

## ***4. Droit des affaires***

Chronique dirigée par **Anne-Françoise ZATTARA-GROS**, Maître de conférences en droit privé à l'Université de La Réunion

### **4.2. CONCURRENCE**

#### **Concurrence déloyale – déontologie – débauchage de personnel – détournement de clientèle**

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 12 décembre 2011, RG n° 10/00493

*Marion HALLET, titulaire du Master II Droit des affaires recherche, doctorante en droit privé*

Dans la présente affaire, une société A, ayant pour président de son conseil d'administration Monsieur O et exerçant une activité d'expertise comptable dans plusieurs agences fait assigner devant le tribunal mixte de commerce de Saint-Denis, plusieurs sociétés aux fins de voir constater à leur rencontre l'accomplissement d'actes de concurrence déloyale et de les voir condamnées à réparer le préjudice en résultant.

Par jugement du 13 octobre 2006, la société demanderesse est débouté de sa demande à l'encontre de certaines des sociétés assignées, celles-ci n'exerçant pas l'activité d'expertise comptable. En effet, à titre de condition préalable à l'action en concurrence déloyale, il doit exister entre les parties un rapport de concurrence, condition défailante si elles n'exercent pas une profession de même nature. Suite au dépôt d'un rapport d'expertise concernant les autres sociétés, la société A est également déboutée de ses demandes à leur rencontre.

Débouté en première instance, la société A, ainsi que Monsieur O interjettent appel de cette décision, aux fins de voir constater, à l'encontre de trois des sociétés assignées en première instance, qu'elles ont commis des actes de concurrence déloyale au préjudice de la société A, engageant ainsi leur responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et donnant lieu au paiement de dommages et intérêts. En outre, les appelants invoquent deux préjudices distincts, l'un découlant de la désorganisation de la société A, l'autre étant un préjudice personnel et moral qu'aurait subi Monsieur O du fait de cette concurrence déloyale.

Au soutien de leurs prétentions, la société A et Monsieur O relèvent que Messieurs F et R, ayant par le passé travaillés en tant qu'expert comptable pour la société A et pris la direction administrative d'une des agences, auraient ensuite créé des structures concurrentes dans la même commune (la société C pour le

premier et les sociétés G et S pour le second), embauché quatre de leurs salariés en quelques mois et détourné leur clientèle. Les appelants ajoutent à cela que ces sociétés n'ont pas respecté la règle déontologique selon laquelle un membre de l'ordre appelé par un client à remplacer un confrère ne peut accepter sa mission qu'après en avoir informé ce dernier.

Cet arrêt, rendu par la chambre commerciale de la cour d'appel de Saint-Denis le 12 décembre 2011, permet donc de revenir sur les conditions de l'action en concurrence déloyale. Fondée sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil, l'action en concurrence déloyale ne peut prospérer qu'à la condition que le demandeur établisse, outre l'existence préalable d'un rapport concurrentiel, l'existence de trois éléments : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux, par référence au droit de la responsabilité civile.

### **I. - La caractérisation de la faute**

En l'espèce, deux types de fautes sont mises à la charge des trois sociétés par la société A, à savoir : une faute déontologique tenant au non-respect de l'article 14 du code de déontologie des experts comptables et une faute portant atteinte à ses capacités de concurrence tenant à la désorganisation de l'entreprise.

S'il n'est pas contestable que la violation de dispositions déontologiques, de même que la désorganisation de l'entreprise constituent bel et bien des éléments caractérisant la concurrence déloyale, il convient néanmoins d'établir que ces fautes sont à l'origine du préjudice subi par la société A, à savoir le transfert de sa clientèle vers les sociétés C, G et S, ainsi qu'une baisse consécutive de son chiffre d'affaires.

#### **A. - La violation des règles déontologiques**

La cour d'appel relève que, s'il a bien eu absence d'information de la société A pour un certain nombre de dossiers et information tardive de celle-ci pour d'autres, cette faute déontologique dont se sont rendues coupables les sociétés C, G et S n'est pas à l'origine du transfert et de l'éventuel détournement de clientèle. Le lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi par la société A n'étant pas rapporté, l'action en concurrence déloyale ne peut prospérer sur ce fondement.

#### **B. - L'existence d'autres moyens déloyaux faussant le libre jeu de la concurrence**

Le simple fait que des clients aient quitté la société A pour l'une des sociétés C, G ou S ne constitue pas à lui seul un fait de concurrence déloyale en vertu du principe de la « liberté du commerce et de la faculté pour la clientèle de changer librement de prestataire ». En effet, le principe est celui de l'absence de

tout droit privatif sur la clientèle. La Cour de cassation affirme d'ailleurs la règle avec fermeté<sup>1</sup>.

De même, le démarchage de la clientèle d'un concurrent y compris de la part d'un ancien salarié ne constitue pas toujours en lui-même un acte de concurrence déloyale<sup>2</sup>. Les juges vont donc, le plus souvent, caractériser la déloyauté du détournement en se fondant sur un faisceau d'indices, sur les circonstances du détournement.

En l'espèce, on constate que la cour d'appel apprécie le caractère déloyal du détournement de clientèle eu égard à divers éléments. Elle étudie ainsi le lien existant entre d'une part, le départ de la clientèle et d'autre part : le débauchage du personnel de l'entreprise victime, le démarchage de la clientèle par un ancien salarié ou collaborateur de l'entreprise victime, l'augmentation du chiffre d'affaires.

Ainsi, pour la société C, la cour d'appel relève qu'il n'y a pas eu débauchage massif, un seul transfert ayant eu lieu. Que d'autre part, le départ des clients s'est fait de façon échelonnée sur cinq ans et ne s'est pas révélé être concomitant avec le départ de la salariée de la société A vers la société C, alors même qu'une telle concomitance entre le départ d'un salarié en contact avec la clientèle et le transfert de la clientèle vers l'entreprise concurrente est un indice permettant de caractériser la déloyauté du démarchage de clientèle<sup>3</sup>. Enfin, la Cour d'ajouter que le transfert de clientèle n'a pas donné lieu à une variation du chiffre d'affaires assez significative pour caractériser des actes de concurrence déloyale imputable à la société C.

Quant à la société G, la cour d'appel relève qu'elle a embauché dans une période restreinte trois salariés de la société A, dont l'un d'eux aurait usé de moyens déloyaux pour attirer vers la société G la clientèle de la société A, en procédant notamment à leur démarchage par téléphone. Or, le débauchage réalisé à seule fin de connaître et acquérir la clientèle de son rival est déloyal. De même, la Cour constate qu'une part importante du chiffre d'affaires de la société G est en liaison avec l'arrivée de la clientèle provenant de la société A et est postérieure à l'embauche des quatre salariés de la société A, ce dont elle déduit qu'une contrepartie financière aurait dû être versée à la société A qui a de ce fait contribué, indépendamment de sa volonté, à augmenter le chiffre d'affaires de la société G.

---

<sup>1</sup> Com., 8 janvier 1991 : *Bull. Civ.*, 1991, IV, n° 9 ; *D.* 1992, somm. P. 49, obs. Y. SERRAQUI – Com., 6 mars 1990 ; n° 88-14.657 : *JurisData* n° 1990-000523 ; *Bull. Civ.* 1990, IV, n° 62 ; *JCP G* 1990, IV, n° 19, p. 172 ; *D.* 1990, somm. P. 333, obs. Y. SERRA.

<sup>2</sup> Voir, par exemple : Com., 3 décembre 2002 : *JurisData* n° 2002-016949.

<sup>3</sup> Com., 23 septembre 1983, n° 82-11.649 : *JurisData* n° 1983-702369 ; *Bull. Civ.*, 1983, IV, n° 244 ; *D.* 1984, inf. rap. p. 141.

Enfin, à propos de la société S, la cour d'appel relève qu'il y a eu concomitance entre le départ d'une salariée en contact avec la clientèle et le transfert de sept clients vers l'entreprise concurrente, ce qui constitue un premier indice du caractère déloyal du démarchage de clientèle. En outre, la Cour constate une augmentation significative du chiffre d'affaires, dont une part importante de celui-ci proviendrait de la société A.

C'est donc en se fondant sur ce faisceau d'indices que la Cour d'appel de Saint-Denis a jugé que les sociétés G et S avaient commis des actes de concurrence déloyale au détriment de la société A.

## **II.- L'existence et le montant dus pour les divers préjudices**

L'existence du préjudice subi par la société A résulte d'une perte de son chiffre d'affaires. Pour évaluer le préjudice, les juges peuvent en effet se fonder sur la diminution du chiffre d'affaires de la victime au cours de la période pendant laquelle les agissements déloyaux ont eu lieu<sup>1</sup>. Et si cette évaluation du préjudice s'avère bien souvent délicate, notamment parce que la diminution du chiffre d'affaires peut avoir d'autres causes que la concurrence déloyale, les juges peuvent, comme ils l'ont fait en l'espèce, confier le soin d'évaluer le dommage à un expert<sup>2</sup> ;

C'est donc à bon droit que la Cour d'appel a condamné lesdites sociétés au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par la société A, en se fondant sur le montant du chiffre d'affaires réalisé par les sociétés G et S et correspondant aux clients détournés de la société A.

Quant au chef de préjudice tenant à la désorganisation du cabinet principal, celui-ci n'a pas été retenu par la Cour d'appel, cette dernière ayant considéré que ce préjudice n'était pas distinct de celui déjà indemnisé par la perte du chiffre d'affaires.

Enfin, s'il arrive que les juges n'accordent réparation qu'au titre d'un préjudice moral<sup>3</sup>, la Cour d'appel a en l'espèce décidé de retenir ce chef de préjudice au bénéfice de Monsieur O (gérant de la société A), en sus du préjudice résultant pour la société A de la perte d'une partie de son chiffre d'affaires.

---

<sup>1</sup> Com., 16 mai 1961 : *Bull. Civ.*, 1961, III; CA Paris, 16 janvier, 1980 : *D.* 1981, jurispr. p. 564, note GODE ; Com., 4 novembre 1987, n° 86-12.685.

<sup>2</sup> Com., 4 novembre 1987, n° 86-12-685 ; Com., 20 février 1996, n° 94-19.824 et 94-20.847 : *JurisData* n° 1996-000904 ; CA Paris, 4<sup>e</sup> ch. 15 janvier 1997 : *LPA* 10 avr. 1998, p. 13, note X. DAVERAT ; Com., 3 novembre 2004, n° 01-17.096.

<sup>3</sup> Com., 6 janvier 1987, n° 85-14.434 : *D.* 1988, somm. P. 211, obs. Y. SERRA ; Com., 27 janvier 2009, n° 07-15.971 : *JurisData* n° 2009-046794.

## **Concurrence déloyale – débauchage de personnel – détournement de clientèle – clause de non-concurrence**

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre commerciale, 26 décembre 2011, n° RG 09/00416

*Marion HALLET, titulaire du Master II Droit des affaires recherche, doctorante en droit privé*

Une société qui se prétend victime d'actes de concurrence déloyale peut agir contre la société concurrente, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, pour faire sanctionner civilement ce manquement à l'exercice loyal du commerce. En effet, même si le principe de la libre concurrence est prédominant, tous les moyens usités pour se constituer une clientèle ne sauraient être admis.

Les conditions nécessaires à l'exercice d'une telle action résident alors dans la réunion de plusieurs conditions au titre desquelles figure, de façon liminaire, l'existence d'une situation de concurrence effective, condition à laquelle s'ajoute la caractérisation d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute avérée et le préjudice subi. Le présent arrêt met pour sa part l'accent sur la caractérisation de la faute, qui ne semble pas évidente à démontrer en l'absence de toute déloyauté attestée...

### **I.- Rappel et des faits et de la procédure**

Dans la présente affaire, Monsieur R embauché par la société S en qualité de gestionnaire technico-commercial a été licencié puis réembauché par la société M en qualité de directeur de clientèle. Quelques mois après son embauche, la société S porte plainte pour vol de fichiers clientèles à son encontre et prétend en outre que ce dernier aurait, alors qu'il était lié par une clause de non-concurrence, détourné au profit de la société M, une partie de sa clientèle en exploitant les données des fichiers clients prétendument volés.

C'est donc sur ce fondement que la société S décide d'assigner Monsieur R et la société M en paiement de dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle dit avoir subi du fait d'actes de concurrence déloyale.

Déboutée en première instance, la société S interjette appel de la décision rendue par le Tribunal de grande instance de Saint-Pierre le 24 février 2009. Au soutien de ses prétentions, la société appelante fait valoir que Monsieur R et la société M ont commis des actes de concurrence déloyale par le débauchage de trois de ses salariés et par le détournement de sa clientèle, effectués selon des procédés déloyaux : pour les salariés, en leur faisant signer des lettres de démission contre la promesse d'être embauchée par le nouveau repreneur de la société S et pour la clientèle, en utilisant des fichiers clients prétendument volés.

De son côté, la société M se défend d'avoir débauché Monsieur R de façon déloyale et d'avoir prospecté une partie de la clientèle qui se serait déplacée de la société S vers la société M.

Pour ce faire, elle invoque d'une part la nullité de la clause de non-concurrence liant Monsieur R à la société S, au motif que celle-ci ne comportait pas de contrepartie financière et d'autre part, certifie le caractère spontané des résiliations des polices d'assurance intervenues après le départ de Monsieur R de la société S.

En outre, la plainte déposée au pénal pour vol des fichiers clients ayant été classée sans suite, il en ressort que la société S ne peut invoquer à l'appui du démarchage déloyal de clientèle qu'elle invoque, le détournement et l'utilisation de fichiers frauduleusement soustraits. À l'inverse, dans l'hypothèse d'un vol avéré, un tel détournement constitue un procédé de désorganisation de l'entreprise sanctionné comme un acte de concurrence déloyale<sup>1</sup>.

## **II.- L'appréciation de la concurrence déloyale**

Les agissements constitutifs de concurrence déloyale sont connus comme résultant le plus souvent d'une confusion, d'un dénigrement, d'une désorganisation ou de parasitisme.

Et lorsqu'est en cause le débauchage de salariés d'une entreprise, celui-ci doit avoir des conséquences sur la désorganisation de l'entreprise, à défaut de quoi le débauchage n'est pas constitutif d'un acte de concurrence déloyale.

De même, à supposer établie la désorganisation de l'entreprise, lorsque les salariés abandonnent régulièrement leurs fonctions et ne sont débiteurs d'aucune obligation de non-concurrence, leur réembauchage est exempt de tout reproche.

En l'espèce, la clause de non-concurrence liant Monsieur R à la société S ne saurait être considérée comme valable, la jurisprudence requérant d'une telle clause qu'elle soit assortie d'une contrepartie financière, et ce, depuis un revirement de 2002<sup>2</sup>.

Ainsi, n'ayant lieu d'apprécier la concurrence déloyale au regard d'une telle clause qui n'est pas valable, il apparaît que l'embauche de Monsieur R ne peut être

---

<sup>1</sup> Ont ainsi été condamnés les comportements suivants : un salarié débauché qui après avoir dupliqué sur disquettes les données informatiques de son ancien employeur, les inséra à sa nouvelle entreprise, CA Paris, 15 janv. 1997, *VVF, Diffusion, PIBD* 1997, p. 517 ; l'esthéticienne qui utilise le fichier clients de son ancien employeur pour envoyer une lettre circulaire proposant ses services aux anciens clients dont elle s'est occupée, CA Pau, 28 mars 1990, *Bull. inf. C. Cass.* 1990, p. 25, n° 1106 ; un mandataire qui conserve le fichier de la clientèle et, en conséquence, engage sa responsabilité, Com., 25 juin 1991, *JurisData* n° 1991-001769, *Bull. Civ.*, 1991, IV, n° 236, *JCP E* 1992, II, n° 303, note G. VIRASSAMY ; *D.* 1992, jurispr. P. 249, note A. BATTEUR ; *D.* 1993, somm. p. 156, obs. Y. PICOD.

<sup>2</sup> Soc., 10 juillet 2002 : *JCP G* 2002, II, 10162, note F. PETIT ; *JCP E* 2002, 1511, note D. CORRIGAN-CARSIN ; *Bull. Civ.*, 2002, V, n° 239, [3 arrêts] ; *D.* 2002, p. 2491, note Y. SERRA ; *Rev. Dr. Soc.* 2002, p. 949, note R. VATINET.

constitutive d'un acte de concurrence déloyale qu'à condition qu'il soit établi qu'elle a été accompagnée d'un détournement déloyal de clientèle et que ce détournement est le résultat de manœuvres de captations.

Par ailleurs, il est apparu que certains faits, tels que la résiliation suivie du transfert de 39 polices d'assurance de clients de la société S vers la société M, de même que l'identité du modèle utilisé pour les lettres de résiliation et enfin l'apposition par la société M de son cachet sur certains de ces courriers poussaient à croire en l'appropriation de la clientèle de la société S par la société M.

Cependant, pour la Cour d'appel, cela prouve uniquement que la société M n'a pas refusé la venue de la clientèle associée à Monsieur R. Ces faits n'établissent donc aucunement que des procédés déloyaux ont été mis en œuvre pour procéder à l'appropriation de cette clientèle.

En effet, il a pu être jugé que la seule circonstance que certains clients ont suivi dans la nouvelle société l'associé au contact duquel ils avaient été antérieurement dans la société concurrencée ne caractérise pas la faute de concurrence déloyale<sup>1</sup>. De même n'y a-t-il pas de détournement déloyal de clientèle lorsqu'il est établi que les clients se sont adressés « de leur plein gré » à d'anciens employés d'une entreprise, embauchés par un autre « *et pour des motifs tout à fait logiques* »<sup>2</sup>.

Or, plus de la moitié des clients ont déclaré, par le biais d'attestation en ce sens, avoir suivi Monsieur R chez son nouvel employeur, là où une seule cliente dit avoir été démarchée par lui, ce qui n'est pas suffisant à établir des actes de concurrence déloyale. En effet, la jurisprudence retient le plus souvent que des transferts de clientèle, pour constituer de manière incontestable des actes de concurrence déloyale, doivent être provoqués par des manœuvres ou pressions, par exemple de la part d'un ancien salarié<sup>3</sup>.

Il ressort donc des éléments sus-évoqués que c'est à bon droit que la cour d'appel de Saint-Denis a, par un arrêt en date du 26 décembre 2011, débouté la société S de sa demande tendant au paiement de dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle prétendait avoir subi du fait d'actes de concurrence déloyale, aucune faute n'ayant pu être imputée à la société M ainsi qu'à Monsieur R.

---

<sup>1</sup> Com., 3 décembre 2002 : *JurisData* n° 2002-016949.

<sup>2</sup> CA Paris, 4 novembre 1981 : *Gaz. Pal.*, 1982, 1, somm. p. 82. – CA Paris, 5 mars 1987 : *D.* 1988, somm. p. 180, obs. Y. SERRA.

<sup>3</sup> CA Paris, 27 septembre 1984 : *D.* 1985, inf. rap. p. 157, obs. Y. SERRA.

### **4.3. DROIT DES SOCIÉTÉS**

#### **Société civile – société civile de construction-vente – obligation aux dettes sociales – intérêt à agir – associés – créanciers**

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 9 décembre 2011, RG n° 10/02057

*Émilie JONZO, Doctorante en droit des affaires*

#### **Abstract :**

Les associés d'une société civile de construction-vente sont tenus au passif social indéfiniment et proportionnellement à leurs droits sociaux. L'exercice d'une action à leur encontre par un créancier doit être précédé d'une mise en demeure de la société restée infructueuse. Le caractère subsidiaire de ce recours permet de considérer ces associés comme des garants, mais non comme des codébiteurs. Ils ne disposent donc pas d'un intérêt à agir personnellement contre une décision opposable à la seule société.

L'exercice d'une action en justice ou d'un recours nécessite un intérêt à agir strictement personnel. Ainsi, l'intérêt à agir d'une société ne se confond pas avec celui de ses associés, et ce, peu importe leur degré d'engagement dans celle-ci, comme nous le rappelle l'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis du 9 décembre 2011.

Dans cette affaire, un litige oppose une SARL (société à responsabilité limitée) et une SCCV (société civile de construction-vente). La première poursuit la seconde en vue d'obtenir sa condamnation au paiement de diverses sommes correspondant aux frais d'immobilisation, au solde de travaux impayés et à la perte de chance de réaliser un bénéfice, suite à la résiliation de marchés. Après une procédure en référé, une action au fond est engagée par la SARL à l'encontre de la SCCV, mais aussi de ses associés. Si, en première instance, le demandeur obtient effectivement la condamnation de la société défenderesse, l'action contre les associés s'avère irrecevable, ces derniers n'étant pas solidairement responsables de la SCCV. Cette dernière interjette appel. Mais son recours est déclaré irrecevable. Craignant que les sommes litigieuses soient finalement mises à leur charge, les associés prennent alors l'initiative d'interjeter appel à leur tour. La SARL en conteste aussitôt la recevabilité, estimant que l'irrecevabilité de l'action engagée contre eux en première instance leur ôtait leur intérêt à agir. La Cour d'appel devait donc se prononcer sur l'existence ou non d'un tel intérêt pour les associés d'une SCCV contre une décision ne concernant que la société.

Loin de n'énoncer que la seule conséquence de la présente situation, à savoir l'absence d'intérêt à agir desdits associés (II), la Cour d'appel en profite pour mentionner ses causes en revenant sur le régime de l'obligation aux dettes sociales des associés d'une SCCV (I).

## **I. – L’obligation aux dettes sociales des associés de société civile de construction-vente**

Après avoir rappelé les aspects de ce régime tels qu’énoncés par l’article L.211-2 du Code de la construction et de l’habitation (CCH) (A), la Cour d’appel donne son interprétation de ces dispositions, une interprétation qui n’est pas entièrement satisfaisante (B).

### **A. – Une reprise de l’article L.211-2 du CCH**

**Une responsabilité indéfinie proportionnelle aux droits sociaux** – L’alinéa premier de l’article précité dispose « *les associés sont tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux* ». Cette formule, reprise mot pour mot par la Cour, met en exergue une responsabilité indéfinie d’une part, et proportionnelle aux droits sociaux d’autre part. Loin de faire preuve d’œuvre créatrice en la matière, la juridiction ne fait que rappeler une disposition ancienne d’une loi de 1971<sup>1</sup>. Malgré des contentieux relatifs à la portée réelle de cet alinéa<sup>2</sup>, les caractères – indéfini et proportionnel aux droits sociaux – de cette responsabilité ne font aucun doute. Ils ne peuvent en aucun cas être écartés compte tenu de leur caractère d’ordre public résultant de l’article L.211-4 du CCH<sup>3</sup>. Une fois ce rappel effectué, les juges reviennent ensuite sur les conditions de mise en jeu de cette responsabilité.

**Une poursuite des associés subordonnée à l’existence d’une mise en demeure restée infructueuse** – En statuant que « les créanciers ne peuvent toutefois poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu’après mise en demeure adressée à la société et restée infructueuse », la Cour d’appel poursuit sa lecture de l’article L.211-2, reprenant les termes de l’alinéa 2. Cette mise en jeu de la responsabilité des associés d’une SCCV diffère de celle des associés d’une société civile de droit commun, pour lesquels est exigée une poursuite vaine et préalable de la société<sup>4</sup>. Celle-ci apparaît d’ailleurs plus sévère, puisqu’une simple mise en demeure restée infructueuse suffit alors. Sont dès lors inutiles la preuve de l’insuffisance du patrimoine social<sup>5</sup>, ou encore l’existence d’une procédure collective fixant le passif de la société<sup>6</sup>. Une mise en demeure de la part de la SARL, qui serait restée sans effet, lui aurait probablement évité de voir son action contre les associés déclarée irrecevable. Le principe paraît donc clair : les associés d’une SCCV sont obligés aux dettes sociales indéfiniment et

---

<sup>1</sup> L’article 2 de la loi n°71-579 du 16 juillet 1971 relative à diverses opérations de construction.

<sup>2</sup> CA Versailles, 3 février 2011, n°09/07273, à propos de l’application de cet article à un ancien associé du fait de l’inexécution d’engagements sociaux à une période où il était encore associé.

<sup>3</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>e</sup> juillet 1980, *Bull. Civ.* III, n°126.

<sup>4</sup> Article 1858 du Code civil.

<sup>5</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mai 1976, n°75-10.117, *Bull. Civ.* III n°225.

<sup>6</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janvier 1988, n°86-14.335, *Bull. Civ.* III n°3.

proportionnellement à leurs droits sociaux, la mise en jeu de cette responsabilité n'étant subordonnée qu'à l'existence d'une mise en demeure restée infructueuse.

Cependant, soucieuse d'être parfaitement comprise sur ce point, la Cour d'appel en donnera une interprétation, dont on ne peut s'empêcher de relever un défaut.

## **B. – Une interprétation partiellement inexacte**

**Une juste qualification de garant** – Des dispositions précitées la Cour d'appel déduit la qualité des associés de la SCCV. Selon elle, ils « *ne sont pas débiteurs à titre personnel des dettes de la société vis-à-vis des tiers, mais sont simplement garants du paiement de celles-ci à l'égard des créanciers (...)* ». Cette position s'explique par le caractère secondaire de l'action susceptible d'être intentée à leur encontre. En effet, tout créancier désirent les poursuivre doit préalablement mettre en demeure ladite société de payer ses dettes, mais aussi attendre que cette démarche ne produise aucun effet. L'existence d'une dette de la SCCV envers le créancier conditionne sa possibilité d'agir contre les associés. Le débiteur à titre personnel reste donc la société elle-même. Le fait que les associés soient obligés aux dettes sociales ne constitue qu'une garantie et n'opère pas transfert de la dette du patrimoine de la SCCV vers celui de ses associés. La Cour de cassation considère elle-même que « *les associés des sociétés civiles constituées en vue de la construction et de la vente d'immeubles sont des débiteurs subsidiaires du passif social envers les tiers* », et non des débiteurs à titre personnel<sup>1</sup>. Un autre arrêt de la Cour de cassation<sup>2</sup> a d'ailleurs censuré l'arrêt d'appel qui avait considéré l'associé d'une société en nom collectif comme « *responsable des dettes de cette société à titre personnel* ». Étendant cette jurisprudence aux sociétés civiles, notamment aux SCCV, un auteur estime que « *cette décision renforce l'idée selon laquelle les associés ne sont que les garants de la personne morale défailante* »<sup>3</sup>. En choisissant ce qualificatif, la juridiction se conforme donc à cette jurisprudence. Elle contribue ainsi à maintenir une cohérence jurisprudentielle sur cette question, une cohérence qui se fragilise ensuite sur d'autres points.

**L'exigence d'une poursuite vaine de la société** – La Cour d'appel subordonne la mise en œuvre de la garantie des associés au fait que la société ait été « *vainement poursuivie* ». Cette condition ne peut que surprendre dans la mesure où elle n'est pas conforme à l'exigence légale d'une simple mise en demeure restée infructueuse. Les juges ajoutent ici à la loi en exigeant une poursuite vaine. Cette condition concerne normalement la société civile de droit

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 31 mai 1995, n°93-11.442, *Bull. Civ.* III n°134.

<sup>2</sup> Com., 25 novembre 1997, n°95-16.202, *Bull. Civ.* 1997 IV n° 309.

<sup>3</sup> M. ROCCA, « L'obligation au paiement des dettes sociales des associés des sociétés civiles de droit commun et de construction-vente », *LPA*, 18 mai 1998, n°59, p. 6.

commun. Or, le législateur a voulu soumettre les associés de SCCV à une protection moindre. Les juges par cette exigence ne respectent alors ni la lettre, ni l'esprit de la loi. La jurisprudence a depuis longtemps mis en œuvre cette différence de régime entre SCCV et société civile de droit commun. On ose alors espérer qu'il ne s'agit que d'une erreur des juges en l'occurrence, et non d'une tentative d'assimilation de la mise en demeure restée infructueuse à la poursuite vaine. Si cette erreur de vocabulaire n'affecte pas la solution en pratique dans cette affaire, il pourrait en être autrement dans d'autres litiges. Il apparaît donc important que les juges veillent à ne pas reproduire cette assimilation maladroite.

Le principe étant posé et expliqué, une conséquence logique s'ensuit : l'appel est irrecevable.

## **II. – L'irrecevabilité : une conséquence logique**

L'irrecevabilité de l'appel formé par lesdits associés se fonde sur un défaut d'intérêt à agir manifeste (A). On peut toutefois remarquer que l'utilisation d'une autre voie de recours, la tierce opposition, aurait constitué une meilleure stratégie (B).

### **A. – Un défaut d'intérêt à agir source d'irrecevabilité**

**Un défaut d'intérêt à agir fondé sur l'article 546 du Code de procédure civile** – La Cour d'appel débute sa décision en rappelant que « *le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt* ». Or, les associés n'ont « *aucun intérêt à agir en l'espèce* » puisque le jugement contesté ne vise que la SCCV et ne les condamne pas personnellement. N'étant pas personnellement concernés, leur intérêt à agir fait donc défaut. Il ne s'agit donc que d'une application classique de l'exigence d'un intérêt à agir personnel, caractère absent en l'espèce.

**Un défaut d'intérêt à agir justifié par leur qualité de garant** – Après avoir qualifié les associés de la SCCV de garants de celle-ci, la Cour d'appel décide qu'« *à ce titre ils ne peuvent s'opposer à la demande de paiement dirigée contre la société qu'à travers l'écran que celle-ci représente et ne sont pas recevables à le faire en leur nom propre* ». En effet, n'étant pas débiteurs à titre personnel, cette décision n'a pas d'impact direct sur eux. Le caractère nécessairement direct de l'intérêt à agir brille donc lui aussi par son absence, de sorte que la seule action possible ne peut se faire qu'à travers la société, qui seule dispose d'un intérêt à agir. Celle-ci ayant effectivement interjeté appel, appel déclaré irrecevable, cette voie de recours ne peut donc plus être utilisée.

Cette irrecevabilité était prévisible, car parfaitement logique. Les associés auraient donc dû étudier d'autres possibilités de recours, et envisager en l'espèce une tierce opposition.

## **B. – Une tierce opposition disponible, mais non utilisée**

Malgré l'irrecevabilité de l'appel, toutes les voies de recours ne sont pas fermées aux associés. Par un arrêt important, la Cour de cassation leur ouvre la possibilité d'effectuer une tierce opposition, en se fondant sur les articles 6 §1 de la CEDH et 583 du Code de procédure civile. Selon elle, « *le droit effectif au juge implique que l'associé d'une SCI, en liquidation judiciaire, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former une tierce opposition au jugement ayant fixé une créance dans une instance en paiement engagée contre cette personne morale avant l'ouverture de sa liquidation judiciaire* »<sup>1</sup>. Les associés auraient peut-être mieux fait d'explorer cette piste, en invoquant une extension possible de cette jurisprudence aux SCCV, au lieu de persévérer dans une voie sans issue.

## **4.4. DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

**Sauvegarde – redressement judiciaire – administrateur – répartition des compétences – acte de procédure – arrêt des poursuites individuelles – reprise d'instance – interdiction du paiement des créances antérieures**

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 9 septembre 2011 (RG n° 10/02167) et 28 octobre 2011 (RG n° 10/02575).

*Émilie JONZO, Doctorante en droit des affaires*

### **Abstract :**

1) Dans le cadre d'une sauvegarde, les actes de procédure relèvent de la compétence de l'administrateur chargé d'une mission d'assistance générale. Toutefois, l'appel formé par le seul débiteur peut être régularisé, et donc recevable, par l'intervention régulière dudit administrateur en appel.

2) Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles emporte de plein droit l'interruption des actions en paiement contre le débiteur placé en sauvegarde ou en redressement. Deux conditions sont exigées pour la reprise de cette instance : une déclaration de créances et la mise en cause des organes de la procédure. Un délai peut être imposé pour leur réalisation. Toute décision prononcée en dépit de ces règles est non avenue. Ainsi, est également assuré le respect du principe d'interdiction du paiement des créances non mentionnées à l'article L.622-17-I du Code de commerce.

---

<sup>1</sup> Com., 26 mai 2010, n°09-14.241, non publié.

Les procédures de sauvegarde et de redressement obéissent souvent à des règles similaires, voire identiques. La répartition des compétences entre débiteur et administrateur chargé d'une mission d'assistance, l'arrêt des poursuites individuelles et l'interdiction du paiement des créances autres que celles nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont autant de règles fondamentales dont le non-respect est sanctionné. Les arrêts de la Cour d'appel de Saint-Denis des 9 septembre et 28 octobre 2011 nous en offrent un rappel.

Le premier arrêt a pour cadre une procédure de sauvegarde. Un bail commercial unissait une SCI et une SA. La survenance d'un incendie lors de l'exécution dudit contrat fait naître au profit de la première une créance sur la seconde. Un litige s'ensuit. En première instance, une ordonnance fixe une provision des dettes de la SA, alors que celle-ci est d'ores et déjà en sauvegarde. Elle interjette appel, appelant dans la cause ses administrateurs judiciaires. Elle invoque l'arrêt des poursuites individuelles, devant selon elle conduire à considérer l'ordonnance non avenue et à interrompre l'action en cours. La SCI argue quant à elle l'irrecevabilité du recours du fait de l'incompétence du débiteur pour interjeter appel.

Dans le second arrêt, un litige relatif au non-respect de sa vie privée oppose une personne physique à une société. Déboutée en première instance, la première interjette appel. Quelques mois plus tard, la société est mise en redressement. L'ordonnance de clôture n'est alors pas encore intervenue. Mais la société intimée attend l'audience afin d'invoquer l'ouverture de la procédure collective, au lieu de mentionner cet élément dans ses conclusions.

Tout d'abord, les juges rappellent l'incompétence du débiteur pour effectuer seul des actes de procédure, qui, bien que ne concernant que la première espèce, s'applique aussi bien au redressement (I). Ils se penchent ensuite sur le régime de l'arrêt des poursuites individuelles, dont ces deux arrêts nous offrent une vue globale et assez complète (II).

## **I. – L'incompétence de la société en sauvegarde pour les actes de procédures**

L'incompétence du débiteur est justifiée par la mission de l'administrateur (A). Cependant, s'il interjette appel en dépit de cette incompétence, l'acte peut être régularisé (B).

### **A. – Une incompétence justifiée par la mission de l'administrateur**

**Le respect impératif du système de cogestion** – La mission d'assistance de l'administrateur connaît des degrés. Il s'agit en l'espèce d'une « *mission d'assistance générale* », portant donc sur l'ensemble des actes de gestion. Une

telle mission suppose un accord entre administrateur et débiteur pour les actes concernés. Le consentement de l'administrateur constitue alors une condition de validité de l'acte accompli. D'où l'intérêt certain pour le débiteur de respecter les règles de cette cogestion. La réalisation des actes de procédure entre dans le champ d'application de cette « *administration conjointe de l'entreprise* »<sup>1</sup>, que le débiteur ait la qualité de demandeur ou de défendeur. En effet, ce nouveau mode de gestion de l'entreprise, induit par l'ouverture de la procédure de sauvegarde, doit être respecté aussi bien par le débiteur que par ses opposants. Et cette affaire manifeste un intérêt de ces deux points de vue.

**Une intervention possible des administrateurs sans délai** – Tout d'abord, dès l'ouverture de la sauvegarde, la bailleresse avait comme interlocuteur non seulement la société locataire, mais aussi les administrateurs judiciaires de celle-ci. Il aurait donc fallu que l'ordonnance soit signifiée à la fois au débiteur et aux administrateurs, ce qui ne fut pas le cas. Lesdits administrateurs n'ayant reçu aucune signification, aucun délai de recours ne pouvait leur être opposé, comme le conclut la Cour d'appel en l'espèce.

**Une absence de signification condamnable** – Une erreur procédurale entachait donc d'ores et déjà cette affaire, puisque l'ordonnance n'avait été signifiée qu'au débiteur. Or, il est de jurisprudence constante que « *les actes de procédure signifiés au seul débiteur alors qu'un administrateur a été nommé avec une mission d'assistance complète sont entachés d'une irrégularité de fond entraînant leur nullité* »<sup>2</sup>. Mais malgré ce motif d'annulation, les juges rechercheront une régularisation de l'appel, rendue possible grâce à l'intervention régulière des administrateurs en appel.

## **B.– La régularisation de l'acte de procédure**

**Une recevabilité possible malgré l'irrégularité** – La mission d'assistance générale commandait que l'appel soit interjeté concurremment par le débiteur et les administrateurs. Or, cette initiative émanait en l'espèce du seul débiteur. Les intimés ne manquent pas de relever cette irrégularité. Apparaît alors l'un des problèmes centraux du premier arrêt, celui de savoir si cet appel reste recevable. En ne limitant pas son analyse à l'auteur initial de l'appel, la Cour d'appel de Saint-Denis parviendra à une réponse affirmative. L'intention du débiteur n'était pas ici d'outrepasser la mission des administrateurs. En témoigne le fait pour lui de les avoir appelés à l'instance, fait sans lequel la voie de recours aurait dû être déclarée irrecevable<sup>3</sup>. Cette recevabilité a donc pu être prononcée grâce à la régularisation effectuée.

---

<sup>1</sup> P.M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, Dalloz Action, 2011, 2499 p.

<sup>2</sup> Com., 30 mars 1993, n°90-21.486, *Bull. Civ. IV* n°133 ; Com., 23 octobre 2002, n°01-00.206, *Bull. Civ. III* n°207.

<sup>3</sup> Com., 3 décembre 2003, n°01-00.485, *Bull. Civ. IV* n°194.

**Une intervention des administrateurs source de régularisation** – Au-delà de l'intention présumée du débiteur, l'irrégularité commise par lui n'est pas définitive. En effet, la procédure peut être régularisée sur le fondement des règles de procédure civile. L'article 126 du Code de procédure civile offre une possibilité de régularisation si la personne titulaire de la qualité pour agir prend part à l'instance avant extinction des délais. Or, les administrateurs sont intervenus en cause d'appel, déposant leurs conclusions aux côtés de la société débitrice. Cette attitude des administrateurs judiciaires postérieurement à l'appel formé par le débiteur manifeste leur accord quant à la suite à donner à cette affaire. Tous les éléments étant réunis pour régulariser la procédure, les juges se sont donc logiquement prononcés en faveur de la recevabilité dudit appel. Leur décision se conforme ainsi à la fois à la loi et à la jurisprudence.

Une fois la régularisation de l'acte de procédure acquise venait la question de l'interruption ou non de la procédure en cours.

## **II. – L'importance du principe d'arrêt des poursuites individuelles**

Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles permet d'interrompre des instances en cours lors de l'ouverture de la procédure collective (A). Son application permet de respecter un autre principe essentiel du droit des entreprises en difficultés, celui de l'interdiction du paiement des créances autres que celles nées régulièrement après le jugement d'ouverture (B).

### **A. – Une interruption des poursuites individuelles**

**Une interruption de plein droit** – L'article L. 622-21-I du Code de commerce dispose que le jugement d'ouverture de la sauvegarde « *interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent (...)* ». Il s'agit d'un principe d'ordre public national et international<sup>1</sup>, mais aussi d'une fin de non-recevoir devant être soulevée d'office par le juge<sup>2</sup>. Ce principe « *donne un répit au débiteur afin de lui permettre d'élaborer le bilan économique et social et le projet de plan de sauvegarde* »<sup>3</sup>. Les créances dont il est question dans ces deux affaires sont antérieures au jugement d'ouverture, et entrent donc bien dans le champ d'application de l'article précité. L'autre condition est elle aussi remplie. Il s'agit dans les deux arrêts d'actions « *tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent* », conformément à l'exigence légale. La réunion

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>er</sup>, 19 décembre 1995, n°93-20.424, *Bull. Civ. I* n°470 ; Civ. 1<sup>er</sup>, 6 mai 2009, n°08-10.281, *Bull. Civ. I* n°86.

<sup>2</sup> Com., 12 janvier 2010, n°08-19.645, non publié.

<sup>3</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 2011.

de ces deux conditions induit une application « *de plein droit* », automatique, de l'arrêt des poursuites individuelles, permettant d'interrompre l'instance en cours.

**Une reprise d'instance possible à deux conditions** – Le terme « interruption » suppose une possible reprise de l'instance qui était en cours. Cette reprise est conditionnée, comme le manifestent clairement ces solutions. En effet, les juges du fond rappellent ici que la reprise est subordonnée, d'une part, à la déclaration de sa créance et, d'autre part, à « *la mise en cause des organes de la procédure* » par ledit créancier. Les juges reprennent ainsi les conditions de reprise fixées par l'article L.622-22 du Code de commerce, selon lequel « *les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan nommé en application de l'article L.626-25 dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant* ». Il s'agit également d'une règle d'ordre public, au plan national comme international<sup>1</sup>. La Cour de cassation exprime clairement dans un avis récent que « *le créancier qui n'a pas déclaré sa créance ne peut reprendre l'instance entamée avant le jugement d'ouverture. En l'absence de déclaration de créance, les conditions de la reprise d'instance ne sont pas réunies, même si la créance du créancier forclos n'est pas éteinte* »<sup>2</sup>.

La reprise d'instance appelle une autre remarque, qui concerne la deuxième affaire. Une jurisprudence constante permet d'imposer un délai au créancier pour la réalisation de ces conditions nécessaires à la reprise d'instance<sup>3</sup>. Le respect de ce délai est essentiel pour le créancier, dans la mesure où la Cour de cassation estime que « *l'absence de diligence en vue de cette reprise d'instance et spécialement l'absence de justification de la déclaration de créance à l'issue du délai imparti entraîne la possibilité de constater la déchéance du pourvoi* »<sup>4</sup>. La sanction est donc être radicale.

**Une solution conforme à l'esprit des procédures collectives** – Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles se justifie par l'esprit même des procédures collectives. Ces dernières visent à éviter que les créanciers les plus rapides ne soient payés au détriment des autres, en organisant le règlement collectif des créanciers. Cette règle est primordiale pour le débiteur, qui dispose alors d'un délai pour organiser sereinement un plan. Mais elle est aussi le corollaire d'un autre principe fondamental des procédures collectives, celui de l'interdiction du paiement des créances antérieures.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 6 mai 2009, précité.

<sup>2</sup> Cass. Avis, 8 juin 2009, avis n°0090002P.

<sup>3</sup> Pour un exemple récent : Com., 15 mai 2012, n°11-12.832, non publié.

<sup>4</sup> Com., 10 mars 2009, n°07-16.397, non publié.

## **B. – Une décision conforme à l’interdiction du paiement des créances antérieures<sup>1</sup>**

**L’interdiction de solliciter comme d’obtenir ce paiement** – L’arrêt ne manque pas de rappeler ce principe issu de l’article L.622-7-I du Code de commerce<sup>2</sup>, en énonçant que le créancier « *ne pouvait solliciter ni obtenir condamnation de la société débitrice à lui payer une quelconque somme* ». L’expression « *de plein droit* » rend automatique cette interdiction dès l’ouverture de la sauvegarde, d’où le caractère « non avenu » de la décision de première instance, prononcée en méconnaissance de la procédure collective. Conformément au principe d’interdiction du paiement des créances antérieures, la reprise de l’action interrompue ne pourra aboutir au paiement d’une somme d’argent à son créancier, demandeur. Comme l’énonce l’article L.622-22, la décision ne fera que constater la créance et fixer son montant. Même si l’action du créancier n’est qu’interrompue, la reprise de celle-ci ne lui permettra pas d’atteindre son objectif premier : être payé par le débiteur. Cette solution se conforme donc parfaitement au principe d’interdiction du paiement des créances antérieures.

**Le caractère non avenu d’une décision contraire à ce principe** – Une jurisprudence constante de la Cour de cassation considère que « *les actes et décisions de justice obtenus après l’interruption résultant du jugement d’ouverture et sans mise en cause des organes de la procédure, sont réputés non avenus* »<sup>3</sup>, c’est-à-dire sans effet, considéré comme n’ayant jamais existé. Le caractère non avenu de la décision de première instance ainsi que l’interruption de la procédure participent tous deux au respect impératif du principe d’interdiction du paiement des créances antérieures. Cela permet de maintenir une égalité entre les créanciers antérieurs, mais aussi de favoriser la société débitrice dans son objectif et d’assurer un règlement collectif des créanciers.

---

<sup>1</sup> Plus précisément, une interdiction du paiement des créances autres que celles nées régulièrement après le jugement d’ouverture.

<sup>2</sup> Cet article dispose notamment que « *le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d’ouverture* ».

<sup>3</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 1997, n°95-14.362, non publié ; Com., 30 juin 2004, n°02-11.111, non publié ; Com., 8 juin 2010, n°09-13.419, non publié.

## **Redressement judiciaire – plan – contestation des créances – vérification des créances – instance en cours**

Cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, 18 octobre 2011, RG n° 11/00531

*Émilie JONZO, Doctorante en Droit des affaires*

### **Abstract :**

La proposition d'apurement faite à un créancier lors de l'élaboration d'un plan n'enlève pas au débiteur la possibilité de contester le montant de la créance. Sa présence sur l'état des créances ne lui donne pas un caractère définitif, le juge-commissaire ne l'ayant inscrit qu'au titre des instances en cours. Ainsi, la reprise d'une action en cours ne peut avoir pour but que de fixer définitivement le quantum de la créance, sans que la vérification par le juge-commissaire ne soit ensuite nécessaire.

Si les procédures collectives aspirent au règlement collectif des créanciers, elles déterminent également le sort de l'entreprise après ses difficultés. À ces deux objectifs correspondent deux procédures distinctes dans le déroulement de la sauvegarde ou du redressement : celle de la détermination du passif et celle de l'élaboration du plan. Malgré leur indépendance, certains créanciers tentent parfois de les faire interagir à leur profit. Cet arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis du 18 octobre 2011 rappelle alors les règles du jeu en la matière.

Une SARL détient une créance sur un maître d'ouvrage placé en redressement judiciaire. Une ordonnance de référé fixe le montant de cette créance à la somme réclamée par la société. Le débiteur interjette appel dans l'espérance d'une réduction de sa dette. Dans le cadre du redressement, un apurement de celle-ci est proposé à la créancière, avant que n'intervienne la décision de la Cour d'appel. Cette proposition prend en compte le montant fixé en première instance. La société demande alors le rabat de la clôture, estimant que cette proposition prive la présente procédure de sa raison d'être. La Cour d'appel devait donc statuer sur la question de savoir si le montant d'une créance pouvait toujours être contestée après une proposition d'apurement. Elle a répondu par l'affirmative, considérant que « *les propositions d'apurement [sont] sans incidence sur la fixation de la créance* ». Elle offre alors une décision claire et pédagogique, en justifiant la possibilité de contestation du montant de la créance (I), puis en rappelant l'incidence d'une instance en cours sur la détermination du passif d'autre part (II).

### **I. – Une contestation possible du montant de la créance**

La Cour d'appel statue en faveur d'une possible contestation, en se fondant sur l'absence d'incidence d'un plan sur la fixation d'une créance. Elle met ainsi en exergue l'indépendance entre l'élaboration d'un plan et la détermination du passif lors d'une procédure collective.

- L'absence d'incidence du plan sur la fixation de la créance

Selon la Cour d'appel, « les propositions d'apurement faites par [le débiteur] dans le cadre d'un plan, ne signifient pas [qu'il] renonce à contester le quantum de la créance dès lors que la créance n'a pas été définitivement arrêtée ». Ainsi, l'établissement d'un projet de plan ne témoigne en aucun cas du caractère définitif des créances. Une telle solution doit être saluée dans la mesure où elle se conforme aux dispositions légales. L'article L.626-21 alinéa 1 du Code de commerce dispose en effet que « l'inscription d'une créance au plan (...) ne [préjuge] pas l'admission définitive de la créance au passif ». Cet article étant applicable au redressement judiciaire<sup>1</sup>, il convenait donc de l'appliquer. On peut s'étonner que cette règle ancienne<sup>2</sup> et constante suscite encore des contentieux compte tenu de sa clarté, d'autant que la Cour de cassation n'hésite pas à censurer les arrêts d'appel qui ne s'y conforment pas<sup>3</sup>. La prise en compte d'une créance dans le projet de plan ne dépend pas de son caractère définitif. La Cour de cassation considère en effet que « le plan de continuation doit prévoir le règlement de toutes les créances déclarées, même si elles sont contestées »<sup>4</sup>. C'est donc en parfaite cohérence avec la loi et la jurisprudence que la proposition d'apurement a été émise, sans qu'elle ne vaille établissement définitif de la créance litigieuse. Et c'est aussi en parfaite cohérence avec elles que la créance peut être contestée à ce stade de la procédure.

- L'indépendance des procédures d'élaboration du plan et de détermination du passif

L'article L.626-21 et les jurisprudences qui en ont découlé manifestent clairement l'indépendance existant entre la procédure d'élaboration du plan et celle de la détermination du passif. Celles-ci ne se succèdent pas, mais sont exercées parallèlement sans incidence l'une sur l'autre. Ceci s'explique par les objectifs distincts qui les caractérisent. Alors que l'établissement d'un plan permet de déterminer quel sera le devenir de la société en difficulté, la détermination du passif vise le règlement collectif des créanciers. Par conséquent, comme l'expose un auteur, « la connaissance du passif est, en effet, indépendante du sort de l'entreprise. Un plan de sauvegarde ou de redressement peut être adopté sans qu'un état définitif des créances n'ait été arrêté », « (...) la vérification peut n'être pas terminée au moment de l'adoption du plan de sauvegarde. À cet égard, le désintéressement des créanciers n'est pas la préoccupation première du législateur, puisque le sort de l'entreprise peut être scellé alors que le passif n'est pas

---

<sup>1</sup> En vertu de l'article 58 II de la loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010.

<sup>2</sup> Elle existait d'ores et déjà sous l'empire de la loi de 1985, figurant à l'article 77 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

<sup>3</sup> Com., 3 octobre 2006, n°04-19.457, non publié.

<sup>4</sup> Com., 6 janvier 1998, n°95-20.588, *Bull. Civ.* IV n°8 ; Com., 3 octobre 2006, précité.

définitivement connu »<sup>1</sup>. Cette indépendance conduit ainsi à éluder toute incidence du projet de plan sur le caractère définitif ou non de la créance, et donc sur la possibilité ou non de pouvoir la contester. L'existence d'une proposition d'apurement ne constituait donc pas un argument susceptible de prospérer.

Pour savoir si la créance pouvait encore faire l'objet d'une contestation, les appelants auraient dû déterminer à quelle étape ils se situaient dans la détermination du passif. Même de ce point de vue, ils n'auraient pu obtenir gain de cause.

## **II. – L'incidence d'une instance en cours sur la détermination du passif**

La Cour d'appel statue « la créance (...) ne figure sur l'état des créances qu'au titre des instances en cours et n'a pas été soumise à la procédure de vérification auprès du juge-commissaire », et qu'« il appartiendra [au créancier], à l'issue de la procédure en cours de faire connaître la créance qui aura été fixée ». Elle met ainsi en évidence l'impact d'une instance en cours sur le déroulement de la procédure de détermination du passif. Après sa déclaration de créances par le créancier lors de l'interruption de l'instance, cette dernière est reprise. Le juge-commissaire ne va donc pas décider de son admission ou de son rejet avant de l'inscrire sur l'état des créances. Il va l'y inscrire « au titre des instances en cours », comme l'y autorise l'article L.624-2 du Code de commerce. Ce n'est donc pas le juge-commissaire qui vérifiera la créance. Cette phase de vérification est remplacée par l'instance. Cette dernière fixe la créance, qui sera finalement admise par le juge-commissaire. C'est d'ailleurs son seul but, puisqu'en vertu de l'article L.622-22 du même code, « les instances en cours (...) sont reprises de plein droit (...), mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant ». Une fois cette décision passée en force de chose jugée, la créance litigieuse acquerra donc un caractère définitif. Dès lors, n'ayant pas encore été fixée, elle pouvait logiquement être contestée par le débiteur, qui n'a pas renoncé à ce droit par sa seule proposition d'apurement.

Par conséquent, s'il est vrai que la solution n'est pas favorable aux créanciers – pour qui le droit des entreprises en difficultés constitue souvent un monde étranger dont les spécificités ne leur sont pas accessibles –, elle mérite d'être saluée pour sa conformité à la loi, mais aussi du point de vue du débiteur, en ne lui ôtant pas une possibilité de voir réduire son passif.

---

<sup>1</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, Domat droit privé, 2011, 944 p.