

# La Lettre du Restructuring

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

JUILLET – AOÛT 2022

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 - NICE  
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  
CORÉE DU SUD - COSTA RICA  
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTE  
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*

## SOMMAIRE

|  |                      |
|--|----------------------|
| <b>PROCEDURES COLLECTIVES</b><br><b>Un associé ne peut interjeter appel d'un jugement d'ouverture d'une procédure collective</b><br>Cass. com. 14 septembre 2022, n°21-12755                               | <a href="#">p. 2</a> |
| <b>DIRIGEANTS</b><br><b>Faillite personnelle : poursuite abusive d'une activité déficitaire postérieure à la survenance de l'état de cessation des paiements</b><br>Cass. com., 13 avril 2022, n°21-12.994 | <a href="#">p. 2</a> |
| <b>SOCIAL</b><br><b>Liquidation judiciaire et liquidation d'astreinte</b><br>Cass. soc., 1er juin 2022, n° 21-13619  | <a href="#">p. 4</a> |



## PROCEDURES COLLECTIVES

**Un associé ne peut interjeter appel d'un jugement d'ouverture d'une procédure collective**  
Cass. com. 14 septembre 2022, n°21-12755

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'appel de l'associé d'une société à l'encontre du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire de cette dernière est irrecevable en l'absence d'excès de pouvoir, peu important que l'associé soit intervenu volontairement à l'instance afin de contester la caractérisation de l'état de cessation des paiements de la société.**

*Pour approfondir :*

Après la régularisation d'une déclaration de cessation des paiements par le dirigeant d'une SCI, un associé de cette dernière est intervenu volontairement à l'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, ce pour contester la caractérisation de l'état de cessation des paiements de la société.

Le Tribunal ayant ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la SCI, l'associé exerça un recours devant la Cour d'appel, cette dernière déclarant l'appel irrecevable

Dans un souci évident de célérité des procédures, le législateur, outre la réduction des délais de recours par rapport au droit commun (en principe 10 jours), dresse une liste limitative des parties bénéficiant de l'ouverture d'une voie de recours au regard des décisions prises dans le cadre du livre VI du code de commerce, l'article L. 661-1 disposant notamment que « I.- Sont susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation « 1° Les décisions statuant sur l'ouverture des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire de la part du débiteur, du créancier poursuivant et du ministère public ». Demeure toujours ouverte la voie de l'appel nullité, laquelle nécessite cependant la caractérisation d'un excès de pouvoir des juges.

Saisi sur pourvoi de l'associé, la Haute juridiction ne pouvait par conséquent que confirmer la décision des juges du fond. La Cour de cassation juge ainsi fort justement que « le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire d'une société n'étant pas susceptible, en application du [L. 661-1 du code de commerce], d'un appel et d'un pourvoi en cassation de

la part d'un associé de cette société, le pourvoi de M. [R], qui n'invoque aucun excès de pouvoir qu'aurait commis ou consacré la cour d'appel, n'est pas recevable, peu important qu'il soit intervenu volontairement en première instance pour contester l'état de cessation des paiements déclaré par la débitrice, cette intervention, fût-elle principale, n'ayant pas eu pour effet de lui ouvrir une voie de recours que la loi lui a fermée ».

**A rapprocher : Article L. 661-1 du code de commerce**

## DIRIGEANTS

**Responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif et rappel des critères de la direction de fait**  
Cass. com., 9 juin 2022, n°19-24.026 et 21-13.588

*Ce qu'il faut retenir :*

**Seul peut être considéré comme dirigeant de fait au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce, la personne physique ou morale qui accomplit en toute indépendance des actes positifs de gestion et direction de la société débitrice précisément identifiés.**

*Pour approfondir :*

Dans chacun des deux arrêts commentés (n°[19-24.026](#) et [21-13.588](#)), une société avait été placée en liquidation judiciaire et la responsabilité d'une personne physique recherchée par le liquidateur ainsi désigné en sa qualité alléguée de dirigeant de fait.

Dans la première espèce (n°[19-24.026](#)), la Cour d'appel avait retenu la responsabilité du fondateur et associé de la société en sa qualité de dirigeant de fait sur le fondement de [l'article L.651-2 du Code de commerce](#).

Les juges du fond avaient en effet relevé que celui-ci :

- Avait signé, au nom de la société et avec les pleins pouvoirs du dirigeant de droit d'alors, une convention de trésorerie avec la société mère ainsi qu'un contrat de location-gérance ;
- Bénéficiait d'avantages en natures réservés ordinairement aux dirigeants (mise à disposition à titre gratuit d'un logement de

fonction représentant 45 % de sa rémunération et avances sur salaires importantes, très au-delà de ce qui est admis par la loi) ;

- N'avait pas contesté l'absence de prise en charge par l'AGS du paiement de ses indemnités de licenciement ;
- Était intervenu dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'encontre de la société débitrice puisqu'il :
  - o avait représenté la société aux audiences de contestations de créances et à l'audience de conversion de la procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire ;
  - o et avait assisté aux rendez-vous fixés par l'administrateur judiciaire au cours de la période d'observation.

De tous ces éléments, la Cour d'appel en avait donc déduit une participation active de l'intéressé, corroborant le fait qu'il dirigeait bien, de fait, la société débitrice.

Dans la seconde espèce (n°[21-13.588](#)), les juges du fond avaient de la même manière retenu la responsabilité pour insuffisance d'actif du directeur gestionnaire salarié de la société débitrice, après avoir constaté que :

- l'intéressé bénéficiait d'une délégation de pouvoirs qui lui permettait de disposer des plus larges pouvoirs pour engager la société (et ce, notamment en matière de ressources humaines, ainsi qu'en matière médicale, comptable et financière) ;
- sa lettre de licenciement précisait qu'il « *assur(ait) la direction en totale autonomie* » et énumérait les décisions qu'il avait prises durant ses fonctions.

La Cour d'appel en avait donc déduit que l'intéressé réalisait quotidiennement des actes positifs de gestion en toute indépendance et bénéficiait incontestablement des pouvoirs complets d'un gérant de société, de sorte que sa qualité de dirigeant de fait était établie.

Aux termes de chacune des deux décisions commentées (n°[19-24.026](#) et [21-13.588](#)), la Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel concerné.

La Haute juridiction rappelle en effet qu'en application de [l'article L.651-2 du Code de commerce](#), le dirigeant de fait susceptible d'engager sa responsabilité pour

insuffisance d'actif sur le fondement de ce texte est celui qui exerce en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction de la société débitrice.

Exerçant son contrôle sur la qualification de dirigeant de fait dans chacune des deux espèces, la Cour de cassation reproche aux juges du fond d'avoir retenu la responsabilité des personnes physiques recherchées en qualité de dirigeants de fait, sans caractériser des actes positifs et précis de gestion et de direction de la société débitrice.

Dans la première espèce (n°19-24.026), la Cour de cassation fait plus précisément grief aux juges du fond d'avoir retenu la responsabilité de l'associé et fondateur de la société en sa prétendue qualité de dirigeant de fait, sans toutefois relever que ce dernier ait « *agi en toute indépendance et accompli de faits précis de nature à caractériser une immixtion de celui-ci dans la gestion et la direction de la société.* »

De manière identique dans la seconde espèce (n°21-13.588), la Haute juridiction leur reproche d'avoir retenu ladite responsabilité « *par des motifs impropres à établir l'exercice, en toute indépendance, par [l'intéressé], d'actes positifs précis de gestion et direction de la société (...), excédant les limites de sa mission de directeur gestionnaire salarié de cette société et accomplis avant le 1<sup>er</sup> août 2011, date de sa désignation en qualité de dirigeant de droit.* »

L'on sait qu'en vertu de [l'article L.651-2 du Code de commerce](#), le dirigeant, de droit ou de fait engage sa responsabilité civile lorsqu'il a personnellement commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société.

Les présentes affaires sont ainsi l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler, avec la constance qui la représente dans le cadre de cet abondant contentieux, les critères de la direction de fait.

Conformément à sa jurisprudence classique, le dirigeant de fait est en effet celui qui exerce en toute indépendance et souveraineté des actes positifs de direction ou de gestion ([Cass. com., 18 janv. 2000, n°97-19.010](#) ; [Cass. com., 12 juill. 2005, n°03-14.045 et 03-15.855](#) ; [Cass. com., 27 févr. 2007, n°05-22.036](#) ; [Cass. com., 27 mars 2007, n°05-17.311](#) ; [Cass. com., 1<sup>er</sup> déc. 2015, n°14-20.116](#) ; [Cass. com., 20 avr. 2017, n°15-10.425](#)).

Pour autant, cette direction de fait ne se présume pas et il appartient à celui qui s'en prévaut, à savoir le liquidateur, d'en rapporter la preuve.

Quant aux juges du fond qui envisageraient d'entrer en voie de condamnation sur le fondement de [l'article L.651-2 du Code de commerce](#), ceux-ci doivent énoncer avec exhaustivité et précision les faits positifs reprochés à l'intéressé et caractériser, en l'espèce, en quoi ils sont constitutifs de l'exercice d'une direction de fait.

En effet, si l'existence de la direction de fait relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la motivation retenue par les juges du fond sur ce point fait l'objet d'un contrôle strict de la part de la Cour de cassation ([Cass. com., 16 mars 1999, n°95-17.420](#) ; pour des applications v. notamment les arrêts précités : [Cass. com., 18 janv. 2000, n°97-19.010](#) ; [Cass. com., 12 juill. 2005, n°03-14.045 et 03-15.855](#) ; [Cass. com., 27 févr. 2007, n°05-22.036](#) ; [Cass. com., 27 mars 2007, n°05-17.311](#) ; [Cass. com., 1er déc. 2015, n°14-20.116](#)).

C'est précisément à ce contrôle que s'est ainsi livrée la Cour de cassation dans les deux arrêts commentés.

**A rapprocher :** [C. com., art. L.651-2](#) ; [Cass. com., 18 janv. 2000, n°97-19.010](#) ; [Cass. com., 12 juill. 2005, n°03-14.045 et 03-15.855](#) ; [Cass. com., 27 févr. 2007, n°05-22.036](#) ; [Cass. com., 27 mars 2007, n°05-17.311](#) ; [Cass. com., 1er déc. 2015, n°14-20.116](#) ; [Cass. com., 20 avr. 2017, n°15-10.425](#) ; [Cass. com., 16 mars 1999, n°95-17.420](#)

## SOCIAL

### L'AGS et le principe de subsidiarité

Cour d'appel de Toulouse 9 septembre 2022 RG  
22/01754

*Ce qu'il faut retenir :*

En présence d'un relevé de créance présenté aux institutions de garantie des salaires sous la seule responsabilité du mandataire, la garantie de l'AGS-CGEA ne peut être exclue au motif qu'à la suite de l'adoption d'un plan de cession des actifs, les créances pourraient être payées sur les fonds disponibles issus du plan de cession

*Pour approfondir :*

La décision rendue par la Cour d'appel de Toulouse pose la question du principe de subsidiarité de l'intervention de l'AGS dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire.

Cette question est venue sur le terrain judiciaire assez récemment en raison d'un changement de politique de l'AGS qui a modifié son interprétation de l'article L 3253-20 alinéa 1 du code du travail qui dispose : *Si les créances ne peuvent être payées en tout ou partie sur les fonds disponibles avant l'expiration des délais prévus par l'article L. 3253-19, le mandataire judiciaire demande, sur présentation des relevés, l'avance des fonds nécessaires aux institutions de garantie mentionnées à l'article L. 3253-14* alors que le même texte prévoit en son alinéa 2 que dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, le mandataire judiciaire doit justifier, lors de sa demande, que l'insuffisance des fonds disponibles est caractérisé. Un recours, par saisine du juge commissaire, est alors ouvert à cette institution si elle estime que le mandataire judiciaire dispose des fonds nécessaires au paiement des créances salariales.

Les faits de l'espèce sont assez simples. Un plan de cession est arrêté par le Tribunal de commerce de Toulouse, celui-ci autorisant un certain nombre de licenciement. Le mandataire judiciaire, indiquant qu'il ne disposait des fonds nécessaires, a établi un relevé des créances salariales et a sollicité l'AGS. Cette dernière a refusé la prise en charge du relevé estimant que le prix de cession couvrirait largement le montant du relevé. Le mandataire judiciaire n'avait d'autre choix que de saisir la juridiction compétente qui rejeta sa demande. C'est dans ces conditions que la Cour d'appel infirma la décision déferée et fit injonction à l'AGS de payer entre les mains du mandataire judiciaire les sommes objets du relevé de créances.

Cette décision n'est pas surprenante.

La Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 a prévu que « *tout employeur ayant la qualité de commerçant ou de personne morale de droit privé et occupant un ou plusieurs salariés doit assurer ceux-ci contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens* ». L'objectif de la Loi, selon les débats parlementaires, était de « *fonder la garantie absolue du paiement des créances salariales...le paiement des créances salariales n'étant plus lié à la valeur de l'actif*

*de la liquidation des biens et non plus subordonné aux lenteurs de ces procédures ».*

Le législateur de 1973, à la suite de l'affaire Lip, a considéré que les salariés, victimes du risque commercial et économique de l'entreprise défaillante lorsque licenciés, ne devaient plus subir en subir les conséquences pécuniaires qui devaient être pris en charge par la collectivité des employeurs. Il s'agit, cependant, d'un régime assurantiel atypique, puisque contrairement à toute autre assurance, le régime de garantie doit se voir rembourser, en présence de fonds disponibles, l'avance des créances salariales selon un rang définie par la Loi.

L'article L 3253-20 alinéa 1 n'est que la traduction de ces principes. L'appréciation de l'existence de fonds disponibles ne relève que du mandataire judiciaire, sous sa seule responsabilité, et l'intervention de l'AGS, en redressement judiciaire et en liquidation judiciaire, conséquence de l'état de cessation des paiements, doit être automatique.

C'est d'ailleurs toute la différence avec la procédure de sauvegarde, procédure où l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, dans laquelle le mandataire judiciaire doit, pour obtenir l'avance, caractériser l'absence de fonds disponibles. C'est le sens de la jurisprudence majoritaire.

L'AGS ne peut donc invoquer les dispositions de l'article L 625-4 du code de commerce lui ouvrant un droit propre « pour quelque cause que ce soit » à contester le principe ou l'étendue de sa garantie. Ce droit ne concerne en effet pas le mécanisme de la garantie mais les conditions de la garantie, ce texte se trouvant dans une section intitulée « vérification des créances salariales » alors que le mécanisme d'intervention se trouve dans une section dénommée « garantie du paiement des créances résultant du contrat de travail ».

Toute autre lecture aboutirait à un système totalement déséquilibré dans la mesure où la procédure de sauvegarde impose une caractérisation de l'indisponibilité des fonds et un recours est ouvert à l'AGS si elle conteste cette indisponibilité alors qu'en redressement ou en liquidation judiciaire, elle pourrait être délier de sa garantie de son propre chef, sans recours au juge alors même que la situation de l'entreprise est plus problématique puisqu'en état de cessation des paiements.

De même, si le salarié peut supporter un aléa en procédure de sauvegarde (l'entreprise n'étant pas en cessation des paiements) à travers l'analyse préalable de la justification des fonds disponibles, cet aléa disparaît en redressement ou en liquidation judiciaire, l'état de cessation des paiements.

En outre, l'argumentation de l'AGS semble contraire au droit européen et notamment aux directives n° 80/987/CE du 20 octobre 1980 et n° 2002/74/CE du 23 septembre 2002 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur qui ne lient en rien la prise en charge des créances salariales au constat préalable de l'absence de fonds disponibles.

Si l'équilibre économique du régime de garantie est une nécessité dont tous les acteurs ont conscience, il ne faut pas que de mauvaises raisons viennent dévoyer le système mis en place par le législateur qui a parfaitement rempli sa mission depuis près de 50 ans.

**À rapprocher :** [T.com Paris 27 octobre 2021 RG 2021/043985, LEDEN nov. 21, note FX Lucas, T.com Bobigny 6 mai 2021 RG2021LO1170, Act.proc.Coll., 2021/13 note L. Fin-Langer, CA Poitiers 14 juin 2022 RG 21/01968 LEDEN juill.2022 note G.Ollu \(pourvoi en cours\), Dalloz actualité 22 septembre 2022 Ch. Gailhbaud](#)