

**Cour de cassation**

**chambre commerciale**

**Audience publique du 18 novembre 2014**

**N° de pourvoi: 13-17438**

ECLI:FR:CCASS:2014:CO00998

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**Mme Mouillard (président), président**

SCP Boré et Salve de Bruneton, 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, que, sur saisine d'office, le tribunal a, par jugement du 4 juillet 2012, ouvert la liquidation judiciaire de la société Nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel (la société débitrice) ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société débitrice fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement alors, selon le pourvoi :

1°/ que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 640-5 du code de commerce dont l'arrêt attaqué a fait application justifiera sa censure ;

2°/ qu'en toute hypothèse, l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel ; qu'en se fondant sur l'existence du jugement pour en déduire que l'inconstitutionnalité de la disposition sur laquelle il s'était appuyé était dépourvue d'effet, quand par l'effet de l'appel le jugement était anéanti, la cour d'appel a violé l'article 561 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, si par décision n° 2013-368 QPC du 7 mars 2014, le Conseil constitutionnel a déclaré que les mots « se saisir d'office » figurant au premier alinéa de l'article L. 640-5 du code de commerce sont contraires à la Constitution, il a précisé que cette déclaration d'inconstitutionnalité ne prendrait effet qu'à compter de sa publication au journal officiel, le 9 mars 2014, et ne serait applicable qu'aux jugements d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire rendus postérieurement à cette date ; que la procédure de liquidation judiciaire de la société débitrice ayant été ouverte par jugement du 4 juillet 2012, la déclaration d'inconstitutionnalité est sans effet sur cette procédure, peu important que la cour d'appel, saisie d'un recours à l'encontre du jugement, ne se soit prononcée qu'après le 9 mars 2014, dès lors qu'elle ne l'a pas annulé ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais, sur le second moyen, pris en ses première et cinquième branches :

Vu les articles L. 631-1 et L. 640-1 du code de commerce ;

Attendu que, pour ouvrir la procédure de liquidation judiciaire de la société débitrice, l'arrêt

retient qu'il ressort de la liste des créances datée du 10 octobre 2012 que les créanciers ont déclaré leurs créances pour un montant total de 210 327, 34 euros, dont des créances privilégiées en vertu d'inscriptions prises par des établissements bancaires et par l'URSSAF, et que le bilan ne fait état d'aucun actif disponible ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'état de cessation des paiements de la société débitrice, en l'absence de précision sur l'existence et le montant du passif exigible et de l'actif disponible à la date de sa décision, la cour d'appel a privé celle-ci de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a dit n'y avoir lieu à annulation du jugement, l'arrêt rendu le 19 mars 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt, et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse les dépens à la charge du Trésor public ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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-huit novembre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils, pour la société nouvelle d'exploitation Sthrau hôtel.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement ayant ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société STHRAU HÔTEL ;

AUX MOTIFS QUE suivant décisions du 7 décembre 2012, publiées au Journal officiel du 8 décembre 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles les dispositions de l'article L. 631-5 du Code de commerce permettant au tribunal de se saisir d'office aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire au regard du principe d'impartialité (no2012. 286 QPC) ; que la déclaration d'inconstitutionnalité étant applicable à tous les jugements d'ouverture rendus postérieurement à la date de publication des décisions, elle n'affecte pas le jugement dont appel rendu sur saisine d'office antérieurement à cette date, peu important qu'il ait été frappé de recours ; qu'au soutien de sa demande tendant à l'annulation du jugement, la société appelante fait valoir que, présente à l'audience du tribunal de commerce, Mme X..., gérante de la SNE Sthrau Hôtel, a expliqué les raisons pour lesquelles son hôtel ne pouvait plus être exploité en dénonçant les manoeuvres frauduleuses des propriétaires des murs lesquels l'ont évincée du fonds, obtenant son expulsion ce qui l'a conduit à déposer plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction pour escroquerie au jugement, l'information judiciaire étant toujours en cours, que cependant le jugement ne fait nulle mention de ces faits ni de son opposition à la mesure de liquidation judiciaire, des prétentions du ministère public ou du rapport du mandataire judiciaire en méconnaissance des articles 455 et 458 du Code procédure civile ; que le jugement qui relate les faits de la cause et la procédure et qui contient une analyse des pièces produites et informations fournies lors de l'audience en chambre du conseil satisfait aux exigences légales ; qu'il n'y a donc pas lieu à annulation du jugement ; que la procédure pénale initiée sur la plainte de Mme X...ne commande nullement la présente instance qui est soumise aux seules conditions objectives d'ouverture d'une procédure collective liées notamment à la caractérisation de l'état de cessation des paiements lequel doit s'apprécier au jour où la Cour statue ; que l'exception de sursis à statuer doit être rejetée. qu'il ressort de la liste des créances datée

du 10 octobre 2012 versée au débat qu'à la suite de la publication du jugement dont appel au Bodacc, le 31 juillet 2012, les créanciers ont déclaré leurs créances pour un montant de 210. 327, 34 euros, dont 132. 962, 68 euros à titre privilégié ; que l'état des inscriptions et nantissements fait apparaître des inscriptions prises par des établissements bancaires parmi lesquels le Crédit du Nord pour une créance de 21. 405, 08 euros au titre d'un prêt consenti le 17 février 2010, outre une créance chirographaire au titre du solde débiteur du compte bancaire déclarée par ce même établissement pour 26. 557, 13 euros ; qu'une inscription de privilège apparaît également au profit notamment de l'Urssaf pour une somme de 15. 515 euros en date du 9 mars 2011 ; que c'est donc en vain que la SNE Sthrau Hôtel prétend que le passif serait en totalité imputable à la société qui lui a succédé après son expulsion des lieux en date du 9 décembre 2010 ; que par ailleurs, s'il est vrai que le bilan 2010 fait apparaître un chiffre d'affaires de 352. 323 euros et non de 352 euros comme il est noté par erreur dans le jugement, générant un bénéfice de 11. 749 euros, il n'est fait état d'aucun actif disponible ; qu'à défaut d'actif disponible permettant d'apurer le passif exigible, l'état de cessation des paiements est caractérisé et qu'alors que l'impossibilité de poursuivre une exploitation résulte nécessairement de l'absence de fonds de commerce, c'est par une juste appréciation que les premiers juges ont ouvert la liquidation judiciaire de la SNE Sthrau Hôtel ;

1°) ALORS QUE la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 640-5 du Code de commerce dont l'arrêt attaqué a fait application justifiera sa censure ;

2°) ALORS QU'en toute hypothèse, l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel ; qu'en se fondant sur l'existence du jugement pour en déduire que l'inconstitutionnalité de la disposition sur laquelle il s'était appuyé était dépourvue d'effet, quand par l'effet de l'appel le jugement était anéanti, la Cour d'appel a violé l'article 561 du Code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement ayant ouvert une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre de la société STHRAU HÔTEL ;

AUX MOTIFS QU'il ressort de la liste des créances datée du 10 octobre 2012 versée au débat qu'à la suite de la publication du jugement dont appel au Bodacc, le 31 juillet 2012, les créanciers ont déclaré leurs créances pour un montant de 210. 327, 34 euros, dont 132. 962, 68 euros à titre privilégié ; que l'état des inscriptions et nantissements fait apparaître des inscriptions prises par des établissements bancaires parmi lesquels le Crédit du Nord pour une créance de 21. 405, 08 euros au titre d'un prêt consenti le 17 février 2010, outre une créance chirographaire au titre du solde débiteur du compte bancaire déclarée par ce même établissement pour 26. 557, 13 euros ; qu'une inscription de privilège apparaît également au profit notamment de l'Urssaf pour une somme de 15. 515 euros en date du 9 mars 2011 ; que c'est donc en vain que la SNE Sthrau Hôtel prétend que le passif serait en totalité imputable à la société qui lui a succédé après son expulsion des lieux en date du 9 décembre 2010 ; que par ailleurs, s'il est vrai que le bilan 2010 fait apparaître un chiffre d'affaires de 352. 323 euros et non de 352 euros comme il est noté par erreur dans le jugement, générant un bénéfice de 11. 749 euros, il n'est fait état d'aucun actif disponible ; qu'à défaut d'actif disponible permettant d'apurer le passif exigible, l'état de cessation des paiements est caractérisé et qu'alors que l'impossibilité de poursuivre une exploitation résulte nécessairement de l'absence de fonds de commerce, c'est par une juste appréciation que les premiers juges ont ouvert la liquidation judiciaire de la SNE Sthrau Hôtel ;

1°) ALORS QUE la cessation des paiements est caractérisée par l'impossibilité pour le débiteur de faire face au passif exigible avec l'actif disponible ; qu'en se fondant sur le montant des créances déclarées pour juger la société STHRAU HÔTEL en état de cessation des paiements, sans rechercher si les créances déclarées étaient exigibles, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 640-1 du Code de

commerce ;

2°) ALORS QUE la cessation des paiements est caractérisée par l'impossibilité pour le débiteur de faire face au passif exigible avec l'actif disponible ; qu'en se fondant sur le montant des créances déclarées pour juger la société STHRAU HÔTEL en état de cessation des paiements, sans rechercher si les créances déclarées avaient été vérifiées dans leur principe et leur montant et admises au passif, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 640-1 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE la société STHRAU HÔTEL faisait valoir dans ses conclusions d'appel que la décision sur le fondement de laquelle son expulsion des locaux permettant l'exploitation de son fonds de commerce avait été prononcée serait remise en cause par les décisions à intervenir dans la procédure pénale visant l'escroquerie au jugement qu'elle avait engagée ; qu'en se bornant à retenir que la société STHRAU HÔTEL se trouvait dans l'impossibilité de poursuivre son activité en raison de la disparition du fonds de commerce consécutive à l'expulsion des locaux, sans répondre à ce moyen déterminant de nature à démontrer que l'exposante pourrait à nouveau exploiter le fonds de commerce, la Cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

4°) ALORS QUE la société STHRAU HÔTEL faisait valoir dans ses conclusions que « par jugement en date du 31 janvier 2012 devenu définitif, les Consorts Y...-Z... les bailleurs avaient été solidairement condamnés à verser à la SNE STHRAU HÔTEL la somme totale de 26. 661, 71 euros » (conclusions d'appel, p. 4, al. 7) ; qu'en retenant que la société STHRAU HÔTEL ne faisait état d'aucun actif disponible, la Cour d'appel a dénaturé les conclusions de l'exposante et a violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

5°) ALORS QU'en toute hypothèse, la charge de la preuve de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible pèse sur le demandeur à l'ouverture de la procédure collective ; qu'en relevant, pour constater l'état de cessation des paiements, que la société STHRAU HÔTEL ne faisait état d'aucun actif disponible, la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a violé l'article 1315 du Code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris du 19 mars 2013