

BULLETIN JOLY

ENTREPRISES

EN DIFFICULTÉ

ACTUALITÉ DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

À LA UNE

PRÉVENTION ET TRAITEMENT AMIABLE

Rémunération du mandataire *ad hoc* et du conciliateur :
le pouvoir d'appréciation du juge → PAGE 11

Béatrice THULLIER

CRÉANCIERS ET PROPRIÉTAIRES

Quelques précisions utiles sur les formes de la demande
en revendication → PAGE 22

Maud LAROCHE

DOSSIER

Contrat(s) et entreprises en difficulté → PAGE 37

Sous la direction scientifique de Gérard JAZOTTES

Directrice scientifique**Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON,**

professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

Fondatrice**Françoise PÉROCHON,**

professeure à la faculté de droit de Montpellier

Comité scientifique**Régine BONHOMME,**

agrégée de droit privé et sciences criminelles

Hélène BOURBOULOUX,

administratrice judiciaire, SELARL FHB

Reinhard DAMMANN,

avocat associé, Clifford Chance

Christophe DELATTRE,vice-procureur au tribunal de grande instance de Lille
Section du droit des affaires et de l'entreprise**Laurence Caroline HENRY,**agrégée des universités
avocat général en service extraordinaire à la Cour de cassation**Pierre-Michel LE CORRE,**

professeur à l'université de Nice-Sophia Antipolis

François-Xavier LUCAS,

professeur à l'école de droit de la Sorbonne (université de Paris I)

Francine MACORIG-VENIER

professeure à l'université Toulouse 1-Capitole

Françoise PÉROCHON,

professeure à la faculté de droit de Montpellier

Pascal RUBELLIN,

maître de conférences à l'université de Poitiers

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN,

professeure à l'université Toulouse 1-Capitole

Marc SÉNÉCHAL,professeur associé à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)
mandataire judiciaire, SCP BTSG²**Comité de lecture****Laurence-Caroline HENRY****Pierre-Michel LE CORRE****Françoise PÉROCHON****Corinne SAINT-ALARY-HOUIN****Directeur de la publication** Emmanuelle FILIBERTI**Rédactrice en chef** Valérie BOCCARA

Revue éditée par Lextenso éditions SA

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué – 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Dépôt légal : à parution • N° CPPAP : 1023 T 91082 • ISSN 2115-2578

Imprimé par Chirat • 744, rue de Sainte-Colombe - 42540 Saint-Just-la-Pendue
sur des papiers produits en Autriche et au Portugal, issus de forêts gérées durablement ;
0% de fibres recyclées ; impact gaz à effet de serre pour un exemplaire : 176 g éq. CO₂

Abonnement : Tél. 01 40 93 40 40 • abonnements@lextenso.fr

Abonnement France 2019 : 419 € HT - Abonnement étranger 2019 : 460,90 €

Prix au numéro France : 84 € HT - Prix au numéro étranger : 92,40 €

Le Bulletin Joly Entreprises en difficulté peut être cité de la manière suivante : BJE janv. 2018, n° 115m6, p. 1.



SOMMAIRE

Bulletin n° 1 • Janvier-Février 2019

ACTUALITÉ

PAGE 7

ÉCLAIRAGE

116p1 Le projet de loi *PACTE* et les titres d'entreposage : nouvelle entorse à la discipline collective ?

PAGE 8

Nicolas BORGA

Les discussions parlementaires relatives au projet de loi PACTE ont conduit à l'adoption d'un amendement relatif aux titres d'entreposage. Ces titres, représentatifs de la propriété de marchandises entreposées, sont destinés à simplifier le régime des opérations juridiques portant sur les marchandises en question. Ils permettront notamment la constitution de sûretés qui, selon les cas, dérogeront ou non à la discipline collective instaurée par le livre VI du Code de commerce.

PRÉVENTION ET TRAITEMENT AMIABLE

116p5 Rémunération du mandataire *ad hoc* et du conciliateur : le pouvoir d'appréciation du juge

PAGE 11

Béatrice THULLIER

Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14522, F-BP

Lorsque les conditions de rémunération, proposées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur, et acceptées par le débiteur, ne respectent pas la loi, le juge taxateur doit fixer librement la rémunération. Lorsque les propositions acceptées ne présentent pas d'irrégularité, le juge possède aussi un pouvoir d'appréciation sur la prétendue « convention d'honoraires », laquelle n'est pas un contrat.

OUVERTURE ET EXTENSION DES PROCÉDURES COLLECTIVES

116p8 La recevabilité de l'action en report de la date de cessation des paiements n'est pas subordonnée à la vérification préalable des créances

PAGE 14

Véronique MARTINEAU-BOURGNINAUD

Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14579, PB

La vérification préalable des créances n'est pas une condition de recevabilité de l'action en report de la date de cessation des paiements mais le débiteur est en droit de contester la date fixée à condition d'apporter la preuve de l'absence de cessation des paiements.

SAUVEGARDE ET REDRESSEMENT JUDICIAIRE

116p3 De la tierce opposition du créancier nanti contre les mesures d'inaliénabilité décidées dans le plan de sauvegarde

PAGE 17

Camille de LAJARTE-MOUKOKO

Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14933, F-D

Le juge doit rechercher si l'inaliénabilité, prononcée dans le plan de sauvegarde, des actions détenues par des sociétés dans le capital de la société débitrice ne porte pas atteinte aux droits qu'un créancier nanti détient sur ces actions, cette atteinte étant de nature à lui conférer un intérêt personnel pour former tierce opposition à l'encontre du jugement arrêtant le plan et prononçant l'inaliénabilité desdits titres.

- 116q0** **Le maintien de l'interprétation stricte de l'intérêt collectif des créanciers** PAGE 19
Caroline HOUIN-BRESSAND
Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-10522, F-D
Est irrecevable, faute de tendre à la défense de l'intérêt collectif des créanciers, l'action du commissaire à l'exécution du plan intentée en vue d'obtenir le remboursement d'une surfacturation opérée par le franchiseur au titre de livraisons effectuées postérieurement à l'arrêté du plan de sauvegarde, ainsi qu'à l'indemnisation du préjudice résultant de cette surfacturation.

CRÉANCIERS ET PROPRIÉTAIRES

- 116r3** **Refus de qualification d'instance en cours s'agissant d'une instance en référé-provision** PAGE 21
Mathias HOUSSIN
Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-13210, PB
L'instance en référé tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une provision n'est pas une instance en cours interrompue par l'ouverture de la procédure collective du débiteur, de sorte que la cour d'appel (...) doit infirmer cette ordonnance et dire n'y avoir lieu à référé, la demande en paiement étant devenue irrecevable en vertu de la règle de l'interdiction des poursuites.

- 116n8** **Quelques précisions utiles sur les formes de la demande en revendication** PAGE 22
Maud LAROCHE
Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-10557, F-PBI
La demande en revendication n'étant soumise à aucune forme, le courrier adressé à l'administrateur afin qu'il prenne position sur le sort d'un contrat en cours peut être interprété comme portant une telle demande dès lors qu'il y est fait référence à la propriété du contractant et à son intention de reprendre le bien à la résiliation du contrat. De plus, le fait que ce dernier n'ait pas adressé copie de la demande au mandataire judiciaire ne suffit pas à écarter celle-ci.

- 116n9** **La réserve de propriété : question d'exécution du contrat de vente** PAGE 25
Maud LAROCHE
Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-14986, F-PB
La réserve de propriété est une sûreté suspendant l'effet translatif de propriété du contrat de vente jusqu'à complet paiement du prix ; une telle suspension ne remet pas en cause le caractère ferme et définitif de la vente dès l'accord des parties sur la chose et sur le prix.

À signaler également PAGE 27

DROIT PROCESSUEL

- 116p2** **Contestation de l'état de collocation : conditions de recevabilité** PAGE 28
Camille de LAJARTE-MOUKOKO
Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-17331, F-D
La contestation d'un état de collocation équivaut à une demande en justice. Comme telle, elle interrompt la prescription posée par l'article R. 643-11 du Code de commerce, même si elle est affectée d'une irrégularité de fond. L'irrégularité, tenant ici à ce que la contestation a été effectuée par un avocat extérieur au tribunal de grande instance compétent, peut être régularisée jusqu'à ce que le juge statue.

- 116p9** **Précisions sur la qualité à exercer des voies de recours et la personne du débiteur soumis aux procédures collectives** PAGE 30

Mathilde DOLS-MAGNEVILLE

Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-17812, F-D

L'articulation des articles L. 661-1 1° et L. 661-2 du Code de commerce et 592 du CPC conduit à accorder qualité à exercer des voies de recours contre la décision statuant sur la tierce opposition formée contre le jugement d'ouverture d'une procédure collective au débiteur, au créancier poursuivant, au ministère public et au tiers opposant.

Le gérant associé d'une EARL doit justifier de l'exercice individuel d'une activité agricole distincte de la société pour prétendre à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à son profit.

À signaler également PAGE 33

PÉRIODE SUSPECTE, RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

- 116n6** **Immunité de l'article L. 650-1 du Code de commerce : précision du domaine *ratione personae*** PAGE 34

Thierry FAVARIO

Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-12596, PB

L'article L. 650-1 du Code de commerce, limitant la mise en œuvre de la responsabilité du créancier à raison des concours qu'il a consentis, ne distingue pas selon que ce créancier a déclaré ou non une créance au passif du débiteur mis en procédure collective.

À signaler également PAGE 36

DOSSIER CONTRAT(S) ET ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ PAGE 37

Toulouse, 12 octobre 2018

Sous la direction scientifique de Gérard JAZOTTES

- 116q1** **Avant-propos** PAGE 37

Gérard JAZOTTES

- 116p4** **Droit des contrats et droit des entreprises en difficulté, continuité ou renouveau ?** PAGE 38

Gérard JAZOTTES

Si la réforme du droit des obligations n'est pas sans influence sur le droit des entreprises en difficulté, elle ne devrait pas conduire à un profond renouveau. En effet, le particularisme de ce droit est maintenu, ce qui n'interdit pas de possibles évolutions dans la pratique.

- 116q9** **L'efficacité des « clauses d'anticipation »** PAGE 40

Francine MACORIG-VENIER

Les clauses contractuelles par lesquelles le cocontractant tente d'anticiper l'ouverture de procédure pour en déjouer les pièges se sont multipliées. Tandis que les clauses défavorables au débiteur sont largement réduites à l'inefficacité et ce, tant dans les procédures judiciaires qu'amiables, un doute plane encore sur l'alignement du sort des clauses faisant échec à la poursuite même du contrat.

- 116r8** **La notion de contrat en cours** PAGE 43

Jocelyne VALLANSAN

La notion de contrat en cours, qui justifie un régime particulier par le livre VI du Code de commerce doit intégrer, à côté de la notion de droit commun, une approche spécifique aux procédures collectives, tirée du principe de l'arrêt des poursuites en paiement.

- 116p0** **La continuation du contrat et ses effets** PAGE 45
Diane BOUSTANI
La continuation du contrat ouvre une période de renaissance pour le cocontractant dont les droits ont été mis à mal à l'ouverture de la procédure. Le régime du contrat continué est en effet tourné vers la satisfaction de ses intérêts. L'épanouissement du droit commun après l'option de continuation, comme les règles qui y dérogent lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'argent, témoigne de cette protection.
- 116r4** **La résiliation de plein droit** PAGE 48
Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON
Lorsque s'ouvre une procédure relevant du livre VI du Code de commerce, la rupture des contrats qui sont au cœur de l'activité de l'entreprise occupe une place centrale, comme en témoignent les textes sur la continuation et la cession des contrats. La résiliation de plein droit, figure originale de rupture des contrats, suscite bien des hésitations à la suite des évolutions jurisprudentielles récentes.
- 116q4** **La cession des contrats** PAGE 50
Bernard SAINTOURENS
La cession des contrats, intégrée dans un plan de cession de l'entreprise, suscite des interrogations lorsque l'on confronte son régime juridique, tel qu'il résulte des règles figurant au livre VI du Code de commerce, avec les dispositions de droit commun que le Code civil y consacre, à la suite de la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016. C'est un tableau tout en nuances qui se profile. D'une conformité à une adaptation, en passant par la constatation d'une certaine distance assumée vis-à-vis du droit commun, le droit des procédures collectives cherche son point d'équilibre.
- 116r7** **Contrats de crédit** PAGE 53
Caroline HOUIN-BRESSAND
Le contrat bancaire se plie bon gré mal gré à la règle de la continuation forcée des contrats en cours. Mais pour les opérations de crédit ayant produit leurs principaux effets avant l'ouverture de la procédure, le contrat tourne à l'avantage du prêteur qui y aura inséré des clauses visant à prévenir ou sanctionner la défaillance de l'emprunteur.
- 116n7** **Baux commerciaux et procédures collectives, question de responsabilité des professionnels** PAGE 55
Julien THÉRON
Cet article est tiré d'une table ronde à laquelle ont participé M^e Raphaël Pétavy (SELARL Mandatum) et M^e Philippe Thiollet. La confrontation du bail commercial au droit des entreprises en difficulté manifeste a minima un conflit d'intérêts entre l'intérêt collectif des créanciers, l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt du bailleur. Il appartient alors à l'administrateur ou au liquidateur d'adopter la solution idoine dans le respect des textes. Mais à l'évidence, il n'existe que rarement de solution qui puisse satisfaire l'ensemble de ces intérêts. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les actions en responsabilités sont inéluctables. Mais quelle est la chance de succès de telles actions ?
- 116p7** **Le contrat de transaction** PAGE 58
Olivier STAES
En matière de procédures collectives, la transaction est soumise à un régime particulier, caractérisé par un contrôle judiciaire dont les modalités sont différentes selon la date de sa conclusion.
- 116r1** **Contrat de société et droit des entreprises en difficulté** PAGE 60
Michel MENJUCQ
Lorsque l'associé n'a pas de fonction de direction, le contrat de société va le soustraire à l'application du droit des procédures collectives, à son bénéfice ou à son détriment. En revanche, lorsque l'associé assume des fonctions de direction, cette dernière qualité constitue le fondement même de l'application de règles de droit des entreprises en difficulté qui battent en brèche le contrat de société.

116r6 Entreprises en difficulté et contrats administratifs

PAGE 63

Grégory KALFLÈCHE

Les liens entre droit des contrats administratifs – et notamment le droit de la commande publique – et le droit des entreprises en difficulté sont complexes. Droits d'intérêt général, droits foisonnants, l'agencement de leurs dispositions est sources d'interrogations multiples. Le Code de la commande publique donne cependant aujourd'hui quelques éléments, tant pour les situations dans lesquelles les entreprises en difficultés répondent à un appel à concurrence, que pour celles dans lesquelles elles sont déjà cocontractantes d'une personne soumise au Code.

116p6 Contrats de construction et procédures collectives

PAGE 66

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN et Jean-Pierre ABBADIE

Les contrats de construction soulèvent des difficultés très spécifiques lorsque le constructeur est soumis à une procédure collective : l'exercice de l'option sur la poursuite ou la renonciation au contrat suppose, notamment, une analyse très précise de l'état financier et physique du chantier ainsi que la prise en considération de la durée de celui-ci qui peut être supérieure à celle de la période d'observation. En outre, le constructeur doit avoir reçu une garantie de paiement en application de l'article 1799-1 du Code civil. La procédure collective du maître d'ouvrage appelle également des adaptations tenant à l'existence de garanties d'achèvement dans le secteur protégé qu'il convient de mettre en œuvre. En toute hypothèse, l'administrateur judiciaire doit vérifier l'existence d'une assurance suffisante pour couvrir la garantie décennale.

116r0 Contrats de propriété intellectuelle et entreprises en difficulté

PAGE 68

Nathalie MARTIAL-BRAZ

Le sort des contrats de propriété intellectuelle dans le cadre d'une procédure collective suppose de concilier des impératifs a priori antinomiques, les intérêts de l'auteur d'un côté et ceux de la procédure collective de l'autre. Cette conciliation est le plus souvent le fait du législateur qui prévoit un régime dérogatoire pour ces contrats dans certaines hypothèses.

Table chronologique des sources commentées

2018		Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-14986, F-PB.....p. 25	116n9
		Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-16346, F-D.....p. 27	116q7
SEPTEMBRE		Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-17331, F-D.....p. 28	116p2
Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-13210, PB.....p. 21	116r3	Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-20509, F-D.....p. 33	116q6
Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-12596, PB.....p. 34	116n6	Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-17773, F-D.....p. 33	116q8
		Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-14127, F-D.....p. 36	116q5
OCTOBRE		NOVEMBRE	
Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14522, F-BP.....p. 11	116p5	Communiqué TC de Paris, Baromètre, 27 nov. 2018.....p. 7	116s0
Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14579, PB.....p. 14	116p8	DÉCEMBRE	
Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-14933, F-D.....p. 17	116p3	Communiqué AGS, 13 déc. 2018.....p. 7	116r9
Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-10557, F-PBI.....p. 22	116n8	Communiqué OCED, 19 déc. 2018.....p. 7	116s1
Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-17812, F-D.....p. 30	116p9		
Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-10522, F-D.....p. 19	116q0		

Un encart *Kiosque Lextenso 2019* est joint au présent numéro.

La rédaction présente à tous ses lecteurs ses meilleurs vœux pour 2019 et les remercie de leur fidélité.

Pour soumettre un article au comité de rédaction, merci d'adresser votre fichier à l'adresse suivante :
valerie.boccaro@lextenso.fr