

**Cour de cassation**

**chambre commerciale**

**Audience publique du 17 novembre 2015**

**N° de pourvoi: 14-19504**

ECLI:FR:CCASS:2015:CO00980

Publié au bulletin

**Rejet**

**Mme Mouillard (président), président**

SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Hémerly et Thomas-Raquin,  
avocat(s)

## **REPUBLIQUE FRANCAISE**

### **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rouen, 17 avril 2014, RG n° 13/ 02634), que, par actes authentiques du 6 octobre 2010, les fonds de commerce appartenant aux sociétés BP Finances (la société BP), X...BLMS (la société X...) et PN Béton Bolbec, dont M. X...était dirigeant, ont été cédés à la société Holcim pour le prix global de 4 200 000 euros ; que le montant des oppositions au paiement des prix de ces ventes, formées par les créanciers, de chaque société excédant pour chacune le prix de son fonds, le notaire a séquestré le prix global de la cession ; que, par jugements du 18 février 2011, les sociétés BP, X...et PN Béton Bolbec ont été mises en redressement judiciaire, les sociétés Z... et FHB étant désignées mandataire et administrateur judiciaires ; que, le 6 mai 2011, la procédure de redressement judiciaire de la société BP a été convertie en liquidation judiciaire, la société Z... étant désignée liquidateur ; que l'arrêt du 12 octobre 2011, qui a annulé ce jugement puis prononcé la liquidation judiciaire de la société BP, a été cassé (chambre commerciale, financière et économique, 22 janvier 2013, pourvoi n° B 11-27. 392), sauf en ce qu'il avait annulé le jugement du 6 mai 2011 et renvoyé l'affaire devant le tribunal de commerce du Havre pour la suite de la procédure ; que, le 8 avril 2013, la société FHB, ès qualités, a assigné chacune des sociétés en liquidation judiciaire ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société BP fait grief à l'arrêt du prononcé de sa liquidation judiciaire alors, selon le moyen, que le magistrat qui a participé à une décision cassée et annulée par la Cour de cassation ne peut, de nouveau, participer au jugement de l'affaire suite à cette cassation ; qu'en ayant prononcé la liquidation judiciaire de la société BP, la cour d'appel, dans laquelle siégeait Mme Bertoux, qui siégeait déjà dans l'arrêt cassé du 12 octobre 2011, qui avait également prononcé la liquidation judiciaire, a méconnu les dispositions des articles 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire ;

Mais attendu que la société BP ne soutenant pas avoir contesté la régularité de la

composition de la juridiction de renvoi dans les conditions prévues par l'article 430, alinéa 2, du code de procédure civile, le moyen est irrecevable ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société BP fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'après avoir annulé le jugement du tribunal de commerce du Havre du 17 mai 2013, au motif que la formalité du rapport prévue par l'article R. 662-12 du code de commerce n'avait pas été accomplie, la cour d'appel s'est prononcée au fond par l'effet dévolutif de l'appel ; qu'en statuant de la sorte, alors que la société BP n'avait conclu au fond qu'à titre subsidiaire, la cour d'appel a violé l'article 562 du code de procédure civile ;

2°/ que le tribunal de commerce saisi d'une demande de liquidation judiciaire doit l'être par voie de requête et non d'assignation ; qu'en ayant jugé du contraire la cour d'appel a violé l'article R. 631-24 du code de commerce ;

3°/ que le moyen, pris par le défendeur, tiré de la nullité de la saisine du tribunal de commerce par voie d'assignation pour prononcer la liquidation judiciaire ne constitue pas une exception de procédure au sens de l'article 73 du code de procédure civile mais une défense au fond qui peut être proposée en tout état de cause à tout moment de la procédure ; qu'en ayant jugé du contraire la cour d'appel a violé les articles 73, 71 et 72 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'appel de la société BP tendant, à titre principal, à l'annulation du jugement pour non-respect de la formalité du rapport prévue à l'article R. 662-12 du code de commerce, la cour d'appel, qui se trouvait, par application de l'article 562, alinéa 2, du code de procédure civile, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel, était tenue de statuer sur le fond, peu important sa décision sur l'irrégularité invoquée, laquelle n'affectait pas la saisine du premier juge ;

Et attendu, en second lieu, que la cour d'appel a exactement retenu que, si l'article R. 631-24, alinéa 1er, du code de commerce prévoit que le tribunal est saisi par voie de requête d'une demande de conversion de la procédure de redressement en liquidation judiciaire au cours de la période d'observation, ce texte n'interdit pas de procéder par voie d'assignation ;

D'où il suit que le moyen, qui est irrecevable pour défaut d'intérêt en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu que la société BP fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que les fonds provenant d'une vente conclue avant la procédure de redressement judiciaire et non encore distribués à cette date intègrent la procédure collective et peuvent servir au paiement des charges courantes entraînées par la poursuite de l'activité ; qu'en ayant jugé du contraire, la cour d'appel a violé l'article R. 622-19 du code de commerce, ensemble les articles L. 622-18 et L. 622-21 du code de commerce ;

2°/ que la société BP faisait valoir qu'elle faisait partie du groupe X...et que la vente des fonds de commerce des sociétés X...(pour 2 552 000 euros) et PN Béton Bolbec (pour 1 250 000 euros) permettait d'envisager le redressement de l'entreprise ; qu'en s'étant alors contentée d'affirmer que « Surtout, et en tout état de cause les fonds provenant desdites cessions n'entrent pas dans l'actif de la SARL BP Finance », la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 640-1 du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, que, si les fonds séquestrés à la suite d'une opposition au paiement du prix de la cession amiable d'un fonds de commerce n'ont pas encore été distribués à la date d'ouverture du redressement judiciaire et doivent être remis au mandataire judiciaire, c'est, aux termes des articles R. 622-19, alinéa 2, et R. 641-24, alinéa 2, du code de commerce, seulement aux fins de répartition, soit dans le cadre du plan qui sera arrêté, soit, en cas de conversion, au titre des opérations de la liquidation judiciaire, les fonds étant alors remis par le mandataire judiciaire au commissaire à

l'exécution du plan ou au liquidateur ; qu'il en résulte que ces fonds, qui n'ont été remis au mandataire judiciaire qu'en raison de la caducité de la procédure de distribution en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et que le mandataire a dû immédiatement verser à la Caisse des dépôts et consignations, n'ont pas vocation à financer une poursuite d'activité ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que le prix de cession du fonds de commerce ne pouvait être utilisé par l'administrateur judiciaire ou le débiteur dans l'intérêt du redressement de ce dernier ;

Et attendu, d'autre part, que les chances de redressement d'une société doivent s'apprécier au regard de ses capacités et non de celles du groupe auquel elle peut appartenir, en l'absence d'engagement de la société mère ou d'une autre filiale en sa faveur ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société BP Finances aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept novembre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat aux Conseils, pour la société BP Finances

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR prononcé la liquidation judiciaire de la société BP FINANCES avec ses conséquences.

AUX MOTIFS QUE « En application des dispositions de l'article 786 du Code de procédure civile, l'affaire a été plaidée et débattue à l'audience du 06 Mars 2014 sans opposition des avocats devant Monsieur FARINA, Président, en présence de Madame BERTOUX, Conseiller.

Le magistrat rapporteur a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour composée de :

Monsieur FARINA, Président

Madame AUBLIN-MICHEL, Conseiller

Madame BERTOUX, CONSEILLER ».

ALORS QUE le magistrat qui a participé à une décision cassée et annulée par la Cour de Cassation ne peut, de nouveau, participer au jugement de l'affaire suite à cette cassation ; qu'en ayant prononcé la liquidation judiciaire de la société exposante, la cour d'appel, dans laquelle siégeait Madame BERTOUX, qui siégeait déjà dans l'arrêt cassé du 12 octobre 2011, qui avait également prononcé la liquidation judiciaire, a méconnu les dispositions de l'article 6. 1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Libertés et des Droits de l'Homme et L 431-4 du Code de l'Organisation Judiciaire.

(SUBSIDIAIRE) DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR prononcé la liquidation judiciaire de la société BP FINANCES avec ses conséquences ;

AUX MOTIFS QUE Sur l'évocation par la cour d'appel ; selon l'article L. 631-15 II du code de commerce « A tout moment de la période d'observation, le tribunal, à la demande du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, d'un contrôleur, du ministère public ou d'office, peut ordonner la cessation partielle de l'activité ou prononce la liquidation judiciaire si " le redressement est manifestement impossible ". Aux termes de l'article R. 631-23 du même code le tribunal est saisi par voie de requête. En l'espèce, Me Y...a saisi le tribunal aux fins de liquidation judiciaire de la SARL BP Finances par voie d'assignation. Toutefois, aucun texte n'interdit à l'administrateur de procéder par voie d'assignation,

mode de saisie protectrice des droits de la défense pour le défendeur, notamment en ce qu'il s'agit d'un acte délivré par un huissier tenu, en sa qualité d'officier ministériel, d'accomplir toute diligence nécessaire afin de l'informer de la date et de l'objet de l'audience. De plus, la SARL BP Finances ne justifie d'aucun grief qui résulterait du choix de ce mode de saisine. Enfin et surtout, la SARL BP Finances aurait dû se prévaloir de cette irrégularité de forme que constitue, selon elle, la saisine de la juridiction par voie d'assignation, en première instance, avant toute défense au fond. Force est de constater que cette exception de procédure n'a pas été soulevée devant les premiers juges. La saisine du tribunal par voie d'assignation est par conséquent régulière. Par ailleurs, aucun texte similaire à l'article R. 662-12 du code de commerce ne fait obligation à la Cour de statuer sur une demande de liquidation judiciaire au vu du rapport du juge-commissaire. Dès lors, il appartient à la cour, par l'effet dévolutif de l'appel, de statuer au fond » (arrêt p. 10-11).

1) ALORS QUE, après avoir annulé le jugement du tribunal de commerce du Havre du 17 mai 2013, au motif que la formalité du rapport prévue par l'article 662-12 du Code de commerce n'avait pas été accomplie, la Cour d'appel s'est prononcée au fond par l'effet dévolutif de l'appel ; qu'en statuant de la sorte alors que la société exposante n'avait conclu au fond qu'à titre subsidiaire la Cour d'appel a violé l'article 562 du Code de procédure civile.

2) ALORS QUE le tribunal de commerce saisi d'une demande de liquidation judiciaire doit l'être par voie de requête et non d'assignation ; qu'en ayant jugé du contraire la Cour d'appel a violé l'article R. 631-24 du Code de commerce ;

3) ALORS QUE le moyen pris par le défendeur tiré de la nullité de la saisine du tribunal de commerce par voie d'assignation pour prononcer la liquidation judiciaire ne constitue pas une exception de procédure au sens de l'article 73 du Code de procédure civile mais une défense au fond qui peut être proposée en tout état de cause à tout moment de la procédure ; qu'en ayant jugé du contraire la Cour d'appel a violé les articles 73, 71 et 72 du Code de procédure civile.

#### (SUBSIDIAIRE) TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR prononcé la liquidation judiciaire de la société BP FINANCES avec ses conséquences ;

AUX MOTIFS QUE Selon l'article R. 640-2 du code de commerce, " La cour d'appel qui annule le jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire ou son prononcé peut, d'office, ouvrir la procédure de liquidation judiciaire ou la prononcer. " Selon la SARL BP Finances, le prix de vente des fonds de commerce demeure librement dans le patrimoine du groupe X...et permet largement de financer la période d'observation et d'envisager le redressement de l'entreprise. Il est établi que le fonds de commerce de la SARL X...BLMS a été vendu pour un prix de 2. 552. 000 € et celui de la SARL BP Finances pour le prix de 1. 250. 000 €. Cependant, contrairement à ce que soutient la SARL BP Finances, Me Y...et Me Z... sont fondés à se prévaloir des dispositions des articles L. 622-18 et R. 622-19 du code de commerce pour soutenir qu'il est impossible d'utiliser les fonds provenant de la cession pour les besoins de la poursuite de l'activité. Selon L'article L. 622-21 II du code de commerce, le jugement d'ouverture " arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles, ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture. " L'article R. 622-19 du code de commerce dispose que : " Conformément au II de l'article L. 622-21, les procédures de distribution du prix de vente d'un immeuble et les procédures de distribution du prix de vente d'un meuble ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture, en cours au jour de ce jugement, sont caduques. Les fonds sont remis au mandataire judiciaire, le cas échéant, par le séquestre qui par cette remise est libéré à l'égard des parties. Si le tribunal arrête un plan, le mandataire

judiciaire remet ces fonds au commissaire à l'exécution du plan aux fins de répartition ". Aux termes de l'article R. 641-24 du même code " Pour l'application de l'article R. 622-19 du code de commerce, les fonds sont remis au liquidateur aux fins de répartition. En cas de prononcé de la liquidation judiciaire pendant le cours d'une période d'observation, le mandataire judiciaire les remet au liquidateur à cette fin. " En l'espèce, les cessions de fonds de commerce de la SARL X...BLMS et de la SARL BP Finances sont intervenues avant le jugement d'ouverture. Des oppositions au paiement du prix ont été régularisées, et les fonds ont été séquestrés par le notaire, séquestre en cours à la date de ce jugement. En application des textes ci-dessus, la procédure de distribution du prix de cession du fonds de commerce constitue une procédure de distribution du prix de vente d'un meuble ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture au sens des dispositions de l'article R. 622-19 du code de commerce. Entrant dans le champ d'application dudit article, la procédure de distribution de ce prix étant caduque, c'est à bon droit que les fonds ont été remis au liquidateur judiciaire et ont été placés à la Caisse des dépôts et consignations. En effet, l'alinéa 2 de l'article R. 622-19 du code de commerce prévoit qu'en cas de d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le commissaire à l'exécution devant en assurer la répartition, ce qui présuppose que les fonds n'aient pas été dissipés, et implique leur consignation pendant la durée de la période d'observation, comme l'observe, à bon droit, Me Z.... Cette consignation vaut également en cas de conversion de liquidation judiciaire puisque selon l'alinéa 2 de l'article R. 641-24, les fonds sont remis au liquidateur qui assure cette répartition. Ainsi pendant l'exécution du plan comme pendant la période d'observation, les fonds provenant du prix de cession d'un fonds de commerce sont destinés à être distribués, dans le cadre des opérations de la procédure collective, ils ne peuvent pas être utilisés par l'administrateur judiciaire ou le débiteur dans l'intérêt du redressement de ce dernier. L'administrateur et le mandataire judiciaire qui a reçu les fonds a alors l'obligation de les déposer à la Caisse des dépôts et consignations en application de l'article L. 622-18 du code de commerce, " Toute somme perçue par l'administrateur ou le mandataire judiciaire qui n'est pas portée sur les comptes bancaires ou postaux du débiteur, pour les besoins de la poursuite de l'activité, doit être versée immédiatement en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. " A cet égard, et comme le relève à bon droit Me Z..., l'article R. 622-16 du code de commerce qui permet au juge commissaire de modifier la répartition des sommes entre, d'une part, les comptes de l'entreprise et, d'autre part, les comptes ouverts à la Caisse des dépôts, ne concerne que les fonds qui peuvent être affectés à la poursuite de l'activité du débiteur. Tel n'est pas le cas des fonds provenant de la cession du fonds de commerce destinés à être distribués, dans le cadre des opérations de la procédure collective. Ainsi il résulte des articles R. 622-19 et R. 641-24 du code de commerce que les fonds séquestrés provenant de la cession du fonds de commerce sont indisponibles pendant la période d'observation, et doivent demeurer consignés pendant cette période et ne peuvent servir au financement de la poursuite de l'exploitation. Surtout et en tout état de cause, les fonds provenant desdites cessions n'entrent pas dans l'actif de la SARL BP Finances. Contrairement à ce que prétend la SARL BP Finances, il a été procédé à la vérification du passif qui s'élève à la somme de 1. 288. 198, 79 € au titre du passif définitif et échû, à celle de 84. 330, 94 € au titre du passif échû contesté. Le passif à échoir contesté s'élève à la somme de 67. 029, 32 €. Selon le rapport dressé par la société FHB et l'avis de la SELARL Z... le montant de l'actif s'élève à un disponible de + 3. 851, 53 €. Il n'est pas contesté l'existence de dettes postérieures s'élèvent à la somme de 1. 882, 80 €. Force est de constater au vu de ces éléments que la SARL BP Finances ne dispose pas des capacités de financement suffisantes pour financer la poursuite d'une période d'observation, que l'actif disponible est très insuffisant pour combler le passif exigible, qu'aucun plan de continuation n'est envisageable, son redressement est donc manifestement impossible. Il

convient en conséquence de prononcer la liquidation judiciaire de la SARL BP Finances (arrêt p. 12-13).

ALORS, D'UNE PART, QUE les fonds provenant d'une vente conclue avant la procédure de redressement judiciaire et non encore distribués à cette date intègrent la procédure collective et peuvent servir au paiement des charges courantes entraînées par la poursuite de l'activité ; qu'en ayant jugé du contraire la Cour d'appel a violé l'article R 622-19 du Code de commerce, ensemble les articles L 622-18 et L 622-21 du Code de commerce.

ALORS, D'AUTRE PART, QUE la société exposante faisait valoir que la société BP FINANCES faisait partie du groupe X...et que la vente des fonds de commerce des sociétés POIMBOEUF BLMS (pour 2 552 000 euros) et BP BOLBEC (pour 1 250 000 euros) permettait d'envisager le redressement de l'entreprise ; qu'en s'étant alors contentée d'affirmer que « Surtout, et en tout état de cause les fonds provenant desdites cessions n'entrent pas dans l'actif de la SARL BP FINANCE », la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L 640-1 du Code de Commerce.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Rouen , du 17 avril 2014