

Or cette affirmation que cette même chambre de la cour d'appel de Paris avait déjà faite dans un arrêt du 26 juin 2012 (*CA Paris, Pôle 5, 8<sup>e</sup> ch., 26 juin 2012, n° 09/29.113 : JurisData n° 2012-015265 ; Rev. proc. coll. 2012, comm. 186, obs. Menjuq*) est erronée comme nous l'avions déjà fait remarqué dans notre commentaire de l'arrêt précité en relevant la méconnaissance par la cour d'appel de Paris de la jurisprudence européenne. En effet, le centre des intérêts principaux doit être apprécié non à la date de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité mais à la date de la demande d'ouverture de celle-ci, ainsi qu'il ressort des arrêts *Staubitz-Schreiber* (CJCE, 17 janv. 2006, aff. C-1/04, *Staubitz-Schreiber : RJDA 4/06, n° 449 ; D. affaires 2006, p. 367, note A. Lienhard ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 753, note D. Fasquelle : Rev. sociétés 2006, p. 346, note J.-L. Vallens*) et *Interdil* (CJUE, 20 oct. 2011, aff. C-396/09, *JCP E 2012, n° 19, p. 1309, obs. R. Dammann et A. Albertini ; D. 2011, p. 2593, obs. A. Lienhard et p. 2915, note J.-L. Vallens ; Rev. sociétés 2011, p. 726, note P. Roussel Galle ; D. 2012, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée. – M. Menjuq, Centre des intérêts principaux : les apports de l'arrêt Interdil de la CJUE du 20 octobre 2011 : Rev. proc. coll. 2011, étude 32*), cette jurisprudence étant d'ailleurs considérée comme constante puisqu'elle a été consacrée par une ordonnance du 24 mai 2016 dans l'affaire *Leonmobili* (CJUE, 24 mai 2016, aff. C-353/15 : *Rev. proc. coll. 2016, comm. 169, obs. Menjuq ; Rev. crit. DIP 2016, p. 692, note L. d'Avout*). Or, la différence de date d'appréciation n'est pas sans conséquence comme l'a précisé la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Staubitz-Schreiber* puisque la juridiction de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur lors de l'introduction par ce dernier de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité demeure compétente

pour ouvrir ladite procédure lorsque le débiteur déplace le centre de ses intérêts principaux sur le territoire d'un autre État membre, après la saisine de la juridiction, mais avant l'ouverture de la procédure. Il est donc très étonnant que la cour d'appel de Paris persiste ainsi dans une erreur aussi flagrante !

Quant à l'appréciation de la localisation du centre des intérêts principaux, elle n'appelle pas de remarque dans son principe tant elle est dans le droit fil de l'interprétation de l'article 3 du règlement n° 1346/2000 de l'arrêt *Interdil* (CJUE, 20 oct. 2011, aff. C-396/09 : *JCPE 2012, n° 19, p. 1309, obs. R. Dammann et A. Albertini ; Rev. proc. coll. 2011, étude 32, M. Menjuq ; D. 2011, p. 2915, note J.-L. Vallens*) qui permet de renverser la présomption en faveur du siège statutaire lorsqu'une appréciation globale d'un ensemble d'éléments pertinents et vérifiables aux yeux des tiers localise le centre des intérêts principaux dans un autre lieu. Or, en l'espèce, de tels éléments consistant dans l'exercice d'une activité économique se manifestant par la réalisation d'un chiffre d'affaires en France et l'emploi de salariés dans les locaux parisiens loués contrastait avec l'absence de toute activité à Londres, lieu du siège statutaire. C'est donc justement, même s'il aurait été souhaitable que la cour d'appel de Paris conforte sa motivation par des éléments supplémentaires, qu'elle en a déduit que la présomption en faveur du siège statutaire pouvait être renversée et que le centre des intérêts principaux devait être localisé à Paris, rendant ainsi compétent le tribunal de commerce de Paris pour ouvrir une procédure d'insolvabilité.

Michel MENJUQ

**Mots-Clés :** Centre des intérêts principaux - Présomption en faveur du siège statutaire - Renversement de la présomption - Critères  
**JurisClasseur :** Procédures collectives, fasc. 3125 ; Commercial, fasc. 3125

## LIQUIDATION JUDICIAIRE

Geoffroy BERTHELOT,

mandataire judiciaire associé,  
maître de conférences à Sciences Po Paris

Florence REILLE,

maître de conférences à l'université de Toulon,  
membre du CDPC Jean-Claude Escarras (UMR-CNRS 7318),  
membre de la Chaire de prévention et traitement  
des difficultés des entreprises (univ. Montpellier)

### À RETENIR

- 64 Liquidation judiciaire et clôture du compte courant : un lien de cause à effet discutable, pesant sur le sort de la caution
- 65 L'apodicticité de s'interposer devant une offre émanant d'une personne interposée *lato sensu*
- 68 Qualité pour agir en réouverture d'une liquidation judiciaire : le cas du créancier n'ayant pas déclaré sa créance
- 69 La rétroactivité relative de la reprise de la liquidation judiciaire

### COMPTE COURANT - CAUTION

#### ▲ 64 Liquidation judiciaire et clôture du compte courant : un lien de cause à effet discutable, pesant sur le sort de la caution

Le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte, est immédiatement exigible de la caution.

Cass. com., 13 déc. 2016, n° 14-16.037, publié au Bull. : *JurisData n° 2016-026837 ; Act. proc. coll. 2017, alerte 30, obs. F. Petit ; Rev. proc. coll. 2017, comm. 27, Ch. Gijsbers ; D. 2017, p. 5 ; RTD civ. 2017, p. 196, note P. Crocq ; BJE 2017, p. 105, note N. Borga ; LEDEN janv. 2017, p. 2, obs. P. Rubellin ; Gaz. Pal. 21 févr. 2017, n° 8, p. 32, note M.-P. Dumont-Léfrand*

(...) Mais attendu que le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte, est immédiatement exigible de la caution ; que, dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé que l'admission définitive des créances de la banque au passif des procédures collectives des sociétés dont M. X... a cautionné les obligations, s'impose à celui-ci, qui n'est pas fondé à contester les sommes dont le paiement lui est réclamé ; que le moyen n'est pas fondé (...).

**NOTE :** Irréprochable sur le terrain du droit bancaire et sur celui du droit du cautionnement, la solution retenue par la Cour de cassation dans cet arrêt du 13 décembre 2016 prête plus à discussion sur le terrain du droit des entreprises en difficulté quant à l'application qu'il fait des règles relatives aux contrats en cours dans un contexte de liquidation judiciaire.

Une personne physique se porte caution envers une banque des engagements de deux sociétés titulaires de comptes courants ouverts dans les livres de cet établissement. Les sociétés ayant été placées en liquidation judiciaire, la banque déclare ses créances, lesquelles sont admises au passif des débitrices. Elle assigne ensuite la caution en paiement. Une discussion s'élève, notamment concernant les créances de solde débiteur des comptes dont la caution prétend, entre autres choses, que, n'étant pas exigibles, elles ne sauraient lui être réclamées.

La Cour de cassation réfute l'argument en des termes très nets : « le compte courant d'une société étant clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire, il en résulte que le solde de ce compte, est immédiatement exigible de la caution ».

La conséquence tirée par la Cour de cassation de la clôture du compte paraît au-dessus de toute critique. Du point de vue du droit bancaire, d'abord, il est acquis que la clôture du compte – et elle seule – emporte exigibilité de la créance du solde débiteur que la banque détient sur le titulaire du compte. Des règles applicables au cautionnement, il ressort encore que l'exigibilité du solde définitif du compte clôturé lui est opposable, cette clôture étant un événement affectant la dette, qui pèse ainsi sur la caution (V. M.-P. Dumont-Lefrand : *Gaz. Pal.* 21 févr. 2017, n° 8, p. 32), laquelle a, en outre, nécessairement accepté de voir son engagement exigible à cette date (P. Crocq : *RTD civ.* 2017, p. 196).

Le postulat à partir duquel la haute Cour tire les conséquences évoquées est, quant à lui, plus discutable (dans le même sens, F. Petit : *Act. proc. coll.* 2017, alerte 30). Le compte peut-il réellement être considéré comme clôturé par le seul effet de la liquidation judiciaire de son titulaire ? La Cour de cassation l'a plusieurs fois jugé, mais sous l'empire des textes anciens (V. Cass. com., 20 janv. 1998, n° 95-17.836 : *RTD com.* 1998, p. 393, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 1999, chron. p. 761, n° 14, obs. J. Stoufflet. – Cass. com., 14 mai 2002, n° 98-21.521 : *JurisData* n° 2002-014351 ; *Bull. civ. IV*, n° 83 ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 240, n° 7, obs. Ph. Roussel Galle. – Cass. com., 11 juin 2003, n° 00-12.382 : *Rev. proc. coll.* 2003, p. 240, n° 7, obs. Ph. Roussel Galle. – Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-01.899, *Banque Gallière c/ Neto* : *JurisData* n° 2003-020824 ; *Act. proc. coll.* 2004, comm. 23 ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 67, n° 5, obs. Ph. Roussel Galle. – Cass. com., 19 mai 2004, n° 02-18.570 : *JurisData* n° 2004-023810 ; *Bull. civ. IV*, n° 97 ; *Act. proc. coll.* 2004, comm. 173, obs. C. Boulay ; *JCP E* 2004, 1292, n° 5, obs. M. Cabrillac ; *D.* 2004, p. 1813, obs. A. Lienhard). La solution aurait pu, depuis 1994, trouver partiellement appui sur les anciens articles L. 622-12 et L. 622-10 du Code de commerce, dont certains considéraient qu'ils commandaient la résiliation des contrats en cours, en cas de liquidation judiciaire sans maintien d'activité (not. E. Le Corre-Broly, *La résiliation de plein droit des contrats du fait de la liquidation judiciaire non assortie d'une période de poursuite d'activité* : *JCP E* 2002, 1423. – En jurisprudence : not. CA Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch. C, 20 nov. 2001, n° 98/17435 : *JurisData* n° 2001-165456). Sous l'empire de la loi de sauvegarde dans sa rédaction initiale, cette logique aurait encore pu se trouver confirmée, toujours dans le seul cas de l'absence de poursuite provisoire d'activité, le maintien des contrats en cours n'étant expressément prévu qu'en pareil cas. Cependant, outre que cette approche n'a jamais été validée par la Cour de cassation pour les contrats en cours en général (Not., sous l'empire de textes postérieurs à 1994, Cass. com., 28 sept. 2004, n° 03-13.803 : *JurisData* n° 2004-025026 ; *Rev. proc. coll.* 2005, p. 44, n° 4, obs. Ph. Roussel Galle. – Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-17.604 : *JurisData* n° 2005-026985 ; *Bull. civ. IV*, n° 28 ; *Act. proc. coll.* 2005, comm. 56, obs. J. Vallansan ; *JCP E* 2005, 1274, n° 8, obs. Ph. Pétel. – Cass. com., 5 juill. 2005, n° 04-13.834 : *JurisData* n° 2005-029371 ; *Bull. civ.* 2005, IV, n° 151), elle a ensuite été clairement remise en cause par l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a introduit dans le livre VI du Code de commerce un article L. 641-11-1, dont le I précise

qu'aucun contrat n'est résilié du seul fait de l'ouverture d'une liquidation judiciaire, avec ou sans maintien d'activité. Or, si le VI du même article prévoit des exceptions, ne figure pas parmi elles la convention de compte courant, outre que l'article R. 641-37 dispose que « le liquidateur peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires du débiteur pendant un délai de six mois à compter du jugement prononçant la liquidation ou, au-delà, pendant la durée du maintien de l'activité autorisée par le tribunal en application de l'article L. 641-10... ». Comme le relèvent, chacune de leur côté, les professeurs Françoise Pérochon (F. Pérochon, *Entreprises en difficulté* : *LGDJ*, 10<sup>e</sup> éd. 2014, n° 1180) et Régine Bonhomme (R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement* : *LGDJ*, 11<sup>e</sup> éd. 2015, n° 472), comment admettre, alors, que le compte courant puisse être clôturé du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une liquidation judiciaire, serait-elle décidée sans maintien provisoire d'activité (V. encore Ph. Roussel Galle, *Les « nouveaux » régimes des contrats en cours* : *Rev. proc. coll.* 2009, dossier 7. – F. Petit : *Act. proc. coll.* 2017, alerte 30) ?

Sans le justifier précisément, c'est pourtant ce qui ressort de l'arrêt commenté. Au regard des solides arguments évoqués, la solution laisse donc perplexe. Une perplexité accentuée par le fait qu'à y regarder de près, aucun des moyens invoqués au soutien du pourvoi ne paraissait imposer son affirmation en l'espèce. De ces moyens, il ressort en effet que la cour d'appel, dans son arrêt critiqué par la caution, avait retenu l'exigibilité de la créance, non sur la base de la clôture du compte, mais, d'une part, sur celle de l'admission de la créance et, d'autre part sur la base des dispositions de l'article L. 643-1, dont la caution contestait, à juste titre, qu'elles s'imposent à elle.

À la recherche d'une justification, on pourrait envisager que la clôture du compte ait, en réalité, moins à voir avec la soumission à la procédure de liquidation en tant que telle qu'avec les conséquences que cette soumission entraîne(ait) sur la personnalité d'une société. Jusqu'en 2014, en effet, le placement d'une société en procédure de liquidation judiciaire, emportait sa dissolution (l'ordonnance du 12 mars 2014 a retardé cette dissolution au jour de la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actifs : v. C. civ., art. 1844-7, 7°). Or, la dissolution d'une personne morale est une cause de clôture de compte (not. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire* : *LexisNexis*, 9<sup>e</sup> éd. 2015, n° 457). Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 décembre 2016, s'il est difficile de savoir à quelle date précise la procédure collective a été ouverte, il est certain que l'ordonnance du 12 mars 2014 n'était pas applicable (l'arrêt d'appel ayant été rendu avant son entrée en vigueur). Peut-être est-ce dans cette direction qu'il faut chercher l'explication de ce que le compte courant d'une société est clôturé par l'effet de sa liquidation judiciaire.

Rien n'est certain, cependant, l'arrêt gardant pour lui le mystère de la justification qui pourrait soutenir la solution retenue.

Florence REILLE

**Mots-Clés :** Liquidation judiciaire - Contrat en cours - Compte courant - Clôture

Contrat en cours - Compte courant - Liquidation judiciaire - Clôture du compte

Cautionnement - Compte courant - Liquidation judiciaire - Exigibilité du solde débiteur

Compte courant - Exigibilité du solde débiteur - Liquidation judiciaire

**JurisClasseur :** Procédures collectives, fasc. 2335, 2382 et 2702. – Commercial, fasc. 2335, 2382 et 2702

## CESSION – INTERPOSITION DE PERSONNE

### ▲ 65 L'apodicticité de s'interposer devant une offre émanant d'une personne interposée *lato sensu*

L'interposition de personnes au sens de l'article L. 642-3 du Code de commerce s'entend de l'intervention d'une personne morale qui masque, de quelque manière que ce soit, la participation des dirigeants de la société débitrice à l'opération d'acquisition.

Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-22.987, F+P+B+I : JurisData n° 2017-003960

(...) Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 26 mai 2015), que la société Mia Electric a été mise en redressement puis liquidation judiciaires les 12 février et 12 mars 2014 ; que, dans le cadre de la vente aux enchères des éléments d'actifs ordonnée par le juge-commissaire, la SCI Les Roseaux a été déclarée adjudicataire d'une ligne de production et d'autres éléments corporels et incorporels ; qu'après avoir obtenu en référé la suspension de la vente, le ministère public a assigné la SCI Les Roseaux en annulation des offres d'achat ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la SCI Les Roseaux fait grief à l'arrêt d'annuler les offres d'achat alors, selon le moyen, qu'aux termes d'un arrêt du 14 avril 2015 rendu par une formation composée de M<sup>me</sup> Jouvenet, de M. Ralincourt et de M<sup>me</sup> Fauresse, la cour d'appel de Poitiers a suspendu les effets de l'adjudication et a ordonné le sursis de la prise de possession à raison de l'existence d'un trouble manifestement illicite ; qu'ayant ainsi pris parti sur l'existence d'un trouble manifestement illicite, à l'occasion de la procédure de référé, cette formation ne pouvait connaître de la demande au fond, visant à faire constater l'illicéité des offres et à obtenir l'annulation de l'adjudication, dans le respect du principe d'impartialité ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel, lors de l'arrêt du 26 mai 2015, a violé le principe d'impartialité, ensemble l'article 6-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que la circonstance que des magistrats qui statuent sur une demande d'annulation d'une vente aux enchères ont préalablement retenu en référé qu'en l'état des indices d'interposition au sens de l'article L. 642-3 du Code de commerce, le transfert immédiat des actifs d'une société et leur prise de possession par une autre étaient susceptibles de créer un dommage imminent que la procédure d'annulation de la vente en cours ne permettait pas d'écarter et qu'il convenait donc de prévenir en suspendant les effets de la vente, n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la SCI Les Roseaux fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que les dirigeants de la personne morale en liquidation ne sont pas admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre d'achat en cas de cession d'actifs ; que l'interposition s'entend de l'intervention d'une personne morale dont les dirigeants de la personne morale en liquidation sont les associés ou les dirigeants ; qu'il s'ensuit que l'offre formulée par une société dont les dirigeants de la personne morale en liquidation ne sont ni les associés ni les dirigeants est licite ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé l'article L. 642-3 du Code de commerce ;

2°/ que vainement objecterait-on que les juges du fond, ayant retenu que la SCI Les Roseaux ait eu l'intention de revendre les éléments d'actifs à une société dont les dirigeants de la personne morale en liquidation sont les associés, auraient caractérisé une fraude ; que la seule intention de revendre est insuffisante à elle-seule, en l'absence de tout acte ou fait concrétisant cette intention, à caractériser la fraude ; qu'en fondant leur solution sur la seule intention de revendre, les juges du fond ont violé l'article L. 642-3 du Code de commerce ;

Mais attendu que l'interposition de personnes au sens de l'article L. 642-3 du Code de commerce s'entend de l'intervention d'une personne morale qui masque, de quelque manière que ce soit, la

participation des dirigeants de la société débitrice à l'opération d'acquisition ; qu'après avoir constaté que les biens acquis par la SCI Les Roseaux n'entraient pas dans son objet social, qu'elle n'avait pas les moyens financiers de l'opération et qu'une résolution de l'assemblée générale l'autorisait à céder les biens acquis à un tiers, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel, sans statuer sur l'existence d'une fraude de la SCI Les Roseaux, a retenu l'interposition de personnes entre la société adjudicataire et les dirigeants de la société débitrice, en relevant notamment que ceux-ci étaient respectivement président et associé de la société Mia génération, pour le compte de laquelle l'offre avait été, en réalité, déposée, et a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en sa seconde branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le deuxième moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (...).

**NOTE :** Le droit des entreprises en difficulté est-il moral ? La réponse n'est pas aisée, mais la morale s'invite, et c'est une certitude, dans la matière de réalisation des actifs, que ce soit dans le cadre de cession totale ou partielle de l'entreprise ou de cession d'actif isolé, puisque le Code n'autorise la cession des éléments d'actifs du débiteur qu'aux tiers, ce qui exclut le débiteur, le dirigeant de droit ou de fait de la personne morale débitrice, les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclus des dirigeants ou du débiteur s'il est une personne physique, toute personne interposée. Il y aurait un évident conflit d'intérêts si le débiteur était autorisé à soumettre une offre au mépris de la moralisation des affaires et des intérêts des créanciers. Au sens général, est un tiers toute personne étrangère à une situation juridique. C'est donc par rapport au débiteur, personne physique ou personne morale, soumis à la procédure collective, que s'apprécie la notion de tiers. Les articles L. 642-3 et L. 642-20 du Code de commerce, instituent un certain nombre d'incompatibilités entre la qualité de pollicitant et toute une série de personnes entretenant des liens avec le débiteur. Outre le débiteur lui-même, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique ne sont admis directement ou par personne interposée à présenter une offre. Il s'agit d'éviter qu'un dirigeant de la personne morale ou une personne qui lui est liée puisse reprendre les actifs et recommencer l'activité après s'être « débarrassé » du passif. L'incompatibilité entre la qualité de parents et la fonction de repreneur institue une présomption irréfragable d'interposition de personnes qui évitera un contentieux toujours possible. Dans les mêmes conditions, ont été ajoutées à cette liste les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleurs au cours de la procédure. On notera néanmoins une décision particulièrement libérale de la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a validé l'offre présentée par un ancien dirigeant de droit condamné pour infraction à la législation des jeux de hasard avec interdiction de gérer la société débitrice prononcée par le juge des libertés. La Cour de cassation considère que ce dirigeant n'était pas frappé d'une interdiction de présenter une offre d'acquisition en l'absence de fraude. Elle ne le considère pas davantage comme un dirigeant de fait, même si la cessation des paiements avait suivi de peu son éviction (Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-19.713 : JurisData n° 2014-021756). Ainsi, sous réserve de l'appréciation de la qualité de dirigeant de fait ou de personne interposée, la liste de l'article L. 642-3 est manifestement limitative.

En l'espèce, une société a été mise en redressement puis liquidation judiciaires les 12 février et 12 mars 2014. Dans le cadre de la vente aux enchères des éléments d'actifs ordonnée par le juge-commissaire, une SCI a été déclarée adjudicataire d'une ligne de production et d'autres éléments corporels et incorporels. Après avoir obtenu en référé la suspension de la vente, le ministère public a assigné la SCI en annulation des offres d'achat. C'est en vain que la SCI fait grief à l'arrêt d'annuler les offres d'achat. En effet, la circonstance que des magistrats qui statuent sur une demande d'annulation d'une vente aux enchères ont préalable-

ment retenu en référé qu'en l'état des indices d'interposition au sens de l'article L. 642-3 du Code de commerce, le transfert immédiat des actifs d'une société et leur prise de possession par une autre étaient susceptibles de créer un dommage imminent que la procédure d'annulation de la vente en cours ne permettait pas d'écartier et qu'il convenait donc de prévenir en suspendant les effets de la vente, n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité.

De surcroît et surtout, les biens acquis par la société adjudicataire n'entraient pas dans son objet social, elle n'avait pas les moyens financiers de l'opération et une résolution de l'assemblée générale l'autorisait à céder les biens acquis à un tiers. Les dirigeants de la société débitrice se trouvaient être respectivement président et associé de la société pour le compte de laquelle l'offre avait été, en réalité, déposée. C'est donc dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel a retenu l'interposition de personnes entre la société adjudicataire et les dirigeants de la société débitrice. En effet, l'interposition de personnes au sens de l'article L. 642-3 du Code de commerce s'entend de l'intervention d'une personne morale qui masque, de quelque manière que ce soit, la participation des dirigeants de la société débitrice à l'opération d'acquisition. Subséquemment, les offres d'achat faites par une SCI, qui projetait de revendre les éléments d'actifs à une société ayant les mêmes dirigeants que la société débitrice, doivent être annulées.

Dès lors, la Haute juridiction refuse la conception stricte de l'interposition que soutenait le pourvoi, pour lequel celle-ci devait s'entendre de l'intervention d'une personne morale dont les dirigeants de la personne morale en liquidation sont les associés ou les dirigeants, pour retenir une acception plus large et idoine à la moralisation des affaires. En effet, un périmètre trop étroit de la notion d'interposition, annihilerait cette notion même, pour se voir purement et simplement substituer celle « d'indirectement ».

Ainsi, une personne interposée est certes un tiers mais qui perd son ipséité, en ce qu'elle est réductible à une autre, puisqu'elle n'agit pas dans son intérêt, mais dans celui d'une autre. Autrement dit, il y aura interposition de personne dès lors que l'acquéreur des actifs du débiteur en liquidation judiciaire dissimulera l'intervention d'un dirigeant frappé de la prohibition de se porter acquéreur.

Cette décision ne consacre pas que le droit des entreprises en difficulté est en soi moral, puisqu'il serait d'ailleurs par nature plutôt amoral, puisque la morale ne peut avoir pour objet que les sujets. Dès lors ce sont les agents de ce droit qui doivent être empreints d'une certaine moralité que la loi garantit. Et la Haute juridiction de préciser que l'absoluité de cette moralité n'est pas conditionnée à la démonstration de la fraude.

Mais, cette prohibition aurait pu en l'espèce souffrir davantage un tempérament plutôt que l'affirmation de son absoluité. Certes, les personnes à qui il est fait interdiction d'acquérir les biens du débiteur ne peuvent être pollicitants et encore moins impétrants, pourtant cette absoluité qui se comprend aisément dans le cadre de cession totale ou partielle de l'entreprise, aurait pu se cantonner dans le cadre de vente isolée des actifs du débiteur à la vente de gré à gré, et décorrélée la vente aux enchères publiques, qui par définition repose sur la transparence. Ainsi, sauf à verser dans la morale nietzschéenne, l'atteinte à la liberté d'acquisition n'est justifiée par aucun intérêt légitime et est de ce fait manifestement disproportionnée (*F. Pérochon, Entreprises en difficulté : LGDJ, 9<sup>e</sup> éd. 2012, n° 1146*). C'est annihiler l'unique objectif, et donc l'intérêt légitime à préserver en liquidation judiciaire, qu'est le désintéressement des créanciers. Cette prohibition pourrait donc être interprétée comme contraire aux droits fondamentaux des intéressés, qui seront privés d'une chance d'obtenir le prix le plus élevé, ce qui est directement antinomique à la définition même de l'adjudication judiciaire. Le juge-commissaire dans son pouvoir souverain et monopolistique choisit le mode de réalisation des actifs qui permettra dans les meilleures conditions de remplir l'unique objectif de la liquidation judiciaire qu'est le désintéressement des créanciers. Si *de lege feranda*, il ne pourra retenir une offre émanant d'une personne à laquelle il est fait interdiction

d'acquérir et donc autoriser la vente de gré à gré à son profit, en choisissant de procéder à la réalisation des actifs via la vente aux enchères publiques, dont la conception est d'obtenir le prix le plus élevé, seule cette vocation devrait être observée. « Le propre du génie est de savoir dans quel cas il faut l'unité et dans quel cas il faut des différences » (*Montesquieu, De l'esprit des Lois, L. XXIX, chap. XVIII.*).

L'intérêt premier des créanciers en liquidation judiciaire, qui est singulièrement économique, est détaché de la moralisation des affaires puisque proprement amoral. Mais, la Cour de cassation qui juge en droit ne pouvait donc, même dans le cadre de la vente aux enchères publiques, admettre que les personnes à qui il est fait interdiction d'acquérir se portent adjudicataires, ce que commande le précepte moralement historique de l'isonomie.

Geoffroy BERTHELOT

**Mots-Clés :** Liquidation judiciaire - Cession d'actif par autorité de justice - Vente aux enchères publiques - Personne interposée

Réalisation de l'actif - Interdiction d'acquérir - Interposition de personne

Réalisation de l'actif - Qualité du repreneur - Personne interposée

**JurisClasseur :** Procédures collectives, fasc. 2706. – Commercial, fasc. 2706

## CESSION – PROCÉDURE

### 66 Cession sur cession ne vaut certes, mais c'est la seconde qui l'emporte

Si « deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et si aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire » un pourvoi en cassation fondé sur la contrariété de ces décisions peut être formé sans condition de délai contre les deux décisions, la Cour de cassation pouvant alors annuler l'une des deux décisions ou les deux.

Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-13.981, F-D : JurisData n° 2017-001445

(...) Vu l'article 618 du code de procédure civile ;

Attendu que lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort et dont aucune n'est susceptible d'un recours ordinaire, sont inconciliables, elles peuvent être frappées de pourvoi, la Cour de cassation, si la contrariété est constatée, annulant l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux ;

Attendu qu'il résulte du dispositif de la première décision attaquée (tribunal de commerce de Rouen, ordonnance du 28 juin 2000), devenue irrévocable, que le juge-commissaire de la liquidation judiciaire de M. X... a autorisé M. Y..., en qualité de liquidateur de celui-ci, à vendre de gré à gré à M<sup>me</sup> Z... C... divers actifs immobiliers appartenant au débiteur ;

Attendu qu'il résulte du dispositif de la seconde décision attaquée (tribunal de commerce de Rouen, jugement du 21 avril 2009, RG : n° 08/ 010026), devenue irrévocable, que le tribunal, confirmant des ordonnances du même juge-commissaire du 27 octobre 2008, a notamment autorisé la vente de gré à gré des mêmes actifs immobiliers à MM. A... et B... et constaté la caducité de l'ordonnance du 28 juin 2000 ;

Attendu que ces deux décisions, dont les dispositifs sont incompatibles en raison des droits réels que chacune confère de façon contradictoire sur les mêmes immeubles à M<sup>me</sup> Z... C... et à MM. A... et B..., ne sont pas conciliables dans leur exécution et ne sont pas susceptibles d'un recours ordinaire ; qu'il y a lieu d'annuler, en raison des circonstances de la cause, la première (...).

**NOTE :** Le principe posé à l'article L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire veut que la Cour de cassation statue à l'égard de décisions rendues en dernier ressort, sans connaître du fond de l'affaire.

Comme tout principe a ses exceptions, l'une d'elles est posée par l'article 618 du Code de procédure civile, lequel prévoit qu'un pourvoi unique soit présenté à la Haute juridiction lorsque deux

décisions, dont la légalité intrinsèque n'est pas contestée, sont inconciliables.

Peu importe quelles juridictions de l'ordre judiciaire ont rendu les décisions en cause, ni que l'une d'elles ait déjà fait l'objet d'un pourvoi, dès lors qu'aucune n'est susceptible d'un recours ordinaire – ce sera notamment le cas lorsque les délais pour exercer les voies de recours ordinaires ont expiré – et que la contrariété est constatée – l'une faisant naître un droit ou une obligation contraire ou empêchant la réalisation du droit ou de l'obligation né(e) de l'autre.

En l'espèce, dans un premier temps une ordonnance du juge commissaire du 28 juin 2000, a autorisé le liquidateur judiciaire à vendre de gré à gré à M<sup>me</sup> Z des biens immobiliers dépendant de la procédure collective. Dans un second temps un jugement du tribunal de commerce de Rouen du 21 avril 2009, a autorisé la vente de gré à gré des mêmes biens immobiliers à MM. A et B.

Chacune des décisions déferées étant devenue irrévocable, mais l'exécution de la première – conférant un droit de propriété à M<sup>me</sup> Z – rendant impossible l'exécution de la seconde – conférant à MM A. et B un droit de même nature sur les mêmes biens – la Cour de cassation, endossant un rôle d'arbitre peu commun, a été saisie du conflit de « *jurisdictio* ».

Dans cette situation 3 possibilités sont offertes à la Cour de cassation : soit l'annulation de la première décision, soit l'annulation de la seconde, soit l'annulation des deux décisions. Nous pouvons souligner ici l'originalité de ces solutions par rapport à celles de cassation de la décision ou de rejet du pourvoi que l'on retrouve habituellement dans les arrêts de la Cour de cassation.

En l'espèce la chambre commerciale a « en raison des circonstances de la cause » opté pour l'annulation de la première décision à savoir, l'ordonnance du juge-commissaire du 28 juin 2000. Si cet arrêt est circonstancié, il n'en demeure pas moins étonnant dans la mesure où la jurisprudence considère que la vente est parfaite dès le prononcé de l'ordonnance du juge-commissaire, laquelle signée dudit juge et du greffier, constitue bel et bien un acte authentique par lequel se manifeste l'accord des parties sur la chose et le prix, sous réserve que la décision acquière l'autorité de la chose jugée (*Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-16.194 et n° 13-20.375 : JurisData n° 2014-012781 ; Rev. proc. coll. 2015, comm. 24, G. Berthelot*). Mais cette décision de janvier 2017 ouvre la voie à celle du 8 mars 2017 (*Cass. com., 8 mars 2017, n° 15-21.945 : JurisData n° 2017-003971*), où la chambre commerciale a considéré que le transfert de propriété n'est réalisé que par la signature de l'acte constatant la vente, sauf s'il en est décidé autrement par l'ordonnance.  
Geoffroy BERTHELOT et Clémentine FAURE

**Mots-Clés :** Liquidation judiciaire - Réalisation de l'actif - Décisions inconciliables

Réalisation de l'actif - Vente de gré à gré - Autorisation du juge-commissaire - Décisions inconciliables

**JurisClasseur :** Procédures collectives, fasc. 2706. – Commercial, fasc. 2706

## CESSION – VOIES DE RECOURS

### 67 Rappel sur le recours contre les décisions du juge-commissaire rendues en matière de cession de biens

Il résulte des articles R. 642-37-1 et R. 642-37-3 du Code de commerce que le recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19 du même code, est ouvert aux parties et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés par ces décisions. Ce faisant, le créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble cédé est recevable à former ce recours, de même que l'est le bailleur de parcelles contre la décision ordonnant la cession isolée d'un droit au bail rural, la voie de la tierce opposition étant donc fermée à ces 2 personnes.

**Cass. com., 11 oct. 2016, n° 14-26.716, inédit**

(...) Mais attendu qu'il résulte de l'article R. 642-37-1 du Code de commerce que le recours formé devant la cour d'appel contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application de l'article L. 642-18 de ce code est ouvert aux parties et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés par ces décisions, dans les dix jours de leur communication ou notification, de sorte que le créancier hypothécaire inscrit sur un immeuble, dont les droits et obligations sont affectés par la décision du juge-commissaire ordonnant la cession de ce bien, est recevable à former ce recours ; que, par ce motif de pur droit, substitué, après avertissement donné aux parties, à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ; que le moyen ne peut être accueilli (...).

**Cass. com., 29 nov. 2016, n° 14-29.410, inédit**

(...) Mais attendu qu'il résulte de l'article R. 642-37-3 du Code de commerce que le recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application de l'article L. 642-19 du même code est formé devant la cour d'appel ; que ce recours est ouvert aux parties et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés par ces décisions ; qu'après avoir écarté l'application de l'article L. 642-1, alinéa 3, du Code de commerce au motif, non critiqué, que les cessions litigieuses ne portaient pas sur un ensemble essentiellement constitué du droit à un bail rural au sens de ce texte, l'arrêt retient à bon droit que M. Gérard Z..., en sa qualité de bailleur des parcelles dont la cession avait été ordonnée sur le fondement de l'article L. 642-19 du Code de commerce, disposait du recours devant la cour d'appel prévu par l'article R. 642-37-3 du même code, de sorte que la voie de la tierce opposition devant le tribunal contre l'ordonnance autorisant la cession lui était fermée (...).

**NOTE :** Ces deux arrêts de fin 2016 méritent attention pour le rappel qu'ils font des règles applicables aux recours en matière de cession de meubles ou immeubles dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Dans la première affaire (*Cass. com., 11 oct. 2016, n° 14-26.716*), un créancier hypothécaire inscrit sur un immeuble, dont la cession avait été ordonnée par le juge-commissaire, formait tierce opposition contre l'ordonnance en question. La cour d'appel déclarait ce recours irrecevable sur des motifs tirés de son caractère tardif. Procédant par substitution de motifs de pur droit, la Cour de cassation confirme l'irrecevabilité de la tierce opposition au motif que le recours prévu à l'article R. 642-37-1 du Code de commerce est ouvert au créancier hypothécaire. Dans la seconde affaire (*Cass. com., 29 nov. 2016, n° 14-29.410*), la situation était très voisine puisque le bailleur de parcelles concernées par la cession d'un droit au bail rural, qui prétendait former tierce opposition contre l'ordonnance ayant décidé de cette cession, se voit répondre par les hauts magistrats que cette voie de recours ne lui appartient pas, titulaire qu'il est de la qualité pour former le recours prévu à l'article R. 642-37-3 du Code de commerce.

Dans les deux cas, la règle appliquée par la Cour est la même. Dans les deux cas, elle ne la tire pas de la lettre des textes spéciaux visés par ses arrêts, mais de la lecture qu'elle en fait au regard, sans doute, d'une règle plus générale touchant au régime ordinaire des recours contre les ordonnances du juge-commissaire.

Rappelons que les articles R. 642-37-1 et R. 642-37-3 du Code de commerce, lesquels concernent la réalisation des biens immeubles pour l'un et meubles pour l'autre, précisent que le recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 (pour R. 642-37-1) et L. 642-19 (pour R. 642-37-3) est formé « devant la cour d'appel ». De ces textes, ne ressort aucune autre précision, que ce soit sur la nature du recours en cause ou sur les personnes habilitées à l'exercer. À partir de là, deux positions sont possibles : qualifier le recours afin de le soumettre aux règles qui sont les siennes, notamment pour identifier les personnes susceptibles de s'en emparer, ou le laisser sans qualification précise et déterminer, par ailleurs, qui a qualité pour l'exercer. C'est ce second choix que fait la Haute Cour, réitérant ainsi une position prise dans un arrêt important en date du 18 mai 2016, aux termes duquel elle affirmait pour la première fois « qu'il résulte de ce texte [*C. com., art. R. 642-37-1*]

que le recours contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application de l'article L. 642-18 du Code de commerce est formé devant la cour d'appel ; que ce recours est ouvert aux parties et aux personnes, dont les droits et obligations sont affectés par ces décisions, dans les dix jours de leur communication ou notification » (Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-19.622, FS-P+B : *Juris-Data* n° 2016-009439 ; *Act. proc. coll.* 2016, alerte 155, P. Cagnoli ; *JCP E* 2016, 1465, n° 2, obs. Ph. Pétel ; *JCP E* 2016, 1361, note B. Brignon ; *D. actu* 2 juin 2016, obs. X. Delpéch ; *D.* 2016, p. 2244, obs. F. Arbellot ; *RTD com.* 2016, p. 856, note J.-L. Vallens).

Se gardant de qualifier le recours en cause – la qualification ayant sans doute conduit à le qualifier d'appel (*CPC*, art. 542) et, ainsi, à le réserver aux parties (*CPC*, art. 546), tout en le soumettant aux délais particuliers de l'article R. 661-3 du Code de commerce –, la Cour de cassation retient que les personnes habilitées à l'exercer sont, d'une part, les parties et, d'autre part, les personnes dont les droits et obligations sont affectés par l'ordonnance du juge-commissaire. Ainsi combine-t-elle en quelque sorte deux corps de règles : celles très spéciales prévues par les articles R. 642-37-1 et R. 642-37-3 du Code de commerce qui imposent de porter ce recours devant la cour d'appel (alors que dans les autres cas, sauf rares exceptions, ce recours est porté devant le tribunal), et celles spéciales du livre VI du Code de commerce régissant le recours ordinaire contre les ordonnances du juge-commissaire, dont il ressort que celui-ci peut être exercé par les parties et par les personnes dont les droits et obligations se trouvent affectés par la décision (*C. com.*, art. R. 621-21 al. 3 et 4).

Comme l'ont relevé un certain nombre d'auteurs (not. Ph. Pétel : *JCPE* 2016, 1465, n° 2. – B. Brignon : *JCPE* 2016, 1361), reste à déterminer qui a qualité de partie à l'instance, et plus délicat encore, qui a qualité de personne dont les droits et obligations sont affectés par la décision. Les décisions du 11 octobre et 29 novembre 2016 offrent des illustrations de ce que peuvent être ces tiers, ce qui ne saurait suffire à lever toute difficulté. Une autre sera encore de déterminer si les tiers dont les droits et obligations ne sont pas affectés peuvent exercer un recours et lequel (P. Cagnoli : *Act. proc. coll.* 2016, alerte 155). Mais tout ceci est une autre histoire qui ne remet pas en cause le bénéfice de la réponse apportée par la Cour de cassation à cette question préalable et délicate de savoir à qui est ouvert le recours des articles R. 642-37-1 et R. 642-37-3 du Code de commerce.

Florence REILLE

**Mots-Clés :** Réalisation de l'actif - Voies de recours - Qualité pour agir

Voies de recours - Qualité pour agir - Ordonnance du juge-commissaire - Réalisation de l'actif

**JurisClasseur :** Procédures collectives, fasc. 2205, 2706, 2707 et 2709. – Commercial, fasc. 2205, 2706, 2707 et 2709

## CLÔTURE DE LA LIQUIDATION – RÉOUVERTURE DE LA PROCÉDURE

### ▲ 68 Qualité pour agir en réouverture d'une liquidation judiciaire : le cas du créancier n'ayant pas déclaré sa créance

Le créancier titulaire d'une sûreté publiée, qui n'a pas été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance dans le cadre d'une liquidation judiciaire ensuite clôturée pour insuffisance d'actif, a qualité pour solliciter la réouverture de la liquidation judiciaire en cause.

Cass. com., 29 nov. 2016, n° 15-13.190, inédit

(...) Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 13 novembre 2014), que, les 11 janvier et 20 octobre 1993, M<sup>me</sup> X... s'est rendue caution des engagements souscrits par la société Euro Mikalaur (la société Euro) à l'égard de la Société marseillaise de crédit (la banque) ; que, les 4 juillet 1994 et 4 juillet 1995, la société Euro a été mise en redressement puis liquidation judiciaires, M<sup>me</sup> Y... étant désignée liquidateur ; que la banque a déclaré ses créances au

passif ; qu'en exécution d'un jugement du 30 mars 1998 condamnant M<sup>me</sup> X... à lui payer une certaine somme, la banque a inscrit, le 23 septembre 1997, une hypothèque judiciaire provisoire puis, le 10 juillet 1998, une hypothèque judiciaire définitive, renouvelée le 1<sup>er</sup> juillet 2008, sur des parts détenues par M<sup>me</sup> X... dans un immeuble en indivision avec son époux ; que, le 20 mars 2003, M<sup>me</sup> Y..., ès qualités, a assigné M<sup>me</sup> X... en ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire pour non-paiement du montant de sa condamnation définitive à payer l'insuffisance d'actif de la société Euro ; que, le 22 mai 2003, M<sup>me</sup> X... a été mise en liquidation judiciaire, M<sup>me</sup> Y... étant désignée liquidateur ; que la banque, créancière hypothécaire, n'a pas été avertie personnellement par le liquidateur qu'elle devait déclarer sa créance au passif ; qu'en vertu d'une cession de créances du 22 octobre 2010, la banque a cédé cette créance au Fonds commun de titrisation Hugo Créances I, représentée par la société de gestion GTI Asset Management (le FCT) ; que, le 6 décembre 2011, le tribunal a clôturé la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ; que, le 7 mai 2013, le FCT, venant aux droits de la banque, a demandé la reprise de la liquidation judiciaire de M<sup>me</sup> X... ; que la société BR associés a été désignée liquidateur le 22 juin 2015 ;

Attendu que M<sup>me</sup> X... fait grief à l'arrêt de dire qu'aucune forclusion n'est opposable à la banque et, en conséquence, d'ordonner la reprise des opérations de liquidation judiciaire alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de l'article L. 643-13 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 applicable aux procédures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006, si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et qu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, celle-ci peut être reprise ; le tribunal est saisi par le liquidateur précédemment désigné, par le ministère public ou par tout créancier intéressé ; que seuls ont la qualité de créanciers intéressés les créanciers dont la créance figure sur l'état des créances ou a fait l'objet d'une déclaration sans vérification avant le prononcé du jugement de clôture ; qu'en ordonnant la reprise des opérations de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de M<sup>me</sup> X... par jugement du tribunal de commerce de Toulon le 22 mai 2003, après avoir constaté que le FCT n'avait pas déclaré sa créance avant le prononcé de cette décision de justice, la cour d'appel a violé l'article L. 643-13 du Code de commerce, ensemble l'article L. 643-11 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, applicable aux procédures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006 ;

2°/ qu'il résulte de l'article L. 643-13 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 applicable aux procédures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006, que la décision du tribunal ordonnant la reprise d'une procédure de liquidation judiciaire a pour objet de parachever la procédure de liquidation judiciaire par la réalisation d'actifs nouveaux ou l'introduction d'actions qui n'ont pas été engagées dans le seul intérêt de la collectivité des créanciers dont les créances figurent sur l'état des créances ou a fait l'objet d'une déclaration sans vérification avant le prononcé du jugement de clôture et non de donner un nouveau délai à un créancier n'ayant pas déclaré sa créance pour régulariser sa situation ; qu'en ordonnant la reprise des opérations de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de M<sup>me</sup> X... à la demande du FCT dont l'action a pour but de lui permettre de déclarer sa créance, la cour d'appel a violé l'article L. 643-13 du Code de commerce, ensemble l'article L. 643-11 du Code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, applicable aux procédures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006 ;

3°/ que le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif fait perdre au créancier privilégié toute possibilité de déclarer sa créance, qui est éteinte, peu important qu'il n'ait pas été averti personnellement de son obligation de déclarer sa créance ; qu'en ordonnant la reprise des opérations de la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de M<sup>me</sup> X... à la demande du FCT qui n'avait pas déclaré sa créance avant le prononcé du jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la cour d'appel a violé l'article L. 643-11, I, du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, applicable aux procédures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2006 ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que M<sup>me</sup> X... était propriétaire d'un immeuble qui n'a pas été réalisé dans le cadre de sa

liquidation judiciaire puis relevé que la banque, titulaire d'une hypothèque sur ce bien, n'a pas été avertie personnellement d'avoir à déclarer sa créance, l'arrêt en déduit exactement que, aucune forclusion ne lui étant opposable, le FCT, venant aux droits de la banque, est, au sens de l'article L. 643-13, alinéa 2, du Code de commerce, un créancier intéressé à la reprise des opérations de liquidation judiciaire ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi (...).

**NOTE :** L'arrêt, partiellement rendu en application des règles antérieures à la loi de sauvegarde, apporte une précision logique à la question de la qualité pour agir en réouverture d'une liquidation judiciaire du créancier n'ayant pas déclaré sa créance dans le cadre de cette procédure.

Une banque, créancière d'une personne physique au titre de son engagement de caution, inscrit une hypothèque sur un immeuble de celle-ci. En 2003, la caution est placée en liquidation judiciaire. La banque, qui n'est pas avertie personnellement d'avoir à déclarer sa créance, ne procède pas à cette déclaration. En 2011, la liquidation judiciaire de la caution est clôturée pour insuffisance d'actif. Quelques mois plus tard, une structure venant aux droits de la banque sollicite la reprise de la liquidation judiciaire. Le pourvoi reproche à la cour d'appel d'avoir fait droit à cette demande, contestant, pour l'essentiel, que le créancier non déclarant ait qualité pour agir en réouverture de la liquidation judiciaire. À cette contestation, la Cour de cassation répond clairement : « Mais attendu qu'après avoir (...) relevé que la banque, titulaire d'une hypothèque sur ce bien, n'a pas été avertie personnellement d'avoir à déclarer sa créance, l'arrêt en déduit exactement que, aucune forclusion ne lui étant opposable, le FCT, venant aux droits de la banque, est, au sens de l'article L. 643-13, alinéa 2, du Code de commerce, un créancier intéressé à la reprise des opérations de liquidation judiciaire... ».

Indépendamment de l'examen de son apport principal, relatif à la qualité pour agir de la banque, la solution mérite que soient apportées quelques précisions quant au droit applicable à la cause. En effet, on pourrait s'étonner que la Cour, à la fois évoque l'inopposabilité de la forclusion au créancier, expression qui n'a plus cours depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde de 2005 (not. P.-M. Le Corre : *Daloz-action 2017/2018*, n° 665-87), et vise l'article L. 643-13 du Code de commerce relatif à la réouverture de la liquidation judiciaire, dans sa rédaction issue de cette loi. Pour le comprendre, il faut observer que la liquidation judiciaire de la caution avait été ouverte en 2003 et clôturée en 2011. Parce que les dispositions de la réforme de 2005 traitant de la déclaration des créances ne sont entrées en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 2006, pour les seules procédures ouvertes à compter de cette date (L. 2005-845, 26 juill. 2005, art. 191, al. 1), la situation du créancier du point de vue de son absence de déclaration de créance devait être examinée en considération des anciens textes. La question de la réouverture de la liquidation judiciaire ne pouvait, quant à elle, être examinée qu'à l'appui des textes réformés, l'application de l'article L. 643-13 du Code de commerce ayant été étendue aux procédures en cours (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, art. 191, 4°), c'est-à-dire aux procédures ouvertes avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et non clôturées à cette même date (V. Q/R n° 14 et n° 16 *service de documentation et d'études de la Cour de cassation* : JCP E 2006, 391. – CA Orléans, 22 févr. 2007, n° 06/01808 : RTD com. 2007, p. 460, n° 15, note J.-L. Vallens), ce qui était le cas de la liquidation en cause.

Fondamentalement, sur la question de la qualité pour agir du créancier en réouverture de la liquidation, la chose avait peu d'incidence. En effet, selon les textes issus de la loi de 1985, seul un créancier intéressé pouvait solliciter la réouverture de la liquidation (C. com., art. L. 622-34, ancien), or si la loi de 2005 a élargi le champ des personnes habilitées à exercer l'action, elle a maintenu la qualité pour agir du créancier intéressé (C. com., art. L. 643-13, al. 2).

La question se pose cependant de savoir comment appréhender cette notion d'intérêt conditionnant la qualité pour agir du créancier : l'action en réouverture doit-elle être réservée au créancier

ayant déclaré créance (et ayant été admis au passif) ? Sous l'empire des anciens textes la question est le plus souvent absorbée par celle de savoir si le créancier non déclarant a encore, tout simplement, la qualité de créancier, celui-ci voyant sa créance éteinte faute de s'être manifesté dans le cadre de la procédure (V. Cass. com., 25 févr. 2004, n° 01-10.155, inédit : *JurisData* n° 2004-022794). Sous l'empire de la loi de sauvegarde, qui sanctionne le défaut de déclaration par l'inopposabilité à la procédure, ressurgit plus sûrement cette question du caractère intéressé du créancier, le droit de créance ne disparaissant pas, mais « seulement » celui de venir aux répartitions. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, la réponse apportée par la haute Cour devrait être identique (en ce sens, not. J.-L. Vallens : *Lamy droit commercial*, 2015, n° 4529. – P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz-Action 2017/2018*, n° 593-21) et pourrait se résumer ainsi : le créancier forclos ne devrait généralement pas pouvoir agir en réouverture de la procédure, que ce soit faute de créance ou faute de droit de venir aux répartitions.

Ainsi énoncée, la règle permet d'appréhender la logique de la solution retenue par la Cour en l'espèce : dès lors que le créancier n'est pas forclos, il peut avoir intérêt, et donc qualité pour solliciter la reprise des opérations de liquidation sur le fondement de l'article L. 643-13 du Code de commerce. Tel est bien le cas du créancier titulaire d'une sûreté publiée qui, n'ayant jamais été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance, ne peut être forclos, faute pour le délai de déclaration d'avoir pu commencer à courir (sur cette question de l'avertissement du créancier bénéficiant d'une sûreté publiée, qui peut être envoyé par le liquidateur après réouverture de la liquidation, à défaut de l'avoir été avant clôture, V. Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-18.873, FS-P+B : *JurisData* n° 2016-005474 ; RD bancaire et fin. 2016, comm. 176, C. Houin-Bressand ; *Procédures 2016*, comm. 205, B. Rolland ; *Act. proc. coll. 2016*, alerte 89, P. Cagnoli ; *LEDEN mai 2016*, p. 3, obs. N. Pelletier ; *D. actu 6 avr. 2016*, X. Delpech ; *RTD com. 2016*, p. 545, note A. Martin Serf).

Une question pourrait cependant se poser, qui est celle de savoir si le créancier non forclos doit toujours être considéré comme ayant intérêt à agir en réouverture de la liquidation ou s'il est des cas où l'absence de forclusion pourrait ne pas suffire à faire prospérer sa demande. Nous serions tentés de pencher pour la nuance en constatant que, si le texte donne qualité au créancier intéressé pour agir en réouverture de la liquidation, il conditionne celle-ci à l'existence d'actifs non réalisés ou d'actions dans l'intérêt des créanciers non engagées en cours de procédure (C. com., art. L. 643-13, al. 1. L'effet rétroactif de la réouverture est d'ailleurs limité à la saisie et la réalisation des actifs et l'exercice des actions sur les actifs qui ont été omis dans la procédure clôturée : Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-21.146, P+B+I : *JurisData* n° 2017-005033 ; *Rev. proc. coll. 2017*, comm. 69, G. Berthelot ; *D. actu 6 avr. 2017*, X. Delpech). En l'espèce, il semble que l'immeuble indivis sur lequel la banque bénéficiait d'une hypothèque n'avait pas été réalisé, ce qui permettait sans doute à l'action du créancier de répondre aux exigences légales. Nous ne sommes pas du tout convaincus qu'il devrait en aller de même du créancier non forclos, qui solliciterait la réouverture dans le seul but de déclarer sa créance, prétendant ainsi exercer ses droits dans le cadre de répartitions déjà achevées. Faute d'actifs oubliés ou délaissés à répartir, l'action devrait sans doute être vouée à l'échec.

Florence REILLE

**Mots-Clés :** Liquidation judiciaire - Réouverture de la procédure - Créancier non-déclarant - Existence d'un actif immobilier  
Liquidation judiciaire - Réouverture de la procédure - Qualité pour agir  
**JurisClasseur :** Procédures collectives, fasc. 2770. – Commercial, fasc. 2770

## CLÔTURE DE LA LIQUIDATION - REPRISE DE LA PROCÉDURE

### ▲ 69 La rétroactivité relative de la reprise de la liquidation judiciaire

Si la reprise de la liquidation judiciaire a un effet rétroactif, cet effet est limité à la saisie et la réalisation des actifs et l'exercice des actions qui ont été omis dans la procédure clôturée. La reprise de la procédure n'emporte donc pas à nouveau le dessaisissement général du débiteur, qui reste libre de contracter et d'engager des biens qui n'avaient jamais été compris dans la liquidation.

Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-21.146, FS-P+B+I : JurisData n° 2017-005033

(...) Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 22 mai 2014), que M. X... a, le 20 octobre 2004, souscrit un prêt auprès de la société Banque Chabrières (la banque), cependant que sa liquidation judiciaire, qui avait été prononcée le 24 mai 1988 et clôturée le 26 janvier 2000, avait été reprise par un jugement du 7 octobre 2003 ; que M. X... ayant été défaillant, la banque, après avoir prononcé la déchéance du terme le 12 décembre 2011, l'a assigné en paiement ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt de le condamner à rembourser le prêt à la banque alors, selon le moyen :

1°/ que la preuve de l'existence d'une procédure de liquidation judiciaire en cours se fait par tout moyen ; qu'en énonçant, pour rejeter le moyen de M. X... visant à constater l'irrégularité du contrat de prêt qu'il avait souscrit le 20 octobre 2004 auprès de la banque alors qu'il était dessaisi et le condamner en conséquence au titre de ce prêt, que ce dernier, dont elle constatait qu'il faisait de nouveau l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire depuis le 12 novembre 2003, ne prouvait pas que la procédure ouverte ait été toujours en cours au jour de la demande de prêt en 2004, sans rechercher si l'extrait K bis en date du 13 novembre 2012 qu'il produisait aux débats et dont ressortait la seule mention du jugement précité du 12 novembre 2003 sans indication de clôture n'impliquait pas qu'à la date du contrat de prêt, cette procédure n'avait pas été clôturée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 110-3, L. 622-9 et L. 622-34 du Code de commerce dans leur rédaction applicable à la cause ;

2°/ que, lorsqu'elle est ouverte et reprise après avoir été clôturée pour insuffisance d'actif, la procédure de liquidation judiciaire emporte le dessaisissement du débiteur jusqu'à nouvelle clôture par jugement ; qu'ainsi, en se fondant sur les circonstances inopérantes qu'il était peu plausible que la réouverture des opérations de liquidation dont elle constatait qu'elle résultait du jugement du 7 octobre 2003 ne soit pas clôturée plus de 10 ans après et que la société de M. X... avait été radiée du registre du commerce et des sociétés depuis le 25 septembre 2000, la cour d'appel a violé les articles L. 622-9 et L. 622-34 du Code de commerce dans leur rédaction applicable à la cause ;

3°/ qu'un motif hypothétique équivaut à une absence de motifs ; que la cour d'appel en énonçant, pour rejeter le moyen de M. X... visant à constater l'irrégularité du contrat de prêt conclu le 20 octobre 2004 auprès de la banque Chabrières en raison du dessaisissement dont il faisait l'objet depuis la réouverture ordonnée par jugement du 7 octobre 2003, qu'il était peu plausible que cette réouverture ne fût pas clôturée plus de 10 ans après, s'est prononcée par des motifs hypothétiques et a ainsi violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que le juge qui constate qu'une pièce citée au bordereau annexé aux conclusions d'une partie ne figure pas au dossier qui lui a été versé, doit l'inviter à s'en expliquer ; qu'en relevant encore que M. X... ne produisait pas le jugement de réouverture de la procédure de liquidation judiciaire même si ce document avait été communiqué à l'adversaire au vu du bordereau de communication de pièces, sans l'inviter à expliquer les raisons pour lesquelles ce document ne lui avait pas été communiqué, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

5°/ que, lorsqu'elle est ouverte et reprise après avoir été clôturée pour insuffisance d'actif en application de l'article L. 622-34 dans sa rédaction applicable à la cause, la procédure de liquidation judiciaire emporte le dessaisissement du débiteur jusqu'à ce qu'elle soit de nouveau clôturée conformément à l'article L. 622-30 ; qu'en énonçant encore à tort que la procédure de réouverture des opérations de liquidation judiciaire ayant un objet spécifique était nécessairement limitée dans le temps, la cour d'appel a violé les articles L. 622-9, L. 622-30 et L. 622-34 du Code de commerce dans leur rédaction applicable à la cause ;

Mais attendu que si la reprise de la liquidation judiciaire a un effet rétroactif, cet effet est limité à la saisie et la réalisation des actifs et l'exercice des actions qui ont été omis dans la procédure clôturée ; que la reprise de la procédure n'emporte donc pas à nouveau le dessaisissement général du débiteur, qui reste libre de contracter et d'engager des biens qui n'avaient jamais été compris dans la liquidation ; que par ce motif de pur droit, substitué, après avertissement délivré aux parties, à ceux critiqués, la décision se trouve justifiée ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (...).

**NOTE :** La Cour de cassation attire opportunément l'attention sur la reprise ou réouverture de liquidation judiciaire après qu'a été prononcée sa clôture pour insuffisance d'actif. En vertu des dispositions de l'article L. 643-13 du Code de commerce, consécutivement au prononcé de la clôture pour insuffisance d'actif, la liquidation judiciaire peut être reprise par exception dans deux cas limitativement énumérés. En effet, il est ouvert au tribunal la possibilité de prononcer la réouverture d'une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif lorsque des « actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure ». La reprise, dans les deux cas, motivée par l'intérêt des créanciers, n'est pas de droit et est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Si la procédure est clôturée prématurément, elle pourra toujours être reprise !

Toutefois, la nature de la décision de reprise de la liquidation judiciaire est particulière, puisqu'il ne s'agit ni d'un jugement d'ouverture, ni d'un jugement de conversion, mais d'un jugement de reprise de l'ancienne procédure hâtivement clôturée, avec un effet rétroactif dont il faut circonscrire le périmètre. Subséquemment, la décision qui ordonne la réouverture de la liquidation judiciaire produit ses effets sur tous les actifs et uniquement ceux-ci, qui, à la date de la clôture, faisaient partie du patrimoine du débiteur et qui n'ont pas été réalisés. Autrement dit, la reprise n'a vocation qu'à permettre la réalisation de biens existants au jour de la clôture. Ainsi, la liquidation judiciaire qui avait été clôturée reprend son cours, et les effets de la clôture sont rapportés pour l'avenir, tandis que l'effet réel et le dessaisissement, son corollaire, restent neutralisés par le jugement de clôture.

En l'espèce, le débiteur a, le 20 octobre 2004, souscrit un prêt auprès de la banque, cependant que sa liquidation judiciaire, qui avait été prononcée le 24 mai 1988 et clôturée le 26 janvier 2000, avait été reprise par un jugement du 7 octobre 2003. Le débiteur ayant été défaillant, la banque, après avoir prononcé la déchéance du terme le 12 décembre 2011, l'a assigné en paiement. C'est en vain que le débiteur fait grief à l'arrêt de le condamner à rembourser le prêt à la banque. En effet, si la reprise de la liquidation judiciaire a un effet rétroactif, cet effet est limité à la saisie et la réalisation des actifs et l'exercice des actions qui ont été omis dans la procédure clôturée. La reprise de la procédure n'emporte donc pas à nouveau le dessaisissement général du débiteur, qui reste libre de contracter et d'engager des biens qui n'avaient jamais été compris dans la liquidation. Par ce motif de pur droit, substitué, après avertissement délivré aux parties, à ceux critiqués, la décision se trouve justifiée.

La Cour de cassation cantonne l'effet rétroactif de la réouverture, puisqu'il ne saurait concerner l'ensemble des effets de la procédure collective, et notamment le dessaisissement, sans quoi, la réouverture aurait des conséquences dévastatrices sur les biens ou droits nouvellement acquis, dont les actes souffriraient la nullité. Par conséquent, la rétroactivité ne devra viser que la date d'ouverture de la procédure et ne porter que sur les seuls droits



ou biens qui auraient dû être réalisés dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire prématurément clôturée. Par conséquent, le jugement de reprise de la liquidation judiciaire, n'influera aucunement sur les biens et droits acquis par le débiteur après la clôture pour insuffisance d'actif, dans un souci patent de sécurité juridique.

La réouverture de la liquidation judiciaire traduit en réalité une reprise des opérations de liquidation judiciaire dans le dessein de réinsérer les actifs faisant partie du patrimoine du débiteur et qui n'avaient pas été réalisés, dans le temps de la liquidation judiciaire. Par conséquent, la réouverture de la liquidation judiciaire n'aura vocation qu'à la replacer dans son temps, l'espace d'un instant,

sans palinodier, avec pour unique dessein de la parachever dans sa temporalité, puisqu'elle habitera certes le présent mais en ne retenant que le passé.

La reprise de la liquidation judiciaire est ainsi le temps retrouvé où le présent et le passé ne font qu'un, et auquel échappe le futur du passé, avec pour point de démarcation, l'instant du jugement de clôture.

Geoffroy BERTHELOT

**Mots-Clés :** Liquidation Judiciaire - Clôture pour insuffisance d'actif - Réouverture de la liquidation judiciaire - Effets

**JurisClasseur :** Procédures collectives, fasc. 2770. – Commercial, fasc. 2770

## DROIT SOCIAL

François TAQUET,

professeur de droit social (IESEG, Skema),  
avocat, spécialiste en droit du travail et protection sociale,  
directeur scientifique du réseau d'avocats GESICA

Laurence FIN-LANGER,

agrégée des facultés de droit,  
professeuse à l'université de Caen Basse-Normandie,  
Institut Demolombe EA 967

David JACOTOT,

maître de conférences à  
l'université de Bourgogne

### À RETENIR

- 72 Diverses jurisprudences en matière de contrat de sécurisation professionnelle
- 74 Preuve du versement des cotisations de retraite par l'employeur
- 75 Calcul du plafond de garantie des salaires
- 77 Transfert des contrats de travail
- 79 Le groupe, une notion fonctionnelle pour la chambre sociale en matière de licenciement économique
- 80 Reclassement, groupe de sociétés et absence de lien de droit entre les sociétés
- 82 La motivation de la décision d'homologation de la Direccte
- 83 L'absence ou l'insuffisance du PSE : un moyen d'une portée différente selon que l'entreprise est *in bonis* ou en difficulté
- 86 Contestation d'un procès-verbal de carence

### ATTESTATION PÔLE EMPLOI

#### 70 Obligation de l'employeur de délivrer l'attestation Pôle Emploi

L'employeur est tenu de délivrer au salarié une attestation Pôle Emploi même si ce dernier ne peut prétendre au paiement d'allocations de chômage du fait de la démission.

Cass. soc., 15 mars 2017, n° 15-21.232 : JurisData n° 2017-004539

(...) Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M<sup>me</sup> X..., qui a été engagée le 1<sup>er</sup> novembre 2004 par la société Analyses financières et comptables a donné sa démission le 17 août 2012 ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes, notamment à titre de dommages-intérêts pour non-délivrance des documents de rupture ; (...)

Mais sur le cinquième moyen :

Vu l'article R. 1234-9 du code du travail ;

Attendu, selon ce texte, que l'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 du Code du travail et transmet sans délai ces mêmes attestations à Pôle emploi ; que cette obligation s'applique dans tous les cas d'expiration ou de rupture du contrat de travail ;

Attendu que pour débouter la salariée de ses demandes portant sur l'attestation pôle emploi, l'arrêt retient que la délivrance d'une attestation pôle emploi ne s'imposait pas, la salariée ne pouvant prétendre au paiement d'allocations de chômage du fait de la démission ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...).

**NOTE :** Selon l'article R. 1234-9 du Code du travail, l'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 du Code du travail et transmet sans délai ces mêmes attestations à Pôle Emploi ; cette obligation s'applique dans tous les cas d'expiration ou de rupture du contrat de travail. Une cour d'appel ne saurait donc débouter une salariée de ses