

## A LA UNE

**110r2** Définition de la fraude au sens de l'article L. 650-1 du Code de commerce

• Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-20288, D

Après avoir énoncé que toute personne agissant dans le but de préserver ses propres intérêts aux dépens d'autrui, ne commet une fraude que si elle accomplit un acte déloyal et obtient le résultat recherché par tromperie, manœuvres, falsifications ou autres actes répréhensibles, puis constaté que si, par l'octroi du prêt, assorti de la constitution d'une garantie, la banque avait cherché à préserver ses propres intérêts, ce seul fait ne suffisait pas à caractériser la fraude invoquée par le liquidateur en l'absence de manœuvres, de tromperie ou de contravention à la loi ou aux règlements, l'octroi d'un crédit en contrepartie d'une sûreté étant un procédé licite et la banque n'ayant pu méconnaître le principe d'égalité des créanciers qui ne s'applique qu'à compter de l'ouverture de la procédure collective.

L'une des dispositions les plus contestables introduites par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a son siège à l'article L. 650-1 du Code de commerce, aux termes duquel lorsqu'une procédure collective est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Cette irresponsabilité des créanciers est choquante car aucun motif sérieux ne justifie que celui qui a par sa faute – un soutien abusif par exemple – contribué à aggraver l'insuffisance d'actif du débiteur n'ait pas à en répondre et à réparer le préjudice causé à la collectivité des créanciers.

L'arrêt du 8 mars 2017 ici rapporté sonne le glas des espoirs qui avaient pu être placés par certains mandataires judiciaires dans l'argument tiré de la fraude, que l'article L. 650-1 fait figurer au rang des exceptions à l'immunité qu'il consacre. Dans l'espèce considérée, le liquidateur faisait valoir que la banque, en consentant un nouveau crédit, avait cherché à préserver ses propres intérêts en visant à combler un découvert bancaire tout en sachant que le crédit ne serait pas remboursé et que la défaillance de l'emprunteur était inéluctable. Il voyait dans ce comportement égoïste un outrage au principe d'égalité entre les créanciers et partant une fraude. La cour d'appel est approuvée d'avoir écarté cet argument. On s'étonnera du motif selon lequel le principe d'égalité des créanciers ne s'applique qu'à compter de l'ouverture de la procédure collective. La proposition est contestable, ce principe étant consacré par le code civil (C. civ., art. 2285), ce qui lui donne vocation à s'appliquer indépendamment de l'ouverture d'une procédure collective. Le rejet du pourvoi n'en est pas moins justifié car ce principe d'égalité, qui ne vaut qu'entre les créanciers chirographaires, n'a qu'une portée très limitée et il n'interdit nullement à un créancier de se réserver une position plus favorable en prenant des sûretés lui garantissant de meilleures perspectives de paiement. Contrairement à ce que suggérait le liquidateur, tant que la procédure n'est pas ouverte, il n'existe aucune logique collective s'imposant aux créanciers et l'un d'eux peut parfaitement ne se préoccuper que de son intérêt et être indifférent à celui des autres créanciers. Voilà pourquoi, même si c'est pour déplorer que la responsabilité des créanciers fautifs s'éloigne encore un peu plus, on ne peut que se ranger à l'idée qu'il est vain d'en appeler à la fraude à un principe d'égalité que les créanciers sont parfaitement fondés à neutraliser.

François-Xavier Lucas, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

## SOMMAIRE

## ► OUVERTURE

- Éviction des clauses d'indemnité en cas d'obligation de produire à un ordre lorsque le débiteur est en procédure collective 2

## ► PROCÉDURE

- Le greffier ne peut faire l'objet d'une requête en suspension légitime 2

## ► CRÉANCIERS

- La taxe d'apprentissage et la participation des employeurs à la formation professionnelle sont des créances dites « méritantes » 3

## ► LIQUIDATION JUDICIAIRE

- Exemple de continuation tacite d'un contrat par le liquidateur 3
- Défaut de coopération avec le liquidateur : exigence d'un comportement personnel du dirigeant 4

## ► RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

- L'absence de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal n'est pas un cas de faillite personnelle 4
- Fautes de gestion du dirigeant ? Non... et pourtant elles existent 5
- Une brèche dans l'irresponsabilité du dispensateur de crédit ? 5

## ► DROIT SOCIAL

- AGS : revirement de jurisprudence sur l'étendue du plafond de garantie 6
- Précisions sur l'articulation des règlements européens *Insolvabilité et Bruxelles I* 6
- De quelques confirmations relatives à la portabilité des couvertures de frais de santé et de prévoyance dans le cadre d'une liquidation judiciaire 7
- Inopposabilité à la procédure collective du licenciement en cas d'absence de signature par l'administrateur judiciaire de la lettre de licenciement 7



CONSEIL  
NATIONAL

DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES  
& DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

Avec le soutien de la Caisse des Dépôts



## ► OUVERTURE

### 110q0 Éviction des clauses d'indemnité en cas d'obligation de produire à un ordre lorsque le débiteur est en procédure collective

• Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-15942, PB

**La clause prévoyant une indemnité dans le cas où le créancier est obligé de recouvrer sa créance par voie judiciaire ou extra-judiciaire ou de produire à un ordre aggrave illicitement les obligations du débiteur en mettant à sa charge des frais supplémentaires du seul fait de sa mise en procédure collective.**

À nouveau, la Cour de cassation élargit la protection du débiteur contre les clauses qui aggravent sa situation. Elle avait déjà jugée « interdite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de sa mise en redressement judiciaire » (Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-22909 : Bull. civ. IV, n° 7 ; LEDEN mars 2014, n° 39, p. 2, obs. E. Mouial-Bassilana). Un an plus tard, elle avait néanmoins admis la validité de la clause d'indemnité dans le cas où le créancier serait, « pour une cause quelconque, [...] obligé de produire à un ou plusieurs ordres amiables ou judiciaires », cette clause n'ayant « ni pour objet, ni pour effet d'aggraver la situation du débiteur du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective » (Cass. com., 8 sept. 2015, n° 14-14175). Le raisonnement était qu'il faut distinguer la clause destinée à jouer exclusivement en cas de procédure collective de celle qui pourrait s'appliquer également dans d'autres hypothèses, seule la première méritant d'être évincée.

La Cour de cassation semble ici prendre le contrepied de sa jurisprudence antérieure, à propos d'une clause d'indemnité semblable, jugeant que la clause en cause « aggravait les obligations de la débitrice en mettant à sa charge des frais supplémentaires du seul fait de sa mise en sauvegarde ». Où il faut voir, semble-t-il, un élargissement de la protection du débiteur, qui s'applique tant lorsqu'une clause porte atteinte à ses intérêts en cas procédure collective que lorsqu'elle vise plusieurs événements, dont la procédure collective. Ainsi comprise, la solution mérite approbation, car la protection du débiteur serait illusoire s'il suffisait d'élargir la clause à d'autres événements que la procédure collective pour qu'elle soit efficace.

On s'étonnera néanmoins que cette jurisprudence se développe en matière de prêt, qui n'est pourtant pas un contrat en cours au sens de l'article L. 622-13, d'autant que la Cour de cassation considère ici comme surabondant les motifs critiqués des juges du fond qui s'étaient fondés sur ce texte. Est-ce le signe d'une autonomisation de la protection des débiteurs en procédure collective qui ne reposerait plus sur le principe de continuation des contrats en cours ?

*Lionel Andreu, professeur agrégé à l'université de Poitiers*

## ► PROCÉDURE

### 110q1 Le greffier ne peut faire l'objet d'une requête en suspicion légitime

• CA, ord. prem. prés., 28 nov. 2016, n° 16-130

**Le greffier du tribunal de commerce, qui a un intérêt personnel par personne interposée dans une procédure collective ouverte devant son tribunal, peut-il continuer à suivre la procédure collective sans risquer sa mise en cause ?**

Le déroulement d'une procédure collective doit se faire dans la sérénité et il faut éviter toute situation qui pourrait venir perturber son traitement et laisser croire au justiciable que sa cause ne serait pas entendue équitablement. En l'espèce, un dirigeant d'une entreprise placée en redressement judiciaire pointait un risque sérieux d'impartialité de la juridiction à son égard au motif que le directeur de greffe était le fils de la bailleresse des murs dans lesquels il exploitait le fonds de commerce alors que les loyers n'étaient plus réglés. Au surplus, il soutenait que le directeur de greffe, présent lors de la conclusion du bail, assistait à toutes les audiences en chambre du conseil. Il engageait alors une procédure en suspicion légitime à son encontre et de délocalisation tout en reprochant également au ministère public d'évoquer régulièrement son passé pénal l'empêchant de s'expliquer sereinement à chaque audience.

La procédure de suspicion légitime (CPC, art. 356 et s.) répond aux conditions de la procédure de récusation (CPC, art. 341 et COJ, art. L. 111-6). Ces procédures ne visent que le juge ce que n'est pas un greffier. Dans ces conditions, la requête en suspicion légitime visant le greffier ne pouvait prospérer. Toutefois, au regard du contexte évoqué et des autres moyens développés, il apparaissait évident que chaque décision contraire au souhait du dirigeant serait critiquée sous l'angle de droit au procès équitable. Dans ces conditions le président du tribunal de commerce, après avoir écarté la demande en suspicion légitime dirigée contre le greffier dès lors qu'il ne disposait d'aucun pouvoir juridictionnel, sollicitait néanmoins la délocalisation de la procédure afin de donner au justiciable l'impression que sa cause serait entendue de façon équitable et impartiale. Le premier président, après avoir rappelé que l'argumentation liée au greffier apparaissait objectivement peu convaincante, mais en précisant qu'on ne pouvait éluder que sa conviction de ne pouvoir être jugé équitablement pèserait sur les débats ainsi que sur sa capacité à accepter les décisions prises, ordonnait la délocalisation de la procédure (C. com., art. L. 662-6 et C. com., art. R. 662-7 ; sur la notion de centre d'intérêt issue de la procédure de délocalisation, se reporter à Cass. com., ord. prem. prés., 29 févr. 2016, n° 40550 : LEDEN avr. 2016, n° 57, p. 4, note C. Delattre). Cette délocalisation était opportune.

*Christophe Delattre, vice-procureur au tribunal de grande instance de Lille, Section du droit des affaires et de l'entreprise*

## ► CRÉANCIERS

### 110q2 La taxe d'apprentissage et la participation des employeurs à la formation professionnelle sont des créances dites « méritantes »

• Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-17166, PB

**La taxe d'apprentissage et la participation à la formation professionnelle qui constituent une obligation légale et sont inhérentes à l'activité poursuivie après le jugement d'ouverture, entrent dans les prévisions de l'article L. 622-17.**

Une des innovations les plus marquantes de la loi de sauvegarde consiste dans l'avènement d'un critère téléologique. Dès lors, bien que nécessaire, la réunion des critères organiques et temporel, qui avait conduit à gonfler à l'excès le passif privilégié, est aujourd'hui insuffisante à l'éligibilité au régime préférentiel de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

En l'espèce, une société a bénéficié d'une sauvegarde par un jugement du 6 novembre 2012. Assujettie à la taxe d'apprentissage et à la participation à la formation professionnelle, cette société est mise en demeure par le comptable public de les payer, en considérant qu'il s'agissait de créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. C'est en vain que le mandataire ad hoc de la société et le liquidateur font grief à l'arrêt de les autoriser à régler, conformément à l'article L. 622-17, les sommes réclamées. En effet, la Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs d'une part qu'il ressort des articles 1599 ter I du Code général des impôts, et R. 6331-9 du Code du travail, que les employeurs sont astreints au paiement de la taxe d'apprentissage et de la participation à la formation professionnelle à raison des salaires versés au cours de l'année écoulée. Par conséquent, le fait générateur des créances fiscales résultant de cette obligation se situe au 31 décembre de l'année considérée. Et d'autre part que ces taxes qui constituent une obligation légale et sont inhérentes à l'activité poursuivie après le jugement d'ouverture, entrent dans les prévisions de l'article L. 622-17.

Cette solution, bien que contestable en ce qu'elle tend à dévoyer l'avènement du critère téléologique dans sa finalité même, se veut l'écho d'un précédent arrêt (Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18726 : Bull. civ. IV, n° 99 ; LEDEN juill. 2011, n° 117, p. 4, obs. E. Mouial-Bassilana), mais aussi d'une instruction fiscale du 1<sup>er</sup> juillet 2015, qui reconnaît le caractère « méritant » à toutes créances fiscales « liées à l'activité ». Ces choix sémantiques quasi-synonymiques d'« inhérent à l'activité poursuivie » et « liée à l'activité », ne sauraient pourtant conduire à la reconnaissance systématique du critère téléologique, puisque ces deux situations sont contingentes à la procédure collective et donc à la période d'observation inhérente à cette dernière. Autrement dit, qu'une créance fiscale soit légale et inhérente à l'activité poursuivie relève du bon sens, mais en déduire qu'elle est inhérente à la période d'observation relève de la fiction, même si cette fiction prétorienne tend à dessein à éviter une iniquité devant l'impôt *lato sensu*.

*Geoffroy Berthelot, mandataire judiciaire associé, maître de conférences Sciences Po Paris*

## ► LIQUIDATION JUDICIAIRE

### 110q3 Exemple de continuation tacite d'un contrat par le liquidateur

• Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-21397, PB

**Dès lors que, dans des conclusions ultérieures, le liquidateur mentionne qu'il n'a pas voulu mettre un terme au contrat, le co-contractant, en présence d'échéances ultérieures impayées, est en droit de faire constater la résiliation du contrat par le juge commissaire.**

Un exploitant individuel d'une carrière était lié à une SCI par un contrat de bail et un contrat de foretage d'une durée de 25 ans. Il décède et le tribunal ouvre une procédure de liquidation judiciaire 3 mois plus tard, vraisemblablement en application de l'article L. 640-4 du Code de commerce. Le contrat de foretage est un contrat à exécution successive par lequel un propriétaire d'une carrière concède à un tiers le droit de l'exploiter moyennant le versement d'une redevance, ici, mensuelle. Il s'agit indubitablement d'un contrat en cours à exécution successive. Or, 9 mois après le prononcé de la liquidation, le liquidateur n'a honoré le paiement d'aucune redevance. La SCI saisit le juge-commissaire à effet de voir constater la résiliation du contrat. Elle obtient gain de cause en appel, la résiliation étant confirmée par le présent arrêt soumis à une très large diffusion.

La constatation d'une résiliation « de plein » droit par le juge-commissaire est possible dans trois cas limitativement énumérés par l'article L. 641-11-1. Celui qui nous intéresse est le non-paiement des échéances des contrats pour lesquels le liquidateur « a exigé l'exécution du contrat en cours ». Or il faut, en l'absence d'une mise en demeure, pour rapporter la preuve d'une telle volonté du liquidateur démontrer une intention univoque de ce dernier, même si celle-ci peut être tacite (Cass. com., 20 juin 2000, n° 97-18204 : Bull. civ. V, n° 130). On se situe bien souvent dans une situation factuelle du ni-ni : le contrat est ni continué formellement, ni résilié, notamment lorsque le liquidateur ignorait l'existence d'un tel contrat (ce qui n'était pas le cas ici). En l'espèce, ne pas honorer 9 mois d'échéances après l'ouverture de la procédure, aurait pu faire penser qu'il était rapporté l'absence de prise de position du liquidateur. Un contrat en jachère en somme. La chambre commerciale approuve néanmoins la cour d'appel d'avoir considéré que le liquidateur avait opté tacitement pour la continuation du contrat, notamment parce qu'il a pu être constaté que celui-là avait « déclaré dans ses conclusions ne pas vouloir y mettre un terme ». Dès lors, en présence d'échéances postérieures impayées, la SCI est jugée légitime à faire constater la résiliation. La solution n'est pas surprenante. Le liquidateur a en somme signé son crime en avouant judiciairement son intention de ne pas mettre un terme au contrat. Ne pas mettre un terme au contrat, signifie, vouloir le continuer.

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

## 110q4 Défaut de coopération avec le liquidateur : exigence d'un comportement personnel du dirigeant

• Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-22149, D

**Pour prononcer une sanction au titre de l'article L. 653-5, 5°, du Code de commerce, lequel stigmatise le défaut de coopération du dirigeant avec les organes de la procédure collective, les juges doivent établir que celui-là s'est lui-même abstenu volontairement de coopérer avec ceux-ci.**

Le dirigeant social encourt le prononcé de la sanction de la faillite personnelle si, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure collective, il fait obstacle à son bon déroulement (C. com., art. L. 653-5, 5°). Les applications de ce texte sont rares et la décision ci-dessus référencée retiendra donc l'attention.

En l'espèce, une société fut mise en liquidation judiciaire le 5 juin 2012 et un liquidateur désigné. Celui-ci demanda le prononcé d'une mesure de faillite personnelle contre le dirigeant de la société liquidée au titre de l'article L. 653-5, 5°, du Code de commerce. La cour d'appel fit droit à sa demande. Elle prononça une mesure d'interdiction de gérer pour une durée de 10 ans à l'encontre dudit dirigeant. Celui-ci forma un pourvoi en cassation par lequel il critiquait, en substance, l'appréciation des juges du fond *via* les éléments retenus pour caractériser le défaut de coopération. Il est vrai que le texte exige une abstention volontaire du dirigeant, condition que le demandeur au pourvoi estimait absente *in casu*. La Cour de cassation lui donne raison. Elle censure la décision d'appel à raison de motifs impropres à établir que le dirigeant s'était *lui-même* abstenu volontairement de coopérer avec le liquidateur.

Quels motifs ? La cour d'appel avait relevé que le liquidateur, faute d'avoir pu directement contacter le dirigeant, avait sollicité le conseil de celui-ci pour lui demander certains renseignements. Le conseil avait communiqué les informations sollicitées (coordonnées du cabinet comptable et présence ou non de salariés) et proposé au liquidateur un rendez-vous conjoint avec le dirigeant après les vacances d'été. Cette légèreté agaça manifestement le liquidateur, lequel rappela au conseil du dirigeant ses obligations comme représentant d'une société en liquidation judiciaire. Mais le conseil était indisponible en juillet... Selon la Cour de cassation, ces éléments ne caractérisent pas un défaut de coopération résultant d'une abstention volontaire du dirigeant. Elle exige prouvé un comportement imputable au dirigeant. Or, les circonstances retenues interdisent d'affirmer que celui-ci a personnellement refusé de coopérer.

*Thierry Favario, maître de conférences à l'université Jean-Moulin (Lyon 3)*

## ► RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

### 110q5 L'absence de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal n'est pas un cas de faillite personnelle

• Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-18365, D

**Les textes de la loi de sauvegarde sont d'interprétation stricte. Si les cas de faillite personnelle, limitativement énumérés, peuvent faire également l'objet d'une mesure d'interdiction de gérer, l'inverse n'est pas le cas. L'oublier entraîne la cassation.**

Le ministère public citait un dirigeant aux fins d'obtenir une mesure de faillite personnelle qu'il obtenait pour une durée de 10 ans. Il lui reprochait l'absence de tenue d'une comptabilité, l'augmentation frauduleuse du passif pendant la période suspecte et l'omission de procéder à la déclaration de cessation des paiements dans le délai légal. N'obtenant pas gain de cause devant la cour d'appel, le dirigeant s'était pourvu en cassation. La chambre commerciale cassait l'arrêt pour violation du dispositif légal mais également en application du principe de proportionnalité dès lors que la faillite personnelle avait été prononcée en considération de plusieurs fautes dont l'une ne pouvait être sanctionnée par cette mesure.

Depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, l'absence de déclaration de la cessation des paiements a été déclassée dans la hiérarchie des sanctions et n'est plus un cas de faillite personnelle. L'article L. 653-8, alinéa 3, du Code de commerce ne prévoit qu'une mesure d'interdiction de gérer. C'est donc logiquement que la cassation était prononcée et ce d'autant que si un seul élément n'est pas justifié, la cassation pour le tout est prononcée en application du principe de la proportionnalité (Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2009, n° 08-17187 : Bull. civ. V, n° 155, en cas de sanction civile non pécuniaire – Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21906 : Bull. civ. V, n° 166, en cas de sanction civile pécuniaire). Ce principe de proportionnalité est régulièrement réaffirmé. Ainsi, chaque faute prise isolément doit être caractérisée et seuls les faits visés par une sanction peuvent être retenus.

Cet arrêt est bien venu car il n'est pas rare de constater en pratique une demande de faillite personnelle en visant plusieurs fautes dont une ne peut faire l'objet que d'une interdiction de gérer. En l'espèce, seule une interdiction de gérer pouvait être prononcée. Pour obtenir une mesure de faillite personnelle, sous réserve de l'appréciation souveraine du tribunal qui peut estimer qu'une interdiction de gérer est plus adaptée en distinguant le dirigeant voyou de l'incompétent, il ne fallait retenir que les seules fautes qui peuvent être sanctionnées par une faillite personnelle.

*Christophe Delattre, vice-procureur au tribunal de grande instance de Lille, Section du droit des affaires et de l'entreprise*

## 110q6 Fautes de gestion du dirigeant ? Non... et pourtant elles existent

• Cass. com., 22 févr. 2017, n° 15-17558, D

**Par cet arrêt, la Cour de cassation rappelle que seules des fautes de gestion antérieures à l'ouverture de la procédure collective peuvent être retenues contre le dirigeant. Elle censure également la mauvaise appréciation faite par les juges de la faute de ce dernier consistant prétendument en un retard dans la déclaration de la cessation des paiements.**

Paradoxe décision, laquelle censure des juges du fond pour avoir retenu deux fautes de gestion, l'une inexistante, l'autre mal qualifiée. Dans les deux cas pourtant, la faute du dirigeant social est patente. Qu'on en juge. En l'espèce, une société fut placée en redressement judiciaire le 28 janvier 2009 et la date de cessation des paiements fixée au 30 mai 2008. La procédure fut convertie en liquidation judiciaire 2 ans plus tard. Le liquidateur désigné assigna le dirigeant de la société en responsabilité pour insuffisance d'actif. La cour d'appel fit droit à son action en retenant un certain nombre de fautes de gestion imputables au dirigeant social. Le pourvoi que celui-ci forma contestait l'existence de deux de ces fautes. La Cour de cassation lui donne doublement raison.

En premier lieu, les juges du fond avaient reproché au dirigeant un important abandon de créance consenti sans raison à une société *au cours du redressement judiciaire* et un avoir non motivé au profit d'une autre, *après la liquidation judiciaire*. La Cour de cassation les censure car « seules des fautes de gestion antérieures à l'ouverture de la procédure collective peuvent être retenues à l'encontre du dirigeant ». Ajoutons que si l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne pouvait être engagée, celle sur le terrain du droit commun était admissible. En second lieu, ces mêmes juges, relevant que la date de cessation des paiements avait été fixée au 30 mai 2008, avaient reproché au dirigeant une déclaration tardive de cet état. Selon eux, celui-ci était informé de la situation dès l'été 2007 et « son refus obstiné » de procéder à la déclaration caractérisait la faute de gestion. Le raisonnement était vicié : c'était à compter du 30 mai 2008 que s'appréciait un éventuel retard. Or, le jugement de redressement judiciaire date du 28 janvier 2009... La censure de la Cour de cassation est là encore justifiée, même s'il existe bien une faute de gestion.

Deux fautes de gestion donc, non retenues à juste titre ; mais deux fautes quand même, lesquelles auraient pu être sanctionnées.

*Thierry Favario, maître de conférences à l'université Jean-Moulin (Lyon 3)*

## 110q7 Une brèche dans l'irresponsabilité du dispensateur de crédit ?

• T. com. Paris, 15 févr. 2017

**La mise en œuvre de l'article L. 650-1 du Code de commerce constitue une fin de non-recevoir de sorte que l'arrêt d'un plan de redressement avant que le juge ne statue sur l'action en soutien abusif écarte l'irrecevabilité tirée de cet article.**

Avec l'article L. 650-1 du Code de commerce, la mise en cause du banquier à l'occasion de la procédure collective butte sur un obstacle sérieux. En plus de devoir caractériser le soutien abusif, les organes de la procédure doivent établir à l'égard du fournisseur de crédit la fraude, l'immixtion caractérisée ou encore l'existence de sûretés disproportionnées. Rigoureuse, cette preuve conduit à une forme d'impunité que la Cour de cassation étend aux concours consentis alors même que l'entreprise ne connaissait aucune difficulté. Car il assigne certaines limites à cette irresponsabilité, le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 15 février 2017 présente un réel intérêt.

En l'espèce, un débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde puis de redressement judiciaire ainsi que le mandataire judiciaire reprochaient au banquier qui avait financé l'acquisition d'une pharmacie d'avoir manqué à son devoir de mise en garde lors de l'octroi du crédit. En défense, naturellement, l'établissement bancaire faisait valoir l'article L. 650-1 du Code de commerce ce que le tribunal refusa au motif qu'un plan de redressement fut arrêté en cours de procédure. Pour les juges du fond, en effet, la mise en œuvre de l'article L. 650-1 s'analyse en une fin de non-recevoir que l'arrêt d'un plan tient en échec. Cette décision permettant au débiteur de redevenir *in bonis*, la fin de non-recevoir était régularisée au sens de l'article 126 du Code de procédure civile au jour où les juges statuèrent. Si le caractère averti de l'emprunteur évita à la banque d'être mise en cause, ce jugement représente en l'état une potentielle menace pour le dispensateur de crédit. Reste à savoir si celle-ci s'avère sérieuse et promise à un véritable avenir. Sans présager de ce que sera la jurisprudence sur ce point, force est de constater que le raisonnement tenu ne manque pas d'intérêt. Le détour par la fin de non-recevoir paraît tout à fait correspondre à l'idée évoquée par certains selon laquelle l'article L. 650-1 fixe des conditions d'ouverture à la poursuite des fournisseurs de crédit. L'approche, surtout, paraît pouvoir se recommander d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 12 juillet 2016 (Cass. com., 12 juill. 2016, n° 14-29429 : LEDEN sept. 2016, n° 134, p. 4, obs. O. Staes), qui, pour exclure toute attraction de compétence au profit du tribunal de la procédure, considère que l'article L. 650-1 affecte non pas l'action en soutien abusif mais sa mise en œuvre. Ceci étant, l'on ne peut pas non plus exclure que l'article L. 650-1 s'analyse en une défense au fond. Outre que cette qualification va dans le sens voulu par le législateur d'une protection accrue du banquier, les cas de mise en cause du dispensateur de crédit peuvent très bien s'analyser en une forme de déchéance de l'irresponsabilité dont il profite normalement.

*Nicolas Pelletier, maître de conférences à l'université de Nantes, membre de l'IRDP*

## ► DROIT SOCIAL

### 110q8 AGS : revirement de jurisprudence sur l'étendue du plafond de garantie

• Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-29392, FS-PB

**Le plafond de garantie des salaires de l'AGS s'entend de la totalité des créances salariales, en ce compris le précompte effectué par l'employeur en vertu de l'article L. 242-3 du Code de la sécurité sociale au profit des organismes sociaux.**

Une salariée a saisi le conseil de prud'hommes du Havre en avril 2015 afin de voir fixer ses créances au passif d'une société en liquidation judiciaire. Le conseil de prud'hommes fait droit à ses demandes mais refuse d'enjoindre au mandataire d'établir un relevé desdites créances en net. La Cour régulatrice rejette le pourvoi de la salariée par un attendu dont la clarté ne peut prêter à interprétation.

Il aurait pu en être autrement au regard du précédent arrêt sur ce sujet (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-11948 : Bull. civ. V, n° 163 ; LEDEN oct. 2014, n° 143, p. 6, obs. G. Dedessus-Le-Moustier). En effet, la Cour de cassation avait alors jugé que « la garantie de l'AGS était limitée à un montant fixé par décret, toutes créances du salarié confondues, de sorte que les créances des organismes sociaux, qui ne sont pas des créances du salarié, n'étaient pas prises en compte pour apprécier le montant maximum de la garantie de l'AGS », ce qui revenait, de fait, à juger que le plafond de garantie de l'AGS devait s'entendre « net de cotisations des organismes sociaux » alors que jusqu'alors le plafond de garantie était entendu brut tant au regard des dispositions combinées des articles L. 3253-8, L. 3253-17, L. 3253-19 et D. 3253-5 du Code du travail qu'au regard de la nature salariale du précompte. Cette décision a été fortement critiquée par la doctrine qui estimait notamment que « le raisonnement adopté par cet arrêt apparaît pour ce qu'il est : non pas l'application rigoureuse des textes mais une interprétation hasardeuse qui masque une surenchère de plus aux dépens de la collectivité » (v. P. Pétel, « Procédures collectives – Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises », JCP G 2015, doct. 456). Or une telle décision, par un effet mécanique sur les plafonds, augmentait sérieusement l'intervention de l'AGS et pouvait donc avoir des conséquences non négligeables sur son équilibre financier. Cet arrêt *contra legem* pouvait donc apparaître, une fois encore, comme « un révélateur de cette volonté permanente d'accroître les charges pesant sur les employeurs » (T. Méteyé, « Le traitement des créances salariales : l'AGS » : BJE janv. 2017, n° 114c6, p. 54).

Dans un contexte d'accroissement permanent de la charge de l'AGS, par une dénaturation constante de la loi du 27 décembre 1973, il est donc important de souligner que la décision commentée fait une application rigoureuse du droit. Celle-ci a été prise sur avis conforme de Monsieur l'avocat général pour qui « l'avance de l'AGS, même limitée dans son montant, inclut nécessairement le montant des cotisations devant être précomptées sur les salaires et destinées à être reversées aux organismes sociaux ». Il est heureux que cette évidence ait été suivie d'effet !

Hubert de Frémont, avocat associé, SCP Hadengue et associés

### 110q9 Précisions sur l'articulation des règlements européens *Insolvabilité* et *Bruxelles I*

• Cass. soc., 10 janv. 2017, n° 156-12284, PB, FS

**La circonstance que le texte fondant l'action puisse être invoqué en dehors de toute procédure d'insolvabilité n'exclut pas l'application du règlement *Insolvabilité*, dès lors que l'action est effectivement introduite dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.**

Rendu dans le cadre de l'importante affaire *Nortel Networks* (v. D. Robine et F. Jault-Seseke, « Arrêt Nortel : le clair-obscur de la CJUE sur la portée de la procédure secondaire », BJS oct. 2015, n° 114c1, p. 514), cet arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation mérite toute attention en ce qu'il fournit des précisions quant à la délicate articulation des règlements européens *Insolvabilité* (règl. CE n° 1346/2000, 29 mai 2000) et *Bruxelles I* (règl. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000).

En l'espèce, un salarié avait été engagé par la société filiale d'une société de droit anglais, elle-même membre d'un groupe de sociétés localisé au Canada. À la suite du placement en administration judiciaire de la société anglaise par la *High Court of Justice of England and Wales*, les administrateurs ont demandé au tribunal de commerce de Versailles l'ouverture d'une procédure secondaire de liquidation judiciaire avec maintien de l'activité pendant trois mois. Par la suite, le tribunal de commerce a arrêté un plan de cession partiel, autorisant notamment des licenciements. Licencié dans le cadre de ce plan, le salarié a saisi la juridiction prud'homale pour contester la rupture de son contrat de travail et solliciter la réparation par la société de droit anglais du préjudice résultant de la perte de son emploi consécutive à des fautes de celle-ci. Se fondant sur le règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000, dit *Bruxelles I*, la cour d'appel a retenu la compétence internationale des juridictions françaises et s'est déclarée compétente pour connaître du litige. Selon elle, l'action du salarié est une action en responsabilité de droit commun sans lien avec la procédure d'insolvabilité anglaise et le litige ne relève pas du champ d'application du règlement européen *Insolvabilité*. Censurant un tel raisonnement, la Cour de cassation rappelle, d'une part, que toute contestation sur la détermination du centre des intérêts principaux, critère de compétence des juridictions, doit être portée devant la juridiction qui a ouvert la procédure et, d'autre part, que la circonstance que le texte fondant l'action puisse être invoqué en dehors de toute procédure d'insolvabilité n'exclut pas l'application du règlement *Insolvabilité*, dès lors que l'action est effectivement introduite dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (v. CJUE, 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood* et CJUE, 4 déc. 2014, aff. C-295/13, *H c/HK*). Autrement dit, les juridictions françaises étaient bien incompétentes dans la mesure où la compétence judiciaire devait être déterminée au regard du règlement *Insolvabilité*.

Il convient de souligner sur ce point que le nouveau règlement *Insolvabilité* n° 2015/848 du 25 mai 2015 qui, pour ses principales dispositions, entrera en vigueur le 26 juin 2017, a vocation à faciliter la résolution de telles difficultés rencontrées à l'occasion de la faillite internationale de groupes de sociétés (v. not. R. Dammann et A.-M. Dang, « Faut-il codifier le droit international privé de la faillite ? », BJE nov. 2015, n° 112v1, p. 355).

Gilles Dedessus Le Moustier, maître de conférences à l'université Rennes 1, IODE (UMR CNRS 6262)

## 110r0 De quelques confirmations relatives à la portabilité des couvertures de frais de santé et de prévoyance dans le cadre d'une liquidation judiciaire

• *CA Lyon, 21 févr. 2017, n° 15/06038*

**Il ressort de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale que la seule exception au principe de la portabilité est le cas des salariés licenciés pour faute lourde de sorte qu'en l'absence de disposition expresse en ce sens, le cas des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire n'est pas exclu de son bénéfice.**

La cour d'appel de Lyon a rendu le 21 février 2017 un arrêt particulièrement intéressant relativement au mécanisme de portabilité résultant de l'article L. 911-8 du Code de sécurité sociale en présence d'une entreprise en liquidation judiciaire. Les faits sont désormais classiques. En septembre 2014, le tribunal de commerce de Chambéry a prononcé la liquidation judiciaire de la société X. En décembre 2014, le liquidateur judiciaire de la société X a demandé à l'organisme de protection sociale complémentaire d'honorer les demandes de portabilité santé des salariés de la société X conformément aux dispositions de l'article L. 911-8 du Code de sécurité sociale. L'organisme de protection sociale complémentaire a répondu que les contrats collectifs prévoyance-santé étaient résiliés à la date du jugement d'ouverture de la liquidation en application de l'article L. 911-8 dudit code dès lors que l'arrêt de l'activité de l'entreprise avait entraîné la disparition du régime des frais de santé et consécutivement sa portabilité. En mars 2015, le liquidateur judiciaire a fait assigner à jour fixe l'organisme de protection sociale complémentaire devant le tribunal de grande instance de Lyon afin qu'il soit ordonné, sous astreinte, la poursuite des contrats en cause, à compter de septembre 2014. En juillet 2015, le tribunal a considéré comme non fondée la résiliation desdits contrats et a ordonné la garantie de la portabilité des droits au profit des anciens salariés de la société X, selon les modalités prévues par les contrats souscrits, pour une durée de 12 mois au titre de la garantie frais de santé et de 9 mois au titre de la garantie prévoyance, à compter de la date de cessation du contrat de travail de chacun des salariés.

Sur appel interjeté par l'organisme de protection sociale complémentaire, la cour d'appel de Lyon confirme le jugement en toutes ses dispositions. L'arrêt rapporté souligne notamment qu'il ressort de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale que la seule exception au principe de la portabilité est le cas des salariés licenciés pour faute lourde de sorte qu'en l'absence de disposition expresse en ce sens, le cas des salariés licenciés dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire n'est pas exclu de son bénéfice. La question posée aux juges d'appel n'était pas nouvelle (v. CA Paris, ch. 3, 13 sept. 2016, n° 15/17810 – CA Paris, ch. 1, 14 nov. 2016, n° 16/08749 – CA Lyon, ch. 1, 24 janv. 2017, n° 15/06017). S'inscrivant dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure (v. CA Lyon, ch. 1, 24 janv. 2017, préc.), l'arrêt commenté ordonne le maintien de la portabilité selon les conditions de l'article L. 911-8 dudit code. Pour autant, les incertitudes demeurent et une clarification opérée dans les meilleurs délais par le législateur ou la Cour de cassation semble s'imposer.

*Gilles Dedessus Le Moustier, maître de conférences à l'université Rennes 1, IODE (UMR CNRS 6262)*

## 110r1 Inopposabilité à la procédure collective du licenciement en cas d'absence de signature par l'administrateur judiciaire de la lettre de licenciement

• *Cass. soc., 8 déc. 2016, n° 15-19172, D*

**Lorsque le licenciement disciplinaire prononcé sans l'assistance de l'administrateur judiciaire chargé d'assister la société pour tous les actes de gestion n'a pas été ratifié par ce dernier, il s'en déduit qu'il est inopposable à la procédure collective.**

Un salarié licencié pour faute grave, sans l'intervention de l'administrateur judiciaire, saisit la juridiction prud'homale pour contester son licenciement et réclamer les indemnités dont il a été privé. La cour d'appel fait droit à sa demande en jugeant le licenciement sans cause réelle et sérieuse mais déclare, faute de signature de la lettre de licenciement par l'administrateur judiciaire ayant une mission d'assistance, le licenciement inopposable à la procédure collective entraînant ainsi l'absence de prise en charge des créances de rupture par l'AGS. Un pourvoi en cassation est alors formé, celui-ci reposant essentiellement sur le fait que le licenciement aurait été tacitement ratifié par les organes de la procédure collective, d'une part, par une correspondance de l'administrateur judiciaire postérieure, mais cependant très proche, du licenciement qui informait le salarié que « malgré l'ouverture d'une procédure collective, l'employeur n'est pas dessaisi de son pouvoir disciplinaire » et, d'autre part, par le règlement de ses créances par la procédure collective, ces faits positifs valant ratification tacite de son licenciement.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en rappelant la règle qui veut qu'un licenciement, quelle que soit sa cause, prononcé sans l'assistance de l'administrateur judiciaire ayant une mission d'assistance est inopposable à la procédure collective tout en laissant, aux juridictions du fond, un pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait permettant de justifier ou non d'une ratification tacite.

Cette décision n'est pas critiquable car dans le cadre de sa mission d'assistance, l'administrateur judiciaire « assiste le débiteur pour tous les actes de gestion » et est tenu, dans le cadre de sa mission, « au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise » (C. com., art. L. 622-1, III). Une procédure de licenciement n'est pas un acte de gestion courant (au sens répétitif) de telle sorte qu'une telle procédure suppose l'intervention de l'administrateur judiciaire au côté du dirigeant faute de quoi la rupture du contrat de travail pourra être déclarée inopposable (et non nulle) à la procédure collective, le licenciement conservant tous ses effets entre les parties.

Reste l'appréciation des éléments de fait permettant de juger de l'existence d'une ratification tacite par les organes de la procédure. Dans une précédente décision (Cass. soc., 8 févr. 2012, n° 10-12906 : Bull. civ. V, n° 62), la Cour de cassation avait admis que « le directeur des ressources humaines avait agi pour l'exécution du jugement du tribunal de commerce sous la direction et le contrôle des administrateurs judiciaires et que ceux-ci n'alléguaient aucun excès de pouvoir sur ce point ». Dans l'espèce commentée, la cour d'appel avait retenu que la correspondance de l'administrateur judiciaire ne pouvait aller à l'encontre de la loi et que le règlement des créances et l'établissement des documents de fin de contrat n'étaient que la conséquence du respect d'une obligation légale.

*Hubert de Frémont, avocat associé, SCP Hadengue et associés*

**▶ VEILLE**

**Conditions d'ouverture d'un compte distinct par procédure de sauvegarde, de RJ ou de LJ**

Pris pour l'application de l'article L. 814-15 du Code de commerce créé par l'article 97 de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, le décret du 8 mars 2017 détermine les seuils à partir desquels l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire doit déposer sur un compte distinct par procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les fonds, effets, titres et autres valeurs reçus pour le compte de débiteurs, à savoir :

- 250 salariés employés par le débiteur à la date de demande d'ouverture de la procédure ;
- 20 millions d'euros de chiffre d'affaires, défini conformément aux dispositions du cinquième alinéa de l'article D. 123-200, appréciés à la date de clôture du dernier exercice comptable (C. com., art. D. 814-37-1).

Ce compte est ouvert dans les livres de la Caisse des dépôts et consignations.

Ces dispositions entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2017 et ne s'appliquent qu'aux

procédures ouvertes à compter de cette date.

- *D. n° 2017-304, 8 mars 2017 : JO, 10 mars 2017*

**Accès aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire**

L'arrêté du 7 mars 2017, relatif à l'accès aux professions d'administrateur judiciaire et mandataire judiciaire, modifie les dispositions de la troisième partie « Arrêtés » du Code de commerce concernant la procédure d'inscription sur les listes des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires (art. 2 à 8) et le stage complémentaire au diplôme de master mentionné aux articles L. 811-5 et L. 812-3 du Code de commerce (art. 9 à 14).

- *A. 7 mars 2017 : JO, 25 mars 2017*

**▶ CALENDRIER**

**L'État français peut-il ne pas rembourser sa dette ?**

Le centre de recherche du droit de la dette de l'école de droit de la Sorbonne organise le mardi 18 avril 2017 à partir de 18 h un colloque consacré au thème suivant :

« L'État français peut-il ne pas rembourser sa dette ? » avec la participation de Mathias Audit, François-Xavier Lucas, Thierry Revet et Philippe Stoffel-Munck.

Cette manifestation se tiendra à l'université de Paris 1, 12 place du Panthéon et sera suivie d'un cocktail.

**▶ BIBLIO**

**Code des procédures collectives 2017**

Les éditions Dalloz signalent la parution de la 15<sup>e</sup> édition du Code des procédures collectives, à jour des textes suivants : loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, loi Sapin 2, ordonnance du 2 juin 2016 et décret du 23 décembre 2016 relatifs à la désignation des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires dans certaines procédures relatives aux entreprises en difficulté, ordonnance du 31 mars 2016, décrets du 1<sup>er</sup> juillet et du 13 septembre 2016 portant sur l'exercice sous forme de société des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire.

Code des procédures collectives 2017, 15<sup>e</sup> éd., mars 2017, Dalloz, 1542 p., 99 €, en vente sur [www.lgdj.fr](http://www.lgdj.fr)

**La revue d'un nouveau genre, si juridique & tellement littéraire !**

**AU SOMMAIRE DE CE NUMÉRO :**

**1. LE THÈME :** La responsabilité de l'écrivain  
Responsabilité légale et responsabilité morale de l'écrivain : une perspective socio-historique [Gisèle Sapiro]  
Mission, soumission : le devoir élémentaire de Houellebecq [Isabelle Durand]  
La responsabilité civile de l'écrivain [Hélène Skrzypniak]  
La responsabilité pénale de l'écrivain [Baptiste Nicaud]  
Le plagiat au défi du droit [Arnaud Lattès]  
Le procès d'Emma Bovary [Emmanuel Pierrat]  
Comment et pourquoi donner de l'espace à l'utopie en période de naufrage ? [Lina Prosser]

**2. VARIÉTÉS :**  
Droit et littérature, *Éléments pour la recherche* [Philippe Ségur]

La droit, fil de la trame romanesque chez Flaubert [Catherine Filon]  
Michel Houellebecq  
*Contre l'individu, Contre la mort* [Nicolas Dissaux]

**3. UN TEXTE :**  
«L'Envie du Pénal» de Philippe Muray, [Texte commenté par Yves-Edouard Le Boer]

**4. L'ENTRETIEN :**  
La petite femme, réalité romanesque et vérité judiciaire, entretien avec Philippe Jaenada

**5. CHRONIQUES :**  
La littérature saisie par le droit  
La création littéraire [Michel Vivant]  
Les œuvres littéraires [Jean-Michel Bruguière]  
Le droit saisi par la littérature  
Romans [Geel Chanteple, Pierre Lemay, Lionel Ministo, Jean-Baptiste Thierry]  
Le théâtre [Emmanuelle Souhner-Cassia]