

# A LA UNE

## 119 Réalisation du fonds en liquidation judiciaire : plan de cession ou vente d'actif isolé ?

• CA Poitiers, 17 mai 2011, n° 10/02898

Lorsque les biens cédés constituent l'entreprise exploitée en son entier et représentent la totalité des actifs des débiteurs liquidés, ils ne peuvent être vendus sur simple ordonnance mais doivent faire l'objet de la procédure prévue aux articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce relatifs à la cession d'entreprise. La requête du liquidateur fondée sur les articles L. 642-18 et L. 642-19 a un fondement juridique erroné, ce qui ouvre le recours de l'article R. 621-21 aux personnes dont les droits et obligations sont affectés, de sorte que la tierce opposition des pollicitants évincés est recevable à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire, laquelle doit être annulée pour excès de pouvoir.

C'est une difficulté récurrente que celle de savoir selon quelles modalités réaliser dans le cadre d'une liquidation judiciaire des éléments d'actifs constituant un fonds de commerce. En effet, selon que l'on traite ces biens comme des actifs isolés ou selon qu'on envisage l'entreprise que leur agrégation constitue, leur mode de cession différera. L'enjeu n'est pas mince car le choix de recourir à un plan de cession pour céder le fonds est lourd de conséquences, en particulier pour les créanciers titulaires de sûretés dont le droit de préférence sur le prix s'exercera dans les conditions dérogatoires de l'article L. 642-12 du Code de commerce. Aussi mesure-t-on l'importance de cette question et la nécessité de faire clairement le départ entre les cessions qui relèvent d'un plan de cession et celles qui ne sont rien d'autre que des cessions d'actifs isolés.

L'arrêt rapporté illustre la difficulté d'avoir à prendre parti sur ce point, lorsqu'il prononce la nullité pour excès de pouvoir de l'ordonnance rendue sur le fondement des articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce, fondement jugé « erroné », seul le tribunal étant compétent pour décider la cession de l'entreprise sur le fondement des articles L. 642-1 et suivants. Le choix fait par le liquidateur pouvait pourtant se recommander du choix du tribunal de ne pas ordonner le maintien de l'activité quand l'article L. 642-2 paraît bien établir un lien entre le plan de cession et la poursuite de l'activité. La cour ne s'arrête pas à cette objection, et se contentant du constat qu'il s'agissait de vendre des biens constituant une entreprise et que l'activité s'était de fait poursuivie, elle considère que cela suffisait à commander le recours au plan de cession. Il faut en déduire que les tribunaux doivent prendre soin d'autoriser la poursuite d'activité et de fixer un délai pour le dépôt des offres dès qu'une cession d'entreprise se profile.

Sur le terrain procédural, l'irrégularité est jugée si substantielle qu'elle conduit à écarter les restrictions prévues par les textes en matière de réalisation d'actifs, les pollicitants évincés pouvant fonder leur tierce opposition contre l'ordonnance litigieuse sur le fondement de l'article R. 621-21 qui ouvre un recours aux personnes dont les droits et obligations sont affectés. Enfin, la cour déduit l'irrégularité de la saisine de ce que la requête n'avait pas été précédée de la publicité imposée par l'article L. 642-22 pour les cessions d'entreprises, que l'avis du ministère public n'avait pas été recueilli comme l'impose l'article L. 642-5 et que les dispositions relatives au bail rural n'avaient pas été respectées, ce qui paralysait l'effet dévolutif et empêchait la cour de statuer au fond, le liquidateur étant renvoyé à mieux se pourvoir.

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

## SOMMAIRE

### ► PRÉVENTION

- Le mandataire ad hoc peut-il être tiers saisi ? 2

### ► DÉCLARATION DE CRÉANCE

- De la délégation de pouvoir permettant de procéder à la déclaration de créances ?

### ► ADMISSION DE CRÉANCE

- De l'effet relatif de l'exigibilité et du terme des créances 2

### ► DESSAISISEMENT

- Caractère personnel des droits de préférence et de substitution insérés dans un bail d'habitation 2

### ► RÉALISATION D'ACTIFS

- Conformité constitutionnelle des modalités de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation des biens 1

### ► PASSIF

- Contribution sociale de solidarité et contribution additionnelle nées après le jugement d'ouverture : faut-il les déclarer ?

### ► RESPONSABILITÉS

- Insuffisance d'actif, société anonyme et loi NRE : les administrateurs sont-ils des dirigeants de droit ?
- Détournement de fonds bloqués sous main de justice, dépôt à la CDC et liquidation judiciaire ?

### ► SANCTIONS

- Le prononcé d'une mesure conservatoire (C. com., art. L. 651-4) n'est conditionné que par son utilité ?
- Les effets de l'abrogation immédiate de l'ouverture d'une procédure collective à titre de sanction ?

### ► PROCÉDURE

- Pas d'appel-nullité pour le repreneur évincé ?

### ► DROIT SOCIAL

- Engagements du repreneur intégrés dans le plan de cession et maintien du pouvoir disciplinaire du nouvel employeur 2



CONSEIL  
NATIONAL

DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES  
& DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

lextenso éditions

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

## ► PRÉVENTION

### 121 Le mandataire ad hoc peut-il être tiers saisi ?

• Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mai 2011, n° 10-16343, FSPB

**Le mandataire ad hoc du débiteur saisi et séquestre de ses biens, a la qualité de tiers saisi si bien qu'il demeure tenu d'une obligation de renseignement à l'égard du créancier saisissant.**

La nomination du mandataire *ad hoc* sur ordonnance du président du tribunal (C. com., art. L. 611-3) est une technique de prévention qui rencontre un franc succès en raison de sa souplesse et de sa confidentialité. Lui reconnaître des obligations, là où elles semblent contestables, constitue une entrave à une telle réussite. La deuxième chambre civile n'épouse pas cette philosophie en proclamant péremptoirement que « le mandataire *ad hoc* du débiteur saisi et séquestre de ses biens, a la qualité de tiers saisi », engendrant alors une obligation de renseignements à la charge de ce dernier (L. 9 juill. 1991, art. 60 ; D. 31 juill. 1992, art. 237 et 238).

Il était déjà bien ardu de justifier que le liquidateur (Cass. com., 13 mai 2003, n° 98-22741), tout comme l'administrateur (Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 99-18063) soient reconnus tiers saisi, notamment parce que les fonds « ne cessent pas d'appartenir au débiteur et le mandataire de justice se voit simplement conférer la mission d'en opérer la répartition » (J.-P. Sénéchal, Procédures civiles d'exécution et procédures collectives, LPA, 22 déc. 1999, p. 44). Il est dès lors encore plus malaisé de trouver une explication à ce que soit collée une telle étiquette au dos du mandataire *ad hoc*, d'autant plus que les missions attribuées varient d'une nomination à l'autre. Aussi, il semble que c'est la qualité de séquestre (ce qui en soi est aussi contestable) plus que celle de mandataire *ad hoc* qui pourrait justifier cet attendu. On attend avec une certaine impatience la position de la chambre commerciale.

En l'espèce, le mandataire avait répondu à l'huissier du créancier qu'il lui préciserait le montant des sommes qu'il détenait sous 48 heures – ce qu'il ne fit pas par la suite – engageant alors indubitablement sa responsabilité. Mais ce « commencement de réponse » vaut réponse incomplète (L. 9 juill. 1991, art. 60, al. 1) et non absence de réaction (al. 2), seul cas où, selon une jurisprudence bien établie, le tiers saisi peut être condamné au paiement des causes de la saisie (ici plus de 400 000 €). Sur ce point cet arrêt de cassation doit être approuvé. Il confirme cependant que les mandats *ad hoc* doivent être confiés en pratique aux administrateurs ou aux mandataires judiciaires, professionnels aux compétences idoines et... assurés professionnellement.

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

## ► DÉCLARATION DE CRÉANCE

### 120 De la délégation de pouvoir permettant de procéder à la déclaration de créances

• Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-21205

**Ne vaut pas délégation de pouvoir de déclarer des créances, le pouvoir ayant pour objet d'accomplir les actes ordinaires de gestion courante de la société créancière et d'engager celle-ci pour toutes opérations courantes ne dépassant pas une certaine somme.**

Cet arrêt, bien que non publié, mérite l'attention en ce qu'il rappelle d'une part, l'extrême réticence de la jurisprudence à l'égard des formulations trop générales libellées dans le pouvoir donné à un préposé et, d'autre part, l'extrême souplesse des règles de preuve de l'existence dudit pouvoir.

La déclaration de créance équivaut, rappelons-le, à une demande en justice. Comme telle, elle suit en principe le régime procédural des demandes en justice réglementées par le Code de procédure civile. Dès lors, la déclaration de créance peut être faite par le créancier, et également par « tout préposé » ou mandataire de son choix, conformément à l'article L. 622-24. Il suffit pour ce faire que le créancier ait conféré au préposé une délégation de pouvoir lui permettant de procéder à la déclaration de créances.

Dès lors, en l'espèce, c'est en vain que la société créancière fait grief à l'arrêt d'avoir jugé que le pouvoir donné au directeur commercial de la société ne lui permettait pas de déclarer les créances. En effet, le pouvoir délégué d'accomplir les actes ordinaires de gestion courante de la société créancière et d'engager celle-ci pour toutes opérations courantes dans la limite d'une certaine somme ne permettait pas au délégataire d'effectuer une déclaration de créance, qui implique le pouvoir d'agir en justice et ne constitue donc pas un acte ordinaire de gestion. Il ne saurait être fait référence à « l'intention du délégant et à l'étendue qu'il a voulu donner à sa délégation ». Il n'y a pas matière à l'interprétation putative de l'intention et de la volonté du mandant, dans une matière strictement régie par les textes légaux et la jurisprudence.

En second lieu, cet arrêt précise à nouveau qu'une attestation, fût-elle postérieure à l'expiration du délai de déclaration des créances, par laquelle le représentant légal d'une personne morale créancière confirme que le préposé déclarant bénéficiait, à la date de la déclaration, d'une délégation de pouvoir à cette fin, suffit à établir l'existence de celle-ci. Subséquemment, si le titulaire du pouvoir de déclarer une créance doit être habilité à le faire à la date de la déclaration, la preuve peut en être faite ultérieurement, y compris par une attestation même postérieure à l'expiration du délai de déclaration.

Cette position pourtant classique de la Cour de cassation peut surprendre lorsque l'on sait que la tendance actuelle de la haute juridiction est à l'assouplissement du formalisme de la déclaration de créances (Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-12149) et des règles de preuves (Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14619).

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

## ► ADMISSION DE CRÉANCE

### 111 De l'effet relatif de l'exigibilité et du terme des créances

• Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18850, FSPB

**Si la décision d'admission des créances, devenue irrévocable, est opposable au codébiteur solidaire en ce qui concerne l'existence et le montant des créances, elle n'a pas d'effet sur l'exigibilité de la dette à l'égard des coobligés. Dès lors, la déchéance du terme résultant de la liquidation judiciaire du débiteur principal n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et reste sans incidence sur la situation de ses coobligés solidaires poursuivis en paiement.**

La Cour de cassation renforce sa jurisprudence sur l'effet relatif de l'exigibilité et du terme des créances lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre d'un débiteur principal sans l'être à l'égard de son coobligé.

L'exigibilité de la dette doit ainsi être nettement dissociée de l'opposabilité au débiteur coobligé de la décision d'admission des créances à la procédure du débiteur principal. Cette opposabilité vaut en effet *erga omnes* (rapp. pour une caution solidaire, Cass. com., 9 janv. 2001, n° 97-22053), si bien que le codébiteur ne peut contester l'existence de la créance dans son principe, ni en faire modifier le montant. En revanche, cette admission ne rend pas immédiatement exigible la dette du coobligé, ce qui aboutirait à ce que le créancier puisse unilatéralement changer les termes du contrat qui le lie à la partie non soumise à la procédure collective, au prétexte de celle du codébiteur solidaire qui serait ainsi habilement contournée. C'est dire si, en dépit de la solidarité entre débiteurs, l'effet ici relatif de la procédure collective découle de celui du contrat.

Il s'ensuit une conséquence logique sur la déchéance du terme. Selon l'arrêt, ni l'ouverture de la procédure ni l'admission de la créance à l'encontre du débiteur principal n'entraînent cette sanction à l'égard de son coobligé solidaire. La déchéance est, en effet, une sanction personnelle qui ne touche que le débiteur mis en liquidation, sauf à invoquer contre le coobligé une cause extérieure à la procédure (défaut de paiement d'annuités par ex., v. Cass. com., 26 oct. 1999, n° 96-14123). Cette solution couramment applicable aux cautions (v. encore récemment, Cass. com., 26 janv. 2010, n° 09-10244) est donc maintenue au sujet de tous les coobligés (rapp. Cass. com., 5 oct. 1983, n° 82-10351), même si la jurisprudence a toujours réservé l'hypothèse d'une clause contraire prévoyant la déchéance du coobligé liée à celle du débiteur principal.

Plus formellement enfin, l'arrêt rappelle également que l'assignation n'entraîne pas, par elle-même, déchéance du terme.

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

## ► DESSAISISSEMENT

### 112 Caractère personnel des droits de préférence et de substitution insérés dans un bail d'habitation

• Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-18311

**Le droit qu'un locataire tient, en cas de vente du bien loué, du pacte de préférence inséré dans le bail ainsi que de la faculté de substitution, lui sont personnels et échappent au dessaisissement.**

En liquidation judiciaire, les débiteurs concluent seuls un bail d'habitation leur accordant un droit de préférence et de substitution en cas de vente volontaire ou forcée de l'immeuble. L'immeuble ayant fait l'objet d'une procédure de saisie immobilière, le liquidateur renonce au droit de préférence. Les preneurs demandent la purge de leur droit. Pour les juges du fond, ils ne sont pas fondés à exercer leur droit ; en effet, un jugement ayant autorisé de la chose jugée avait décidé que ces droits ont un caractère exclusivement patrimonial et constaté que le liquidateur avait renoncé à leur exercice. La Cour suprême rejette le pourvoi en raison de la chose jugée, mais affirme en tête de ses motifs, que droit de préférence et droit de substitution sont des droits personnels. Le sort du pacte de préférence a suscité une intéressante jurisprudence lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure collective (Cass. com., 13 févr. 2007, n° 06-11289) : il est reconnu que le droit de préférence constitue une créance de nature personnelle. Il trouve sa source dans l'intérêt familial à conserver son logement ; au même titre que la demande de délai pour libérer le logement ou l'appel d'une décision d'expulsion, il est exercé par le débiteur seul. Cette analyse doit concerner également la purge du pacte de préférence en cas de liquidation judiciaire du preneur bénéficiaire. Les droits attachés à la personne et les droits propres du débiteur permettent un exercice personnel, même s'ils ont par ailleurs une incidence patrimoniale. Il appartiendra au liquidateur, dans le cadre de sa mission de représentant des créanciers, d'utiliser les voies permettant aux créanciers de sauvegarder leurs intérêts (par exemple, l'article 788 du Code civil si le débiteur renonce à une succession). En l'espèce, le liquidateur avait été désigné par le tribunal dans la procédure du preneur, bénéficiaire du pacte. C'est en tant que représentant du preneur qu'il avait cru pouvoir renoncer à exercer le droit de préférence, en cela approuvé par les juges du fond. Il convient désormais de laisser au débiteur l'exercice de ce droit personnel.

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

## ► RÉALISATION D'ACTIFS

### 105 Conformité constitutionnelle des modalités de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation des biens

• *Cass. com.*, 7 juin 2011, n° 11-40012, QPC

**L'absence de sanction attachée au délai imposé au syndic d'une liquidation de biens pour réaliser les immeubles ne porte pas atteinte aux droits garantis par la Constitution dès lors que la procédure mise en place par la loi de 1967 garantit l'équilibre des droits des créanciers et du débiteur.**

Le tribunal de commerce de Paris a transmis une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article 84, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, qui ne prévoit pas de sanction au délai imparti au syndic pour entreprendre la réalisation des immeubles du débiteur en liquidation des biens en l'absence de créanciers hypothécaires ou privilégiés. La question ne sera pas renvoyée au Conseil constitutionnel.

La loi de 1967 prévoyant le dessaisissement du débiteur soumis à liquidation (art. 15) et la suspension des poursuites individuelles contre lui (art. 36), la réalisation de l'actif ne peut être le fait que du syndic. La loi impose qu'il le fasse sous trois mois du prononcé de la liquidation mais ne sanctionne pas ce délai (art. 84).

Le texte prévoit toutefois une exception. Les créanciers privilégiés peuvent se substituer au syndic dans les deux premiers mois du délai et entreprendre eux-mêmes la vente forcée. Cette opportunité compense l'absence de sanction en ce que les créanciers peuvent ainsi anticiper une défaillance du syndic. À l'inverse, les autres créanciers ne peuvent qu'attendre son action pour obtenir paiement.

Y a-t-il là une atteinte à leurs droits de propriété ou à leurs droits de la défense ? La Cour ne le croit pas, reprenant une motivation proche de celle justifiant la sanction des règles de revendication (*Cass. com.*, 15 mars 2011, n° 10-40073 QPC). Les règles relatives aux procédures collectives visent à pallier, au mieux des intérêts en présence, l'insuffisance financière d'un débiteur. Ceci impose des compromis, donc des restrictions aux droits de chacun. En l'espèce, la procédure étant contradictoire et visant effectivement l'apurement du passif, il n'y a pas d'atteinte aux règles et principes de valeur constitutionnelle ; il n'y a pas privation de propriété, mais « réglementation de l'usage des biens » comme l'énoncerait la Cour européenne des droits de l'homme.

La même réponse pourrait être faite si une QPC était posée au sujet des articles L. 643-2 et L. 644-2 du Code de commerce. Le premier ouvre le droit de poursuite individuelle à l'issue du délai de réalisation aux seuls créanciers privilégiés, tandis que le second ne prévoit aucune sanction au délai.

*Maud Laroche, maître de conférences à l'université de Rouen*

## ► PASSIF

### 117 Contribution sociale de solidarité et contribution additionnelle nées après le jugement d'ouverture : faut-il les déclarer ?

• *Cass. com.*, 15 juin 2011, n° 10-18726, FSPB

**La contribution sociale de solidarité et la contribution additionnelle constituent pour les sociétés assujetties une obligation légale prévue par les articles L. 651-1 et L. 245-13 du Code de la sécurité sociale et les créances en résultant, qui sont inhérentes à l'activité de la société, entrent dans les prévisions de l'article L. 622-17 du Code de commerce pour l'activité poursuivie postérieurement à l'ouverture de la procédure collective.**

Voilà une nouvelle décision favorable aux créanciers fiscaux et sociaux. Le problème bien connu est celui de l'éligibilité à l'article L. 622-17 du Code de commerce des créances de cotisations sociales ou fiscales nées à l'occasion de l'activité de l'entreprise et après l'ouverture de la procédure collective. En l'espèce, une cour d'appel avait tenté de jouer non plus sur le fait générateur de la créance qu'elle reconnaissait être postérieur au jugement d'ouverture, mais sur le fait que cette créance de cotisation sociale n'était ni « une créance répondant aux besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation », ni une créance née « en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle » (*C. com.*, art. L. 622-17, *réd. ant. L. du 26 juillet 2005*). En d'autres termes, cette créance n'était pas utile ou « méritante » et devait donc être soumise à déclaration. L'occasion était ainsi donnée à la Cour de cassation de mesurer la portée du critère téléologique posé en 2005 et légèrement remanié en 2008.

Récemment la Cour de cassation avait affirmé que, étant inhérente à l'exercice professionnel, la créance de cotisation d'assurance maladie d'un avocat entre dans les prévisions de l'article L. 622-17 du Code de commerce lorsque cet exercice perdure après l'ouverture de la procédure collective (*Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 16 sept. 2010, n° 09-16182 : *LEDEN nov. 2010*, p. 5, obs. E. Mouial-Bassilana).

En l'espèce, les créances de cotisations sociales sont donc nées « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ». Plus précisément, il semble qu'il faille les concevoir comme nécessaires au déroulement de la période d'observation puisqu'elles résultent d'une obligation légale liée à l'activité de l'entreprise. Par où l'on voit que le nouveau critère de la finalité de la créance mis en place en 2005 soulève autant de questionnements et d'incertitudes que l'ancien qui tenait uniquement à son caractère antérieur ou postérieur. Faut-il craindre une interprétation téléologique du critère téléologique ?

*Eva Mouial-Bassilana, maître de conférences à l'université de Nice Sophia-Antipolis ; agrégée des facultés de droit*

## ► RESPONSABILITÉS

### 114 Insuffisance d'actif, société anonyme et loi NRE : les administrateurs sont-ils des dirigeants de droit ?

• Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975

**Bien qu'ils n'assument pas la direction générale de la société, les administrateurs ont la qualité de dirigeants de droit.**

La principale question posée dans cet arrêt publié était de savoir si l'action en comblement de passif (C. com., ex-art. L. 624-3) pouvait être exercée à l'encontre des administrateurs d'une société anonyme soumise à une procédure collective. Autrement dit, les administrateurs sont-ils des dirigeants de droit, au sens de l'article L. 624-3 ? Si la réponse était longtemps positive (Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-10995), elle peut aujourd'hui susciter quelque discussion à l'aune de la loi NRE du 15 mai 2001. C'est tout l'intérêt de la décision, dont les enseignements s'appliqueront sous l'empire de la loi de sauvegarde (C. com., art. L. 651-2).

D'abord, la Cour de cassation affirme que les administrateurs « ont la qualité de dirigeants de droit ». Or, la donne avait changé avec la loi NRE. Jusqu'ici largement confondus, les pouvoirs des organes de direction de la société anonyme « classique », ont été dissociés. Le conseil d'administration est désormais écarté de la direction générale et apparaît davantage comme un organe de contrôle. La question était alors légitime. Comment un administrateur, légalement dépourvu de pouvoir de représentation, peut-il commettre une faute de « gestion » ? D'ailleurs, en droit des procédures collectives, la notion de « dirigeant de droit » fait l'objet d'une interprétation restrictive. Cette qualification a notamment été refusée aux membres du conseil de surveillance, lequel est un simple organe de contrôle (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 : Rev. sociétés 2006, p. 162, note F.-X. Lucas). Pourtant, la solution se comprend au regard du droit des sociétés. Le conseil d'administration n'a pas été réduit par la réforme à une instance ordinaire de surveillance. Il détermine encore « les orientations de l'activité de la société » et « se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société » (C. com., art. L. 225-35). C'est dire qu'il participe bel et bien à la gestion de la société, ne serait-ce que de façon indirecte.

Plus classiquement ensuite, la Cour précise que la faute de gestion ici commise est une faute d'abstention. Par leur absence de réaction, les administrateurs n'avaient pas empêché la poursuite déficitaire de l'exploitation. Le rapprochement est évident avec la récente définition de la faute des administrateurs d'une société *in bonis* (Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : Bull. civ. IV, n° 69). Décidément, un vent de responsabilisation souffle sur les conseils d'administration.

*Irina Parachkévova, maître de conférences à l'université de Nice Sophia-Antipolis ; agrégée des facultés de droit*

### 116 Détournement de fonds bloqués sous main de justice, dépôt à la CDC et liquidation judiciaire

• Cass. crim., 4 mai 2011, n° 10-84456

**« Le fait, pour un mandataire liquidateur de verser sur un compte ouvert à la Caisse des dé-pôts et consignations au nom d'une société en liquidation judiciaire des fonds appartenant à cette dernière mais provenant d'un compte bloqué par décision d'un juge d'instruction sans en informer ce dernier est constitutif d'un détournement au sens de l'article 434-22 du Code pénal... ».**

L'arrêt commenté intéresse un liquidateur dans l'exercice de ses fonctions. Cette condamnation pénale, exceptionnelle, intervient dans l'affaire dit du « sentier chinois ». La lecture des faits de l'espèce rappelle la prudence, la probité et la transparence dans l'exercice du mandat de justice.

Dans le cadre d'une information judiciaire, un juge d'instruction a procédé au blocage des comptes bancaires des sociétés dont les dirigeants étaient mis en cause. L'établissement bancaire a adressé spontanément au liquidateur le solde des dits comptes. Celui-ci les a donc déposés à la Caisse des dépôts et consignations et a procédé au paiement de créanciers dans le cadre de répartition. Le boni de liquidation a été versé sur le compte CARPA du conseil des dirigeants et *de facto* les fonds ont été réintroduits dans le circuit économique, au profit des personnes à l'encontre desquelles la mesure de blocage avait été ordonnée.

Il est relevé dans la décision correctionnelle qu'en dépit d'une parfaite connaissance de la « situation juridique » des fonds, le liquidateur n'a présenté ni requête aux fins de mainlevée de la mesure conformément aux règles légales ni informé le juge d'instruction. Les juges du fond ont déclaré le liquidateur coupable du délit de détournement de scellés et la chambre criminelle a rejeté le pourvoi.

Ainsi peu importe qu'aucun acte de détournement ne soit personnellement imputable au liquidateur, sa qualité de professionnel du droit ne lui permet pas de se prévaloir d'une erreur de droit. Le liquidateur devait avoir conscience que les fonds demeuraient sous main de justice même après avoir été débloqués par la banque.

Est-il utile de rappeler le principe de primauté de la procédure pénale sur la procédure collective ? De l'impossibilité de répartir des fonds bloqués dans le cadre d'une mesure d'instruction ? La réponse pour ce professionnel est juste.

*Stéphane Gorrias, mandataire judiciaire à Paris, SCP BTSG*

## ▶ SANCTIONS

### 107 Le prononcé d'une mesure conservatoire (C. com., art. L. 651-4) n'est conditionné que par son utilité

• Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-18472

**Le président du tribunal peut ordonner une mesure conservatoire sur le patrimoine de celui contre lequel est intentée une action en responsabilité pour insuffisance d'actif à la simple condition que celle-ci soit utile.**

La netteté de cet arrêt publié tue dans l'oeuf une difficulté qu'avait relevée la doctrine. Afin d'établir un montant des dommages et intérêts réaliste, en rapport avec la consistance du patrimoine du fautif (C. com., art. L. 651-4), et concourir ainsi à une meilleure exécution des décisions de justice, le président du tribunal de la procédure jouit de la possibilité de charger un juge d'obtenir des renseignements sur la situation patrimoniale de celui contre lequel est intentée une action en responsabilité pour insuffisance d'actif et notamment – si celle-ci est diligentée contre une EIRL – sur la consistance de son patrimoine non affecté. Le juge alors requis a toute latitude pour interroger divers organismes, lesquels ne pourront lui opposer le secret professionnel.

Corollairement, et « dans les mêmes conditions » – c'est à dire vraisemblablement avant même l'assignation – le président du tribunal (et non le juge de l'exécution) peut ordonner toute mesure conservatoire « utile », là où le droit des voies d'exécution exige que soit rapportée la preuve « d'une créance fondée en son principe et des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement » (L. 9 juill. 1991, art. 67 et D. 31 juill. 1992, art. 210). Très opportunément nous semble-t-il, d'autant plus que le président peut se saisir d'office, la chambre commerciale juge ici que « l'article L. 651-4 déroge à l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991 ». En pratique il semble donc qu'au regard du contexte particulier une présomption d'utilité sera posée, à charge pour le « saisi » de rapporter dans sa demande de rétractation de l'ordonnance qu'il présente toutes les garanties en cas de condamnation. Cette preuve sera particulièrement difficile à établir si le président a auparavant demandé un audit patrimonial.

Les difficultés nées de l'interférence entre le droit des procédures civiles d'exécution et le droit des procédures collectives se résolvent en douceur, au prix de belles décisions (sur les mesures conservatoires que peut prendre le créancier en application de l'article L. 622-28 sur le patrimoine des garants personnels pendant la période d'observation et la compatibilité avec l'article 215 du décret du 31 juillet 1992, v. Cass. com., 24 mai 2005, n° 00-19721), mesures conservatoires qui concurrenceront éventuellement celles prises en fonction de l'article L. 651-4 si la caution est le dirigeant).

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

### 108 Les effets de l'abrogation immédiate de l'ouverture d'une procédure collective à titre de sanction

• Cass. com., 17 mai 2011, n° 09-72862, FSPB

**L'obligation aux dettes sociales ne peut être décidée qu'au cours d'une procédure de liquidation judiciaire. En outre, la cour d'appel viole les articles 190 et 192 de la loi du 26 juillet 2005 et l'article 1er, al. 1, du protocole additionnel à la CESDH en admettant l'ouverture d'une procédure sanction alors que les sociétés débitrices n'avaient ni droit ni espérance légitime de créance à faire valoir contre leurs dirigeants fautifs par l'action litigieuse, laquelle n'est pas exercée en leur nom.**

Le présent arrêt publié au *Bulletin* apporte de nouvelles précisions dans le domaine du droit transitoire des sanctions des dirigeants. Deux enseignements peuvent être relevés.

Premièrement, l'obligation aux dettes sociales, qui, sous les coups de boutoir de la doctrine, a disparu du paysage juridique avec l'ordonnance de 2008, ne peut être décidée qu'au cours d'une liquidation judiciaire. C'est effectivement ce que disait l'ancien article L. 652-1 du Code de commerce et la cour d'appel ne pouvait donc échapper à la sanction, qui avait admis l'action en paiement des dettes sociales alors que la société débitrice était en redressement judiciaire. Point de difficulté donc ici et l'on peut même douter, au vu des faits de l'espèce, de la recevabilité de l'action si l'entreprise avait été en liquidation, vu que la Cour de cassation a récemment précisé que l'action en paiement des dettes sociales est prescrite si elle est formée plus de trois ans après la liquidation judiciaire de la société (Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-70714 : D. 2011, p. 744, obs. A. Lienhard).

Deuxièmement, la Cour de cassation avait à se prononcer sur la recevabilité de l'ouverture d'une procédure collective, ici un redressement, à titre de sanction. La cour d'appel reprochait au législateur de 2005 ayant supprimé cette action une « ingérence injustifiée dans l'exercice des droits patrimoniaux des sociétés débitrices ». La ficelle était habile qui reprenait la jurisprudence européenne assimilant une « espérance légitime » d'obtenir un paiement ou un remboursement à un bien (CEDH, 14 févr. 2006, C. et autre c/ France, n° 67847/01 : D. 2006, p. 717, obs. C. Rondey). Mais la Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement. C'est logique dans la mesure où l'espérance légitime n'est pas ici celle de la société débitrice mais celle des créanciers dont le mandataire judiciaire exerçant les actions en responsabilité contre les dirigeants est le représentant. Par où l'on voit que même les droits fondamentaux ne peuvent combler les lacunes du droit transitoire en matière d'extension sanction et d'obligation aux dettes sociales.

*Eva Mouial-Bassilana, maître de conférences à l'université de Nice Sophia-Antipolis ; agrégée des facultés de droit*

## ► PROCÉDURE

### 118 Pas d'appel-nullité pour le repreneur évincé

• *Cass. com.*, 31 mai 2011, n° 10-17774

**L'auteur d'une offre de gré à gré, n'ayant aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Code de procédure civile, n'a pas la qualité de partie et n'est donc pas recevable à interjeter appel-nullité.**

La Cour de cassation maintient fermement le cap. On sait en effet que le Code de commerce n'ouvre pas la voie de l'appel à l'auteur d'une offre écartée et qu'une jurisprudence constante considère, à partir des articles 4 et 31 du Code de procédure civile, qu'il ne peut interjeter appel-nullité contre le jugement ayant rejeté son recours formé contre l'ordonnance du juge-commissaire. Cet arrêt du 31 mai 2011 réaffirme cette solution en apportant une légère précision. L'auteur de l'offre évincée faisait en effet valoir qu'il était partie à l'instance du juge-commissaire ordonnant la cession du fonds de commerce du débiteur en liquidation judiciaire puisque cette ordonnance lui avait été notifiée conformément à l'article R. 621-21, al. 3, du Code de commerce. L'argument est écarté et il faut concéder qu'il n'était pas décisif puisque le texte vise les « parties » et les « personnes dont les droits et obligations sont affectés », catégorie à laquelle on doit donc rattacher l'auteur d'une offre écartée. Naturellement, une telle solution a un inconvénient non négligeable en ce qu'elle exclut toute possibilité d'amélioration de l'offre rejetée et l'on comprend bien que les juges du fond soient parfois tentés de l'écarter. Mais si elle préjudicie aux créanciers, il ne faut pas pour autant perdre de vue que cette limitation des voies de recours poursuit un objectif d'intérêt général. Elle contribue à éviter que la procédure s'éternise, objectif d'autant plus important lorsque, comme en l'espèce, c'est un fonds de commerce qui est concerné. Signalons enfin que depuis le décret du 12 février 2009 les recours contre les décisions du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce ne sont plus portés devant le tribunal mais devant la cour d'appel (C. com., art. R. 642-37-1 et R. 642-37-3). Mais cela n'est a priori pas de nature à influencer sur la jurisprudence de la cour de cassation relative à l'appel-nullité du repreneur évincé, comme l'illustre un arrêt rendu sur la base de ces dispositions par la cour d'appel de Paris le 16 novembre 2010 (CA Paris, p. 5 - ch. 8, 16 nov. 2010, RG n° 10/18922).

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

## ► DROIT SOCIAL

### 106 Engagements du repreneur intégrés dans le plan de cession et maintien du pouvoir disciplinaire du nouvel employeur

• *Cass. soc.*, 17 mai 2011, n° 09-43003

**La clause obligeant le cessionnaire à exploiter l'activité durant au moins deux ans avec les salariés attachés à l'entité cédée, à peine de dommages-intérêts n'a pas pour effet de priver l'employeur du pouvoir de prononcer des licenciements pour motif disciplinaire.**

Parmi les engagements souscrits par le repreneur et intégrés dans le plan, une place essentielle est accordée à ceux relatifs à l'emploi dans l'entreprise. Le repreneur peut s'engager à maintenir un certain nombre d'emplois, voire à procéder à des embauches selon un calendrier précis. D'autres engagements (par exemple engagement de développer l'activité) s'apparentent plus à des déclarations d'intention.

Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, le jugement ayant arrêté le plan de cession de l'entreprise comportait une clause selon laquelle « le cessionnaire devra exploiter l'activité durant au moins deux ans à compter de la cession, avec les salariés y étant attachés à peine de dommages-intérêts ». Un salarié, licencié pour faute grave, un an après le transfert de son contrat de travail, a saisi les juridictions à des fins de condamnation du repreneur au paiement des salaires restant dus jusqu'à la fin de la période de garantie d'emploi. Son argumentation reposait sur la reconnaissance d'un droit à la garantie de l'emploi en application du jugement arrêtant le plan de cession d'actifs. Confirmant la solution de la cour d'appel de Colmar, la Cour de cassation rejette cette demande en affirmant que « la clause obligeant le cessionnaire à exploiter l'activité durant au moins deux ans avec les salariés attachés à l'entité cédée, à peine de dommages-intérêts, n'a pas pour effet de priver l'employeur du pouvoir de prononcer des licenciements pour motif disciplinaire ».

Cet arrêt donne l'occasion à la Cour régulatrice de préciser l'étendue des engagements souscrits par le repreneur. Selon elle, l'engagement du cessionnaire consistait uniquement à garantir la pérennité de l'activité et le maintien d'un certain niveau d'effectif. Il ne pouvait recevoir la qualification de clause de garantie d'emploi interdisant le cas échéant les licenciements disciplinaires des salariés présents au moment de la cession.

La solution ne saurait surprendre. La Cour de cassation avait déjà considéré que la clause d'un plan de cession d'entreprise arrêté par un tribunal de commerce selon laquelle le repreneur s'engageait, pour la durée du plan, à ne procéder à aucun licenciement sans l'autorisation préalable du tribunal, ne pouvait concerner que les licenciements pour motif économique et ne privait pas l'employeur de son pouvoir disciplinaire exercé sous le contrôle du juge prud'homal (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40496).

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

## ▶ VEILLE

### Le Parlement européen veut des mesures de gel et de transparence du patrimoine des débiteurs

Afin de garantir aux citoyens le droit à la justice en cas de fraude, de vol ou de non-paiement, le Parlement européen demande que des ordonnances de gel et de transparence rapides et efficaces soient mises en place. En effet, actuellement, le degré de succès du recouvrement des créances transfrontalières est remarquablement faible et le coût du recouvrement transfrontalier des créances peut être « prohibitif ». Dès lors, le Parlement demande à la Commission européenne de proposer deux projets de règlements européens : le premier relatif à un dispositif européen pour le gel des patrimoines et le second à un dispositif européen pour la transparence des patrimoines. Ils ont également suggéré de manière détaillée la forme que devraient prendre ces règlements. Selon les députés, les règlements devraient préciser quels tribunaux nationaux ont le droit d'adopter de tels dispositifs. Ces ordonnances devraient pouvoir être demandées suivant une formule plurilingue normalisée, notamment via le portail européen e-justice. En outre, un ensemble de clauses de sauvegarde pour les débiteurs devrait être fourni. L'ordonnance européenne de gel des patrimoines devrait être obtenue sans fournir de préavis au débiteur et le coût de son utilisation devrait

être réduit au minimum. La Commission européenne a déjà informé le Parlement qu'elle avait l'intention de présenter un projet de loi sur le gel du patrimoine des débiteurs d'ici juillet 2011. Le projet de législation sur la transparence du patrimoine du débiteur est prévu pour 2013.

- *Communiqué PE, plén., 10 mai 2011*

### Une charte pour améliorer l'accès au crédit des EIRL

Le 31 mai 2011, une charte pour améliorer l'accès au crédit des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (EIRL) a été signée entre le président de la Fédération bancaire française (FBF) et le secrétaire d'État aux PME. L'objectif ? Promouvoir une égalité de traitement entre EIRL et entrepreneurs individuels « classiques », et limiter la prise de garanties sur le patrimoine personnel du chef d'entreprise. La FBF s'est ainsi notamment engagée à accorder des crédits sans prise de gage sur le patrimoine personnel du chef d'entreprise ou de sûreté personnelle sur l'entrepreneur ou sur son conjoint. La charte est conclue pour une durée de 18 mois.

- *Minefe, Communiqué de presse, 31 mai 2011*

## ▶ BIBLIO

### Le régime de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises

Les éditions Joly et Lextenso signalent la parution d'un ouvrage rédigé par Stéphane Gorrias et Bertrand Biette, destiné à être un outil opérationnel et pratique permettant de consulter rapidement les règles applicables en matière de procédure collective. La présentation détaillée et commentée des textes permet d'apprécier rapidement la règle qu'il conviendra d'appliquer.

L'insertion de commentaires, références et autres sources permet une lecture lisible et rationnelle de la règle de droit applicable à l'ordre économique et social.

- *Lextenso éditions, Hors coll., juin 2011, 328 p., 29 €*

## ▶ INFO PRATIQUE

### Concours d'agrégation de droit privé

Leden félicite Hugo Barbier, Nicolas Borga, Maud Laroche, Eva Mouial et Irina Parachkevova pour leur succès au concours d'agrégation de droit privé, se réjouissant de la consécration du talent de ces belles plumes qui contribuent habituellement à la revue.