociaux sur la base de l'obligation aux dettes sociales. Le résultat de l'une ne sera pas sans conséquence sur les autres. Certains créanciers sociaux pourraient ainsi regretter la précision jurisprudentielle apportée.

*Nicolas Barga, professeur à l'université Pierre Mendès-France, Grenoble 2*

## 149 Mise en liquidation judiciaire d'une société dont la dissolution n'a pas été publiée au RCS

• Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-15068, F-PB

**Dès lors que la disparition de la personnalité juridique d'une société n'est rendue opposable aux tiers que par la publication au registre du commerce et des sociétés des actes ou événements l'ayant entraînée, une société peut être mise en liquidation judiciaire alors que sa dissolution a seulement fait l'objet d'une annonce dans un journal d'annonces légales.**

L'associé unique d'une société cède l'ensemble de ses parts à une autre qui, s'appuyant sur les dispositions de l'article 1844-5 du Code civil, dissout la société cédée. Le transfert du patrimoine social à la société acquéreuse est réalisé à l'issue du délai d'un mois offert par le texte aux créanciers pour faire opposition à la dissolution sans liquidation. Seule une publicité dans un journal d'annonces légales est réalisée.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel déclarant la demande ultérieure d'ouverture d'une procédure de liquidation irrecevable.

La solution paraît incontestable.

On sait que, à compter de la décision de dissolution, une société n'a plus la personnalité morale que pour les besoins de la liquidation et que cette décision n'est opposable qu'après sa publication (C. civ., art. 1844-8). C'est dire qu'une dissolution sans liquidation emporte disparition de la personnalité morale à l'échéance du délai d'opposition sous réserve d'avoir été publiée.

Or l'article 8 du décret du 3 juillet 1978 précise que si ce délai court à compter de la publicité de la décision de dissolution dans un JAL, cette décision suppose une déclaration au greffe en vue de la mention au registre du commerce. Et en l'absence d'une telle mention, la décision de dissolution est sans effet faute de pouvoir être opposée aux tiers puisque les actes sujets à mention au RCS ne sont opposables qu'après publication à ce registre (C. com., art. L. 123-9).

Par suite, une procédure de liquidation judiciaire pouvant être ouverte contre toute personne morale de droit privé (C. com., art. L. 640-2), la société qui n'est pas dissoute aux yeux des tiers peut être assignée en liquidation judiciaire par eux.

Cet arrêt complète ceux par lesquels la Cour de cassation avait admis l'opposabilité aux tiers de la dissolution en l'absence de radiation : il y avait alors eu inscription modificative au RCS, mention suffisante à l'opposabilité de la dissolution (v. not. Cass. com., 19 nov. 2002, n° 00-13662 : Bull. civ. IV, n° 175). Pour résumer, en matière de dissolution sans liquidation : publicité au JAL ne vaut pas publicité au RCS mais publicité au RCS vaut radiation.

*Maud Laroche, professeur à l'université de Rouen*

## ► RESPONSABILITÉS

### 143 Absence de responsabilité pour omission de remise de la liste certifiée des créanciers à leur représentant

• Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-21726

**Le débiteur mis en liquidation qui omet de remettre la liste certifiée de ses créanciers et du montant de ses dettes au représentant des créanciers ne commet pas nécessairement une fraude visant à dissimuler intentionnellement ce qu'il doit.**

La Cour de cassation maintient par cet arrêt rendu sous l'empire de la loi antérieure à celle du 26 juillet 2005, une jurisprudence plutôt favorable aux débiteurs (v. Cass. com., 2 mai 2001, n° 98-16146 : Bull. civ. IV, n° 81, p. 78 ; D. 2001, AJ, p. 1725, obs. A. Lienhard ; JCP E 2001, 1070, p. 1470, obs. P. Pétel). Il faut dire que l'inverse eût été contestable pour deux raisons. D'abord, cela aurait fait peser sur le débiteur une présomption de comportement frauduleux du simple fait de l'omission de remise de la liste au représentant des créanciers (v. sur cette obligation, C. com., anc. art. L. 621-45 et art. L. 622-6), à charge donc pour lui de rapporter qu'il était de bonne foi lorsqu'il a commis cet oubli. Ensuite, cette situation aurait été une aubaine pour les créanciers omis. L'article L. 622-32, III ancien du Code de commerce rouvre en effet à ces derniers, un droit de poursuite individuelle. La jurisprudence a ainsi admis l'action en réparation d'un préjudice équivalent au montant intégral de la dette omise (C. civ., art. 1382 ; Cass. com., 14 nov. 2000, n° 97-11985 : Bull. civ. IV, n° 174, p. 153). Or le véritable préjudice correspond en réalité au dividende dont les créanciers ont pu être privés.

L'on comprend dès lors que cet avantage confinerait à l'injustice s'il n'était assorti d'une stricte appréciation des cas de fraude par les juges du fond, reposant essentiellement sur la preuve par les créanciers de l'existence d'une intention malveillante de leur débiteur (v. Cass. com., 26 oct. 1999, n° 97-12092 : Bull. civ. IV, n° 186, p. 159 ; RD Banque et Bourse, 2000, 25, n° 23, obs. F.-X. Lucas ; CA Aix-en-Provence, 29 nov. 2000 : RD banc. fin., 2001, n° 64, obs. F.-X. Lucas ; CA Nancy, 16 oct. 2002 : RD banc. fin., 2004, n° 26, obs. F.-X. Lucas).

C'est ce que vient rappeler, en l'espèce, la Cour de cassation. L'on s'intéressera donc à la décision de la cour de renvoi mais, en attendant, la position de la haute juridiction apparaît pleinement applicable à la mise en œuvre de l'actuel article L. 622-26 (rapp., sous entendant déjà cette solution, CA Nîmes, 7 mai 2008, RG n° 06/02202).

*Julien Couard, maître de conférences à l'université du Sud - Toulon - Var*

## ► PROCÉDURE

### 144 Liquidation d'une SELAS à objet commercial : compétence du tribunal de grande instance

• *TC Valenciennes, 22 août 2011, n° 11/1344*

**L'ouverture d'une liquidation judiciaire d'une SELAS exerçant une activité de pharmacie relève de la compétence du tribunal de grande instance.**

En matière de compétence d'attribution, l'ordonnance de 2008 a substitué le critère de l'activité à celui de la qualité du débiteur : le tribunal de commerce est compétent lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale (C. com., art. L. 621-2). L'article L. 721-5 du Code de commerce, disposition générale applicable aux procédures collectives (CA Paris, 6 juill. 1994 : BJS sept. 1994, p. 1006, n° 272, note Jeantin), réserve aux juridictions civiles les actions en justice dans lesquelles une société d'exercice libéral (SEL) est partie. Ces deux critères de compétence d'attribution concordent lorsque la SEL a un objet civil. En revanche, lorsque la SEL a exceptionnellement une activité commerciale, leur compatibilité est plus problématique, comme en témoigne le jugement rapporté.

Dans cette affaire, le président d'une SELAS exerçant une activité de pharmacie demande l'ouverture d'une liquidation judiciaire au tribunal de commerce. Le ministère public soulève l'incompétence du tribunal estimant qu'en vertu de l'article L. 721-5 du Code de commerce, les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître de la liquidation judiciaire. Constatant que l'activité commerciale de l'officine de pharmacie est exercée sous forme de SEL, le tribunal de commerce se déclare incompétent et dit la demande de liquidation irrecevable.

La décision du tribunal de faire prévaloir le critère formel de la société sur la nature de l'activité est contestable car ce critère, inadapté à l'évolution de la compétence d'attribution des procédures collectives, introduit une dualité de compétence selon le mode d'exploitation de l'activité de pharmacie. De plus, ce critère formel n'est pas conforme à la finalité de l'article L. 721-5 du Code de commerce qui a été introduit, en matière de compétence, pour écarter le principe du critère fondé sur la forme commerciale de la société au profit du caractère civil de l'objet de la société d'exercice libéral (Cass. 2° civ., 6 mai 1997, n° 95-11857).

Par ailleurs, la décision du tribunal de déclarer irrecevable la demande d'ouverture de la liquidation judiciaire est critiquable : l'incompétence n'est pas sanctionnée par une fin de non-recevoir et le juge qui se déclare incompétent doit renvoyer les parties devant la juridiction qu'il estime compétente (CPC, art. 96 et C. com., art. R.662-4).

*Olivier Staes, maître de conférences à l'université des sciences sociales de Toulouse*

### 145 Réalisation des actifs : violation de l'article 6 § 1 de la CESDH et excès de pouvoir

• *Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71764, F-PB*

**Ni la méconnaissance du principe de loyauté des débats, ni le grief tiré d'une violation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ne constituent un excès de pouvoir.**

La Cour de cassation rabat d'office pour violation de la contradiction son arrêt du 8 mars 2011 dans lequel elle a relevé, sans solliciter l'observation des parties, l'irrecevabilité du pourvoi. Statuant à nouveau, elle confirme l'irrecevabilité du pourvoi mais sur un fondement différent.

Dans l'arrêt du 8 mars 2011, la Cour de cassation a justifié l'irrecevabilité sur le fondement de l'ancien article L. 623-5 du Code de commerce qui, en l'absence d'excès de pouvoir, réservait au ministère public l'appel et le pourvoi en cassation contre les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire en matière de réalisation des actifs. Ce fondement était surprenant car le litige concernait une action en responsabilité contre les sociétés ayant participé au rachat de l'immeuble occupé par le débiteur (P. Cagnoli, Act. proc. coll., mai 2011, n° 128). Dans l'arrêt de rabat la Cour de cassation change de fondement : l'irrecevabilité de l'appel et du pourvoi est fondée sur la qualification de mesure d'administration judiciaire de la décision du juge de joindre les incidents de procédure avec le fond. Cette qualification justifie à elle seule l'irrecevabilité de l'appel et du pourvoi car, comme le rappelle l'arrêt de rabat, les mesures d'administration judiciaire ne sont pas susceptibles de recours (CPC, art. 537), fût-ce en invoquant l'excès de pouvoir.

La Cour de cassation réaffirme néanmoins que le grief tiré d'une violation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ne constitue pas un excès de pouvoir. Cette formulation empruntée à l'arrêt rabattu est discutable car l'excès de pouvoir ne dépend pas des fondements invoqués pour sanctionner la méconnaissance par le juge de ses attributions. La Cour de cassation a décidé que le juge qui viole l'article 14 du Code de procédure civile en statuant sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé commet un excès de pouvoir (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-30629 – Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-13565). Fondée sur l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, cette violation de la contradiction ne constituerait pas, selon la Cour de cassation, un excès de pouvoir !

En matière de réalisation des actifs l'interrogation sur la portée de cette formulation ne présente plus d'intérêt, l'article L. 661-5 (ex. art. L. 623-5) ayant été abrogé par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (v. C. com., art. R. 642-37-1 et R. 642-37-3).

*Olivier Staes, maître de conférences à l'université des sciences sociales de Toulouse*

## ▶ VEILLE

### Affaire Météaleurop : la responsabilité de la société-mère suppose un engagement ferme

En retenant que la société mère n'avait pris aucun engagement ferme de garantir l'effectivité d'un plan de sauvegarde de l'emploi projeté par sa filiale ayant ensuite déclaré la cessation de ses paiements et que son refus de maintenir l'aide financière qu'elle lui apportait ne pouvait être jugé fautif, compte tenu du risque de cessation des paiements que ce concours faisait courir à la société mère, la cour d'appel a pu en déduire que la situation de la filiale et la cessation de son activité ne résultaient pas d'une faute de la société mère.

- *Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12885*

### En l'absence de déclaration de créance, la condamnation pécuniaire prononcée par une sentence arbitrale doit être annulée

La règle de l'extinction des créances non déclarées étant d'ordre public, il ne peut être reproché à une cour d'appel d'annuler la disposition d'une sentence arbitrale qui prononce une condamnation pécuniaire en retenant l'existence d'un préjudice dont la demande de réparation n'a pas fait l'objet d'une déclaration de créance.

- *Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 sept. 2011, n° 10-18320, Société Carrefour proximité (F-P+B+I)*

## ▶ CALENDRIER

### La refonte du règlement 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : regards croisés

Le conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ) organise le 17 novembre 2011, à Bruxelles, un colloque européen intitulé : « La refonte du règlement 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : regards croisés ».

Le colloque sera introduit par Vincent Gladel, Président du CNAJMJ, Viviane Reding, Commissaire européen et Daniel Fasquelle, Professeur agrégé des facultés de droit.

La matinée sera consacrée au champ d'application du règlement 1346/2000. Deux tables rondes aborderont respectivement la question de l'application du règlement aux procédures sans dessaisissement et de l'application du règlement aux groupes de sociétés. L'après-midi sera consacrée à la mise en œuvre du règlement 1346/2000 sur l'insolvabilité dans l'Union européenne. Deux tables rondes permettront d'aborder la question de la coopération entre professionnels et entre juridictions et la question des effets extraterritoriaux de la procédure.

- *Jeudi 17 novembre 2011 (8h30-17h), Bruxelles, Hotel Sheraton*

## Quatrièmes assises de la prévention

Les quatrièmes assises de la prévention organisées par l'Association Droit & Commerce se dérouleront le vendredi 14 octobre à Bordeaux, avec la participation du tribunal de commerce de Bordeaux, de l'École des avocats de Bordeaux Aliénor et du barreau de Bordeaux.

Cette conférence, introduite par Me Teboul, président de l'Association Droit & Commerce, sera animée par Mme Sautonie-Laguionie, professeur à l'université de Bordeaux IV, Mes Mandon, mandataire judiciaire, Mequinion, administrateur judiciaire, et Quesnel, avocat, et M. Pichard, expert comptable, président de la section Bordeaux-Pau de la CECJ, sous la présidence de MM. Debayle, président du tribunal de commerce de Bordeaux, et Dufranc, bâtonnier de l'ordre des avocats de Bordeaux.

- *Renseignements et inscriptions : isabelle.aubard@droit-et-commerce.org*

## ▶ BIBLIO

### Code de commerce 2012

Les éditions LexisNexis signalent la parution de la 24<sup>e</sup> édition du Code de commerce. Cette édition, dirigée par Philippe Pétel, est à jour des derniers textes législatifs, notamment de la loi du 17 mai 2011 de simplification du droit.

- *LexisNexis, août 2011, 2352 p., 39 €*



Les FORMATIONS **lextenso**  
M A Î T R I S E R E T A G I R

**JOLY**  
Éditions

PRÉSENTENT

# ACTUALITÉ DU DROIT DES SOCIÉTÉS

JEUDI 27 OCTOBRE 2011

(matinée)

Hôtel Intercontinental Paris 9<sup>e</sup>

PROGRAMME ET INSCRIPTIONS

[www.lextenso.fr/](http://www.lextenso.fr/) rubrique les formations lextenso

Tél. : 01 56 54 41 34 - E-mail : [claire.lorentz@lextenso-editions.fr](mailto:claire.lorentz@lextenso-editions.fr)