

CONSULTATION

I. Monsieur JAY LAPOUASSE a hérité à la mort de son père des actions d'une SAS dénommée LA BONNE SOUPE active dans le secteur agroalimentaire et en a été élu président. La banque MORA CRÉDIT a notifié à la société LA BONNE SOUPE une demande de « remboursement anticipé » de prêt contracté par celle-ci avec des pénalités de retard au motif que le cautionnement donné par le père de monsieur LAPOUASSE, en sa qualité de dirigeant social de la société LA BONNE SOUPE, s'est éteint du fait de son décès. Contestant cette créance, la société LA BONNE SOUPE a refusé de la payer. En réponse, la banque a assigné celle-ci en redressement judiciaire.

1. Monsieur LAPOUASSE vous demande quelles sont les chances de succès de l'assignation de la banque MORA CRÉDIT ?

Il vous expose (i) que son refus de payer est justifié et légitime et que la créance de la banque est contestable (ii) que la société n'est pas insolvable si l'on prend en compte ses immobilisations (iii) que jusque-là l'exploitation de la société n'était pas déficitaire et qu'il doit faire face à une simple gêne momentanée de caisse artificiellement créée par la banque par sa seule créance (iv) que son autre banque, la SOCIÉTÉ GÉNIALE, lui a reconduit sa confiance et a ouvert à la société LA BONNE SOUPE des lignes de crédit pour lui permettre de faire face temporairement.

2. Il ajoute que l'un de ces amis du « PINGOUIN CLUB », monsieur Côme MERCE, ancien juge consulaire, lui a indiqué qu'il existe une procédure de sauvegarde et qu'il lui avait conseillé de demander à bénéficier de cette procédure.

Pensez-vous que cela soit possible ?

II. Au détour de la conversation, le président LAPOUASSE vous confesse qu'il s'estime en sursis et « qu'il est dans les mains de son principal client, la centrale de référencement l'ENSEIGNE DE VAISSEAU ». Celle-ci, représentant 70% de son chiffre d'affaires, avait tenté de le déréférencer puis était revenue sur sa décision après une négociation compliquée. Depuis, elle ne cesse d'exercer sur lui des pressions pour qu'il réduise ses prix et a réduit la quantité de marchandise achetée.

Monsieur LAPOUASSE craint à terme d'être obligé de déposer son bilan. Ils vous posent les questions suivantes :

1. À quels risques est il exposé du fait de s'être porté caution personnelle auprès de LA SOCIÉTÉ GÉNIALE pour les dettes sociales ?

2. Un ami commissaire-priseur qualifié commissaire de justice, membre du « PINGOUIN CLUB », lui a proposé d'effectuer un inventaire de son entreprise à l'ouverture de la procédure et se demande si cette opération est obligatoire et en quoi consiste cet acte ?

3. Est-ce que l'ENSEIGNE DE VAISSEAU pourrait racheter son entreprise à la « barre du tribunal » et plus généralement comment s'organise la cession de l'entreprise ou de ces actifs dans le cadre d'une procédure collective ?

III. Les difficultés rencontrées par monsieur LAPOUASSE l'ont conduit à faire un « burn out ». Après plusieurs mois, les relations de monsieur LAPOUASSE avec son épouse se sont distancées et cette dernière jugeant impossible de maintenir la vie commune lui propose de divorcer par consentement mutuel.

Monsieur LAPOUASSE n'est pas opposé au principe du divorce, mais il souhaiterait néanmoins que son honneur soit lavé. En effet, ce dernier a appris que sa femme avait un amant depuis peu. De plus, il souhaite éviter que ses biens de famille, qu'il vient d'hériter de son père et notamment une maison en Provence, ne soient « accaparés » par son épouse. Il vous indique être marié sous le régime de la séparation de biens.

Monsieur LAPOUASSE vous demande :

1. S'il peut faire procéder à un constat d'adultère et si ce genre d'acte est susceptible de lui permettre d'obtenir un divorce pour faute ?

2. S'il peut conserver sa maison en Provence ?

CORRECTIONS

ET

EXPLICATIONS

Question I.1 : quelles sont les chances de succès de l'assignation de la banque MORA CRÉDIT ?

Les chances de la banque MORA CREDIT sont inexistantes.

L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire suppose que le juge constate l'état de cessation des paiements de la société LA BONNE SOUPE (article L 631-1 du Code de commerce). La cessation des paiements consiste en une impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Il ne faut pas confondre la cessation des paiements avec le refus de payer ses dettes, l'insolvabilité, le déficit ou la gêne momentanée.

Sur le refus de payer de monsieur LA POUASSE

Le passif pris en compte pour la définition de la cessation des paiements n'est pas la totalité du passif du débiteur mais seulement le passif exigible.

Le passif exigible, c'est le passif devant donner lieu à paiement immédiat, c'est-à-dire le passif échu. Il a toutefois toujours été admis que les dettes concernées devaient être également certaines et liquides. Les juges du fond ne doivent donc pas s'en tenir à la seule constatation de l'arrêt matériel des paiements ou du refus de paiement (Cass.com, 27 avril 1993, n° 91-16.470). Le défaut de paiement n'est pas à lui seul constitutif de l'état de cessation des paiements. Le juge doit constater que les créances étaient bien certaines, liquides et exigibles.

La contestation de la créance de la banque MORA CREDIT par monsieur LAPOUASSE ne permet pas d'estimer que celle-ci est certaine.

Sur la prise en compte des immobilisations et la solvabilité de la société

L'actif disponible représente l'actif réalisable immédiatement, auquel on peut assimiler celui qui est réalisable à très court terme. L'actif disponible comprend essentiellement les liquidités figurant dans les comptes financiers, c'est-à-dire l'existant en caisse et en banque.

La cessation des paiements est une notion distincte de l'insolvabilité. L'insolvabilité est l'état du débiteur dont l'ensemble du passif est supérieur à l'ensemble de l'actif, alors que la cessation des paiements est l'état du débiteur qui n'est plus en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. En conséquence, la solvabilité n'empêche pas la cessation des paiements.

Un débiteur peut être solvable, c'est-à-dire avoir un actif nettement supérieur à son passif, et néanmoins être déclaré en cessation des paiements s'il ne peut payer son passif exigible, faute d'un patrimoine liquide. C'est ce qu'illustre toute la jurisprudence refusant de prendre en compte les immobilisations dans l'actif disponible pour retenir l'état de cessation des paiements (exemple : Cass. com. 27 février 2007, n° 06-10.170)

La solvabilité de la société LA BONNE SOUPE n'est donc pas de nature à empêcher la constatation de la cessation des paiements de celle-ci.

Sur l'absence de déficit et sur la gêne momentanée

L'exploitation déficitaire est le fait pour un débiteur de ne plus faire de bénéfices et de développer des pertes. Or, les pertes peuvent ne pas correspondre à de véritables dettes à l'égard des tiers, mais résulter seulement d'inscriptions en comptes de certaines charges, telles que les provisions et amortissements.

L'exploitation bénéficiaire permet d'établir l'absence de faute de gestion et éviter une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (art. L 651-2 du Code de commerce) ou la faillite personnelle (art. L 653-3 du Code de commerce), mais pas de s'opposer à la cessation des paiements, lorsque les bénéfices dégagés ne permettent pas de faire face au passif exigible.

L'absence de déficit permet aussi de soutenir qu'on est en présence d'une gêne momentanée.

La cessation des paiements n'est pas la gêne momentanée de trésorerie. La cessation des paiements est plus qu'un déséquilibre momentané des ratios de liquidités, c'est l'incapacité à retrouver dans un avenir proche un équilibre durable. Ainsi, ne caractérise pas la cessation des paiements la cour d'appel qui constate que la situation de la société s'est considérablement dégradée, que la marge commerciale, la valeur ajoutée et l'excédent brut d'exploitation ont accusé une baisse sensible et que les charges de personnel ont absorbé une part importante de la valeur ajoutée (Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-13.475). La cessation des paiements doit se caractériser par son aspect durable, permanent ou persistant, alors que la gêne momentanée est un état passager, provisoire ou temporaire.

La société LA BONNE SOUPE ne semble pas en cessation des paiements, mais avoir une simple gêne momentanée.

Sur les lignes de crédit de la SOCIETE GENIALE

L'actif disponible comprend aussi les réserves de crédit. Toutefois, l'existence d'une réserve de crédit exclut la cessation des paiements (article L. 631-1 du Code de commerce), si elle remplit certaines conditions

En premier lieu, le concours financier, dont se prévaut le débiteur, doit être tangible, destiné à apporter une trésorerie supplémentaire. C'est le cas en l'espèce.

En second lieu, il faut que ce crédit ait été obtenu dans des conditions normales, régulières. Ainsi, on ne pourra inclure dans l'actif disponible un crédit obtenu dans des conditions ruineuses

pour l'entreprise ou un crédit revêtant un caractère artificiel, dépassant manifestement les possibilités financières de l'entreprise ou un crédit résultant de circonstances anormales. Ce semble aussi être le cas en l'espèce.

La société LA BONNE SOUPE disposant d'une réserve de crédit le constat de sa cessation des paiements est exclue.

Question I. 2 : La société LA BONNE SOUPE peut-elle bénéficier de la procédure de sauvegarde ?

La société LA BONNE SOUPE peut bénéficier de cette procédure si deux conditions sont remplies.

En premier lieu, la société LA BONNE SOUPE a une activité commerciale qui la rend éligible à cette procédure (art. L 620-2 du Code de commerce).

En second lieu, l'article L. 620-1, alinéa 1er, du Code de commerce énonce que la procédure de sauvegarde est ouverte sur demande d'un débiteur « *qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

La notion de « difficultés » est large et vise les difficultés juridiques, économiques, financières, environnementales ou autres. Il a été jugé que si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13.988). Le fait que les difficultés doivent être insurmontables ne restreint pas tellement la notion. Cela signifie qu'avec les moyens jusqu'à présent à sa disposition, le débiteur n'a pu surmonter ses difficultés. Le juge se livre donc à une appréciation *in concreto* de la situation afin de savoir si le débiteur a ou non la capacité de dépasser ses difficultés.

En tout état de cause, il est prévu que « *lorsque la situation du débiteur ne fait pas apparaître de difficultés qu'il ne serait pas en mesure de surmonter, le tribunal invite celui-ci à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation au président du tribunal. Il statue ensuite sur la seule demande de sauvegarde* » (art. L. 621-1, al. 3 du Code de commerce).

En l'espèce, compte tenu des informations fournies par monsieur LAPOUASSE dans la suite du cas pratique (question 2) et de son état de santé (question 3), on peut estimer que la société LA BONNE SOUPE justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter.

A défaut, elle pourra soutenir qu'elle « éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible » (art. L 611-4 du Code de commerce) ce qui lui permettra de demander une conciliation.

Question II. 1 : A quels risques est exposé monsieur LAPOUASSE du fait de s'être porté caution personnelle de la société LA BONNE SOUPE dans le cas où celle-ci déposerait son bilan ?

Monsieur LAPOUASSE en sa qualité de caution personnelle personne physique bénéficie d'un régime particulier.

En premier lieu, la caution personnelle personne physique bénéficie de l'arrêt des poursuites pendant la période d'observation. L'article L. 622-28 deuxième alinéa du Code de commerce dispose : « *Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans* ».

En second lieu, lorsque la période d'observation prend fin par une conversion en liquidation judiciaire, ou par l'arrêt d'un plan de redressement, dont les dispositions ne bénéficient pas à la caution (article L. 631-20 du Code de commerce), les poursuites qui avaient été suspendues peuvent reprendre. Le titre exécutoire dont la mise en œuvre avait été suspendue peut-être exécuté.

La poursuite sera subordonnée à l'exigibilité de la créance. Ces poursuites ont lieu selon les dispositions applicables à l'opposabilité de ce plan à l'égard des garants (article R. 622-26 du Code de commerce) ou prononçant la liquidation judiciaire (article R. 641-26 du Code de commerce).

Le tribunal pourra aussi accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans (article L. 622-28, al. 2 in fine du Code de commerce).

Question II.2 : Un inventaire est-il obligatoire à l'ouverture d'une procédure collective et en quoi consiste cet acte ?

Dès l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, il est dressé un inventaire et une prise de possession du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent (articles L 622-6 et L 631-14). Cet inventaire, remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, est complété par la mention des biens susceptibles d'être revendiqués par un tiers. Cet acte est obligatoire.

Aux fins de réaliser l'inventaire et la prise de possession des actifs du débiteur, le tribunal désigne, « en considération de leurs attributions respectives telles qu'elles résultent des dispositions qui leur sont applicables », un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté (article L 631-9 al. 3 du Code de commerce).

Il est nécessaire de dresser cet état des lieux afin d'éviter les disparitions frauduleuses d'actifs et d'avoir une connaissance rapide de la situation patrimoniale du débiteur pour apprécier au plus vite les chances de redressement ou de cession de l'entreprise en difficulté ou pour anticiper le résultat de la liquidation des actifs.

Question II. 3 : Un client peut-il racheter son fournisseur dans le cadre d'une procédure collective ? Comment s'organise la cession de l'entreprise ou de ses actifs dans le cadre d'une procédure collective ?

La cession de l'entreprise ou de ses actifs peut intervenir dans le cadre d'un plan de redressement (articles L 631-19-1, L 631-21, L 631-22 du Code de commerce), ou d'une liquidation judiciaire. Dans ce dernier cas, la cession porte soit sur l'entreprise (article L 642-1 et s. du Code de commerce) soit sur des éléments d'actifs (article L 642-18 du Code de commerce).

Rien ne s'oppose à ce qu'un client ou un créancier de l'entreprise puisse se porter acquéreur de l'entreprise ou de ses actifs.

Question III. 1 : monsieur LAPOUASSE peut-il faire dresser un constat d'adultère et est-ce qu'un tel acte est susceptible de lui permettre d'obtenir un divorce pour faute ?

En premier lieu, le constat d'adultère ne peut être effectué que par un huissier, après avoir obtenu l'autorisation du juge. L'autorisation du Président du Tribunal judiciaire est nécessaire pour éviter qu'il y ait violation de domicile ou atteinte illicite à la vie privée (article 259-2 du Code civil).

En second lieu, l'huissier de justice doit effectuer sa mission dans des conditions régulières. L'huissier doit se contenter d'effectuer des « *des constatations purement matérielles* » (article 249 du Code de procédure civile) et ne peut effectuer une enquête officieuse (ex. filature, interrogatoire, consulter des fichiers).

De plus, l'huissier doit accomplir sa fonction avec loyauté. Il doit respecter les heures légales, ne pas procéder à des enregistrements ou des photos à l'insu des personnes concernées.

Ces conditions rendent difficile l'établissement d'un constat susceptible de rapporter directement la preuve de l'adultère.

En second lieu, l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce, mais une simple cause facultative de celui-ci. Le juge applique son pouvoir d'appréciation des faits pour déterminer si leur gravité est telle qu'elle justifie ou non le prononcé du divorce. Un adultère peut ne pas constituer un grief suffisant justifiant le prononcé du divorce. Tout dépend en réalité des circonstances qui sont susceptibles, dans le cadre d'une appréciation souveraine, de retirer au manquement son caractère de gravité. Il convient d'interroger monsieur LAPOUASSE pour qu'il fournisse des renseignements complémentaires pour apprécier l'opportunité d'invoquer l'adultère et la procédure de divorce pour faute.

Question III. 2 : a l'issue du divorce monsieur LAPOUASSE conservera-t-il la maison de Provence qu'il a hérité de son père ?

Le divorce entraîne la liquidation du régime matrimonial des époux. Pour conserver la maison de Provence, monsieur LAPOUASSE doit rapporter la preuve qu'il en est le propriétaire exclusif (article 1538 du Code civil). Ce qu'il pourra sans doute faire par l'acte notarié ayant liquidé la succession de son père.