

# BULLETIN JOLY

# ENTREPRISES

# EN DIFFICULTÉ

ACTUALITÉ DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

## À LA UNE

### LIQUIDATION JUDICIAIRE

L'ordre public du bail d'habitation comme limite au régime  
(d'ordre public) des contrats en cours → PAGE 22

Karl LAFAURIE

### CRÉANCIERS ET PROPRIÉTAIRES

Domaine de l'effet réel et créanciers soumis  
à la discipline collective : le double paradoxe → PAGE 31

Nicolas BORGA

### DOSSIER

Dispositions Covid : quelles mesures pérenniser ? → PAGE 55

Sous la direction scientifique de Francine MACORIG-VENIER,  
Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON et Corinne SAINT-ALARY-HOUIN

**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****Hélène BOURBOULOUX,**

administratrice judiciaire, SELARL FHB

**Reinhard DAMMANN,**

avocat associé, Clifford Chance

**Christophe DELATTRE,**

substitut général, Cour d'appel de Douai

**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)

**Françine 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 BTSG<sup>2</sup>**Comité de lecture****Laurence-Caroline HENRY****Pierre-Michel LE CORRE****Françoise PÉROCHON****Corinne SAINT-ALARY-HOUIN**

---

Revue éditée par Lextenso

1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense (CEDEX)

**P-DG, Directeur de la publication** Bruno VERGÉ**Directrice générale déléguée** Emmanuelle FILIBERTI**Rédactrice en chef** Valérie BOCCARA

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 : 185 g éq. CO<sub>2</sub>

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

Abonnement France 2021 : 435 € HT - Abonnement étranger 2021 : 478,50 €

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. 2021, n° 118h8, p. 1.

---



# SOMMAIRE

Bulletin n° 1 • Janvier-Février 2021

## ÉCLAIRAGE

### **118j8** Créance non déclarée ou mal déclarée ? Inopposabilité, nullité ou extinction ? Là est la question !

PAGE 7

**Corinne SAINT-ALARY-HOUIN**

*Il résulte de l'article L. 622-26 du Code de commerce que les créances non déclarées sont inopposables au débiteur et de la jurisprudence de la Cour de cassation que les créances mal déclarées sont éteintes. Il est temps de mettre fin à cette contradiction et d'admettre une seule sanction : celle de l'inopposabilité à la procédure collective des créances non ou mal déclarées ainsi que des créances rejetées.*

## PRÉVENTION ET TRAITEMENT AMIABLE

### **118j1** Il faut sauver la procédure de conciliation BIS !

PAGE 10

**Charlotte FORT et Théophile FORNACCIARI**

Cass. com., 21 oct. 2020, n° 17-31663, F-D

*Anéantissement du protocole en cas d'ouverture d'une procédure collective : la Cour de cassation réitère sa jurisprudence fondée sur la caducité.*

## SAUVEGARDE ET REDRESSEMENT JUDICIAIRE

### **118h1** Les contours de la responsabilité de l'administrateur chargé d'une mission de surveillance

PAGE 15

**Thierry FAVARIO**

Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14807, F-PB

*L'administrateur chargé d'une mission de surveillance ne peut être tenu pour responsable de l'exécution ou de l'inexécution fautives du bail des locaux d'exploitation du débiteur, poursuivi de plein droit, tant qu'il n'a pas pris parti sur sa poursuite, sa principale mission consistant à établir le bilan économique de l'entreprise et proposer un plan de sauvegarde.*

### **118k6** Incompétence du commissaire à l'exécution du plan pour exercer l'action sociale *ut singuli* reconnue aux associés

PAGE 17

**Caroline HOUIN-BRESSAND**

Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11972, FS-PB

*L'action ut singuli, réservée aux associés et qui tend à la réparation du préjudice subi par la société, échappe au monopole du commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde, lequel n'a qualité à agir qu'au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, qui est satisfait par l'adoption de ce plan.*

## LIQUIDATION JUDICIAIRE

### **118h7** Contrats cédés et garantie du repreneur substituant

PAGE 20

**Catherine VINCENT**

Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-11759, F-D

*Selon l'article L. 642-9, alinéa 3, du Code de commerce, l'engagement de poursuivre les contrats résultant du plan arrêté par le tribunal ne s'étend pas à la garantie, envers les cocontractants cédés, de la bonne exécution des obligations par le cessionnaire substitué, sauf engagement contraire de l'auteur de l'offre à l'égard du créancier. Par cette motivation, la Cour de cassation maintient sa jurisprudence et impose une rédaction méticuleuse d'une éventuelle garantie conventionnelle.*

**118h4 L'ordre public du bail d'habitation comme limite au régime (d'ordre public) des contrats en cours**

PAGE 22

**Karl LAFAURIE**

Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-10685, PB

*L'article L. 641-11-1, IV, du Code de commerce n'excluant pas l'application de l'article 15, I et II, de la loi du 6 juillet 1989, il s'ensuit que, lorsque le bailleur est mis en liquidation judiciaire, le liquidateur qui entend céder de gré à gré et libre d'occupation le logement donné à bail est tenu de délivrer au locataire un congé pour vendre, en se conformant aux dispositions du second texte.*

*N'est pas justifiée la résiliation du bail aux motifs que celui-ci était conclu au détriment des intérêts de la société bailleuse eu égard à la sous-évaluation du loyer alors que le bail portait sur la résidence principale des intéressés et se trouvait soumis aux dispositions d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989.*

## CRÉANCIERS ET PROPRIÉTAIRES

**118h5 Rappel d'une jurisprudence bienveillante pour le titulaire d'un cautionnement**

PAGE 26

**Jean-Jacques ANSAULT**

Cass. com., 21 oct. 2020, n° 19-16185, F-D

*Dans une décision du 21 octobre 2020, la chambre commerciale rappelle que le bénéficiaire d'un cautionnement, fondé à inscrire sur les biens de la personne physique, caution du débiteur principal soumis à une procédure de sauvegarde, une hypothèque judiciaire provisoire, est tenu, pour valider cette sûreté, d'assigner la caution en vue d'obtenir contre elle un titre exécutoire couvrant la totalité des sommes dues. Ici, l'obtention de ce titre ne se trouve pas subordonnée à l'exigibilité de la créance contre la caution, argument pris qu'il ne pourra être exécuté tant que le plan de sauvegarde sera respecté.*

**118h3 L'action en nullité face à l'arrêt des poursuites**

PAGE 28

**Jean-Baptiste BARBIÈRI**

Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14422, F-PB

*L'action en nullité n'est pas concernée par l'arrêt des poursuites édicté à l'article L. 622-21 du Code de commerce. Elle n'est pas non plus subordonnée à une déclaration de créance préalable.*

**118j5 Domaine de l'effet réel et créanciers soumis à la discipline collective : le double paradoxe**

PAGE 31

**Nicolas BORGA**

Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-13560, F-PB – Cass. com., 25 nov. 2020, n° 19-11525, FS-P

*Si le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité d'un immeuble est inopposable bénéficie d'un droit de poursuite sur cet immeuble, il n'en demeure pas moins soumis au principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites ainsi qu'à l'interdiction de recevoir paiement des créances dont la naissance est antérieure au jugement d'ouverture. Il en résulte que, s'il doit être en mesure d'exercer le droit qu'il détient sur l'immeuble en obtenant un titre exécutoire par une action contre le débiteur tendant à voir constater l'existence, le montant et l'exigibilité de sa créance, cette action ne peut tendre au paiement de celle-ci.*

*Une sûreté réelle, consentie pour garantir la dette d'un tiers, n'impliquant aucun engagement personnel du constituant de cette sûreté à satisfaire à l'obligation d'autrui, le bénéficiaire d'une telle sûreté ne peut agir en paiement contre le constituant, qui n'est pas son débiteur, et, n'ayant pas acquis la qualité de créancier, il n'est pas soumis à l'arrêt ou l'interdiction des voies d'exécution qui, en application du premier des textes susvisés, résultent de l'ouverture de la procédure collective du constituant. Par conséquent, il peut poursuivre ou engager une procédure de saisie immobilière contre le constituant, après avoir mis en cause l'administrateur et le représentant des créanciers.*

**118k1** **Le créancier opposant à la fusion : une nouvelle figure du créancier hors procédure ?** PAGE 35  
**Marie-Laure COQUELET**  
Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14755, FS–PB  
*En cas de procédure collective postérieure à la fusion, l'article L. 622-21, II, du Code de commerce ne fait pas échec à la décision exécutoire déclarant la fusion inopposable au créancier de la société opposant qui conserve donc le droit de recouvrer sa créance sur le patrimoine de la société absorbée dissoute.*

**118e4** **Pouvoirs du créancier sur un bien indivis constituant le logement familial** PAGE 38  
**Cécile LISANTI**  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 sept. 2020, n° 19-15939, FS–PB  
*L'article 215, alinéa 3, du Code civil ne s'oppose pas à l'action en partage et licitation du logement de la famille indivis exercée par un créancier sur le fondement de l'article 815-17, alinéa 3, du même code.*

## DROIT PROCESSUEL

**118h0** **La remise du prix de l'immeuble saisi, adjudgé, mais non encore distribué antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, passe par le juge de l'exécution !** PAGE 41  
**Christine HUGON**  
Cass. com., 21 oct. 2020, n° 19-15171, F–PB  
*Le juge de l'exécution a une compétence exclusive pour constater la caducité de la procédure de distribution du prix de vente n'ayant pas produit son effet attributif avant le jugement d'ouverture et pour ordonner sa remise au liquidateur aux fins de répartition.*

## PÉRIODE SUSPECTE, RESPONSABILITÉS ET SANCTIONS

**118j0** **LBO ruineux : une remontée de dividendes peut s'analyser en une faute de gestion** PAGE 44  
**Thierry FAVARIO**  
Cass. com., 9 sept. 2020, n° 18-12444, F–D  
*La décision de verser les dividendes doit être prise au regard de la situation de l'entreprise et de sa trésorerie, quand bien même ces dividendes devraient être affectés dans le cadre d'une opération de LBO.*

**118h6** **Précisions sur l'élément moral du délit de banqueroute commis par tenue de comptabilité irrégulière et absence de comptabilité** PAGE 46  
**Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE**  
Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 19-85205, F–PBI  
*Il résulte de l'article L. 654-2, 4° et 5°, du Code de commerce et de l'article 121-3 du Code pénal que la caractérisation de l'élément intentionnel des délits de banqueroute par absence de comptabilité ou tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière suppose la seule conscience de son auteur de se soustraire à ses obligations comptables légales. Elle n'exige donc pas la preuve que le prévenu a eu la volonté soit d'éviter ou de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements, soit d'affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible.*

**118d9** **Absence de caractérisation du délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité en cas de silence gardé sur un élément d'actif du patrimoine ou de minoration de son évaluation** PAGE 49  
**Marie-Christine SORDINO**  
Cass. crim., 9 sept. 2020, n° 19-84295, F–PBI  
*Le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité n'est caractérisé que lorsque les actes poursuivis ont pour objet ou effet d'organiser ou d'aggraver l'insolvabilité de leur auteur. Le silence gardé par une personne sur un élément d'actif de son patrimoine ou la minoration de son évaluation sont sans effet sur la solvabilité et ne peuvent en conséquence caractériser ce délit.*

## RÈGLEMENT EUROPÉEN ET AUTRES SOURCES

- 118j4** **Application de la suspension des poursuites individuelles à une action en nullité en droit luxembourgeois des procédures collectives** PAGE 52  
**Paola NABET**  
Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-10579, F–PB  
*L'article 452 du Code de commerce luxembourgeois qui pose le principe de la suspension des poursuites individuelles s'oppose à l'introduction d'une demande en nullité et résolution d'un contrat de prêt et de dommages-intérêts par le cocontractant d'une banque faisant l'objet d'une procédure de faillite luxembourgeoise.*
- DOSSIER DISPOSITIONS COVID : QUELLES MESURES PÉRENNISER ?** PAGE 55  
**Webinaire du 16 novembre 2020 organisé par le Centre de droit des affaires et l'AJDE de l'université Toulouse 1 Capitole**  
**Sous la direction scientifique de Francine MACORIG-VENIER, Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON et Corinne SAINT-ALARY-HOUIN**
- 118k3** **Avant-propos** PAGE 56  
**Corinne SAINT-ALARY-HOUIN**
- 118k4** **La prévention** PAGE 57  
**Julien THÉRON, Nicolas BORGA, Olivier BUISINE, Driss FALIH et Laurent GRANEL**  
*À l'heure de la transposition de la directive du 20 juin 2019, est-il souhaitable que tout ou partie des mesures issues des « ordonnances COVID-19 » adoptées en matière de prévention soient maintenues ou étendues ?*
- 118k5** **Le privilège de la sauvegarde et du redressement judiciaire** PAGE 62  
**Marie-Pierre DUMONT et Francine MACORIG-VENIER**  
*L'ordonnance du 20 mai 2020 a institué un nouveau privilège garantissant les apports nouveaux en trésorerie effectués tant en période d'observation que dans le cadre du plan de sauvegarde et de redressement ou pendant son exécution. Destiné à encourager les prêteurs à soutenir les entreprises en cette période de crise, il sera pérennisé en raison de la transposition future de la directive et de la réforme des sûretés. Ses contours pourraient être clarifiés de même que son régime.*
- 118k0** **Les plans** PAGE 67  
**Béatrice AMIZET, Sébastien VIGREUX, Marie-Hélène MONSÉRIÉ-BON et Maud LAROCHE**  
*Le corpus de textes édicté pour aider les entreprises en difficulté à surmonter la crise sanitaire ne pouvait pas ignorer les plans de sauvegarde et de redressement qui sont traités dans l'article 4 de l'ordonnance du 20 mai 2020 avec pour objectif de faciliter leur élaboration et d'assurer ainsi le sauvetage des entreprises.*
- 118j9** **Aspects de droit social** PAGE 72  
**Eugénie FABRIÈS-LECEA et Laurence FIN-LANGER**  
*Certaines mesures prises par le gouvernement pendant la crise sanitaire en droit social pourraient enrichir le droit des procédures collectives en apportant des réponses à une situation d'urgence économique, telles que l'activité partielle de longue durée, celles relatives à la gestion des ressources humaines ou la suspension du processus électoral. D'autres, en revanche, comme l'extension de la garantie AGS, n'ont pas vocation à perdurer.*

## Table chronologique des sources commentées

### 2020

#### SEPTEMBRE

Cass. com., 9 sept. 2020, n° 18-12444, F-D.....p. 44	118j0
Cass. crim., 9 sept. 2020, n° 19-84295, F-PBI.....p. 49	118d9
Cass. 1 <sup>re</sup> civ., 16 sept. 2020, n° 19-15939, FS-PB .....p. 38	118e4

#### OCTOBRE

Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14807, F-PB.....p. 15	118h1
Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-11759, F-D .....p. 20	118h7
Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-10685, PB .....p. 22	118h4

Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14422, F-PB.....p. 28	118h3
Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-13560, F-PB.....p. 31	118j5
Cass. com., 7 oct. 2020, n° 19-14755, FS-PB.....p. 35	118k1
Cass. com., 21 oct. 2020, n° 17-31663, F-D .....p. 10	118j1
Cass. com., 21 oct. 2020, n° 19-16185, F-D .....p. 26	118h5
Cass. com., 21 oct. 2020, n° 19-15171, F-PB.....p. 41	118h0

#### NOVEMBRE

Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11972, FS-PB .....p. 17	118k6
Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-10579, F-PB .....p. 52	118j4
Cass. com., 25 nov. 2020, n° 19-11525, FS-P.....p. 31	118j5
Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 19-85205, F-PBI .....p. 46	118h6

**La rédaction présente à tous ses lecteurs ses meilleurs vœux pour 2021 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