

Recueil Dalloz 2007 p. 872

Précision expresse sur l'actif disponible (et implicite sur le passif exigible)

Arrêt rendu par Cour de cassation, com.

27 février 2007

n° 06-10.170 (n° 382 F-P+B+R)

Sommaire :

Une cour d'appel retient exactement que l'actif d'une société, constitué de deux immeubles non encore vendus, n'était pas disponible.

La société, qui n'avait pas allégué devant la cour d'appel qu'elle bénéficiait d'un moratoire de la part de ses créanciers, ne faisait valoir aucune contestation relative au montant ou aux caractéristiques de son passif, de sorte que la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée, a légalement justifié sa décision ouvrant une procédure de redressement judiciaire (1).

Demandeur : Avenir Ivry (Sté)

Défendeur : Chavanne de Dalmassy

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris 3^e ch. civ. A 13 septembre 2005 (Rejet)

Texte(s) appliqué(s) :

Code de commerce - art. L. 621-1

Mots clés :

REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES * Procédure * Ouverture * Cessation des paiements * Actif disponible * Immeuble * Vente

(1) Plutôt qu'une, plusieurs raisons peuvent justifier la publication au *Rapport 2007* de la Cour de cassation à laquelle la Chambre commerciale destine cet arrêt relatif à la fameuse notion de cessation des paiements, au coeur du droit de la faillite depuis deux cents ans (J.-L. Vallens, Bicentenaire du code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui, D. 2007. Chron. 669, n° 5), et toujours sujette à d'âpres débats sur son opportunité tant que sur sa consistance. Au premier chef, bien sûr, la précision, sans précédent d'une telle netteté, relative à la composition de l'actif disponible. Mais difficile de croire, pour qui suit la matière de près, que n'a pas compté aussi le message, un peu subliminal, délivré par la Cour quant au point le plus sensible de la question, celui de la portée exacte du caractère exigible requis par les textes. Et cela surtout dans le contexte de la nouvelle architecture des procédures collectives issue de la loi du 26 juillet 2005, à laquelle la solution, rendue sous l'empire des dispositions antérieures, s'appliquera sans conteste possible.

Car, on le sait, préférant la position conservatrice préconisée par la Cour de cassation dans son *Rapport 2002* (p. 27) aux appels réformistes portés par une partie de la doctrine et des praticiens (F. Derrida, Sur la notion de cessation des paiements, Mélanges J.-P. Sortais, Bruylant, 2002, p. 76 ; V. aussi, sur le rapport « Courtière », établi par la CCIP, A. Outin-Adam et S. Bienvenu, Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JCP E 2003, n° 27, p. 1113 ; R. Badinter, auditions de la Commission des lois du Sénat, 22 déc. 2004 ; G. Teboul, Le projet de loi de sauvegarde des entreprises du 26 janvier 2004, Petites affiches, 13 févr. 2004, p. 3 ; La cessation des paiements: une définition *ne varietur* ?, RJ com., hors série 2004, p. 14 ; H. Chriqui,

Prévention des difficultés des entreprises: peut-on aller plus loin?, Gaz. Pal., 16-18 mai 2004, p. 2; C. Légevaques, La réforme du droit des entreprises en difficulté [à propos de l'avant-projet de février 2004], Petites affiches, 23 juin 2004, p. 3; Proposition 16 de l'Association Droit et commerce, RJ com., hors série 2004, p. 180), c'est délibérément que le législateur a maintenu le critère de l'impossibilité, pour le débiteur, de faire face au « passif exigible » avec son « actif disponible ». Même si, depuis le 1^{er} janvier 2006, la cessation des paiements a perdu son rôle fonctionnel, la loi nouvelle ayant brouillé les frontières traditionnelles en ouvrant une procédure collective, la procédure de sauvegarde, aux débiteurs *in bonis* cependant qu'elle permet à des débiteurs en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours de bénéficier encore d'une procédure amiable, la conciliation (V. Martineau-Bourgninaud, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005. Chron. 1356, n° 4). Ce qui, d'ores-et-déjà, à s'en tenir aux statistiques consulaires, aurait visiblement contribué au reflux des redressements et liquidations judiciaires (Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, janv. 2007, p. 10 s.). Sans, pour autant, parvenir à tarir le débat, pour autant, au contraire relancé, tout récemment, par la reprise d'une suggestion d'assouplissement dans le Rapport d'information remis par M. de Roux en janvier 2007, selon lequel, d'ailleurs, le critère de passif « non exigé » aurait permis l'application de la procédure de sauvegarde au groupe *Eurotunnel* (V. Rapp. AN, n° 3651, p. 57). Ces prémisses exposées, venons-en aux deux volets de l'arrêt du 27 février 2007.

1°. L'actif disponible. Que des immeubles non encore vendus n'en fasse pas partie ne peut étonner. La Cour de cassation ne l'avait encore dit si clairement. Toutefois, la solution correspond parfaitement à l'approche jurisprudentielle jamais démentie ne considérant comme disponibles, dans le souci de ne pas retarder l'ouverture de la procédure collective et laisser se creuser le passif, que les actifs immédiatement réalisables, c'est-à-dire à très court terme, dans un délai de quelques jours (V. Rapport AN, n° 2095, p. 339 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficultés, Instruments de paiement, LGDJ, 7^e éd., 2006, n° 165). Ce qui suffit, en principe, et pour parler en termes comptables, à exclure tous les « actifs immobilisés », aussi bien les immeubles que le fonds de commerce, et, s'agissant des « actifs circulants », et plus particulièrement des stocks, à ne retenir que les stocks de marchandises en cours de réalisation. De sorte qu'en l'espèce peu importait, contrairement à ce que soutenait le pourvoi de la société mise en redressement judiciaire, que les immeubles fussent en bonne voie de cession en raison de la volonté manifestée par la commune d'exercer sur eux son droit de préemption « au prix correspondant à la valeur retenue par le juge de l'expropriation ». Cette issue favorable en vue pour ces immeubles n'en faisait pas pour autant des éléments d'actif disponibles. Pour cela, il eût fallu plus : que la vente ait eu lieu déjà, et que le produit de celle-ci fût consigné, par exemple (V., pour la vente d'un fonds de commerce, Aix-en-Provence, 19 nov. 1998, Rev. proc. coll. 2000. 49, obs. J.-M. Deleneuveille). Même certaine, ou très probable, la vente d'immeuble non encore réalisée, reste un événement, sinon aléatoire, du moins trop lointain au regard de l'impératif de placement rapide du débiteur ayant cessé ses paiements sous la protection du tribunal, dans l'intérêt de l'entreprise comme de ses créanciers. Peut-être à la marge, de fait, dans certaines décisions, la situation pourrait-elle être modifiée maintenant que les nouveaux textes accordent au débiteur un répit, non plus de quinze, mais de quarante-cinq jours pour déclarer sa cessation des paiements.

2°. Le passif exigible. Passif exigible, comme le requièrent à la lettre l'ancien article L. 621-1 et le nouvel article L. 631-1 du code de commerce, ou passif exigible et exigé, comme ont semblé s'en contenter certaines décisions de la Chambre commerciale dans les années 1997 et 1998 (Com. 28 avr. 1998, Dalloz Affaires 1998, p. 1487, obs. A. Lienhard ; RTD com. 1999. 187, obs. A. Laude ; Defrénois 1998. 948, obs. P. Le Cannu), imitées par des magistrats du fond, et le souhaiteraient le voir consacrer dans la loi, on l'a rappelé, certains auteurs ?

En vérité, les choses sont plus claires qu'il y paraît. Quoi qu'on ait pu déduire de ces décisions, la position de la Cour de cassation à cet égard n'a rien de mystérieux ou d'ambigu. En tout cas, plus aujourd'hui. A l'instar d'une précédente décision, avec laquelle le rapprochement de la présente, dans son esprit, s'impose (Com. 24 mars 2004, D. 2004. AJ. 1022, obs. A.

Lienhard, et Somm. 2143, obs. F.-X. Lucas⁽¹⁾), les hauts magistrats expriment, ici comme là (et toujours « en filigrane » presque), leur volonté de ne pas ajouter (ou retrancher) à la loi : non, le critère légal de dette exigible n'est pas émasculé par un critère prétorien de dette exigée. Simplement, la Chambre commerciale entend-elle apprécier l'exigibilité de façon concrète et pragmatique, en tenant compte, au-delà du terme stipulé, non pas de l'attitude éventuelle d'un créancier qui n'aurait pas réclamé paiement à l'échéance, mais, ce qui est différent, de la décision univoque (fût-elle tacite) de ce créancier, le cas échéant, d'octroyer au débiteur un moratoire. Dans cette hypothèse, qui correspond à la théorie de la « réserve de crédit », la dette n'est plus exigible. Si bien que le passif exigible s'en trouve (le plus souvent pour une courte durée) diminué et, corrélativement, l'actif disponible accru. Théorie dont, sans la nommer, la Cour a fait une application remarquée, à propos de la fixation de la date de cessation des paiements en cas de règlement amiable débouchant sur un redressement judiciaire (Com. 14 mai 2002, D. 2003. Jur. 615, note V.

Martineau-Bourgninaud, et 2002. AJ. 1837, obs. A. Lienhard⁽²⁾ ; RTD com. 2002. 532, obs. V. Macorig-Venier⁽³⁾), reprise depuis par le nouvel article L. 631-8 du code afin de sécuriser les accords amiables de conciliation homologués.

Le président Daniel Tricot a, du reste, à plusieurs reprises, explicité la position de la formation qu'il préside, insistant sur la cohérence de la jurisprudence de celle-ci. La clé de lecture pour voir l'unité entre les différentes décisions réside dans le rôle respectif du créancier et du débiteur dans l'administration de la preuve de la cessation des paiements : si la charge de celle-ci repose, en ses éléments constitutifs, sur le créancier lorsqu'il assigne le débiteur en redressement ou en liquidation judiciaires, c'est, en revanche, à ce dernier qu'il incombe d'établir la réserve de crédit dont il pourrait se prévaloir (Lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, déc. 2004, p. 5). Tel est bien le sens de l'arrêt du 27 février 2007, dans lequel la Cour relève que la société débitrice « n'avait pas allégué devant la cour d'appel qu'elle bénéficiait d'un moratoire de la part de ses créanciers », réponse d'autant plus intéressante que le moyen prônait une approche beaucoup moins procédurale de l'exigibilité, estimant « qu'en retenant l'état de cessation des paiements de la société après avoir relevé que ses dettes étaient exigibles, sinon exigées, et quand le liquidateur à liquidation judiciaire, qui s'en rapportait à justice sur les mérites de l'appel contre la décision du premier juge ayant statué sur sa saisine d'office, soulignait qu' aucune poursuite n'est en cours concernant le passif déclaré lequel, dans ces conditions, n'est pas à ce jour exigé, la cour d'appel a derechef privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 621-1 du code de commerce ».

La publication de cette décision au *Rapport* devrait donc favoriser l'unification de la jurisprudence quant à l'utilisation, encore mal comprise parfois, du critère du passif exigible, unification surtout nécessaire s'agissant des procédures de traitement des difficultés, telles que le redressement et la liquidation judiciaires, tandis qu'une plus grande souplesse, laissée aux mains des tribunaux de commerce, ne paraît pas contraire aux finalités de la loi s'agissant des procédures de nature contractuelle telles que le mandat *ad hoc* et la conciliation (V. l'interview de P. Rey, Dr. et patr., mars 2006, p. 10, spéc. p. 11).

A. Lienhard