



**La section Bordeaux-Pau de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de justice
a organisé le 17 janvier 2018 au Pôle Juridique et Judiciaire de Bordeaux
un colloque ayant pour thème :**

**« LA CESSATION DES PAIEMENTS
ET LA PERIODE SUSPECTE »**



Le colloque a été réalisé en partenariat avec :

- L'Université de Bordeaux et l'IRDAP
- Les magistrats du ressort de la Cour d'appel de Bordeaux
- Les juges consulaires du Tribunal de commerce de Bordeaux
- Le Barreau de Bordeaux

L'accueil



Le président de la section de la CNECJ, Jacques CHARRIER, expert près la Cour d'appel de Pau, a introduit la manifestation et remercié l'Université pour sa contribution ainsi que les intervenants.

Madame Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, professeur à l'Université de Bordeaux, vice-doyen de la faculté de Droit et de science politique, a ensuite pris la parole pour accueillir le colloque dans les locaux de l'Université en présence de nombreux étudiants en master de droit des affaires.

Jacques MARTIN, vice-président de la section de la CNECJ, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, organisateur du colloque, a présenté en suivant les intervenants et les sujets traités.

Les intervenants ont abordés successivement les sujets suivants :

- Monsieur Pierre GUILLOUT, Vice-président au Tribunal de grande instance de Bordeaux, a présenté le concept de la cessation des paiements ;
- Maître Patrick ESPAGNET, avocat au Barreau de Bordeaux et Maître Christophe MANDON, mandataire judiciaire, ont illustrés chacun dans leur rôle, les éléments pouvant intervenir au cours de la période suspecte
- Monsieur Karl LAFURIE, docteur en droit, chargé d'enseignement à l'université de Bordeaux, a exploré la notion de cessation des paiements dans les groupes de sociétés ;
- Maître Christophe MANDON a présenté la cessation des paiements dans le cadre des opérations d'achat de vins en primeur par les négociants ;
- Monsieur Nicolas ZIRN, juge commissaire au Tribunal de commerce de Bordeaux, a présenté les situations qui conduisent à la désignation de techniciens (terme générique utilisé dans le Code de commerce) et les missions qui leur sont confiées ;
- Jacques MARTIN, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, a exposé les difficultés rencontrées par les experts dans la mise en œuvre des missions qui leur sont confiées ;
- Monsieur Alexandre SALAS-GORDO, président du Conseil régional de l'Ordre des experts comptables d'Aquitaine, a indiqué les modalités qui permettent aux experts comptables de communiquer la comptabilité de l'entreprise à l'expert judiciaire.
- Madame Nathalie MALICET, past présidente de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes a rappelé l'obligation du secret professionnel auquel est tenu le commissaire aux comptes vis-à-vis de l'expert judiciaire ;
- Jacques MARTIN et Vincent PAVLOVSKY, experts près la Cour d'appel de Bordeaux, ont présenté les différentes approches permettant de déterminer la date de cessation des paiements ;
- Maître Jérôme DIROU, Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Bordeaux, a abordé la spécificité des procédures collectives appliquées aux professions réglementées.

Les développements qui suivent ne comprennent d'une partie des interventions.

La cessation des paiements

La cessation de paiement est l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

Les comptes annuels ne permettent pas de caractériser cette notion juridique.

La cessation des paiements résulte de la comparaison :

- Les actifs disponibles + les réserves de crédit
- Les passifs exigibles diminués des moratoires obtenus

Ainsi lorsque le deuxième élément est supérieur au premier, la cessation des paiements est ainsi caractérisée.

L'actif disponible se traduit par l'ensemble des liquidités en caisse et en banque ainsi que l'actif réalisable susceptible d'une conversion immédiate en liquidité.

Le passif exigible correspond aux dettes arrivées à échéance et non réglées.

Les réserves de crédit s'ajoutent à l'actif disponible. Elles correspondent aux possibilités d'utiliser un découvert autorisé non utilisé par exemple.

La cessation des paiements a été présentée par Monsieur Pierre GUILLOUT, Vice-président au Tribunal de grande instance de Bordeaux



La période suspecte

La période suspecte s'étend de la date de cessation des paiements fixée par le tribunal jusqu'au jour du jugement d'ouverture. Pour protéger les créanciers et éviter que le débiteur ne dissipe son patrimoine, les articles L 632-1 et L 632-2 du Code de commerce permettent au juge d'annuler certains actes.

« La période suspecte »

Maître Patrick ESPAIGNET et Maître Christophe MANDON



Maître ESPAIGNET et Maître MANDON ont traités les points suivants :

- Le contexte : les objectifs poursuivis par le liquidateur judiciaire :
 - o La constitution de l'actif du débiteur ;
 - o L'amélioration du sort des créanciers de la procédure.
- Les moyens mis à la disposition du liquidateur judiciaire :
 - o L'action en responsabilité fondée sur le dépôt tardif de la déclaration de cessation des paiements ;
 - o La nullité de certains actes intervenus au cours de la « période suspecte » et le retour de certains actifs dans le patrimoine du débiteur.
- L'action en responsabilité à l'encontre du dirigeant fondée sur le dépôt tardif de la déclaration de cessation des paiements
 - o Le fondement textuel : l'article L. 651-2 du Code de commerce « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance de l'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance de l'actif, décider que le montant de cette insuffisance de l'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à cette faute de gestion... ».
 - o Elle ne concerne que les personnes morales.
- La nullité de certains actes intervenus au cours de la « période suspecte » et le retour de certains actifs dans le patrimoine du débiteur.
 - o La période suspecte désigne la période s'étendant de la date de cessation des paiements remontée jusqu'au jour du jugement d'ouverture.
 - o Elle concerne les personnes morales et les personnes physiques.
- Que faut-il entendre par jugement d'ouverture ?
 - o De plein droit : l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ;
 - o Dans le cas contraire : l'ouverture d'une procédure de sauvegarde convertie ultérieurement en RJ ou LJ sur le constat de la préexistence à son ouverture de l'état de cessation des paiements. Dans ce cas l'action en remontement débute à compter du jugement d'ouverture de la sauvegarde.

- Quels sont les délais pour une action en remontement de la date de cessation des paiements ?
 - o Fondement textuel : Article L. 631-8 du Code de commerce.
 - o Un an à compter du jugement d'ouverture pour engager l'action en remontement
 - o La date de cessation de paiements peut être remontée au plus à 18 mois avant le jugement d'ouverture.

- Quels sont les aspects procéduraux ?
 - o Compétence : le Tribunal qui a ouvert la procédure.
 - o Initiative : l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire ou le ministère public et éventuellement les contrôleurs.
 - o Modalités : par voie d'assignation. Le tribunal statue au vu du rapport du juge commissaire.

- Quelles sont les conséquences de l'action en remontement ?
 - o Nullités de certains actes intervenus en période suspecte (articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce).

- Nullités de plein droit :
 - o Art L 632.1-I-1 : Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière
 - o Art. L. 632-I-2 : Tous les contrats commutatifs dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celle de l'autre partie (prix de cession bien inférieur à la valeur réelle, contrats aux prestations réciproques déséquilibrées).
 - o Art. L. 632-I-3 : Le paiement de dettes non échues (situation rencontrée en cas de prêt cautionné par le dirigeant)
 - o Art. L. 632-I-4 : Tout paiement pour dettes échues fait autrement qu'au moyen de mode de paiement communément admis.
 - o Art. L. 632- I-5 : Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués ne application de l'article 2350 du Code civil, à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de la chose jugée.
 - o Art. L. 632-I-7 : Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisine soit antérieur à la date de cessation des paiements.
 - o ...

- Nullités facultatives : Art. L. 632-2 (décision laissée à l'appréciation du Tribunal)
 - o Les paiements pour dettes et les actes à titre onéreux effectués à compter de la date de cessation des paiements peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.

- Les effets des nullités de la période suspecte :
 - o La reconstitution de l'actif du débiteur par la nullité des paiements (remboursement par le créancier du montant perçu à la procédure) ou la restitution du bien.
 - o L'annulation des suretés (le créancier redevient chirographaire) ou l'annulation du contrat (restitution des sommes perçues au cours de la période suspecte).
 - o L'annulation de la déclaration d'insolvabilité : le liquidateur judiciaire retrouve la faculté de mettre en vente l'immeuble litigieux et d'encaisser le prix.

« La cessation des paiements dans les groupes de sociétés »

Karl LAFURIE



Selon un important proverbe, employé par de nombreux pays comme devise, « l'union fait la force ». L'idée décrit assez bien ce qui fonde le groupe de société, qui est l'union, dans un intérêt commun, de plusieurs sociétés. Il me revient d'exposer l'incidence de ce fonctionnement de sociétés en groupe sur l'appréciation de la cessation des paiements et ses conséquences, et en somme, de voir si dans les difficultés, le dicton précité se vérifie toujours.

Il faut d'emblée souligner que la notion de groupe de société est assez fuyante, le droit semblant assez embarrassé quand il s'agit de prendre en compte le fait, qui est en l'occurrence le fait économique¹. En raison de la diversité du phénomène, un certain nombre de classifications ont été proposées : on distingue ainsi les différents types de groupe en fonction de l'objectif économique qu'ils poursuivent : les groupes fonctionnant en concentration verticale (de la production à la vente au consommateur) s'opposent alors aux groupes poursuivant un objectif de concentration horizontale, pour asseoir une position relative à un produit déterminé, dans lesquels des activités sont menées en parallèle sans qu'elles aient de liens entre elles. Concernant la structure juridique, sont classiquement distinguées la structure pyramidale (société mère etc.), la structure de type radial (société détenant plusieurs participations organisées autour d'elle) et la structure circulaire (A détient B qui détient C qui détient A). Il reste qu'en amont de la classification, qui est déjà complexe, l'identification pose elle-même des difficultés au juriste, les critères semblant assez éclatés, selon le but de la règle juridique appliquée. On retiendra pour la présente étude une vision plutôt large du groupe de

¹ V. R. RAFFRAY, La notion de groupe de sociétés en droit français. Une réalité éclatée ? *Droit des sociétés* juin 2017, dossier n° 8, p. 8.

sociétés, intégrant tant les cas où ce sont des sociétés qui en contrôlent d'autres que ceux où c'est une même personne physique qui contrôle plusieurs sociétés dont les activités sont liées. Quoiqu'il en soit, tout cela ne conduit jamais, même s'il est identifié, à faire du groupe une entité juridique autonome, tout simplement parce qu'il n'a pas la personnalité morale. La Cour de cassation a tiré toutes les conséquences de cela en décidant qu'un groupe ne peut s'engager par contrat², ni intenter d'action en justice³. Or du point de vue du droit des entreprises en difficulté, l'idée est essentielle. Le livre VI du Code de commerce vise le débiteur, personne juridique. Le groupe de société n'ayant pas la personnalité morale, son existence est *a priori* indifférente au droit des entreprises en difficulté, lequel s'appliquera, on le verra, aux sociétés du groupe de manière presque totalement indépendante.

À cet égard, l'absence de personnalité morale du groupe et les conséquences qui en sont tirées dans le droit des entreprises en difficulté ne sont pas nouvelles et c'est assurément aujourd'hui un élément déterminant dans la constitution des groupes. Le but de fonctionner en forme de groupe n'est-il pas, au fond, de prévenir le risque de contagion en cas de survenance de difficultés chez un membre ? De ce point de vue donc, le droit des entreprises en difficulté s'efforce, et c'est heureux, de respecter la volonté des entrepreneurs. On ne peut néanmoins, ignorer, l'expérience le montre hélas, que le groupe de sociétés peut masquer des pratiques illicites, sachant qu'à partir de ce moment-là, il ne faut pas faire supporter le poids de la défaillance à certaines personnes (créanciers, salariés) au lieu d'autres, qui en sont en responsables, (dirigeants, sociétés mères). À cet effet, le droit des entreprises en difficulté est doté d'outils, à la disposition des organes de la procédure, permettant de déjouer et de sanctionner les montages masquant des comportements illicites. Dans tous les cas, l'application des principes juridiques n'empêche pas de garder un certain réalisme économique prenant en compte la réalité de la situation, le fonctionnement en groupe et son fondement n'étant pas sans incidence sur l'appréciation d'institutions telles que la cessation des paiements ou les nullités de la période suspecte. Cela se vérifie, dans un premier temps, qui est le principe, lorsque le droit va rester indifférent aux liens entre les sociétés par une appréciation étanche des éléments patrimoniaux des sociétés du groupe (I). Cela se vérifie aussi, dans un second temps, lorsque le droit va tirer des conséquences de ces liens par la sanction des actes illicites (II).

² Cass. com., 2 avril 1996.

³ Cass. com., 15 nov. 2011.

I. L'appréciation des éléments patrimoniaux des sociétés du groupe

À première vue, le droit des entreprises en difficulté, en commandant une appréciation de la situation financière des sociétés d'un groupe de manière étanche, semble faire primer la règle du « chacun pour soi » sur celle de « l'union fait la force ». À y regarder de plus près, la jurisprudence n'a pas été insensible à la réalité économique à laquelle renvoie le groupe de société dans l'appréciation de la cessation des paiements. Au premier constat de la rigueur de l'application de l'autonomie juridique des sociétés (A) doit donc être ajouté, celui, plus nuancé, du pragmatisme de l'appréciation de la cessation des paiements (B).

A – La rigueur de l'application de l'autonomie juridique des sociétés

S'agissant du premier constat, il résulte de ce que l'application d'une procédure collective est inéluctablement liée à la personnalité juridique⁴. En effet, les difficultés économiques que de telles procédures ont pour objet de régler se mesurent en contemplation d'une situation patrimoniale. La résolution des difficultés passant elle aussi par l'appréhension d'éléments patrimoniaux (biens, contrats, dettes), c'est donc bien à un patrimoine que s'applique en premier lieu la procédure. Il est en conséquence logique que la procédure s'ouvre à l'égard d'un sujet de droit, qui est le support d'un patrimoine. La personnalité juridique n'étant pas reconnue au groupe de sociétés, c'est seulement à chaque société que peut s'appliquer une procédure collective.

Le corollaire de cette idée selon laquelle s'applique une procédure à chaque société d'un groupe est que la procédure appliquée à chaque société est indépendante, autrement dit, les difficultés de la société en faillite s'apprécient indépendamment des éléments patrimoniaux qui concernent les autres sociétés du groupe. Si des progrès ont pu être constatés concernant la coordination des procédures et une unification des règles de compétence, le principe demeure, en l'absence d'actes frauduleux, que le traitement juridique des difficultés des sociétés appartenant à un groupe se fait comme si chacune des procédures était étrangère aux autres. Le juge doit ainsi s'abstraire de l'existence du groupe dans l'appréciation des difficultés du débiteur, les éléments d'actif et de passif pris en compte étant seulement ceux qui sont propres à chaque société.

⁴ Sur ce point, v. not. J. VALLANSAN, *Le groupe de sociétés en droit des entreprises en difficulté : Droit des sociétés*, juin 2017, dossier 14, p. 30

Cette règle a donné lieu à une jurisprudence assez abondamment commentée, car donnant lieu à des résultats qui, d'un premier abord, peuvent heurter, bien qu'il ne s'agisse que d'une stricte application de la règle de droit.

Un premier arrêt, bien qu'il ne concerne pas directement la cessation des paiements peut être cité : il s'agissait d'une société appartenant à un groupe qui, certes, n'était pas en cessation des paiements, mais demandait à bénéficier d'une procédure de sauvegarde, faisant état, conformément aux critères d'ouverture de cette procédure, de difficultés insurmontables. Un créancier reprochait à la cour d'appel d'avoir admis l'ouverture de la procédure de sauvegarde à l'égard de la filiale, alors que la société-mère étant en mesure de la soutenir, ce qui attestait de difficultés surmontables. La Cour de cassation a rejeté, dans un arrêt du 26 juin 2007, le pourvoi aux motifs que la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient⁵.

Voici, dans une autre affaire célèbre, une société mère qui décide de faire chuter sa fille en clôturant son compte courant. La disparition de l'actif disponible emporta ainsi le dépôt de bilan, permettant de recourir à un certain nombre de licenciements qui n'avaient pu être obtenus autrement. Les juges du fond avaient refusé l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, en excluant notamment la cessation des paiements en raison du caractère incohérent de l'arrêt du soutien de la société-mère à l'égard de la filiale considérée par les juges comme étant dépourvue d'autonomie. L'arrêt est cassé dans la décision *Sodimédical* du 3 juillet 2012 au motif que l'état de cessation des paiements est caractérisé objectivement, pour chaque société d'un groupe, par l'impossibilité pour elle de faire face à son passif exigible avec son actif disponible⁶. Ceci n'empêche pas, et c'est le second constat, de prendre en compte la spécificité des rapports des sociétés au sein d'un groupe pour apprécier certains éléments d'actif ou de passif.

B – Le pragmatisme de l'appréciation de la cessation des paiements

Le pragmatisme de l'appréciation de l'état de cessation des paiements d'une société appartenant à un groupe se mesure lorsque sont analysées les dettes intra-groupe⁷. Celles-ci résultent généralement des avances que s'octroient les sociétés membres d'un groupe. Elles

⁵ Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20820 : *Bull. civ. IV*, n° 177.

⁶ Cass. com., 3 juillet 2012, n° 11-18026, *Sodimédical*.

⁷ Sur cette question, v. not. F.-X. RUELLAN, La cessation des paiements à l'épreuve des groupes de sociétés : *Journal des sociétés*, juill. 2013, p. 47 ; M. BUCHBERGER, Avances de trésorerie, avances en compte courant et cessation des paiements : *BJED* sept. 2011, p. 286.

peuvent consister en des avances en compte courant : il s'agit d'une remise de fonds d'une société à la société dont elle est titulaire de parts. Il peut également s'agir d'avances en trésorerie, lesquelles désignent plus généralement un prêt entre deux sociétés d'un même groupe, cette opération pouvant s'inscrire dans une convention plus générale de centralisation de trésorerie, sans qu'il soit au demeurant nécessaire qu'une société soit titulaire de parts sociales au sein de l'autre société. Au sujet de l'appréciation de l'état de cessation des paiements, la question est la suivante : les liquidités résultant d'avances en compte courant d'associé ou en trésorerie peuvent-elles être considérées comme des éléments de l'actif disponible et donc prises en compte pour mesurer la capacité de la filiale à faire face à son passif exigible ? Si la réponse est positive, cela permet de prendre en considération ces sommes pour couvrir le passif de la société, et donc empêcher de conclure à l'existence d'un état de cessation des paiements. Si la réponse est négative, finalement on l'intègre, en tant qu'élément de passif supplémentaire, dans les dettes que doit la société, à côté des dettes hors groupe. D'un premier abord, il peut paraître surprenant de qualifier d'actif disponible une avance qui a la nature d'une dette. L'avance étant une dette, si elle n'est ni bloquée ni soumise à un quelconque terme, elle reste par conséquent exigible et son auteur peut en demander le remboursement à tout instant. Sous ce rapport, la qualification de ces avances pourrait plutôt s'envisager comme étant un passif exigible. C'est sans compter néanmoins sur les apports de la théorie de la réserve de crédit. En vertu de celle-ci, on considère que les avances sont des sommes à disposition de la société pour justement faire face à son passif. Au moment où elles sont réalisées, ces avances ont pour vocation de constituer un actif disponible mis à la disposition de la société. Destinées à procurer un actif disponible, ces avances ne peuvent donc pas être qualifiées de passif exigible bien qu'elles soient constatées en comptabilité par inscription d'une dette de remboursement au passif de la société. Même en l'absence de toute convention de blocage, le remboursement de telles avances n'a pas pour vocation première et immédiate à être exigé par l'associé ou la société créancière.

La Cour de cassation s'est appuyée sur cette théorie pour décider, dans de nombreux arrêts⁸, que les avances en compte courant et les avances en trésorerie au sein des groupes sont à intégrer dans l'actif disponible de la société bénéficiaire de ces avances. On a ainsi dans le cadre du groupe une sorte de renversement de la présomption d'exigibilité des avances en compte courant et en trésorerie. Cette solution est pragmatique en ce qu'elle repose sur la

⁸ V. not. Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-13741 ; Cass. com. 16 nov. 2010, n° 09-71.278 ; Cass. com. 10 janv. 2012, n° 11-10018.

singularité de la créance que représente cette avance. Cette conception extensive se conçoit en effet à travers le prisme d'une communauté d'intérêts reliant les différentes parties, en l'occurrence les sociétés. Cet intérêt empêche toute interprétation de cette opération sous le seul spectre de la relation de créancier-débiteur. De fait, lorsque la société consent à sa filiale une avance de trésorerie, alors qu'elle connaît les difficultés de cette dernière, on peut admettre qu'elle lui accorde une réserve de crédit justifiant qu'elle accepte de retarder son remboursement, sachant qu'elle n'a aucun intérêt à exiger le remboursement si celui-ci est susceptible de mettre sa filiale en péril. C'est sous cet angle que la qualification d'actif disponible prend tout son sens. Il n'est dès lors pas déraisonnable de considérer que, tant qu'il n'a pas sollicité un remboursement, son état de membre du groupe le conduit à accorder en quelque sorte un moratoire tacite.

Le pragmatisme de cette qualification s'exprime également dans les limites que lui ont été assignées par la jurisprudence. Le retour à la qualification de passif exigible semble nécessaire et justifié dans deux hypothèses :

- Tout d'abord, lorsque l'avance n'est pas raisonnable du point de vue de la situation de la société qui prête. Dans un tel cas, on ne peut considérer qu'elle a laissé la somme à disposition sans délai à l'autre société. C'est ainsi que dans un arrêt du 24 mars 2009, dit « Smoby », la Cour de cassation a, pour justifier la qualification de passif exigible de l'avance intra-groupe⁹, fait état d'un aléa portant sur le fait pour la société mère de pouvoir compter sur ses filiales pour obtenir un remboursement, l'idée étant alors que la renonciation au remboursement trouve sa limite dans les besoins que peut avoir la société mère, elle-même débitrice de créanciers hors groupe.

- Seconde hypothèse de retour à la qualification de passif exigible, celle où cette fois l'avance ne paraît pas raisonnable du point de vue de la société à qui l'argent est prêté. Un financement intragroupe anormal peut masquer la situation réelle de la société, à savoir un manque de crédit et une activité insuffisante, la trésorerie étant artificiellement entretenue. Ce financement, ne reposant sur aucun espoir de reprise d'activité de la société dont le carnet de commande est insuffisant, n'a comme conséquence que de retarder la constatation de la cessation des paiements. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation refuse de voir dans ces avances un actif disponible et intègre les sommes au titre du passif exigible¹⁰. Il est à ce sujet

⁹ Cass. com. 24 mars 2009, n° 08-12.212, *Smoby*.

¹⁰ Cass. com. 17 mai 2011, n° 10-30.425.

notable que, pour justifier le caractère illusoire des avances, les juges s'appuient sur des données comptables, notamment le fait que le débiteur est dans l'impossibilité de « faire face depuis de nombreux mois à ses besoins en fonds de roulement ». C'est dire finalement que le droit se sert du réalisme des règles de la compatibilité¹¹ pour que son application soit la plus juste possible. Il est également intéressant de remarquer ici cette idée de caractère artificiel et anormal du financement : cela montre que les avances consenties ne s'intègrent plus dans une logique de groupe et ne sont pas dans l'intérêt commun du groupe, ce qui explique qu'on en revienne à une appréciation classique de l'état de cessation des paiements.

Au-delà d'un réajustement de l'appréciation de la cessation des paiements, les actes anormaux peuvent faire l'objet d'une sanction, laquelle peut aller jusqu'au renouement des liens jusqu'alors restés indifférents.

II. La sanction des actes anormaux intervenus au sein du groupe

La spécificité des rapports entre sociétés membres d'un groupe se retrouve prise en compte dans l'appréciation des actes anormaux, qu'il s'agisse de les sanctionner en les annulant (A), ou en étendant la procédure collective à une société du groupe (B).

A – La sanction par l'annulation des actes anormaux

Concernant la sanction des actes anormaux par leur annulation, il s'agit ici de voir comment l'application du régime des nullités de la période suspecte permet de remettre en cause des actes passés entre sociétés d'un même groupe¹². On applique simplement ici, patrimoine par patrimoine toujours, les idées qui ont été développées dans les interventions précédentes. Lorsqu'une société appartenant à un groupe est soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, les différents transferts de fonds qu'elle a réalisés en exécution de conventions de trésorerie peuvent être, s'ils répondent aux conditions posées aux articles L. 632-1 et 2 du Code de commerce, frappés par les nullités de la période suspecte. Des conventions-cadre ou des contrats d'exécution passés entre sociétés d'un même groupe pourront être annulés par le juge.

¹¹ V., à ce sujet, R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme* : Dalloz, 1969.

¹² V., à ce sujet, A. BIENVENU, *Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés*, thèse : Litec, 2011, n° 523 et s.

D'une part, seront susceptibles d'être soumis aux nullités de plein droit de l'article L. 632-1 du Code de commerce les actes appauvrissant de manière irrémédiable une société : tel est le cas des abandons de créance dénués de clause de retour à meilleure fortune, des prêts à fonds perdus, des conventions de trésorerie déséquilibrées (engagements trop importants pour une société par exemple). De même que les transferts de trésorerie résultant de paiements effectués de manière anormale. Le paiement anormal peut être, par exemple, le remboursement anticipé d'un emprunt intragroupe, l'article L. 632-1 alinéa 3 annulant tout paiement pour dettes non échues.

Pour ce qui est, d'autre part, des nullités facultatives, appliquées en vertu de l'article L. 632-2 aux actes passés alors que le cocontractant avait connaissance de la cessation des paiements, les juges peuvent décider d'annuler les transferts de trésorerie intragroupe, causés par des prêts ou leurs remboursements. L'application semble ici privilégiée dès lors qu'il est indéniable que la situation de groupe de sociétés facilite la connaissance mutuelle que les dirigeants sociaux ont de l'état économique des autres sociétés du groupe. Ici se trouve une cause assez importante de fragilité des transferts de trésorerie intragroupe.

Là encore cependant, l'appréciation du caractère anormal des actes doit demeurer pragmatique en ce que le lien de groupe ne doit pas être perdu de vue. Il faut pour cette raison approuver l'arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 2013 dans lequel il a été refusé d'analyser comme un acte à titre gratuit et donc comme un acte anormal une garantie dite « ascendante », à savoir le cautionnement apporté par la filiale à la société mère¹³. Il est souligné par les juges du droit que les deux sociétés formaient un groupe et que la société cautionnée était l'associée majoritaire de la société caution, ayant ainsi intérêt à favoriser le financement de la société mère, celle-ci pouvant participer à son propre développement. Le réalisme économique préside donc encore dans la mise en œuvre des nullités de la période suspecte. C'est aussi vrai pour cette sanction encore plus grave qu'est l'extension de procédure.

B – La sanction par l'extension de la procédure aux sociétés du groupe

L'extension de procédure permet d'attirer à la procédure collective une autre personne que le débiteur, sujet de la procédure. Pour ce faire, il convient de démontrer une fictivité d'une société ou d'une confusion de patrimoines entre plusieurs personnes, morales ou physiques. À

¹³ Cass. com. 13 novembre 2013, n° 12-23020 : *Bull. civ. IV*, n° 168.

cet égard, les groupes de société constituent un terrain propice à l'extension de procédure¹⁴. Ne sont pas rares les cas où le mandataire judiciaire demande au tribunal d'étendre la procédure à une autre société du groupe au motif que les deux sociétés auraient confondu leur patrimoine ou que la société débitrice serait fictive. Il s'agit d'attirer à la procédure d'une filiale les autres sociétés qui constituent avec elle une entreprise commune. Ainsi toutes les sociétés participeraient au sauvetage de l'entreprise ou au règlement des créanciers.

Pour ce faire, le législateur n'a pas défini les critères de l'extension de procédure, et notamment la confusion des patrimoines. La Cour de cassation est assez exigeante à ce sujet. Ainsi, dans un arrêt du 2 mai 2007, la Haute juridiction a déclaré que l'identité de dirigeant, la détention par une société de la quasi-totalité du capital de l'autre et les versements faits sans contrepartie de l'une à l'autre, dont il n'est pas démontré qu'ils ont procédé d'une volonté systématique, sont des éléments insuffisants à caractériser la confusion des patrimoines entre les deux sociétés dont les mouvements financiers ont été identifiés en comptabilité¹⁵. C'est sans doute l'affaire Metaleurop qui est en la matière la plus emblématique et qui est venue fixer la jurisprudence sur ce point. Dans cette espèce, où il existait pourtant de nombreux indices de confusion, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en insistant sur le fait que les juges du fond doivent expliquer en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère révèlent des relations financières anormales¹⁶. La Cour de cassation l'a rappelé en 2014 : les conventions de trésorerie dans un groupe ne révèlent pas, par elles-mêmes, une confusion de patrimoines¹⁷, sans quoi tous les groupes seraient touchés. C'est dire que l'appréciation du critère de l'anormalité pose bien des difficultés : il faut se placer dans le contexte, en fonction de la taille du groupe et ne jamais oublier ce qui fonde un groupe de sociétés : en cela, il convient de rechercher si les flux financiers sont conformes au modèle économique du groupe.

Pour citer des exemples de confusion, on peut évoquer l'affaire Félix Potin ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation en l'an 2000. Dans cette affaire, la confusion est retenue au motif que la filiale ne facturait pas de dépôts de garantie pour les locaux qu'elle louait à la

¹⁴ V. J. VALLANSAN, Le groupe de sociétés en droit des entreprises en difficulté, précité ; T. FAVARIO, Groupes de sociétés à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté : *Dr. et patr.* mai 2017, p. 64 ; G. COUTURIER, P. ROUSSEL GALLE, H. BOURBOULOUX, Le groupe de sociétés en procédure collective : *LPA* 22 avr. 2010, p. 54

¹⁵ Cass. com., 2 mai 2007, n° 06-12378.

¹⁶ Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10094 : *Bull. civ.* IV, n° 92

¹⁷ Cass. com. 16 déc. 2014, n° 13-24161

mère, tandis qu'une autre société du groupe les lui facturait¹⁸. Pour illustrer le propos avec de la jurisprudence locale, peut aussi être cité un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 12 janvier 2016¹⁹ : il a en effet été constaté qu'au-delà de la fourniture ponctuelle d'une trésorerie, l'une des sociétés du groupe assurait « *l'intégralité des ressources* » de l'autre société, au regard du fonctionnement du compte établi entre les deux sociétés qui enregistre des mouvements de charges courantes. L'anormalité des flux financiers se trouvait ainsi caractérisée, justifiant l'extension de la procédure pour confusion des patrimoines. On retrouve également dans un arrêt du 11 octobre 2016 de la Cour d'appel de Bordeaux une affaire classique de couple, dit infernal, de SCI / société d'exploitation ayant les mêmes dirigeants et associés²⁰. Les juges ont tout d'abord constaté que le loyer commercial avait subi une augmentation avec effet rétroactif, cela sans réelle justification alors que la société preneuse était déjà en redressement judiciaire. De même, il est apparu que la SCI était débitrice d'importantes sommes au profit de la société en liquidation, là encore sans réelle justification et alors qu'il n'entraînait pas dans l'objet social de la société en liquidation de faire des avances de trésorerie à d'autres sociétés. Enfin, ont été constatées des séries de virements de la société en liquidation vers la SCI réalisées juste avant et juste après le prononcé de la liquidation, virements ne correspondant pas au paiement des loyers. En conséquence, les juges ont considéré que l'existence de flux financiers anormaux entre les sociétés considérées était établie.

Il convient de préciser enfin, car cet élément d'extranéité n'est pas rare en matière de groupes de sociétés, que si la société cible se trouve dans un autre pays de l'Union, l'extension n'est pas automatique car il faudra d'abord s'interroger sur la juridiction compétente. Il s'agit de la juridiction compétente selon les critères de compétence du règlement européen, c'est-à-dire le centre des intérêts principaux.

En conclusion, l'analyse du groupe des sociétés mis à l'épreuve de la cessation des paiements laisse le sentiment d'un régime équilibré, entre l'orthodoxie juridique que suppose l'application rigoureuse des textes, et le pragmatisme économique dont procède l'interprétation de ces derniers²¹.

¹⁸ Cass. com., 15 février 2000, n° 97-18821.

¹⁹ CA Bordeaux, 12 janv. 2016 : *CJAMP* 2016-1, AB.2418.

²⁰ CA Bordeaux, 11 octobre 2016 : *CJAMP* 2016-3, AB.2511.

²¹ Rapp. T. FAVARIO, Groupes de sociétés à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté, précité.

« La cessation des paiements : le cas particulier des vins en primeur »

Maître Christophe MANDON



Il m'est imparti d'évoquer devant vous le cas particulier de la vente de vins en primeur, en lien avec la notion d'état de cessation des paiements.

Dans cette perspective, il apparaît nécessaire dans un premier temps de définir ce mode de commercialisation particulier à notre région, pour dans un second temps s'attacher à appréhender les conséquences éventuelles de ce type de vente sur l'état de cessation des paiements.

A) La notion de vente en primeur

1) Son origine et ses caractéristiques

Ce mode de commercialisation a pris naissance à partir des années 80, afin pour objectif pour les professionnels de constituer un mode de financement, et pour les acheteurs, une démarche spéculative.

Cette opération consiste chaque année pour le négoce à proposer aux consommateurs des quantités déterminées de bouteilles de la vendange précédente pour un prix établi, la livraison n'étant réalisée que postérieurement à la mise en bouteille, soit environ deux ans après.

Le négociant règle par paiement fractionnés et n'acquitte la TVA qu'à la livraison ; le consommateur quant à lui, règle l'intégralité du prix HT, et procèdera au paiement de la TVA au moment de la prise de possession.

Après avoir décrit les caractéristiques de l'opération, il est nécessaire de la définir en droit.

2) Définition en droit

a) vente de choses futures.

Le principe en droit Français de la vente consiste à ce que la chose vendue existe (art 1601 du Code Civile).

Toutefois, par application de la théorie générale des obligations, la chose future peut être vendue (art 1160 du Code Civile issu de la réforme du droit des obligations).

Telle est le cas en l'espèce pour les deux opérations successives entre d'une part le viticulteur et le négociant, et d'autre part, entre le professionnel et le consommateur.

Néanmoins, pour que la seconde opération puisse présenter les caractéristiques de la vente de chose future, il est essentiel que le viticulteur, par l'intermédiaire du courtier, ait consenti l'allocation annuelle.

En effet, si tel n'était pas le cas, la commercialisation du vin par le négociant sans disposer de l'allocation annuelle de la part du viticulteur, aurait alors consenti une vente de la chose d'autrui, , sanctionnée de nullité par les dispositions de l'article 1599 du Code Civil qui prévoient.

b) transfert de propriété

***le principe**

Il est essentiel de définir pour cette vente la date du transfert de propriété, afin de mieux appréhender ensuite ses conséquences notamment sur l'actif disponible, tant au niveau du vendeur initial, que du professionnel (négociant).

Pour déterminer la date du transfert de propriété, il convient de se référer aussi au Code Civil ; les dispositions de l'article 1583 prévoient que la vente est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit dès la conclusion du contrat (accord sur la chose et le prix).

Cependant, la chose vendue dans le cas d'espèce constitue une chose de genre, et non un corps certain ; en effet, au moment de la conclusion des contrats, le bien vendu ne peut qu'être rattaché à une espèce à laquelle il appartient.

Le transfert de propriété des choses de genre n'intervient pas au moment de la conclusion du contrat, mais à partir de l'individualisation des biens vendus, soit par la mise en bouteille et le conditionnement au profit de l'acquéreur.

***exception**

Il peut cependant être dérogé à ce principe par l'intégration notamment d'une clause de réserve de propriété.

B) La vente en primeur et l'état de cessation des paiements

L'intervention de l'Expert dans ce contexte serait particulièrement intéressante, compte tenu des vérifications à opérer.

1 Détermination de l'actif disponible

Il pourra en effet être déterminant de savoir, aussi bien pour le viticulteur, que pour le négociant, la date à laquelle le transfert de propriété a été opéré, afin de déterminer si à une date donnée, le vin vendu en primeur constituait un actif disponible.

a) Au niveau du viticulteur

Jusqu'à l'individualisation pour le ou les professionnels allocataires, le vin en primeur constituerait un actif probablement disponible, car cessible très rapidement

b) Au niveau du négociant

L'individualisation constituera aussi un moment déterminant pour assurer le transfert de propriété du stock du viticulteur, et donc constituer un actif disponible, sous réserve toutefois du paiement par ce dernier du solde de la facture et de la tva, dès lors qu'une clause de réserve de propriété existerait entre les deux parties.

A défaut de l'existence d'une telle clause, le transfert de propriété serait réalisé nonobstant le paiement du solde du prix.

En outre, tant que le vin ainsi acquis par le négociant ne serait pas livré dans ses locaux, et individualisé au profit du consommateur, il constituerait toujours un actif disponible.

2 Détermination du passif exigible

Pour le négociant, le solde du prix sera exigible à la livraison, et pas nécessairement au moment de l'individualisation.

La reprise de l'ensemble des bons de livraison serait alors nécessaire pour déterminer à partir de quel moment le passif lié aux ventes en primeurs est devenu exigible.

**« La quête documentaire :
L'utilité du FEC – Fichier des Écritures Comptables »
Jacques MARTIN**



Le fichier des écritures comptables – FEC – répond à une obligation fiscale. Le défaut de production est sanctionné par une amende et des majorations en cas de redressement (Art. L 47 A du CGI).

La communication de ce fichier à l'expert permet des investigations qui seraient beaucoup plus longues ou même difficiles voire impossibles à réaliser sans ce fichier normalisé.

Des applications indépendantes des logiciels comptables permettent de l'exploiter. Il est donc nécessaire dans le cadre des liquidations judiciaires de prévoir la récupération de ce fichier pour les derniers exercices comptables.

L'expert avec ce fichier sera en mesure :

- De découper les périodes en fonction de dates choisies et de reconstituer les balances comptables et de disposer du détail des comptes
- De procéder à des recherches à partir de montants ou de mots clés, etc.

Ainsi le FEC facilite la recherche de la date de cessation des paiements ou d'opérations particulières pendant la période suspecte.

Les mandataires judiciaires qui sont en amont dans la procédure par rapport à l'expert qui va intervenir plusieurs mois après l'ouverture de la procédure, devraient prévoir la récupération de ces fichiers et leur validation avant la disparition des équipements et des données.

« La recherche de la date de cessation des paiements »

Jacques MARTIN et Vincent PAVLOVSKY



La recherche de la date de cessation des paiements est généralement réalisée par diverses approches :

- Une approche dite financière
- Une approche par l'analyse de l'état des créances
- L'approche par la définition juridique

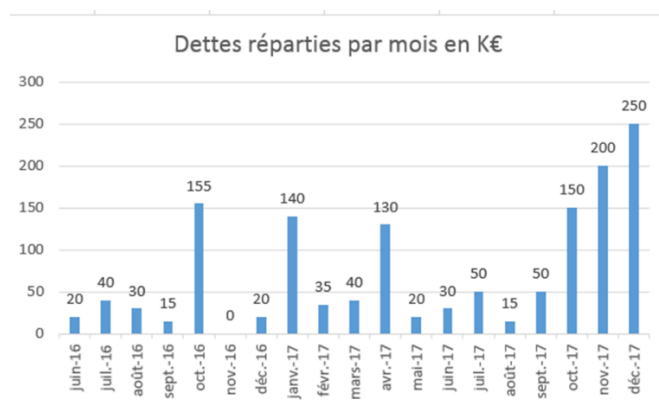
1 – L'approche financière

Cette approche permet d'expliquer l'évolution financière de l'entité par l'analyse du bilan (fonds de roulement, besoin en fonds de roulement et trésorerie) et des résultats par l'examen des soldes intermédiaires de gestion.

Si cette méthode ne permet pas de fixer la date de la cessation des paiements, elle orientera l'expert et contribuera à la compréhension de la situation financière.

2 – L'analyse de l'état des créances

L'objectif recherché est de connaître l'antériorité des dettes produites. Les dettes sont réparties mensuellement et permettent de mieux cibler la date de cessation des paiements. Le résultat peut être présenté sous la forme du graphique su



3 – L'approche juridique

Cette approche peut être illustrée par la pesée des deux composants présents sur les plateaux de la balance :



De façon pratique l'expert utilisera un tableau à partir des éléments comptables à la date qu'il aura identifiée pour caractériser la cessation des paiements. Ce tableau permettra de ventiler les sommes à retenir ou à ne pas retenir pour chaque rubrique comptable.

Actif disponible	Ne pas retenir	À retenir
Actif immobilisé		
Immobilisations incorporelles (fonds, marque, etc...)	X	
Immobilisations corporelles	X	
Immobilisations financières	X	
Immobilisations cessibles immédiatement		X
Actif circulant		
Stocks	X	
Stocks cessibles rapidement		X
Créances clients recouvrables rapidement		X
Créances douteuses	X	
Créances litigieuses	X	
Crédit TVA		X
Crédits d'impôts éligibles à remboursement (CICE, CIR, etc...) ou finançables		X
Valeurs de placement nanties	X	Si levée de nantissement immédiate
Valeurs de placement (non nanties)		X
Trésorerie		X
Autres - selon la disponibilité Ex. : dividendes à recevoir	X	X
Actif disponible		TOTAL

Passif exigible	Ne pas retenir	À retenir
Capitaux propres		
Emprunts long terme	X	Dernière échéance
Emprunts moyen terme	X	Dernière échéance
Concours bancaires courants (découvert)		
Découvert autorisé	X	
Découvert non autorisé (sauf si tolérance du banquier)		X
Découverts dénoncés		X
Avances et acomptes reçus sur commandes	X	
Dettes fournisseurs		
Impayés - rejets de la banque		X
Accords et moratoires	X	
Pas de réclamation	X	
Rappels fournisseurs avec LR - AR		X
Dettes fiscales et sociales		
Non réglées à l'échéance		X
Assignations		X
Mise en recouvrement		X
Délais accordés et moratoires	X	
Dettes au personnel (si remboursement à très court terme)		X
TVA et dettes sociales provisionnées	X	
Provision pour congés payés (sauf si dus rapidement)	X	
Créditeurs divers		Dernière échéance
Compte courants associés (impossibilité de remboursement)	X	
Produits constatés d'avance	X	
Passif exigible		TOTAL

(Guide de l'accompagnement des entreprises en difficultés CSOEC – Edition 2017)

Ainsi le total de l'actif disponible et le total du passif exigible détermineront si la cessation des paiements répond à la définition du Code de commerce à la date sélectionnée.

Sont également intervenus :



Monsieur Nicolas ZIRN, juge commissaire au Tribunal de commerce de Bordeaux



Monsieur Alexandre SALAS-GORDO, président de l'Ordre des Experts Comptables d'Aquitaine



Madame Nathalie MALICET, past présidente de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes, expert près la Cour d'appel de Bordeaux



Maître Jérôme DIROU, Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Bordeaux

La section Bordeaux-Pau de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de Justice

La cessation des paiements et la période suspecte

Conférence exceptionnelle

Mercredi 17 janvier 2018 > 14h à 19h

Pôle juridique et judiciaire, 35 Place Pey Berland, Bordeaux

Amphithéâtre Duguit



- > La cessation des paiements
- > La période suspecte
- > Les groupes de sociétés et la cessation des paiements
- > Les négociants en grands crus et la cessation des paiements
- > Le juge commissaire et les missions d'experts
- > Relations expert - expert-comptable - commissaire aux comptes
- > La réalisation de la mission par l'expert
- > Les relations entre l'expert et le dirigeant

Avec la participation de :

Monsieur Pierre GUILLOUT, Vice-président du Tribunal de Grande Instance de Bordeaux

Monsieur Nicolas ZIRN, Juge commissaire au Tribunal de commerce de Bordeaux

Monsieur Karl LAFURIE, Docteur en droit, chargé d'enseignement à l'université de Bordeaux

Maître Christophe MANDON, mandataire judiciaire

Maître Patrick ESPAIGNET, avocat

Monsieur Jacques MARTIN, expert près la Cour d'appel de Bordeaux

Monsieur Vincent PAVLOVSKY, expert près la Cour d'appel de Bordeaux



IRDAP
Institut de recherche en droit
des affaires et du patrimoine

université
de BORDEAUX

FORUM
MONTESQUIEU
Faculté de droit et sciences politiques

université
de BORDEAUX