

# à la une

## Département : Affaires / Contentieux / Arbitrage

*La procédure de sauvegarde, ouverte à tout débiteur « justifiant de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements », est sans conteste l'innovation la plus marquante de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.*

*Pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi, la Cour de cassation a eu à se prononcer, par deux arrêts de sa Chambre commerciale du 26 juin 2007, sur les conditions d'ouverture de cette procédure.*

### Le thème du mois : Les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde

La procédure de sauvegarde, innovation majeure de la Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, aura beaucoup fait parler d'elle dans la presse en 2007 à travers des dossiers médiatiques : le plan de sauvegarde de EUROTUNNEL adopté en janvier, le placement de SMOBY en avril, celui de HEULIEZ en novembre, et la sortie de LIBERATION de la procédure de sauvegarde fin décembre.

Au plan judiciaire, l'année 2007 aura également été riche d'enseignement avec, pour la première fois, le contrôle par le Cour de cassation des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde, par deux arrêts rendus par sa Chambre commerciale le 26 juin dernier.

C'est l'article L.620-1 du Code de commerce qui définit les conditions dans lesquelles le débiteur en difficulté - et lui seul - peut obtenir du Tribunal compétent son placement en procédure de sauvegarde.

En l'occurrence, le débiteur doit justifier de difficultés « **qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements.** »

Les deux arrêts du 26 juin 2007<sup>1</sup> nous confirment que les juges du fond disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les difficultés du débiteur présentent bien un caractère insurmontable, pouvoir qui s'exerce néanmoins sous le contrôle de la Cour de cassation. Celle-ci rappelle que les capacités financières du groupe auquel appartient la société en difficultés n'ont pas à être prises en considération (I). Par ailleurs, la Cour de cassation juge que les conditions d'ouverture de la procédure doivent être appréciées au jour où de l'ouverture (II).

#### **Le caractère insurmontable des difficultés fait l'objet d'une appréciation globale et subjective par les juges du fond**

Avant la réforme de 2005, le constat de la cessation des paiements, définie comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, constituait le critère unique de l'ouverture d'une procédure collective, redressement ou liquidation judiciaire.

Désormais, l'existence de simples difficultés insurmontables de nature à « *conduire à la cessation des paiements* » suffit au débiteur pour solliciter du juge l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, qui produit essentiellement les mêmes effets qu'une procédure de redressement judiciaire (suspension des poursuites, arrêt du cours des intérêts, déclaration des créances antérieures etc.).

Les juges du fond procèdent à une appréciation *in concreto* de ces difficultés, qui peuvent être financières mais aussi économiques, commerciales, industrielles et sociales<sup>2</sup>, en considération des spécificités liées à l'activité du débiteur, adoptant ainsi une méthode globale et

subjective, en lieu et place de la méthode financière et objective qui permettait d'établir la cessation des paiements.

On observera que les difficultés insurmontables peuvent se situer très en amont de la cessation des paiements, ce qui expose les créanciers au risque d'être pris par surprise par leur débiteur en l'absence des signaux traditionnels (résultat chroniquement déficitaire, inscription par le Trésor de son privilège, impayés etc.) leur permettant de prendre des mesures de protection pour se prémunir des effets d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a souhaité, dans ses arrêts du 26 juin 2007, tempérer la liberté laissée aux juges dans l'appréciation des conditions d'ouverture de la sauvegarde, en contrôlant que la Loi a été correctement appliquée à la situation en cause. C'est ce qu'on appelle au plan procédural le « contrôle de qualification ».

A ce titre, elle approuve la Cour d'appel de Colmar d'avoir jugé que les capacités financières du groupe auquel appartient la société en difficultés n'ont pas à être prises en considération.

Néanmoins, la marge de manœuvre des juges du fond reste très importante et ces derniers peuvent s'appuyer sur la conjugaison d'un grand nombre de facteurs : perte d'un gros client, diminution constante du chiffre d'affaires, liquidation judiciaire des filiales de l'entreprise, déficit du dernier exercice comptable, allongement du délai de rotation des stocks, déclenchement de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes, importance des charges fixes, incompressibilité des coûts, orientations du marché etc.

Les juges vérifient en tout état de cause que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements pour prononcer l'ouverture de la sauvegarde.

#### **Le caractère insurmontable des difficultés s'apprécie au jour de l'ouverture de la procédure**

Les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 26 juin 2007 sont aussi l'occasion pour la Haute Juridiction de poser le principe suivant lequel les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture, et non au jour où est formée la demande par le débiteur en difficultés.

Ceci revêt une importance pratique considérable puisque en cas de rejet de la demande au niveau du Tribunal de commerce, la Cour d'appel saisie par le débiteur d'un recours contre la décision de première instance pourra prendre en considération l'évolution de la situation de ce dernier entre le jour de la saisine initiale du Tribunal et le jour du délibéré en appel.

<sup>1</sup> Cass. Com. 26 juillet 2007, n°06-20.820 et 06-17821.

<sup>2</sup> Voir notamment CA Lyon, 3<sup>ème</sup> ch. civ, 31 mai 2006, RG n°06/02245 et CA Versailles, 13<sup>ème</sup> ch., 15 juin 2006, RG n° 06-1994.

### **Le devoir de prudence du banquier concernant les opérations inhabituelles de son client**

La Cour d'appel de Pau<sup>1</sup> s'est récemment prononcée sur le devoir de mise en garde incombant au banquier.

Dans cet arrêt, la Cour a jugé qu'en sa qualité de professionnel le banquier est tenu de mettre en garde son client s'agissant des opérations inhabituelles dont il est l'intermédiaire.

En l'espèce, le vendeur français avait reçu deux commandes d'un acheteur londonien.

Comme convenu avec sa banque, le vendeur ne devait livrer qu'après qu'elle lui ait remis les avis de transfert de fonds à son profit provenant de la banque de l'acheteur située à Jersey.

Ces avis se sont avérés par la suite être des faux, si bien que le vendeur n'a pas reçu paiement du prix des livraisons. Il a donc intenté une action en responsabilité à l'encontre de sa banque.

Le caractère inhabituel de ces opérations découlait de plusieurs facteurs : leur provenance de l'étranger, leur montant ainsi que leurs dates d'occurrence - en période de fête de Noël.

Partant de ce constat, les juges ont estimé que le banquier, en tant que professionnel expérimenté, était tenu d'une obligation de prudence vis-à-vis de son client.

Elle aurait donc du inviter son client à se renseigner davantage sur l'authenticité du message transmis, l'identité de l'acheteur ainsi que sa solvabilité et attirer son attention sur le fait que l'acheteur était domicilié à Londres et sa banque à Jersey.

La Cour a néanmoins souligné que le vendeur n'avait pas lui aussi été prudent puisque sans même être payé de la première commande, il avait procédé à la livraison de la seconde.

L'indemnisation due par la banque à son client a été chiffrée au quart du montant du préjudice qu'il a subi.

### **L'identification du sous-traitant par le maître de l'ouvrage**

En matière de marchés publics et privés, l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance prévoit que « *le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant occulte, mettre l'entrepreneur principal en demeure de le lui présenter en vue de son acceptation et de l'agrément de ses conditions de paiement.* »

En l'espèce<sup>2</sup>, une société a confié la réfection de l'aménagement de son magasin à un entrepreneur.

Ce dernier a fait ultérieurement appel à un sous-traitant pour réaliser une partie du chantier.

La liquidation judiciaire de l'entrepreneur principal ayant été prononcée, et le sous-traitant n'ayant pas été réglé du solde des travaux qu'il avait effectués, il en a sollicité le paiement au maître de l'ouvrage.

L'action intentée contre le maître de l'ouvrage par le sous-traitant qui n'a pas été payé par l'entrepreneur principal est fondée sur une faute quasi-délictuelle et tend à la réparation du préjudice qui en découle.

Cette action ne peut aboutir que si le maître de l'ouvrage a eu connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier.

Les juges du fond sont souverains pour apprécier la connaissance par le maître de l'ouvrage de la présence du sous-traitant<sup>3</sup>. Cette preuve peut résulter de correspondances ou de comptes rendus de réunions de chantier.

Au cas d'espèce, la Cour d'appel qui a débouté le sous-traitant de ses demandes a été suivie par la Cour de cassation.

La Haute juridiction a jugé que « *l'application de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance suppose que le sous-traitant ait été identifié par le maître de l'ouvrage.* »

En l'occurrence, la lettre recommandée par laquelle le maître de l'ouvrage s'était plaint à l'entrepreneur principal des réclamations formulées par les sous-traitants subissant ses défaillances de paiement n'établissait pas la preuve de cette connaissance.

### **Le paiement direct du sous-traitant dans un marché public.**

L'alinéa 1 de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance dispose que « *le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.* »

Au-delà de l'agrément et de l'acceptation des conditions de paiement du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, le contrat de sous-traitance doit nécessairement présenter les caractéristiques du contrat d'entreprise pour que le sous-traitant puisse bénéficier du paiement direct par le maître de l'ouvrage.

Le Conseil d'Etat<sup>4</sup> a eu à se prononcer sur l'application de cet article à un sous-traitant - agréé par le maître de l'ouvrage - d'une entreprise en charge de la construction d'un collège à la suite d'un appel d'offre de marché public.

L'entrepreneur titulaire du marché du gros œuvre a conclu avec son sous-traitant un « *contrat d'approvisionnement du chantier en béton prêt à emploi.* »

A la suite de la liquidation judiciaire de l'entrepreneur principal, le sous-traitant, qui avait été accepté par le maître d'ouvrage et dont les conditions de paiements avaient été agréées, a réclamé le paiement direct par le maître d'ouvrage de la somme non réglée.

Le Conseil d'Etat a jugé que le sous-traitant titulaire d'un contrat de prestations consistant en la fourniture de béton prêt à emploi et non d'un contrat d'entreprise ne pouvait réclamer le paiement direct de ses prestations au maître de l'ouvrage bien que ce dernier l'ait préalablement accepté et agréé ses conditions de paiement.

### **P.D.G.B Société d'Avocats**

174, avenue Victor Hugo - 75116 Paris

[www.pdgb.com](http://www.pdgb.com)

**G. BACHASSON – X.HUGON – F. DEREUX**

B. JARDEL - P. JULIEN - A. COLNEL

L. GIMENO – T. BEDOISEAU

<sup>1</sup> CA Pau, 2<sup>ème</sup> ch, 28 août 2007, n°06/00821, SRAL Asforma c/SA Banque Pelletier

<sup>2</sup> Cour de cassation, 7 novembre 2007, n°pourvoi 06-18870

<sup>3</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 29 janvier 1997, Bull. n° 25

<sup>4</sup> Conseil d'Etat, 26 septembre 2007, n°255993