

# La Lettre du Restructuring

L'actualité juridique et économique des acteurs du restructuring par Simon Associés

1<sup>er</sup> trimestre 2023

## SOMMAIRE

PARIS - NANTES - LYON  
MONTPELLIER - LILLE - NICE -  
TOULOUSE

*Bureaux intégrés*

AIX-EN-PROVENCE - BLOIS  
BORDEAUX - BOURG-EN-BRESSE  
CLERMONT-FERRAND  
LE HAVRE - MARSEILLE - METZ  
MONTLUCON - NANCY -  
OYONNAX - PONTARLIER -  
ROUEN - TOURS - VICHY

*Réseau SIMON Avocats*

ALGÉRIE - ARGENTINE  
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN  
BAHAMAS - BAHREÏN  
BANGLADESH - BELGIQUE  
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL  
BULGARIE - BURKINA FASO  
CAMBODGE  
CAMEROUN - CHILI - CHINE  
CHYPRE - COLOMBIE  
COREE DU SUD - COSTA RICA  
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ  
EL SALVADOR  
ÉMIRATS ARABES UNIS  
ESTONIE - ÉTATS-UNIS - GRECE  
GUATEMALA - HONDURAS  
HONGRIE - ÎLE MAURICE  
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES  
INDE - INDONÉSIE - IRAN  
ITALIE - JORDANIE  
KAZAKSTHAN - KOWEÏT - LIBAN  
LUXEMBOURG - MADAGASCAR  
MALTE - MAROC - MEXIQUE  
NICARAGUA - OMAN - PANAMA  
PARAGUAY - PÉROU - PORTUGAL  
QATAR - RD CONGO  
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE  
SENEGAL - SINGAPOUR - SUISSE  
THAÏLANDE - TUNISIE  
URUGUAY - VENEZUELA  
VIETNAM - ZIMBABWE

*Conventions transnationales*

<p><b>PRÉVENTION</b></p> <p><b>Date d'appréciation de l'absence de cessation des paiements depuis plus de 45 jours</b> Versailles, 13e ch., 15 nov. 2022, n°22/04167</p>	<p><a href="#">p. 2</a></p>
<p><b>DIRIGEANTS</b></p> <p><b>Précisions sur le point de départ de l'action tendant au prononcé de sanctions personnelles en cas d'ouverture d'une liquidation sur résolution d'un plan</b> Cass. com., 23 nov. 2022, n°21-19.431</p> <p><b>Responsabilité pour insuffisance d'actif et conversion en liquidation : exclusion des fautes commises au cours de la période d'observation du redressement</b> Cass. com. 8 mars 2023, n°21-24.650</p>	<p><a href="#">p. 3</a></p> <p><a href="#">p. 3</a></p>
<p><b>CRÉANCIERS</b></p> <p><b>Refus de l'exequatur d'une sentence arbitrale contraire au principe de l'arrêt des poursuites individuelles</b> Cass. com. 8 févr. 2023, n°21-15.771, publié au bulletin</p>	<p><a href="#">p. 4</a></p>
<p><b>RESTRUCTURING</b></p> <p><b>La désignation par le Tribunal d'un mandataire ad hoc ayant pour mission d'exercer les droits de vote d'un associé [...] constitue pour l'associé ainsi exclu un moyen propre lui ouvrant l'exercice d'une tierce opposition à l'encontre du jugement arrêtant ledit plan.</b> Cass. Com 8 février 2023, 21-14.189, Publié au bulletin</p>	<p><a href="#">p. 5</a></p>

## PRÉVENTION

### Date d'appréciation de l'absence de cessation des paiements depuis plus de 45 jours

Versailles, 13e ch., 15 nov. 2022, n°22/04167

*Ce qu'il faut retenir :*

**La date à prendre en compte pour apprécier la condition tenant à l'absence de cessation des paiements depuis plus de 45 jours d'une société sollicitant l'ouverture d'une procédure de conciliation, posée par l'article L. 611-4 du code de commerce, s'apprécie au jour où le Président statue sur l'ouverture d'une telle procédure, et non au jour du dépôt de sa requête par le débiteur.**

*Pour approfondir :*

L'article L. 611-4 du code de commerce dispose des conditions de l'ouverture d'une procédure de conciliation. Au nombre de ces conditions, le débiteur doit justifier ne pas être en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

Cependant, cette disposition ne précise pas à quelle date il convient de se placer pour apprécier le respect de cette condition.

C'est sur cette question que s'est prononcée la cour d'appel de Versailles dans l'arrêt commenté.

Une procédure de conciliation a été ouverte au bénéfice d'une société.

Le Procureur de la République, estimant que les conditions d'ordre public de l'ouverture d'une procédure de conciliation n'étaient pas réunies, a fait usage de son pouvoir exclusif d'interjeter appel de l'ordonnance d'ouverture (CA Rennes, 18 oct. 2011, n° 11/02954).

En effet, le ministère public estime que la société était en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours avant la date de l'ordonnance d'ouverture. Il reproche notamment au Président d'avoir considéré que ce délai s'apprécie à la date de la requête et non à la date à laquelle il statue.

Ce faisant, se trouve ici transposé le raisonnement selon lequel en matière de cessation des paiements, en cas d'appel, l'état de cessation des paiements de la personne poursuivi, notion évolutive, s'apprécie au jour où la cour statue (CA Douai, ch. 2, sect. 1, 28 mai 2020, n° 19/05525. – CA Douai, ch. 2, sect. 2, 4 juin 2020, n° 19/06117. – CA Douai, ch. 2, sect. 1, 28 janv. 2021, n° 20/00090).

Les juges du fond font droit à l'appel du Procureur de la République et infirment l'ordonnance d'ouverture de la procédure de conciliation.

Ils considèrent alors que la situation du débiteur doit être appréciée à la date où il est statué sur la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation. La cour d'appel justifie notamment cette décision par les incidences néfastes d'un long délai sur la célérité des actions à adopter pour remédier aux difficultés rencontrées par le débiteur ainsi que ses conséquences dommageables pour ses partenaires économiques.

Pourtant, et comme le souligne parfaitement la Cour, les articles L. 631-4 et L. 640-4 du code de commerce, imposent au débiteur en cessation de paiements de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire « *dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, s'il n'a pas dans ce délai demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation* ». En outre, l'article L. 628-1 du même code, s'agissant de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée, fait référence à « **la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation** ».

Ainsi, ces textes faisant référence au jour de la demande, il aurait été possible de considérer que l'appréciation du délai doit également s'apprécier à cette date pour l'ouverture d'une procédure de conciliation.

On comprend cependant pourquoi il est nécessaire que le juge apprécie la réalité des difficultés au jour où il statue, dans la mesure où il n'y aurait aucun intérêt d'ouvrir une telle procédure si celles-ci venaient à avoir finalement disparues postérieurement au dépôt de la demande d'ouverture.

En revanche, il apparaît assez strict d'apprécier à cette même date le respect du délai de quarante-cinq jours. En effet, l'objectif du législateur était, en posant une telle condition, d'éviter que des débiteurs qui n'ont pas su réagir à temps puissent bénéficier d'une procédure de conciliation. Cependant, un débiteur qui a déposé une demande d'ouverture dans le délai légal de quarante-cinq jour a su réagir suffisamment rapidement (F.-X Lucas, *Eligibilité à la conciliation d'un débiteur en cessation des paiements*, LEDEN janv. 2023, n° DED201h2).

Cette décision invite donc les présidents saisis à veiller au délai de traitement entre le dépôt de la requête en ouverture et l'ordonnance mais fragilise, par là même, l'attrait dès la procédure de conciliation (C. Droz, Hogan Lovells, *Conditions d'éligibilité à la conciliation : péril en la demeure !* Option Finance, 10 mars 2023)

## DIRIGEANTS

### Précisions sur le point de départ de l'action tendant au prononcé de sanctions personnelles en cas d'ouverture d'une liquidation sur résolution d'un plan

Cass. com., 23 nov. 2022, n°21-19.431

*Ce qu'il faut retenir :*

**En application de l'article L. 653-1, II, du Code de commerce, les actions en faillite personnelle ou interdiction de gérer engagées par le liquidateur judiciaire à l'encontre du dirigeant se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui ouvre la procédure de redressement ou liquidation judiciaire. Ainsi, en cas d'annulation d'un jugement qui prononce une liquidation judiciaire après résolution d'un plan entraînant l'anéantissement rétroactif de cette décision, le délai de prescription triennal court à compter de la nouvelle décision d'ouverture de la procédure.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, un entrepreneur a été placé en redressement judiciaire le 5 juillet 2012.

La procédure a, par suite, été étendue à trois sociétés civiles immobilières dont ce dernier était également le dirigeant.

Un plan de redressement a été arrêté en janvier 2013. Faute d'avoir été respecté, le plan de redressement a été résolu par jugement en date du 7 avril 2016 ; entraînant ainsi l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

Ledit jugement a été annulé pour irrégularité de procédure.

Par suite, un nouvel arrêt du 7 novembre 2016 a prononcé la résolution du plan de redressement et ouvert une nouvelle procédure de liquidation judiciaire. Reprochant au dirigeant de ne pas avoir coopéré avec les organes de la procédure et de ne pas avoir tenu de comptabilité, le liquidateur l'a assigné le 19 septembre 2019 aux fins de voir prononcer une interdiction de gérer à son encontre.

Par un jugement du 15 décembre 2020, le tribunal de commerce a prononcé une interdiction de gérer, pour une durée de 10 ans.

Sur appel du dirigeant, la Cour d'appel de Bordeaux a confirmé ladite sanction.

Le gérant s'est alors pourvu en cassation, faisant grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable l'action du liquidateur comme non prescrite et de prononcer son interdiction de gérer pour une durée de 10 ans alors que, selon lui, « les actions engagées aux fins de voir prononcer la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer se prescrivent par trois ans à compter du jugement qui prononce l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation ; que l'annulation par la cour d'appel du jugement qui prononce la liquidation judiciaire, pour une irrégularité de procédure n'affectant pas l'acte introductif d'instance, ne reporte pas le point de départ de cette prescription à la date de l'arrêt qui prononce à nouveau une liquidation judiciaire ».

Par le présent arrêt, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

Elle énonce en effet que l'ouverture d'une procédure de liquidation après la résolution d'un plan de redressement constitue une nouvelle procédure, de sorte que le délai de prescription de trois ans de l'article L. 653-1, II, du même code commence à courir à compter de la décision d'ouverture de la nouvelle procédure.

La Haute juridiction retient, en l'espèce, que dans la mesure où l'annulation du jugement du 7 avril 2016 a privé rétroactivement ce dernier de tout effet, le point de départ du délai de trois ans ne peut être la date du jugement annulé et doit être fixé au 7 novembre 2016, date d'ouverture de la nouvelle procédure de liquidation.

En l'espèce, l'assignation du liquidateur ayant été introduite par une assignation du 19 septembre 2019, son action n'était donc pas prescrite.

**A rapprocher :**

**[Article L. 653-1, II du Code de commerce](#)**

---

**Responsabilité pour insuffisance d'actif et conversion en liquidation : exclusion des fautes commises au cours de la période d'observation du redressement**

Cass. com. 8 mars 2023, n°21-24.650

*Ce qu'il faut retenir :*

**S'agissant de l'application de l'article L.651-2 du Code de commerce, la Cour de cassation rappelle que seules les fautes de gestion antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective peuvent être prises en compte. La conversion d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire n'ouvrant pas une nouvelle procédure, les fautes commises durant la**

**période d'observation du redressement judiciaire ne pourront ainsi donner à lieu à des sanctions sur le fondement de cette disposition.**

*Pour approfondir :*

L'article L.651-2 du Code de commerce dispose que lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal saisi peut, en cas de fautes de gestion, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté en tout ou en partie par les dirigeants de droit ou de fait ayant contribué à de telles fautes.

En l'espèce, une société a été placée en redressement judiciaire.

Le redressement a, par suite, été converti en liquidation judiciaire.

Dans ce cadre, le liquidateur ainsi désigné a assigné le dirigeant aux fins d'engager sa responsabilité pour insuffisance d'actif, lui reprochant d'avoir poursuivi de manière abusive une activité déficitaire depuis le jugement d'ouverture du redressement judiciaire.

Par une décision en date du 23 septembre 2021, la Cour d'appel d'Amiens a débouté le liquidateur. Les juges du fond ont effectivement jugé que seule une faute du dirigeant antérieure à l'ouverture de la procédure collective pouvait donner lieu à l'engagement de sa responsabilité sur le fondement de l'article L.651-2 du Code de commerce. Or, en l'espèce, la poursuite de l'activité avait été encadrée judiciairement, ce qui ne pouvait donner lieu à des sanctions.

Le liquidateur s'est alors pourvu cassation.

Par le présent arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation confirme ledit arrêt.

Elle rappelle, d'une part, que seules des fautes de gestion commises avant le jugement d'ouverture d'une procédure collective peuvent être sanctionnées sur le fondement de l'article L.651-2 du Code de commerce.

D'autre part, la Haute juridiction précise que dans l'hypothèse où la liquidation suit la période d'observation d'un redressement, le jugement de conversion du redressement en liquidation n'a pas pour effet d'ouvrir de nouvelle procédure.

Aucune sanction ne peut dès lors être prononcée du fait de la commission d'une faute de gestion pendant la période d'observation du redressement.

La chambre commerciale en déduit donc que la poursuite de l'activité déficitaire par le dirigeant entre le jugement d'ouverture du redressement et le jugement de conversion en liquidation judiciaire ne

pouvait en l'espèce justifier une mesure de sanction au titre de l'article précité.

## CRÉANCIERS

### **Refus de l'exequatur d'une sentence arbitrale contraire au principe de l'arrêt des poursuites individuelles**

Cass. com. 8 févr. 2023, n°21-15.771, publié au bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

**Est contraire à l'ordre public international, au mépris du principe de l'arrêt des poursuites individuelles, et donc ne peut se voir conférer l'exequatur, la sentence arbitrale qui, sur demande formée par un créancier après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'un débiteur, condamne ce dernier à lui payer diverses sommes.**

*Pour approfondir :*

La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal judiciaire dans le ressort duquel cette sentence a été rendue (*C. proc., civ., art. 1487*). Cependant, cet exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public (*C. proc. civ., art. 1488*).

La décision commentée offre une belle illustration du principe posé par ce dernier article en matière de procédure collective.

En l'espèce, dans le cadre de deux contrats d'importation et de distribution de produits cosmétiques, et en application de la clause compromissoire qui y était stipulée, une société de droit français a saisi la CCI d'une demande d'arbitrage aux fins de voir condamner sa cocontractante, société de droit italien, au paiement de dommages et intérêts consécutifs à la résiliation, par elle, de ces contrats.

Par la suite, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société de droit français.

La société de droit italien a déclaré une créance au passif de la procédure puis a déposé un mémoire devant l'arbitre, contenant une demande reconventionnelle tendant à la condamnation de la débitrice au paiement de cette créance correspondant principalement à des factures impayées.

L'arbitre, a, dans sa sentence arbitrale, rejeté la demande d'indemnisation de la société de droit français et la condamnée à payer à la seconde, différentes sommes.

La société de droit français, débitrice en procédure de redressement judiciaire a interjeté appel de l'ordonnance ayant conféré exequatur à cette sentence arbitrale.

Les juges du fond ont infirmé cette ordonnance et donc rejeté la demande d'exequatur.

Selon le pourvoi formé par la société de droit italien, l'exequatur visait uniquement à voir reconnaître la décision en droit français et ainsi la rendre opposable, lui permettant ainsi de faire inscrire sa créance sur l'état des créances admises au passif de la procédure. Cette position semble faire écho à une distinction opérée par la Haute juridiction dans une décision récente (*Cass. com., 12 nov. 2020, n°19-18.849*).

Pourtant, dans cette dernière affaire, la sentence arbitrale condamnant le débiteur à payer avait été rendue avant l'ouverture de la procédure collective à son encontre.

La situation est bien différente en l'espèce. C'est ainsi que dans son arrêt du 8 février 2023, publié au bulletin, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir refusé l'exequatur à la sentence arbitrale prononçant la condamnation de la débitrice, celle-ci étant contraire au principe de l'arrêt des poursuites individuelles.

De longue date, ce principe cardinal du Livre VI du code de commerce est considéré comme étant une composante de l'ordre public international (*Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2009, n°08-10.281*).

En effet, il interdit, après l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur, la saisine du tribunal arbitral, par un créancier dont la créance trouve son origine à une date antérieure à l'ouverture de cette procédure, lui imposant alors de déclarer sa créance, et de se soumettre ainsi à la discipline collective. Or, en l'espèce, la société de droit italien avait formulé sa demande reconventionnelle postérieurement à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société de droit français.

Dès lors, la société créancière ayant déclaré sa créance aurait dû reprendre l'instance arbitrale interrompue par le jugement d'ouverture en appelant à la cause les organes de la procédure, en application de l'article L. 622-22 du code de commerce.

**La désignation par le Tribunal d'un mandataire ad hoc ayant pour mission d'exercer les droits de vote d'un associé aux fins de reconstitution des capitaux propres de la société par le biais d'une réduction à zéro du capital, suivi d'une augmentation réservée à d'autres associés conformément au plan de redressement judiciaire, constitue pour l'associé ainsi exclu un moyen propre lui ouvrant l'exercice d'une tierce opposition à l'encontre du jugement arrêtant ledit plan**

Cass. com. 8 févr. 2023, n°21-14.189, publié au bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'actionnaire d'une société est recevable à former tierce-opposition contre un jugement ayant adopté le plan de redressement judiciaire de cette société s'il invoque une fraude à ses droits, laquelle est en l'espèce caractérisée par son éviction du capital de la société à la suite de la désignation d'un mandataire ad hoc conformément à l'article L. 631-9-1 du code de commerce.**

*Pour approfondir :*

Dans le cadre de l'arrêt d'un plan de redressement judiciaire, le Tribunal avait désigné conformément à l'article L. 631-9-1 du code de commerce un mandataire ad hoc chargé de convoquer l'assemblée générale aux fins de reconstitution des capitaux propres de la société par le biais d'une réduction à zéro du capital société suivie d'une augmentation réservée à un associé conformément aux dispositions du plan de redressement.

La tierce opposition formée à l'encontre du plan de redressement par l'associé ainsi évincé a été déclarée irrecevable par la Cour d'appel, motifs pris que ce dernier était représenté par le représentant légal de la société.

Conformément aux dispositions de l'article 583 du code de procédure civile, la tierce opposition est ouverte à toute personne n'ayant été ni partie, ni représentée au jugement attaqué. De Jurisprudence constante, il est jugé que les associés sont représentés par le représentant légal de la société. Dans cette hypothèse, et conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 583 du code de procédure civile, la tierce opposition est recevable dans la mesure où ces derniers invoquent une fraude à leurs droits ou des moyens qui leur sont propres.

Dans la droite ligne de sa jurisprudence la plus récente (Com. 31 mars 2021, n°19-14839), la Cour de cassation censure en l'espèce les juges du fond, considérant que l'associé ainsi évincé par les dispositions du plan de redressement invoquait des moyens propres lui ouvrant la voie de la tierce opposition.