

2 Chronique de jurisprudence locale de droit des entreprises en difficulté

Cour d'appel de Douai

Véronique BOURGNINAUD,
professeur, université de Lille

Maxime COTTIGNY,
maître de conférences associé,
université de Lille

Christophe DELATTRE,
substitut général, parquet général,
cour d'appel de Douai

Marjorie EECKHOUDT,
maître de conférences, université
de Lille

Bertille GHANDOUR,
maître de conférences, université
de Lille

Corinne ROBACZEWSKI,
professeur, université de Lille

Denis VOINOT,
professeur, université de Lille

Cette chronique de jurisprudence locale de la cour d'appel de Douai est un rendez-vous annuel mettant en lumière un panorama de décisions originales rendues par les juridictions du fond du ressort en droit des entreprises en difficulté. Elle couvre les années 2022 et 2023.

1. - Ouverture de la procédure
2. - Déroulement de la procédure
3. - Responsabilité et sanctions
4. - Règles procédurales

1. Ouverture de la procédure

CA Douai, 27 mars 2023, n° 22/00140 : *JurisData* n° 2023-005026 ; BJE 2023, n° 3, p. 9, note Ch. Delattre

CA Douai, 27 mars 2023, n° 22/00142 ; *Act. proc. coll.* 2023, alerte 108, note B. Ghandour

1. - **L'exercice en société du mandataire judiciaire et la correcte désignation par le tribunal.** – Le mandataire judiciaire, désigné par le tribunal à l'ouverture de la procédure collective, bénéficie d'un mandat de justice. Cette confiance que la Justice place en sa personne implique qu'il ne puisse exister aucun doute quant à la personne nommée à cette fin. Sans que la loi ne consacre de formule sacramentelle (*V. Cass. com.*, 22 mars 2017, n° 15-18.171 : *JurisData* n° 2017-005104 ; *Act. proc. coll.* 2017, alerte 134), le jugement doit précisément identifier le bénéficiaire du mandat.

Or, la possibilité d'exercer la profession de mandataire judiciaire en société (*C. com.*, art. L. 812-5) peut faire naître une confusion entre la structure sociale représentée par l'un de ses membres et la personne physique du mandataire judiciaire exerçant à titre individuel. Le tribunal ne doit pas se tromper car « nul ne peut être désigné en justice pour exercer les fonctions de mandataire judiciaire s'il n'est inscrit sur la liste établie à cet effet » (*C. com.*, art. L. 812-2). Ce n'est pas la même chose de désigner « Maître X, ès qualités » que de nommer « la SEL (...) pris en la personne de Maître X » comme le souligne la Cour de cassation (*Cass. com.*, 27 nov. 2012, n° 11-25.628 : *JurisData* n° 2012-027423 ; *Bull. civ. IV*, n° 214 ; *Act. proc. coll.* 2013, alerte 4, note P. Cagnoli).

C'est ainsi que dans les deux espèces, un recours sollicitant l'arrêt de l'exécution provisoire est formé (*V. C. com.*, art. R. 661-1) contre le jugement d'ouverture de la procédure collective ayant désigné « Maître X » mandataire judiciaire, sans indication ni du prénom, ni de l'adresse, alors que celui-ci exerce en société unipersonnelle (SELURL). En défense, il est opposé qu'il ne s'agit que d'une erreur matérielle dans la désignation de l'organe et qui

pourra être rectifiée en appel (*V. CA Metz*, 5 avr. 2016, n° 16/00946, *préc.*).

Cependant, le Premier président de la cour d'appel de Douai, comme l'y invitait les réquisitions du ministère public, considère qu'il y a un motif sérieux justifiant l'arrêt de l'exécution provisoire. Le cadre légal est d'abord rappelé : « lorsque le tribunal nomme une société, il désigne en son sein un ou plusieurs associés exerçant l'activité d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire pour la représenter dans l'accomplissement du mandat qui lui est confié » (*C. com.*, art. R. 814-83) et « un administrateur judiciaire ou un mandataire judiciaire associé exerçant au sein d'une société ne peut exercer sa profession à titre individuel ou en qualité de membre d'une autre société, quelle qu'en soit la forme » (*C. com.*, art. R. 814-84). La conclusion est ensuite tirée que le tribunal « ne pouvait nommer Maître [X] ès qualités de mandataire judiciaire [du débiteur], alors même que Maître [X] exerce son activité de mandataire judiciaire au sein d'une société et ne pouvait que nommer cette société et désigner Maître [X] pour la représenter dans l'accomplissement du mandat qui lui a été confié ». Sans préjugé de la décision qui pourra être rendue au fond sur le point de savoir si l'erreur entraîne la nullité du jugement, « elle va entraîner à tout le moins une réformation du jugement, qui ne peut être exécuté en l'état » puisque « cette ouverture devant nécessairement s'accompagner de la nomination d'un mandataire judiciaire qui peut légalement l'être ».

Sage décision dès lors que les jugements en cause ont désigné à titre personnel un professionnel pour l'accomplissement d'une mission qu'il ne peut exercer à titre individuel. Il y a matière à sérieusement douter qu'il s'agisse d'une erreur matérielle lorsqu'elle aboutit à la désignation d'une mauvaise personne. Ce n'est point une simple erreur de prénom ou d'orthographe par exemple. En outre, il faudrait encore imaginer les conséquences de cette mauvaise désignation qui pourraient se répercuter sur les actes et opérations réalisés par un professionnel qui n'en a pas le pouvoir.

Néanmoins, s'il appartient au tribunal de vérifier l'immatriculation du professionnel qu'il entend désigner pour s'assurer de l'exercice individuel ou en société, réciproquement, il relève des professionnels en activité de prendre soin d'informer la juridiction de tout changement de mode d'exercice.

Bertille GHANDOUR

CA Douai, 19 janv. 2023, n° 22/03494 : JurisData n° 2023-000702

2. - L'obligation de motiver l'étendue des pouvoirs confiés à l'administrateur judiciaire dans la procédure de sauvegarde. – L'étendue des missions de l'administrateur judiciaire en procédure de sauvegarde est une question débattue au sein des juridictions. La décision rendue par la cour d'appel de Douai pose la question du juste calibrage des prérogatives confiées.

Suite à l'ouverture de la procédure, une société avait sollicité la désignation d'un administrateur judiciaire. Le tribunal avait fait droit à cette demande en confiant à l'administrateur, outre les pouvoirs conférés par la loi, une mission générale d'assistance pour tous les actes de gestion. Contestant l'étendue de cette mesure jugée trop large, trop contraignante et contraire à l'intérêt de la société, cette dernière a fait appel du jugement rendu. Rien ne justifiait, selon la société, qu'une mission d'assistance soit confiée à l'auxiliaire de justice. La cour d'appel douaisienne approuve cette demande. Rappelant le principe posé à l'article L. 622-1, I, du Code de commerce, elle souligne qu'en procédure de sauvegarde, l'administration de l'entreprise est assurée par le dirigeant de la société. Ainsi cantonne-t-elle la mission de l'administrateur à une simple surveillance de l'entreprise, estimant que le tribunal aurait dû motiver son choix d'une mission plus large. Elle précise qu'aucun élément du dossier ne témoigne de défaillances du dirigeant dans la gestion de sa société qui justifierait que soit mise en place une mesure d'assistance générale. En 2011 déjà, la cour d'appel de Paris (*CA Paris, 25 oct. 2011, n° 11/16438 : Rev. proc. coll. 2012, comm. 30, note Ch. Lebel ; Bull. Joly Sociétés 2012, n° 4, p. 342, note A. Cerati-Gauthier*) avait estimé que la juridiction devait justifier l'attribution d'une mission d'assistance. Elle s'était appuyée sur la situation financière favorable de l'entreprise ainsi que sur les qualités du gérant ne relevant « *aucun problème de confiance ou de compétence* » affectant ce dernier. Quant à la cour d'appel de Douai, c'est exclusivement sur l'absence de défaillance ou de difficulté du dirigeant dans la gestion de la société qu'elle se prononce. Ainsi, au regard des objectifs de la procédure de sauvegarde et afin d'en préserver l'attractivité, la mission doit être cantonnée à une simple mission de surveillance.

Marjorie EECKHOUDT

CA Douai, réf. Prem. prés., 29 juin 2023, n° 23/00064 : Act. proc. coll. 2023, alerte 175

3. - Arrêt d'exécution provisoire faute de respect du principe du contradictoire par le tribunal. – Quand le demandeur sollicite l'ouverture d'une procédure de surendettement en application de l'article L. 711-1 du Code de la consommation, le tribunal ne peut d'office ouvrir une procédure de redressement judiciaire en l'absence de débat sur ce point.

Un entrepreneur saisi le tribunal judiciaire aux fins de pouvoir bénéficiaire d'une procédure de surendettement. À l'audience, le parquet émet un avis favorable. Or, contre toute attente, le tribunal relève d'office que le demandeur est dans l'impossibilité de faire face au paiement de son passif exigible avec son actif disponible caractérisant un état de cessation des paiements et ouvre un redressement judiciaire. Le demandeur relève appel et saisi le Premier président aux fins d'arrêt d'exécution provisoire de la décision.

L'appelant soutient que la possibilité d'un redressement judiciaire n'a jamais été évoquée lors des débats. Face à cette situation, le parquet général sollicite la note d'audience auprès du parquet de première instance laquelle démontre que le demandeur a maintenu à l'audience sa demande avec un avis favorable du ministère

public et qu'à aucun moment le tribunal n'a évoqué contradictoirement que la situation du demandeur relève en réalité de la procédure de redressement judiciaire.

Le tribunal ne peut rendre une décision contraire à la demande sans demander aux parties leurs observations et ce en application de l'article 6 de la CEDH.

Il n'est pas rare que la note d'audience ne soit pas dans le dossier transmis à la cour d'appel. Le magistrat du parquet ne doit pas hésiter à solliciter cette pièce indispensable qui permet de savoir ce qui s'est dit lors de cette audience. En l'espèce, la note d'audience n'évoque aucunement le redressement judiciaire ni le recueil de l'avis des parties et du ministère public sur ce point. La censure était inévitable. Une autre situation pose difficulté : celle de la note d'audience où le greffier n'a rien retranscrit. Mais là c'est un autre problème (*V. Le rôle du greffier et du tribunal dans la retranscription des débats, BJE sept.-oct. 2015, n° 112k1, note Ch. Delattre*).

Christophe DELATTRE

CA Douai, 9 févr. 2023, n° 22/03573

4. - Motivation par le tribunal de la fixation de la date de cessation des paiements. – Suite à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre d'une société sur assignation de l'URSSAF, la société débitrice fait appel du jugement et demande à la cour d'appel de constater que l'état de cessation des paiements n'est pas caractérisé aux motifs que les sommes réclamées sont contestées et que le passif dont se prévaut l'URSSAF ne présente donc pas le caractère exigible requis par l'article L. 631-1 du Code de commerce.

La cour d'appel de Douai confirme le jugement déféré en toutes ses dispositions. Elle retient au titre du passif exigible une somme dont la société serait redevable au titre de cotisations salariales dues, somme contestée par la société qui indique ne pas avoir eu de salariés au cours des mois ayant généré les créances sociales. S'agissant de l'actif disponible, la cour indique que l'URSSAF a démontré son insuffisance par rapport au passif exigible par l'échec des voies d'exécution qu'elle avait tenté de mettre en place.

L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire reste conditionnée par la constatation de l'état de cessation des paiements, définie aux termes de l'article L. 631-1 du Code de commerce, comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face au passif exigible avec son actif disponible, et la difficulté réside dans l'appréciation de ces composantes par les juges du fond. Il est de jurisprudence constante que le passif exigible est composé des dettes certaines, liquides et exigibles, ce qui conduit à exclure du passif exigible une dette litigieuse, contestée dans son existence ou dans son montant. Le contentieux afférent au recouvrement des créances sociales est singulier et la Cour de cassation a décidé qu'en l'absence de recours juridictionnel, les dettes de cotisations sociales ayant fait l'objet de contraintes devenues définitives ne sont pas litigieuses et peuvent être intégrées dans le passif exigible (*Cass. com., 9 sept. 2020, n° 18-24.262, F-D*). En l'espèce, le débiteur ne démontrant pas avoir fait opposition aux contraintes délivrées par l'URSSAF, la dette sociale est donc bien exigible. S'agissant de l'appréciation de l'actif disponible, les juges du fond déduisent son insuffisance de l'échec des voies d'exécution en l'absence de documents produits par le débiteur. C'est donc avec un certain pragmatisme que les juges du fond admettent que les vaines tentatives de recouvrement sont admises comme démonstration de l'absence d'actif disponible (*Cass. com., 20 mars 2019, n° 17-26.602, F-D : Act. proc. coll. 2019, alerte 87*).

Véronique BOURGNINAUD

CA Douai, 16 mars 2023, n° 22/05457 : JurisData n° 2023-003898 ; Act. proc. coll. 2023, alerte 94

5. - Cessation d'activité et redressement manifestement impossible. – Le 21 novembre 2022, le tribunal de commerce de Valenciennes, saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective par le procureur de la République à l'égard d'une société, après

avoir ordonné une enquête afin de recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de la société, ouvre une procédure de liquidation judiciaire et fixe la date de cessation des paiements au 1^{er} janvier 2022. La société fait appel du jugement aux fins d'ordonner l'ouverture d'un redressement judiciaire et de fixer la date de cessation des paiements au 10 octobre 2022.

En l'espèce, le tribunal a ouvert une liquidation judiciaire immédiate sur le fondement de l'article L. 640-1 du Code de commerce sur le double constat de l'état de cessation des paiements du débiteur et de son redressement manifestement impossible. Le redressement manifestement impossible est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond et s'entend généralement de la situation dans laquelle on considère que la poursuite de l'activité n'est pas viable, celle-ci étant irrémédiablement compromise. À cet égard, l'article R. 640-1 du même code exige que les éléments de nature à établir que le redressement est manifestement impossible soient joints à la demande du débiteur, à l'assignation du créancier ou à la requête du ministère public. La Cour de cassation a ainsi admis qu'une société dépourvue d'activité et dont les locaux étaient vides se trouvait en situation irrémédiablement compromise (*Cass. com.*, 12 janv. 2010, n° 08-70.147, inédit : *JurisData* n° 2010-051096). De la même façon, une cour d'appel a souverainement apprécié que le redressement d'une débitrice expulsée du local dans lequel elle exploitait le fonds de commerce était manifestement impossible (*Cass. com.*, 20 avr. 2017, n° 15-21.394, inédit). La cour d'appel de Douai, après avoir constaté le montant du passif exigible ainsi que l'absence de justification d'actif disponible et retenu que le redressement de la société qui a cessé toute activité depuis juillet 2022 est manifestement impossible, rend une solution parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Véronique BOURGNINAUD

CA Douai, 6 juill. 2023, n° 23/00338 : Act. proc. coll. 2023, alerte 176

6. - Premières difficultés d'application de la loi du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. – Cet arrêt témoigne des premières difficultés d'application dans le temps du nouveau statut unique pour l'entrepreneur individuel qui distingue de plein droit son patrimoine professionnel de son patrimoine personnel, introduit par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.

En l'espèce, suite à la liquidation judiciaire de la SCP au sein de laquelle il exerçait son activité professionnelle en tant qu'associé unique, un avocat se réinstalle sous forme d'entrepreneur individuel le 1^{er} février 2022 et déclare son état de cessation des paiements le 21 décembre 2022. Une procédure de redressement judiciaire est ouverte à son égard par jugement rendu par le tribunal de commerce de Lille le 6 janvier 2023 frappé d'appel par le ministère public qui demande à la cour de dire quelle procédure doit être ouverte et d'infirmier le jugement.

Sur la recevabilité de l'appel, la cour d'appel de Douai souligne que l'argumentation de l'avocat est erronée et reconnaît que la loi du 14 février 2022 est applicable au litige. Elle rappelle opportunément qu'en vertu de l'article 19 de ladite loi, le nouveau statut est entré en vigueur le 15 mai 2022 sans être applicable aux procédures en cours à cette date. Parallèlement, les articles L. 526-22 à L. 526-31 du Code de commerce qui régissent le nouveau statut de l'EI, prévoyant un patrimoine professionnel et un patrimoine personnel, ne s'appliquent qu'aux créances nées après le 15 mai 2022. En conséquence, même si les créanciers titulaires de créances nées antérieurement au jugement conservent un droit de gage complet sur le patrimoine de l'entrepreneur, le nouveau statut s'applique aux procédures ouvertes à compter du 16 mai 2022.

À l'évidence, le tribunal n'a pas pris acte de ce changement puisqu'il a ouvert une procédure du livre VI du Code de commerce sans analyser la situation du débiteur au regard de ses deux patri-

moines. Aussi, regrettera-t-on que la cour d'appel de Douai, n'ayant été saisie d'aucune prétention du ministère public au sens de l'article 954 du Code de procédure civile en lui demandant de « statuer à nouveau conformément aux éléments du passif que communiquera le mandataire judiciaire et dire quelle procédure doit être ouverte », n'ait pu que confirmer le jugement entrepris sans pouvoir se prononcer sur cette épineuse question.

Véronique BOURGNINAUD

CA Douai, 12 janv. 2023, n° 22/02747 : *JurisData* n° 2023-001503

7. - L'ouverture d'une procédure collective est indépendante des mobiles du débiteur. – Il résulte de cet arrêt rendu par la cour d'appel de Douai que l'ouverture d'une procédure collective s'impose au constat de l'état de cessation des paiements indépendamment des mobiles qui animent le débiteur.

En l'espèce, suite à l'ouverture d'une liquidation judiciaire à l'encontre d'une société, le CSE fait appel du jugement invoquant une fraude dans la saisine du tribunal de commerce, la société mère ayant renoncé à apporter une aide financière faisant ainsi échouer un plan de sauvegarde de l'emploi. L'arrêt est confirmé par la cour d'appel qui rappelle que le juge n'a pas à apprécier les mobiles du débiteur, tenu de déclarer un état de cessation des paiements dont l'appréciation se fait objectivement par une comparaison de l'actif disponible et du passif exigible indépendamment du choix de l'actionnaire majoritaire de renoncer à soutenir sa filiale.

Cette décision n'est pas sans rappeler l'arrêt Sodimédical rendu par la Cour de cassation qui avait décidé que lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état (*Cass. com.*, 3 juill. 2012, n° 11-18.026 : *JurisData* n° 2012-015231 ; *Bull. civ. IV*, n° 146). Si elle mérite entière approbation, elle soulève néanmoins l'irritante question de la prise en considération des mobiles du débiteur et du risque d'instrumentalisation de la procédure collective au détriment des créanciers ou des salariés. Le jugement d'ouverture d'une procédure collective, a fortiori d'une liquidation judiciaire, crée une situation juridique nouvelle protectrice des droits du débiteur et attentatoire à ceux des créanciers, qui peut inciter le débiteur à former une demande d'ouverture animé d'une certaine intention. Contrairement à la situation de surendettement (*C. consom.*, art. L. 711-1), la définition légale de la cessation des paiements est exclusive de la bonne ou mauvaise foi du débiteur. Ses mobiles sont donc totalement inopérants pour décider de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire qui s'impose par le simple constat de l'état de cessation des paiements lequel n'inclut aucun élément intentionnel.

Véronique BOURGNINAUD

CA Douai, 15 déc. 2022, n° 22/02417 : *JurisData* n° 2022-022483

8. - Appréciation objective des composantes de la cessation des paiements. – La cessation des paiements ne cesse de hanter les prétoires et le présent arrêt rendu par la cour d'appel de Douai le 15 décembre 2022 en est une nouvelle illustration. En l'espèce, une société, ayant fait l'objet de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire sur assignation d'un créancier, conteste en appel son état de cessation des paiements aux motifs qu'un immeuble faisait l'objet d'un compromis de vente, que le créancier poursuivant avait été désintéressé, qu'il n'y avait aucune mesure d'exécution forcée de la part des autres créanciers et qu'un moratoire avait été conclu dans l'attente de la vente de l'immeuble.

En l'état actuel de la jurisprudence, sa demande avait peu de chance d'aboutir mais l'arrêt confirmatif rendu par la cour d'appel de Douai permet de faire le point sur les composantes de la cessation des paiements dont la complexité est source de bien des litiges. Définie à l'article L. 631-1 du Code de commerce comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, la cessation des paiements peut être combattue par le débiteur s'il

établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Si la jurisprudence s'est montrée flexible en qualifiant d'actif disponible le prix de vente d'un immeuble placé sous séquestre chez un notaire (Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-20.065, P : *JurisData* n° 2018-022282 ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 58, J. Vallansan), elle se montre intraitable tant que le prix n'est pas versé et refuse de qualifier d'actif disponible un immeuble sous offre d'achat acceptée (Cass. com., 17 juin 2020, n° 18-22.747, F-P+B : *JurisData* n° 2020-008535). Dans cette hypothèse, le caractère liquide de l'actif reste hypothétique tandis que la disponibilité requise exige qu'il soit effectif. L'argumentaire déployé devant les juges du fond n'avait donc aucune chance de prospérer en contemplation des exigences exprimées par la Cour de cassation en matière d'actif disponible. En ce qui concerne le passif exigible, le présent arrêt soulève la difficulté résultant de la clause de déchéance du terme qui mécaniquement entraîne un accroissement du passif exigible qui n'a pas à être exigé, ce qui conduit la cour à rejeter l'argument de l'appelant tenant à l'absence de mesure de recouvrement. En outre, le débiteur ne démontrant pas la réalité d'un moratoire par un accord d'échelonnement valable et accepté par le créancier, seul susceptible de minorer le passif exigible, l'état de cessation des paiements se trouve avéré et le jugement confirmé.

Véronique BOURGNINAUD

2. Déroulement de la procédure

CA Douai, 26 janv. 2023, n° 19/06684 : *JurisData* n° 2023-001019 ; *Act. proc. coll.* 2023, alerte 70, n° 6

9. - **Contestation de créance et incompétence du juge-commissaire.** – L'espèce concerne une contestation de créance relative au taux d'intérêt assortissant un prêt consenti au débiteur avant d'être placé en procédure collective. L'intérêt de la décision réside dans la coordination avec une règle de procédure civile. En effet, le débiteur a obtenu en référé une mesure d'instruction avant procès (CPC, art. 145) afin d'analyser le taux d'intérêt du prêt en cause. En défense, le créancier déclarant va agir sur deux terrains : l'irrecevabilité de l'action en référé et son bien-fondé.

Le premier grief est rejeté. La cour d'appel de Douai affirme clairement que le délai d'un mois à compter de la notification de la décision d'incompétence du juge-commissaire qui sursoit à statuer (V. C. com., art. R. 624-5) pour saisir la juridiction compétente ne s'applique pas à la saisine en référé car, comme le souligne l'arrêt, le référé n'a pas vocation à trancher une contestation. L'action en référé n'est enfermée dans aucun délai. Il n'y a donc pas de forclusion du débiteur faute d'avoir mis en cause le commissaire à l'exécution du plan dans le délai d'un mois.

Le second grief aboutit cependant à l'infirmité de l'ordonnance en référé. En effet, la mesure d'instruction prise suppose qu'aucune instance sur le même litige ne soit en cours. Selon la juste analyse des juges douaisiens, la saisine de la juridiction compétente pour trancher la contestation suite à la décision d'incompétence du juge-commissaire est la continuité de la procédure introduite par la déclaration de créance du créancier, laquelle équivaut à une demande en justice. C'est d'ailleurs en ce sens que le débiteur a saisi le tribunal de commerce pour que soit tranchée la contestation de créance. Il y avait donc une instance portant sur le même litige déjà en cours, la mesure d'expertise prononcée n'avait pas lieu d'être.

Bertille GHANDOUR

CA Douai, 14 nov. 2022, n° 22/00112 : *JurisData* n° 2022-022426 ; *Act. proc. coll.* 2023, alerte 29

CA Douai, 16 mars 2023, n° 22/04396 : *JurisData* n° 2023-003975 ; *Act. proc. coll.* 2023, alerte 112

10. - **Résolution facultative ou obligatoire du plan de redressement.** – L'article L. 626-27 du Code de commerce ouvre deux

voies de résolution du plan de redressement : facultative et obligatoire. Alors que la résolution facultative peut être prononcée lorsque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements, la résolution obligatoire s'impose dès lors que cet état est démontré, entraînant la liquidation judiciaire du débiteur. Dans une décision rendue le 16 mars 2023, précédée par une ordonnance de référé, la cour d'appel de Douai vient apporter des précisions utiles sur l'interprétation du texte.

En janvier 2017, le TGI avait placé une infirmière libérale en redressement judiciaire et fixé les modalités de remboursement d'une dette dans un plan de continuation. Suite au défaut de paiement d'une échéance, le tribunal judiciaire avait prononcé la résolution du plan et la liquidation judiciaire en septembre 2022. La débitrice avait alors fait appel de la décision et demandé en référé l'arrêt de l'exécution provisoire. Jugeant les arguments avancés sérieux, le Premier président de la cour d'appel a fait droit à cette demande, en reprochant au jugement litigieux de ne pas avoir établi l'état de cessation des paiements.

Saisi sur le fondement de l'article L. 626-27, alinéa 2 du Code de commerce prévoyant la résolution facultative du plan, le tribunal avait indiqué que la débitrice était « manifestement à nouveau dans un état de cessation des paiements » justifiant le prononcé d'une liquidation judiciaire. Le défaut de paiement des dividendes traduisait vraisemblablement des difficultés économiques. Ce raisonnement est sanctionné par l'ordonnance de référé. La solution est classique : le défaut de paiement des dividendes ne présume pas l'état de cessation des paiements (Cass. com., 2 juin 2021, n° 20-14.101 : *JurisData* n° 2021-008748 ; *Rev. proc. coll.* 2022, comm. 33, K. Lafaurie). L'état de cessation des paiements n'étant pas démontré, il y avait là un motif sérieux de suspension de l'exécution provisoire.

Saisie sur le fond du dossier en 2023, la cour d'appel de Douai va souffler le chaud et le froid sur le jugement rendu en première instance. Concernant la résolution facultative du plan, elle rappelle qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'état de cessation des paiements. Pour autant, la loi (C. com., art. L. 626-27, al. 2) n'accorde pas un blanc-seing aux juges. S'ils peuvent résilier le plan de redressement, encore doivent-ils constater l'inexécution par le débiteur de ses obligations. Or, en l'espèce, la cour a relevé l'existence d'« un doute quant aux montants des dividendes que [la débitrice] devait régler en vertu du plan, et, par voie de conséquence, quant à l'inexécution du plan ». Néanmoins, la cour constate que la débitrice est en état de cessation des paiements. Rappelant qu'un immeuble proposé à la vente ne saurait être pris en compte dans l'actif disponible, elle constate que la santé financière de l'entreprise, postérieurement à la mise en place du plan, justifie et impose sa résolution ainsi que la liquidation judiciaire.

Marjorie ECKHOUDT

CA Douai, 27 janv. 2023, n° 20/02125 : *JurisData* n° 2023-001308 ; *Act. proc. coll.* 2023, alerte 68

11. - **Acte étranger à la gestion courante : quid du contrat de travail ?** – Le débiteur en redressement judiciaire peut-il conclure seul un contrat de travail pendant la période d'observation ? La cour d'appel de Douai répond par la négative à ce problème de droit au terme d'une motivation qui mérite d'être discutée. S'appuyant sur la distinction entre les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur et qui sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi (C. com., art. L. 662-3, al. 2), et les actes étrangers à la gestion courante qui nécessitent d'être autorisés par le juge-commissaire (C. com., art. L. 622-7, II), la cour juge le contrat de travail inopposable à la procédure collective en l'absence d'une telle autorisation. Le débat de fond portait en réalité non pas sur un mais sur plusieurs contrats de travail successifs. L'appelant arguait du fait « que les contrats à durée déterminée avaient été signés au motif d'un accroissement temporaire d'activité » pour invoquer à son bénéfice la qualification d'acte de gestion courante. Il pouvait en effet se fonder sur un précédent

jurisprudenciel dans lequel avait été jugé qu'un contrat conclu par un chauffeur-livreur pour une période courte afin de faire face à un surcroît de l'activité habituelle de transport de marchandises constituait un acte de gestion courante pour l'exercice duquel l'autorisation du juge-commissaire n'était pas requise (Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-41.598, F-P : *JurisData* n° 2005-029797 ; D. 2005, AJ, p. 2446, note A. Lienhard ; D. 2006, Pan., p. 79, note P.-M. Le Corre ; JCP E 2006, I, 130, n° 2, p. 71, note Ph. Pétel ; RJ com. 2006, p. 41, note J.-P. Sortais).

Toutefois la cour d'appel relève qu'en l'espèce il s'agissait d'un contrat à durée indéterminée. Elle conclut que « la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée et a fortiori indéterminée, ne constitue pas en principe un acte de gestion courante » (V. préc. Cass. soc., 30 mai 2001, n° 99-42.769 : *JurisData* n° 2001-010047 ; Act. proc. coll. 2001, 203, note C. Regnaut-Moutier). Si l'affirmation n'est pas contestable pour un contrat à durée indéterminée, on peut se demander si elle ne devrait pas être nuancée s'agissant d'un contrat à durée déterminée isolé en raison de la présence d'un administrateur judiciaire avec mission d'assistance (comp. Cass. soc., 17 oct. 2006, n° 04-45.827, F-D : *JurisData* n° 2006-035482 ; RJDA 2006, n° 176 ; Act. proc. coll. 2007, comm. 9, note L. Fin-Langer). Cela aurait le mérite d'introduire un peu de souplesse notamment pour répondre à un besoin urgent de l'entreprise en redressement judiciaire.

Denis VOINOT

3. Responsabilité et sanctions

CA Douai, 16 mars 2023, n° 22/03038 : *JurisData* n° 2023-014344

12. - **Interdiction de gérer et insuffisance d'actif.** – Dans un souci d'indulgence, certains textes du livre VI du Code de commerce invitent à apprécier la conscience du dirigeant dans ses fautes de gestion et ses manquements aux obligations légales. Ainsi peut-il être condamné pour insuffisance d'actif s'il commet des fautes de gestion au-delà de la simple négligence et frappé d'une interdiction de gérer s'il omet « sciemment » de demander l'ouverture d'une procédure collective dans les 45 jours de la cessation des paiements. L'adverbe « sciemment » retenu par le texte (C. com., art. L. 653-8) fait l'objet d'une jurisprudence abondante et variée, comme en témoigne l'arrêt rendu par la cour d'appel de Douai.

Un dirigeant de société avait demandé le 10 juillet 2018 l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire plus de 45 jours après l'état de cessation des paiements fixé le 1^{er} mars 2018. Le tribunal de commerce avait prononcé une interdiction de gérer pendant 5 ans à son encontre et l'avait condamné à contribuer à l'insuffisance d'actif pour un montant de 413 486 € correspondant au montant du redressement fiscal de TVA (hors pénalités) prononcé à l'encontre de la société. Suite à l'appel interjeté par le dirigeant, la cour d'appel va réformer le jugement rendu. Elle estime que le dirigeant n'a pas omis « sciemment » de déclarer son état de cessation des paiements et réduit par ailleurs à 60 000 € sa contribution à l'insuffisance d'actif.

Concernant l'interdiction de gérer, la cour d'appel estime que le dirigeant n'ignorait pas les difficultés de l'entreprise mais qu'il pouvait ne pas être conscient de l'état de cessation des paiements. En effet, bien que la dette fiscale soit ancienne, il avait adressé en avril 2018 des observations à l'administration fiscale en réponse à la proposition de rectification. Cette dernière lui avait alors opposé un refus en juin 2018. De plus, l'entreprise avait décroché deux marchés conséquents qui avaient pu laisser croire au commissaire aux comptes – tableaux prévisionnels à l'appui – que la société pouvait honorer ses dettes fiscales et ses cotisations sociales. Dans ce contexte, la cour a estimé que le dirigeant pouvait légitimement se méprendre sur la situation financière de l'entreprise.

Concernant la responsabilité pour insuffisance d'actif, l'arrêt rappelle que la responsabilité spéciale prévue à l'article L. 651-2

du Code de commerce se distingue de la responsabilité de droit commun. On sait, en effet, que le juge a la faculté « même après avoir retenu l'existence d'une faute de gestion commise par un dirigeant, de ne pas prononcer de condamnation ou de moduler le montant de la condamnation indépendamment du préjudice subi par les créanciers de la société en liquidation judiciaire » (Cass. com., 12 juin 2019, n° 17-23.176). Or, la cour d'appel de Douai souligne que parmi les quatre fautes reprochées par le liquidateur judiciaire, seule la fraude fiscale dépassait la « simple négligence ». Dans ces circonstances, elle estime en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation que le dirigeant n'est pas tenu d'éponger la dette.

Marjorie EECKHOUDT

CA Douai, 8 nov. 2022, n° 22/000029

13. - **L'interdiction bancaire ne fait pas obstacle à la caractérisation d'une gérance de fait.** – « Toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé » peut, aux termes de l'article L. 654-1, 1° du Code de commerce, être déclarée coupable du délit de banqueroute. La responsabilité des dirigeants de fait est ainsi expressément envisagée, ce qui conduit à d'assez fréquentes condamnations dès lors qu'un faisceau d'indices met en évidence l'immixtion d'une personne dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société (V. par ex., CA Douai, 17 janv. 2022, n° 17/04137 : *Rev. proc. coll.* 2022, *chron.* 1, n° 6, obs. C. Robaczewski). En effet, la gestion de fait, qui n'est pas définie par la loi, peut résulter de la réunion d'indices très divers, traduisant que la personne poursuivie a exercé des prérogatives réservées aux dirigeants de droit (G. Notté, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives* : JCP CI 1980, I, 8560).

En l'espèce, le prévenu conteste la prise en compte de cette qualité de gérant de fait de la société en faillite, considérant qu'il ne s'occupait que de la gestion des chantiers et qu'étant sous le coup d'une interdiction bancaire, il ne pouvait pas avoir accès aux comptes bancaires de la société. Or, l'argument n'est pas suffisamment convaincant pour les juges douaisiens qui retiennent au contraire un faisceau d'indices mettant en évidence l'immixtion du prévenu dans la création, puis dans le recrutement du personnel et la comptabilité de la société.

En tant que gestionnaire de fait, le prévenu se voit ainsi reprocher deux faits de banqueroute. Le premier consiste en un détournement d'actif. En effet, ce dernier reconnaît avoir conservé l'usage d'un véhicule et de biens informatiques postérieurement à la date de cessation des paiements. Le second consiste dans l'absence de tenue de comptabilité. En l'espèce, le mandataire a été dans l'impossibilité de récupérer cette comptabilité, ce qui démontre son inexistence.

Mais l'interdiction bancaire que le prévenu a cru bon mettre en avant dans sa défense justifie le prononcé d'une peine sévère. Les juges douaisiens estiment en effet que les faits démontrent une volonté de dissimulation du prévenu qui, étant interdit bancaire, a utilisé un tiers pour gérer une société. Son casier judiciaire portant trace en outre de plusieurs condamnations antérieures, et ce dernier étant également déclaré coupable des délits d'abus de confiance et de travail dissimulé, il est condamné assez lourdement. À la peine d'emprisonnement sans sursis et à la peine d'interdiction de gérer qu'avaient prononcé les premiers juges, la cour d'appel ajoute une peine ferme d'amende de 1 000 €.

Corinne ROBACZEWSKI

CA Douai, 17 janv. 2023, n° 22/000340

14. - **Violation d'une interdiction de gérer prononcée par le tribunal de commerce.** – Le délit de l'article 434-40-1 du Code pénal est à distinguer de celui prévu à l'article L. 654-15 du Code de commerce. Si les deux délits sont bien réprimés de la même peine, à savoir de deux ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende, celui du Code pénal consiste en la violation d'une peine

d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale, telle que prévue au deuxième alinéa de l'article 131-27 du même code, et donc prononcée par le tribunal correctionnel tandis que celui du Code de commerce consiste dans le fait, pour toute personne, d'exercer une activité professionnelle ou des fonctions en violation des interdictions, déchéances ou incapacités prononcées par le tribunal de commerce. La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de le préciser (*Cass. crim.*, 26 janv. 2022, n° 21-81.822) après que le Conseil constitutionnel a abrogé l'article L. 654-6 du Code de commerce qui, en violation du principe d'égalité, permettait une double condamnation à la faillite personnelle, au pénal et au commercial, dans le cas – et seulement dans ce cas –, où le tribunal répressif avait jugé le premier (*Cons. const.*, 29 sept. 2016, n° 2016-573 QPC). Pour la chambre criminelle, l'application de l'article 434-40-1 du Code pénal nécessite que l'interdiction ait été antérieurement prononcée par le tribunal correctionnel, sur le fondement de l'article L. 654-5, 2° du Code de commerce, mais il n'est pas applicable en cas de violation d'une faillite personnelle ou d'une interdiction, déchéance ou incapacité prononcée par le tribunal de commerce, sur le fondement des articles L. 653-2 et L. 653-8 du même code, ou même sur celui de L. 654-6 encore applicable avant la décision du Haut Conseil.

Dans l'espèce rapportée, le délit du Code pénal est reproché au prévenu en sus de nombreux autres faits constitutifs de travail dissimulé en récidive (*C. trav.*, art. L. 8221-3), d'emploi de salariés étrangers non autorisés à travailler en France (*C. trav.*, art. L. 8251-1) et de violences volontaires (*C. pén.*, art. 222-13). La juridiction douaienne retient la culpabilité pour chacun de ces délits, après avoir précisé, en ce qui concerne celui de l'article 434-40-1 du Code pénal, que le prévenu a fait l'objet d'une condamnation à une interdiction de gérer par le tribunal de commerce en 2013, laquelle lui a été notifiée par huissier.

Un pourvoi étant formé contre l'arrêt rendu par la juridiction douaienne, il y a fort à parier que la chambre criminelle de la Cour de cassation aura ainsi de nouveau l'occasion de rappeler la distinction. Dans l'espèce commentée, c'est en effet sur le fondement de l'article L. 654-15 du Code de commerce que la violation de l'interdiction aurait pu être éventuellement sanctionnée, et non sur celui de l'article 434-40-1 du Code pénal. Certes, les deux délits sont punis de la même peine. Mais il serait vain d'espérer l'application de la « *théorie de la peine justifiée* » dès lors que l'arrêt précité du 26 janvier 2022 n'y a précisément pas eu recours, dans une espèce où le justiciable avait été condamné à la faillite personnelle, à la fois par un jugement du tribunal de commerce et par le tribunal correctionnel, comme l'article L. 654-6 le permettait avant son abrogation.

Corinne ROBACZEWSKI

CA Douai, ch. 2, sect. 1, 17 nov. 2022, n° 22/00777

15. - Le débiteur ne doit pas négliger d'indiquer tout changement d'adresse auprès du greffe sous peine... d'en faire les frais. – Un dirigeant qui conteste un jugement de sanction soulève la nullité de l'acte de signification du jugement entrepris au motif qu'il n'avait pas été localisé par l'huissier instrumentaire. Faute pour lui d'avoir justifié de son changement d'adresse, l'exception de nullité de l'acte d'huissier est rejetée et l'appel jugé irrecevable.

Le commerçant, personne physique, est tenu lors de l'immatriculation de son activité de préciser l'adresse du principal établissement ainsi que son domicile personnel auprès du greffe. Toute modification sur ce point nécessite également une démarche auprès du greffe dans un délai d'un mois à compter de la demande d'inscription modificative en application des articles R. 123-32, R. 123-37, R. 123-38 et R. 123-45 du Code de commerce. Ce principe est transposable au dirigeant d'une personne morale qui doit

préciser le siège social ainsi que son adresse personnelle en application des articles R. 123-53, R. 123-54 et R. 123-66 du même code. Le débiteur ne doit donc pas disparaître de la circulation sans laisser d'adresse.

Il n'est pas rare que le débiteur tente d'échapper à ses responsabilités dans un dossier de sanction en soutenant qu'il n'a pu se défendre faute d'avoir été touché par l'huissier qui a délivré l'assignation en sanction ou alors le jugement de condamnation expliquant l'appel tardif en dehors du délai de 10 jours de l'article R. 661-3 du Code de commerce. En l'espèce, un dirigeant sanctionné au paiement d'une contribution financière et une interdiction de gérer prétend avoir informé tant le tribunal de commerce que le mandataire judiciaire de son changement d'adresse ce dont il ne justifie pas. Ce point est contredit par le liquidateur. Face à cette situation, le parquet général prend attache avec le greffe du tribunal de commerce afin de vérifier ce point. Ce dernier lui précise ne pas avoir reçu la moindre demande en ce sens de la part du débiteur et remet un extrait KBIS contemporain à la demande reprenant les mêmes adresses de signification. Il semble établi que le débiteur n'a formulé aucune demande modification de son adresse. Le parquet général transmet contradictoirement ces éléments dans ses écritures qui contredisent la thèse de l'appelant. La cour d'appel pointe la carence de l'appelant dans ses obligations déclaratives auprès du greffe et indique que le fait de ne pas avoir été touché par l'huissier instrumentaire nonobstant ses diligences n'est pas imputable à ce dernier. La situation telle que décrite ne contrevient nullement aux règles du procès équitable issues de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'appel est déclaré irrecevable.

Les débiteurs, dirigeants doivent veiller au strict respect de ces dispositions qui ne sont pas anodines. Il n'est pas acceptable, une fois l'ouverture de la procédure collective, que les intéressés ne donnent plus de nouvelles au liquidateur, pouvant caractériser ensuite une absence de coopération, pour en tirer arguments de ce fait pour tenter d'échapper à leur responsabilité. Cet arrêt est un sérieux rappel sur les obligations qui reposent sur les anciens commerçants et dirigeants de sociétés judiciairement liquidées.

Christophe DELATTE

CA Douai, ch. 2, sect. 1, 24 nov. 2022, n° 21/06421

16. - Importance de la lettre de mission pour déterminer les rôles entre l'expert-comptable et son client. – Une présidente d'association se voit reprocher l'absence de tenue d'une comptabilité conformément aux dispositions légales. Elle impute cette situation à son expert-comptable pour contester sa condamnation en première instance. Mais en raison des éléments contradictoires entre le liquidateur et l'ancienne présidente ainsi que de l'absence de communication de la lettre de mission par le liquidateur, cette faute est écartée en appel.

La lettre de mission conclue entre l'expert-comptable et son client est prévue à l'article 151 du décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 modifié par le décret n° 2019-1193 du 19 novembre 2019 (Code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable). Ce contrat écrit définit leur mission tout en précisant les droits et obligations des parties. Cette lettre de mission est un élément fondamental dans la caractérisation ou non de la faute de l'absence de tenue d'une comptabilité puisque l'on connaît les obligations de chaque partie et qu'il est ensuite facile de déterminer à qui est imputable la faute.

En appel, la présidente fait reporter la situation sur son expert-comptable en indiquant qu'il n'a pas tenu la comptabilité alors qu'il aurait été payé. Or, c'est bien connu, les absents ont toujours tort puisqu'en appel, le professionnel du chiffre n'est pas appelé dans l'action en sanction. La présidente exploite largement cette situation car le professionnel du chiffre est absent des débats devant la cour d'appel tout comme en première instance et ne peut apporter la moindre contradiction à sa mise en cause. Il est donc nécessaire que les organes de la procédure se procurent cette lettre de

mission. Ils doivent la demander au dirigeant en début de procédure. Si ce dernier ne la communique pas, ils peuvent se tourner vers l'expert-comptable. Toutefois, ce dernier, tenu au secret professionnel, ne va pas communiquer ce document. Le secret professionnel s'applique différemment selon le demandeur. Il sera partiellement levé à l'égard de l'administrateur judiciaire uniquement pour les documents et livres comptables de l'entité (*C. com.*, art. L. 622-5). Le mandataire judiciaire est confronté au secret professionnel sauf dans l'hypothèse où il n'y a pas d'administrateur judiciaire. Dans ce cas, il pourra bénéficier des mêmes prérogatives que l'administrateur judiciaire comme précédemment indiqué. Enfin, aucune levée du secret professionnel n'est prévue à l'égard du liquidateur. La seule façon de se procurer ce document repose sur une demande formulée par le juge commissaire à l'expert-comptable en application de l'article L. 623-2 du Code de commerce (*V. Expertise comptable et secret professionnel, Ordre des experts comptable, 2021*).

Faute d'avoir obtenu cette lettre, la cour précise « *En outre, la lettre de mission signée entre l'expert-comptable et l'association n'est pas produite. Par conséquent, il ne résulte pas de ces éléments manifestement contradictoires que M. X. puisse se voir imputer les irrégularités comptables alléguées contre elle* ». On perçoit l'utilité de cette communication.

Il faut rappeler que la tenue d'une comptabilité est une obligation légale en application des articles L. 123-12 à L. 123-28 et R. 123-72 à R. 123-209 du Code de commerce. Elle doit donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'entreprise. Cela passe par la tenue d'un livre journal, d'un grand livre et d'un inventaire étant précisé que les opérations doivent être enregistrées chronologiquement au jour le jour et non en fin d'exercice. Les comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et les annexes lesquels forment un tout indissociable (*V. CA Douai, ch. 2, sect. 2, 21 sept. 2023, n° 23/00452. – CA Douai, ch. 2, sect. 2, 12 oct. 2023, n° 23/00905. – et CA Douai, ch. 2, sect. 2, 9 nov. 2023, n° 23/00112*). Le respect de cette obligation s'impose même en cas d'absence d'activité ou de faiblesse de chiffre d'affaires (*CA Douai, ch. 2, sect. 2, 8 sept. 2022, n° 21/05931*).

Selon un principe acquis en jurisprudence, l'absence de tenue d'une comptabilité qui résulte de l'absence de paiement des honoraires de l'expert-comptable est imputable au dirigeant (*CA Douai, ch. 2, sect. 2, 21 sept. 2023, n° 22/05323*). Enfin une régularisation *a posteriori* notamment dans le cadre d'une action en sanction est inopérante (*CA Douai, 2^e ch., sect. 1, 7 janv. 2015, n° 13/07262 : JCP E 2015, 1291, note Ch. Delattre*).

Dans une autre espèce, un dirigeant qui se voit reprocher l'absence de tenue d'une comptabilité est condamné. Il relève appel du jugement et saisit également le Premier président aux fins d'obtenir l'arrêt d'exécution provisoire. L'appelant prétend que la mauvaise tenue de la comptabilité est exclusivement imputable à son expert-comptable. Le parquet général s'y oppose faute pour l'appelant de justifier de moyens sérieux mais également en raison de l'absence de la communication de la lettre de mission ne permettant pas de connaître la répartition des tâches entre le professionnel du chiffre et son client. Le Premier président déboute l'appelant de sa demande d'arrêt d'exécution provisoire (*CA Douai, ord. réf. Prem. prés., 26 janv. 2023, n° 22/00083*).

Christophe DELATTRE

4. Règles procédurales

CA Douai, 27 sept. 2022, n° 22/04492 : JurisData n° 2023-012234

17. - **Récusation pour cause de suspicion légitime : l'action tardive doit être rejetée (2 espèces).** – 1^{re} espèce. – Le dicton « *Justice must not only be done, but must also be seen to be done* » rappelle que l'impartialité de la juridiction est appréciée subjectivement, mais aussi objectivement. Tout soupçon légitime pour

l'un des cas prévus par la loi (*CO*), art. L. 111-6 et L. 111-7) implique le renvoi devant une autre juridiction (*CO*), art. L. 111-8). L'originalité tient dans le cas d'espèce à ce que la requête, pourtant justifiée, soit rejetée par le Premier président de la cour d'appel de Douai.

L'affaire concerne une société en procédure collective dont le dirigeant, demandeur à l'instance, entretient des liens d'amitié avec deux juges consulaires du tribunal saisi. S'ajoute du côté de la défense, un conflit d'intérêts : le représentant d'un groupe familial est le fils de l'actionnaire fondateur de la société demanderesse, étant précisé en sus que le père a été juge au sein de ce même tribunal plusieurs années et qu'il demeure membre du collège électoral des élections consulaires à venir, tout comme la cousine de la famille qui est également juge et membre du collège électoral.

Pour le président du tribunal de commerce, malgré l'existence de liens d'amitié entre les juges et les parties à l'instance, la juridiction n'est pas moins en capacité de juger de manière impartiale l'affaire. Le ministère public soutenait au contraire la demande de délocalisation. Le défendeur opposait quant à lui à titre principal une fin de non-recevoir de la requête tirée de son irrecevabilité. Selon l'article 342 du Code de procédure civile, « *la partie qui veut récuser un juge ou demander le renvoi pour cause de suspicion légitime devant une autre juridiction de même nature doit, à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause justifiant la demande* ». Or, il s'avère que c'est la troisième procédure mettant en cause les mêmes parties et sur le même objet qui a lieu devant ce tribunal. Au surplus, il est souligné que les demandeurs ne sollicitent pas la récusation nominative des juges consulaires dont les liens d'amitié notoires sont critiqués, or, il n'est pas acquis que la juridiction se compose de ces juges lors de l'examen de l'affaire.

Sur la question de la recevabilité de la requête en récusation pour cause de suspicion légitime, le Premier président relève qu'elle a été formulée près de 15 mois après l'engagement de la procédure dont le renvoi est demandé. De plus, les griefs de partialité soulevés – conflit d'intérêts et relations d'amitié – sont anciens. Ces faits étaient donc connus dès la délivrance de l'assignation. En raison de la tardiveté de la demande, la requête est rejetée.

Cette date de l'assignation – précisément le 26 mai 2021 – doit être soulignée, car en l'espèce, l'affaire avait été retirée du rôle en septembre 2021, puis une réinscrite en juin 2022 et la requête formulée en août 2022. Au regard de la seconde inscription, le motif de tardiveté pourrait être discuté. La solution est néanmoins conforme à la position de la Cour de cassation : les griefs de partialité doivent être soulevés et l'action en récusation engagée dès l'ouverture de la procédure et non au fur et à mesure des actes, posant ainsi un principe d'unicité de la procédure (*Cass. com., 8 avr. 2015, n° 14-10.817, F-P+B : JurisData n° 2015-007529 ; Rev. proc. coll. 2015, comm. 81, note P. Cagnoli ; Act. proc. coll. 2015, comm. 145, note N. Fricero ; Procédures 2015, comm. 230, note B. Rolland*).

Ainsi, la négligence – voire la mauvaise foi – du demandeur est sanctionnée pour ne pas avoir immédiatement sollicité la délocalisation de l'affaire dès lors que les griefs de partialité sont connus et, en l'occurrence, anciens. Néanmoins, il est possible de considérer que, réciproquement, au nom du droit à un juge impartial (*Conv. EDH, art. 6, 1*), il appartient au tribunal concerné de parer à tout soupçon menaçant son impartialité qui, pour rappel, s'apprécie aussi bien subjectivement qu'objectivement. Le dépaysement de la procédure ou la récusation des juges mis en cause ne sont pas des outils dont seuls les justiciables ont la maîtrise.

Bertille GHANDOUR

CA Douai, 30 juin 2023, n° 23/02817

18. - **Récusation pour cause de suspicion légitime : l'action tardive doit être rejetée.** – 2^e espèce. – À nouveau, l'action en récusation pour cause de suspicion légitime est jugée irrecevable en raison de sa tardiveté. Elle ne pose pas ici de difficulté puisque

la requête a été déposée au greffe la veille de l'audience des plaidoiries et postérieurement à la date de clôture des débats fixée par le calendrier de la procédure alors que le texte prévoit qu'« en aucun cas la demande ne peut être formée après la clôture des débats » (CPC, art. 342).

L'originalité de l'espèce tient au juge visé par la requête : le juge-commissaire. En cause, un appel téléphonique passé avec le conseil de la société demanderesse au cours duquel il aurait tenté de convaincre d'abandonner la procédure, démontrant que le juge-commissaire « pourrait avoir déjà jugé les contestations ou ne pas souhaiter en examiner le bien-fondé ou ne serait-ce que la pertinence et que leur rejet ne fait aucun doute avant même l'achèvement du débat contradictoire ».

Pour le président du tribunal de commerce compétent, faute d'éléments, le seul fait d'un appel téléphonique n'est pas de nature à faire suspecter la partialité de ce juge. Le juge-commissaire défend que son appel ait poursuivi un tel but, justifiant qu'il consistait à obtenir des informations sur le suivi du calendrier de procédure d'un dossier « ankylosé » selon ses termes. Il rapporte en ce sens divers faits : déjà de précédentes requêtes en récusation dirigées contre les tribunaux saisis, nombre de recours en annulation de décisions rendues 15 ans plus tôt pour une centaine de créances et le non-respect du calendrier de procédure par le conseil qui n'a pas déposé à temps ses conclusions.

Si la difficulté naît de la teneur de l'appel téléphonique, il faut souligner qu'à l'endroit du juge-commissaire, l'impératif d'impartialité trouve une résonance particulière en perspective de celle du tribunal de la procédure. Sa double casquette de commissaire et de juge l'invite à solliciter les informations utiles sur le déroulement de la procédure. En principe informé par les organes de la procédure, il est aussi une source d'information du tribunal : le rapport à partir duquel la juridiction statue quant au sort de l'entreprise (C. com., art. R. 662-12) est un avis partial sur la situation en cause (V. CA Rennes, 1^{er} févr. 2022, n° 21/04813 et 21/4815 : Act. proc. coll. 2022, comm. 46, note B. Ghandour). Bien que l'exigence d'impartialité commande a fortiori de prendre toutes les précautions, y compris en termes d'apparence (V. n° 12), il semble qu'elle puisse être appréciée plus souplesment à l'égard d'un juge-commissaire. L'appel téléphonique visant à obtenir des renseignements sur le suivi du calendrier de procédure, notamment lorsqu'il n'est pas respecté, ne témoigne pas de facto, d'un parti pris. Il n'en reste pas moins que le juge-commissaire, en tant que juridiction à part entière, devra limiter un tel appel à une simple prise d'information, sans basculer vers celui de « conseil à un ami ».

Bertille GHANDOUR

CA Douai, 6 juill. 2023, n° 22/03581

19. - La procédure à jour fixe, mesure de bonne administration de la justice. – L'appel des jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession, rendus en application de l'article L. 661-6 du Code de commerce, est soumis à la procédure à jour fixe. C'est avec pédagogie que l'ordonnance du magistrat de la mise en l'état de la cour d'appel de Douai rappelle très justement cette règle dérogatoire.

Suite à la liquidation judiciaire d'une société, le tribunal de commerce avait autorisé la reprise des contrats de travail et autres éléments d'actifs en faveur d'un repreneur. Le repreneur fait alors appel de l'ensemble de la décision dans un délai de 10 jours sans que le Premier président ne soit saisi afin d'être autorisé à assigner à jour fixe selon les modalités précisées aux articles 917 à 925 du Code de procédure civile. Le magistrat de la mise en l'état ne va pas se prononcer sur l'étendue de l'appel mais sur sa recevabilité. Rappelant que la procédure dérogatoire n'est pas « une simple faculté » pour l'appelant mais bien une mesure imposée « dans un souci d'efficacité et de sécurité juridique », il considère qu'il est irrecevable.

CA Douai, 27 mars 2023, n° 23/00036

20. - Le Premier président saisi d'une demande de suspension de l'exécution provisoire attachée au jugement de conversion ne peut ordonner la poursuite d'activité. – Le tribunal de commerce de Boulogne-sur-Mer, saisi le 2 mars 2023 à la requête de l'administrateur judiciaire d'une société exploitant un hôtel-restaurant en redressement et dont la période d'observation se terminait le 7 avril 2023, a prononcé sa liquidation judiciaire selon jugement rendu le 13 mars 2023.

Si, à tout moment de la période d'observation, la liquidation judiciaire peut être prononcée lorsque le redressement est manifestement impossible (C. com., art. L. 631-15, II), peut se poser la question de l'opportunité d'une demande de conversion à un mois du terme de la période d'observation.

En première instance, pour l'administrateur judiciaire, la conversion du redressement en liquidation se justifiait au regard de la situation irrémédiablement compromise de la société : absence de capacité à régler les charges courantes, augmentation du passif en cours de période d'observation et absence d'acqureur du fonds en dépit de l'emplacement. La société interjette appel et sollicite en référé la suspension de l'exécution provisoire du jugement et que soit « ordonnée la prolongation de la période d'observation jusqu'à l'arrêt de la cour saisie sur le fond ». À l'audience, le ministère public ne demande pas de prolongation de la période d'observation.

Partant, quand bien même la suspension de l'exécution provisoire aurait été prononcée par le Premier président – ce qui n'est pas le cas compte tenu de l'absence de moyens sérieux –, il ne relève pas de ses pouvoirs d'ordonner une telle prolongation, celle-ci n'étant qu'un effet attaché à la suspension de l'exécution provisoire, comme le prévoit la loi (C. com., art. L. 661-9, al. 2).

Maxime COTTIGNY

CA Douai, 3 janv. 2022, n° 21/00184 : Rev. proc. coll. 2022, comm. 103, note Ch. Delattre

21. - Conditions et étendue de la suspension de l'exécution provisoire des décisions non exécutoires de droit. – Les juges consulaires peuvent condamner le débiteur responsable au paiement de l'insuffisance d'actif, prononcer à son encontre une sanction personnelle et n'assortir de l'exécution provisoire que l'une ou l'autre de ces mesures. Il appartient alors à celui qui sollicite, en référé devant le Premier président, la suspension de l'exécution provisoire, d'identifier, au préalable, le chef du dispositif du jugement qui en est assorti.

En l'espèce, seule la mesure d'interdiction de gérer l'était. Pour que soit accueillie la suspension de l'exécution provisoire fondée sur l'article R. 661-1 du Code de commerce, le demandeur devait démontrer que les deux moyens à l'appui de son appel sont sérieux.

Or, pour le Premier président, d'une part, le moyen tiré du défaut de motivation du jugement n'est sérieux que si une dénaturation des faits ou une appréciation gravement erronée par les premiers juges est démontrée. D'autre part, le moyen tiré du défaut de motivation de la sanction et de son quantum n'est sérieux que si une absence de prise en considération de la situation personnelle et matérielle du débiteur est démontrée.

Les deux moyens sont rejetés. Les juges consulaires ont visé les textes relatifs à l'absence de déclaration de cessation des paiements et au défaut de tenue de comptabilité, confronté les éléments constitutifs avec les faits pour prononcer une mesure d'interdiction de gérer et tenu compte de la personnalité du débiteur pour fixer son quantum.

Il était donc vain pour le débiteur d'argumenter sur la question de sa contribution à supporter l'insuffisance d'actif et de tenter de démontrer les conséquences excessives que pourrait avoir l'exécution provisoire sur ses prétendus engagements entrepreneuriaux.

Maxime COTTIGNY

CA Douai, ch. 2, sect. 2, 29 juin 2023, n° 23/01120

22. - Exclusion des parties des débats en appel faute de régler le timbre fiscal. – Deux cogérantes sanctionnées en première instance au paiement d'une contribution à l'insuffisance d'actif et à une interdiction de gérer relèvent appel de leur condamnation. La cour d'appel déclare leur appel irrecevable faute d'acquiescement de la contribution à l'aide juridique (V. dans le même sens, CA Douai, ch. 2, sect. 1, 21 janv. 2021, n° 20/02761. – et CA Rennes, 18 sept. 2020, n° 17/06790).

Conformément à l'article 963 du Code de procédure civile, « Lorsque l'appel entre dans le champ d'application de l'article 1635 bis P du code général des impôts, les parties justifient, à peine d'irrecevabilité de l'appel ou des défenses selon le cas, de l'acquiescement du droit prévu à cet article ». L'article 1635 bis P du CGI dispose quant à lui « Il est institué un droit d'un montant de 225 € dû par les parties à l'instance d'appel lorsque la constitution d'avocat est obligatoire devant la cour d'appel. Le droit est acquitté par l'avocat postulant pour le compte de son client par voie électronique. Il n'est pas dû par la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ».

Ainsi, en appel faute de pouvoir régler le timbre fiscal, les parties sont exclues du débat judiciaire (droit affecté au fonds d'indemnisation de la profession d'avoués près les cours d'appel). Ce principe s'applique tant à l'égard des appelants que des intimés. Écarter des débats une partie fautive pour elle de régler le timbre fiscal la prive de son droit à se défendre et à fournir des pièces à l'appui de ses prétentions.

Ce principe s'applique également aux professionnels de l'insolvabilité alors qu'ils sont pourtant les mieux placés pour renseigner la cour ainsi que le parquet général sur la procédure collective notamment l'état du passif, l'état de l'insuffisance d'actif ainsi que des explications sur certaines fautes de gestion (V. CA Douai, ch. 2, sect. 2, 30 janv. 2020, n° 19/03977 : Rev. proc. coll. 2020, chron. 1, n° 8, B. Ghandour : la cour déclare les conclusions du

liquidateur irrecevables. – CA Douai, ch. 2, sect. 2, 27 févr. 2020, n° 19/04195 : JurisData n° 2020-004475 ; Rev. proc. coll. 2020, chron. 1, n° 17, C. Robaczewski : la cour juge les moyens de défense et les pièces justificatives irrecevables. – CA Douai, ch. 2, sect. 1, 17 déc. 2020, n° 18/03793 : la cour juge la défense du liquidateur irrecevable). L'impossibilité pour le professionnel de l'insolvabilité de régler le timbre fiscal résulte uniquement de l'impécuniosité de la procédure collective dans laquelle il est désigné qui ne lui est pourtant pas imputable.

Dans une procédure où le professionnel n'a pas été en capacité de régler le timbre fiscal, une cour d'appel considère que le liquidateur, faute de constituer avocat en l'absence de fonds dans le dossier, a pu néanmoins adresser à la cour un courrier faisant le point sur l'état de la procédure tout en joignant des pièces comptables éclairant ses propos ainsi qu'au conseil de la débitrice qui a pu faire part de ses observations (CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 30 juin 2016, n° 15/03815). Dans le cadre du pourvoi engagé contre cet arrêt, la chambre commerciale rejette le pourvoi et considère qu'il entre dans la mission du mandataire de justice de rendre compte de l'état de la procédure collective et que l'envoi d'une lettre, communiquée contradictoirement aux parties, qui se borne à faire le point est recevable (Cass. com., 24 janv. 2018, n° 16-22.637 : JurisData n° 2018-000716 ; Rev. proc. coll. 2018, comm. 97, J. Vallansan).

Dans une telle configuration et afin de permettre au professionnel de communiquer les éléments utiles, le ministère public de cour d'appel peut également prendre attache directement avec l'intéressé pour qu'il lui fasse un point sur la procédure et communique les pièces utiles afin que le ministère public de cour d'appel puisse en faire état dans ses écritures tout en communiquant contradictoirement les éléments aux parties avec son bordereau de pièces.

Christophe DELATTRE