

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **9 mai 2018**

Cassation

M. RÉMERY, conseiller doyen  
faisant fonction de président

Arrêt n° 386 F-P+B

Pourvoi n° P 16-24.065

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Ducoin ingénierie  
et concepts, société à responsabilité limitée, dont le siège est 1 rue des  
Joncs, 51200 Epernay,

contre l'arrêt rendu le 26 avril 2016 par la cour d'appel de Reims (chambre  
civile, 1re section), dans le litige l'opposant à la société MJ Synergie, société  
d'exercice libéral à responsabilité limitée, dont le siège est 136 cours  
Lafayette, 69003 Lyon, prise en la personne de M. Bruno Walczak en qualité  
de liquidateur judiciaire de la société Dauphin construction,

défenderesse à la cassation ;

La société MJ Synergie, ès qualités, a formé un pourvoi  
incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 13 mars 2018, où étaient présents : M. Rémerly, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Vaissette, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Vaissette, conseiller, les observations de la SCP Odent et Poulet, avocat de la société Ducoin ingénierie et concepts, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de la société MJ Synergie, ès qualités, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Ducoin ingénierie et concepts que sur le pourvoi incident relevé par la société MJ Synergie, en qualité de liquidateur de la société Dauphin construction ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Ducoin ingénierie et concepts (la société Diec), chargée de la construction d'un ensemble viticole, a sous-traité le lot gros oeuvre à la société Dauphin construction (la société Dauphin) par un contrat du 16 septembre 2011; que la société Dauphin a été mise en redressement judiciaire le 12 avril 2012 et a continué d'exécuter le contrat ; que le 11 juin 2012, elle a informé la société Diec qu'elle n'était plus en mesure de poursuivre les travaux ; que la société Diec en a pris acte par une lettre du 19 juin 2012 constatant en outre l'abandon du chantier et la résiliation du contrat ; que les 4 et 5 septembre 2012, la société Diec a assigné la société Dauphin ainsi que ses mandataire et administrateur judiciaires pour voir condamner la société Dauphin à lui payer la somme de 318 076,62 euros HT ; que le redressement de la société Dauphin a été converti en liquidation judiciaire par un jugement du 18 décembre 2012 ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses trois premières branches :

Attendu que la société Diec fait grief à l'arrêt de condamner le liquidateur à lui payer seulement la somme de 59 784,71 euros TTC alors, selon le moyen :

*1°/ que tous les paiements faits par un créancier – avec ou sans délégation - pour permettre la poursuite de l'activité pendant la période d'observation constituent des créances postérieures ; qu'en ayant distingué, pour qualifier les paiements faits par la société Diec de créances postérieures, selon que ces paiements avaient été faits aux fournisseurs, avec ou sans délégation de paiement, seuls les paiements directs aux fournisseurs sans délégation de paiement étant admis au titre des créances postérieures, la cour d'appel a violé les articles L. 622-7 et L. 622-17 du code de commerce ;*

*2°/ que tous les paiements faits par un créancier pour les besoins de la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice pendant la période d'observation constituent des créances postérieures ; qu'ayant constaté que la société Dauphin Construction, débitrice, était tenue, dans le cadre de créances postérieures, à restitution des sommes qu'elle avait perçues, pendant la période d'observation, au titre de prestations non encore fournies et dont le fait générateur était la résiliation du contrat de sous-traitance survenue le 19 juin 2012, sans en déduire que les paiements faits par la société Diec aux sous-traitants de la débitrice, en vertu d'une délégation de paiement, avaient la nature de créances postérieures, la cour d'appel a violé les articles L. 622-7 et L. 622-17 du code de commerce ;*

*3°/ que les sommes payées par un créancier aux sous-traitants du débiteur pendant la période d'observation, afin de permettre la poursuite de l'activité, qui n'ont pas donné lieu à contre-prestation, éteignent à tout le moins la dette de ce créancier à hauteur des paiements faits ; qu'en ayant jugé que les paiements effectués, en vertu de délégations de paiement, par la société Diec aux sous-traitants de la société Dauphin Construction n'avaient pas la qualité de créances postérieures, sans à tout le moins les intégrer, en déduction de la créance de la société débitrice, dans le compte à faire entre les parties, la cour d'appel a violé l'article L. 622-7 du code de commerce ;*

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que la société Diec avait réglé des sous-traitants de la société Dauphin en exécution de cessions de créances et de délégations de paiement, la cour d'appel a retenu qu'elle ne pouvait prétendre au remboursement de sommes qu'elle aurait dû, en l'absence des cessions et délégations, payer à son cocontractant et en a exactement déduit que la société Diec ne pouvait se prévaloir à ce titre de créances relevant du traitement préférentiel institué par l'article L. 622-17 du code de commerce ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt, qui n'a pas constaté que les sommes ainsi payées par la société Diec aux sous-traitants pendant la période d'observation de la société Dauphin n'avaient pas donné lieu à contre-prestation mais a relevé l'absence de toute déclaration de créance au

passif de celle-ci par la société Diec, de sorte que les créances invoquées par cette dernière au titre des paiements aux sous-traitants, faute d'avoir été déclarées dans les conditions de l'article L. 622-24, alinéa 5, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 12 mars 2014, ne répondaient pas aux conditions de la compensation des créances connexes, a fait l'exacte application de l'article L. 622-7 du code de commerce en ne déduisant pas ces paiements des sommes dues à la société Dauphin par la société Diec ;

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

Et sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que la société MJ Synergie, en qualité de liquidateur de la société Dauphin, fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à la société Diec la somme de 59 784,71 euros TTC et de rejeter sa demande en paiement de la somme de 287 254,79 euros TTC alors, selon le moyen :

*1°/ que seules les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur pendant cette période, sont payées à l'échéance ou, à défaut, bénéficient d'un privilège de paiement ; que la créance de restitution dont le fait générateur est postérieur au jugement d'ouverture ne naît pas des besoins de la procédure ou de la période d'observation, et ne constitue pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a condamné la société MJ Synergie, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société Dauphin Construction, à payer à la société Diec la somme de 59 784,71 euros TTC, correspondant à diverses sommes versées à des fournisseurs « pour le compte de la société Dauphin [...] postérieurement à l'ouverture de la procédure collective », après avoir relevé que, selon la société Diec, ces paiements étaient intervenus « pour permettre de continuer le chantier de gros oeuvre » ; qu'en se prononçant ainsi, tandis que la société Diec se prévalait seulement d'une créance de restitution, née de paiements effectués pour le compte de la société Dauphin Construction, c'est-à-dire d'une créance qui n'était pas de nature à bénéficier du traitement préférentiel prévu aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce, la cour d'appel a violé ces deux textes ;*

*2°/ que seules les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur pendant cette période, sont payées à l'échéance ou, à défaut, bénéficient d'un privilège de paiement ; qu'à supposer qu'une créance de restitution née de paiements effectués puisse bénéficier du traitement privilégié prévu aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce, il appartenait à la cour*

*d'appel de rechercher, comme elle y était invitée, si la créance de restitution alléguée par la société Diec entrerait dans l'une des catégories prévues par ces textes, ce qui n'était pas le cas ; qu'en ne procédant pas à cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce ;*

Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'appréciation du caractère utile d'une créance doit se faire en considération de l'utilité potentielle de l'opération et non de son utilité réelle appréciée a posteriori, l'arrêt relève que la société Diec a, dans le cadre de la poursuite du contrat la liant à la société Dauphin, réglé des factures de fournisseurs de cette dernière postérieures au 12 avril 2012, et retient que la créance de restitution née du paiement, fait directement par la société Diec, de ces factures au lieu et place de la société Dauphin, en vue de la continuation par cette dernière du chantier après l'ouverture du redressement judiciaire, est régulièrement née pour les besoins du déroulement de la période d'observation ; que la cour d'appel, qui a procédé à la recherche invoquée par la seconde branche, et a fait ressortir que la société Diec avait contribué au financement de la période d'observation a fait l'exacte application des textes invoqués par le moyen ; que celui-ci n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa quatrième branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa cinquième branche :

Vu les articles L. 622-17, I et L. 641-13, alinéa 2, du code de commerce, dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ;

Attendu que pour limiter la créance de la société Diec, au titre des paiements de factures des fournisseurs de la société Dauphin effectués pendant la période d'observation du redressement judiciaire, à la somme de 59 784,71 euros, l'arrêt relève qu'en plus de ceux admis par le tribunal, la société Diec sollicite la prise en compte de plusieurs paiements de factures qu'il énumère et retient que ces paiements ont tous été effectués après le jugement qui a prononcé la liquidation judiciaire, à l'exception des règlements effectués au profit de la société CMS le 30 août 2012 à concurrence de 644 euros et qu'ils ne sauraient dès lors bénéficier du traitement préférentiel ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans s'expliquer sur les paiements qu'elle relatait et que la société Diec indiquait avoir effectués le

9 novembre 2012 à la société Avenir construction pour 19 314,39 euros HT, le 18 octobre 2012 à la société Pro armatures pour 2 698,30 euros HT et le 28 septembre 2012 à la société CMS pour 644 euros, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le second moyen du même pourvoi :

Vu les articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce, dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ;

Attendu qu'après avoir condamné le liquidateur, ès qualités, à payer à la société Diec la somme de 59 784,71 euros, l'arrêt dit que le paiement de cette somme interviendra selon l'ordre prescrit par l'article L. 622-17, III du code de commerce ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les créances de la société Diec, qui faisaient l'objet de la condamnation en paiement prononcée, bénéficiaient du traitement préférentiel prévu à l'article L. 622-17, I du code de commerce, de sorte que cette société était en droit d'être payée à l'échéance et, à défaut, pouvait, dans l'exercice de son droit de poursuite individuelle, obtenir un titre exécutoire et le faire exécuter indépendamment de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 avril 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, 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 Nancy ;

Condamne la société MJ Synergie, en qualité de liquidateur de la société Dauphin construction, aux dépens ;

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

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 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 neuf mai deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Odent et Poulet, avocat aux Conseils, pour la société Ducoin ingénierie et concepts

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris, sauf à réformer le montant alloué et d'avoir, en conséquence, condamné un liquidateur (la SELARL MJ Synergie, prise en la personne de Me Walczak) à payer à une créancière (la société Diec) la somme de seulement 49 987,22 €, outre TVA au taux de 19,6 %, soit la somme de 59 784,71 € TTC ;

AUX MOTIFS QUE la société Diec sollicitait la condamnation du mandataire liquidateur ès qualités à lui régler les sommes suivantes :

- 293 076,62 euros HT, soit 350 519,64 euros TTC au titre de l'arrêté des comptes résultant de la résiliation du contrat de marché qui se décompose comme suit :

- somme versée à Dauphin : 509 641,60 € HT
- à déduire selon avancement des travaux : 528 333,11 € HT
- soit un solde en faveur de Dauphin de : 18 691,40 € HT
- règlements directs aux fournisseurs : 175 606,70 € HT
- règlements directs aux fournisseurs pour la poursuite du chantier en vertu de délégations de paiement : 123 997,84 € HT
- reprise de malfaçons : 12 163,50 euros HT

Total dû : 293 076,62 euros HT, soit 350 519,64 euros TTC.

- 25 000 euros au titre des malfaçons supplémentaires apparues suite à l'abandon du chantier ;

- que la société Dauphin Construction soulevait le défaut de déclaration de la créance liée à la restitution de l'indu et l'absence de caractère utile à la procédure des créances postérieures au jugement d'ouverture du redressement judiciaire ; que la société Diec répliquait que la somme réclamée était une demande de paiement résultant de la résiliation du contrat à exécution successive, de nature contractuelle et non quasi délictuelle du paiement de l'indu et dont le fait générateur était la résiliation du contrat intervenue postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective ; qu'elle soutenait que la poursuite du contrat avait été créatrice de valeurs pour la société Dauphin et que les créances résultant de la résiliation du contrat et celle issue des malfaçons étaient nées à l'occasion du contrat, étaient utiles à la période d'observation et nécessaires à la procédure de redressement au sens de l'article L. 622-17 I du code de

commerce et étaient donc éligibles au traitement préférentiel prévu par les articles L. 622,17 I et L. 622-21 du même code ; que, sur le caractère des créances, l'article L.622-21 du code de commerce dispose que « les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance » ; que l'article L. 622-7 du même code porte interdiction de payer les créances non visées à l'article L. 622-17 I du code de commerce : « le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L 622-17 » ; qu'il résultait en conséquence de la combinaison de ces deux articles que seul le recouvrement de créances postérieures dites utiles au sens du I de l'article L. 622-17 du code de commerce ne se heurte pas au principe de la suspension ou de l'interruption des poursuites ; que l'appréciation du caractère utile d'une créance doit se faire en considération de l'utilité potentielle de l'opération et non de l'utilité réelle mesurée, a posteriori, de l'utilité de la dette ; qu'en l'espèce, dès lors que la créance en restitution née du règlement par Diec des dettes de cette dernière des fournisseurs en vue de la continuation par la société Dauphin du chantier était la conséquence juridique de la poursuite d'activité, elle était née pour les besoins du déroulement de la période d'observation puisque créateur de valeurs pour la société Dauphin Construction ; que, dans la mesure où le jugement d'ouverture n'entraîne pas la résiliation des contrats en cours et que le cocontractant se trouve alors dans l'obligation de remplir ses engagements jusqu'à la renonciation de l'administrateur judiciaire, la créance née dans l'attente de l'option de l'administrateur judiciaire sur la poursuite du contrat en cours est nécessairement une créance née régulièrement pour les besoins de la période d'observation au sens de l'article L. 622-17 I du code de commerce ; qu'en l'espèce, le contrat de sous-traitance s'était poursuivi postérieurement à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire dans l'attente d'une décision sur sa poursuite de l'administrateur ; que cette décision n'était d'ailleurs jamais intervenue, puisque c'était la société Diec qui avait été dans l'obligation de prendre acte de la résiliation dudit contrat aux torts de la société Dauphin, puis d'écrire à l'administrateur judiciaire pour que ce dernier se décide à prendre acte de cette résiliation ; qu'il en résultait que, ayant été poursuivi dans l'attente de l'option de l'administrateur judiciaire sur sa poursuite, le contrat de sous-traitance avait été poursuivi de façon tout à fait régulière ; que la société Diec sollicitait le paiement de sommes qu'elle estimait avoir indûment payées en raison de la résiliation du contrat de sous-traitance et non, contrairement à ce que soutenait la SCP Synergie ès qualités, le paiement d'une indemnité de résiliation qui serait exclue de facto du bénéfice de l'article L. 622-17 I du code de commerce ; que, dans la mesure où le jugement d'ouverture n'entraîne pas la résiliation

des contrats en cours et que le contractant se trouve dans l'obligation de remplir ses engagements jusqu'à renonciation de l'administrateur de la société débitrice, les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de l'exécution du contrat sont des créances nées pour les besoins de la procédure d'observation au sens de l'article L. 622-17 I du code de commerce et doivent bénéficier du traitement préférentiel ; que la société Dauphin Construction était dès lors tenue à la restitution des sommes qu'elle avait ou aurait perçues au titre de prestations non encore fournies et dont le fait générateur était la résiliation du contrat de soustraitance survenue le 19 juin 2012 ; qu'en l'espèce, la société Diec indiquait avoir, dans le cadre de la poursuite du contrat de sous-traitance entre les deux entreprises et pour permettre de continuer le chantier de gros oeuvre, réglé pour le compte de la société Dauphin Construction certaines factures des fournisseurs de cette dernière postérieures au 12 avril 2012 pour une somme de 175 606,70 euros HT et les sous-traitants de la société Dauphin à hauteur de 123 997,84 euros ; que, cependant, la société Diec via les cessions de créances et délégations de paiement mises en place avait simplement réglé les sous-traitants de la société Dauphin Construction au lieu et place de cette dernière ; qu'elle ne pouvait dès lors prétendre à un quelconque remboursement de ces sommes qu'elle aurait dû, en l'absence de délégation de paiement, payer à son cocontractant ; que restaient les paiements directs effectués par la société Diec aux fournisseurs de la société Dauphin Construction ; que la date de naissance de la créance en restitution était le fait juridique du paiement ; qu'en l'espèce, la société Diec avait payé pour le compte de la société Dauphin Construction, aux fournisseurs de cette dernière, postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, les sommes suivantes :

. Avenir Construction : 20 014,60 € HT- facture du 23.05.12 payée le 07.06.12 ;

. CMS : 2 092,00 € HT- factures de mai et juin 2012 payées le 08.06.12 ;

. Lafarge Béton : 19 479,40 € HT- facture du 03.05.12 payée le 04.05.12 et facture du 30.05.12 payée le 05.06.12 ;

. Samse : 26 648,62 € HT- facture du 20.04.12 payée le 07.06.12 et facture du 23.05.12 payée le 07,06.12 ;

soit un total de 68 034,62 euros HT ; qu'aux factures retenues par le tribunal, elle sollicitait la prise en compte des factures suivantes :

- Avenir construction : facture de 19 314,39 € HT du 21 juin 2012 réglée par deux virements du 9 novembre 2012 et du 4 janvier 2013, après accord par mails avec le fournisseur ;

- CMS : facture de 644,00 € HT du 1er juillet 2012 réglée le 30 août 2012 - facture de 644,00 € HT du 1er août 2012 réglée le 28 septembre 2012 - facture de 644,00 € du 1er septembre 2012 - facture de 644 € du 1er octobre 2012 – 1 305 € HT du 23 novembre 2012 et 434 € HT du 1er décembre 2012 réglées par virement global du 24 janvier 2013 ;

- Pro Armatures : facture de 2 698,30 € HT du 15 mai 2012 réglée le 18 octobre 2012 ;

- Leuck : factures de 1 869,56 € du 20 avril 2012 et 1 322,16 € HT du 22 mai 2012 réglées selon échéancier approuvé par le fournisseur de mai à octobre 2013 ;

- Phocomex : factures de 5 934,65 € HT réglée par chèque en février 2013 selon protocole transactionnel effectué entre le fournisseur et Diec, validé par tribunal de commerce de Salon de Provence le 14 juin 2013 ;

- Travisol : factures de 2348 € HT et 13090,40 € HT du 19 avril 2012 - factures de 3 522 € HT et 100 000 € HT du 24 mai 2012 réglées selon échéancier mis en place avec un service de recouvrement saisi par le fournisseur entre le mois d'août 2013 et le mois de décembre 2013 ;

soit une somme globale supplémentaire de 64 414,46 € HT soit 77 039,69 € TTC ; que cependant, les paiements ci-dessus invoqués par la société Diec avaient tous été effectués postérieurement au jugement de liquidation judiciaire, à l'exception des règlements effectués au profit de la société CMS le 30 août 2012 à hauteur de 644,00 € HT et ne sauraient dès lors être bénéficiaire des dispositions de l'article L. 622-21 du code de commerce ; qu'ainsi, la somme due à la société Diec s'élevait à 68 034,62 euros + 644,00 € HT - 18 691,40 euros (solde en faveur de Dauphin) = 49 987,22 euros HT, outre la TVA au taux de 19,6 % (9 797,49 euros), soit la somme de 59 784,71 euros TTC ;

1°) ALORS QUE tous les paiements faits par un créancier – avec ou sans délégation - pour permettre la poursuite de l'activité pendant la période d'observation constituent des créances postérieures ; qu'en ayant distingué, pour qualifier les paiements faits par la société Diec de créances postérieures, selon que ces paiements avaient été faits aux fournisseurs, avec ou sans délégation de paiement, seuls les paiements directs aux fournisseurs sans délégation de paiement étant admis au titre des créances postérieures, la cour d'appel a violé les articles L. 622-7 et L. 622-17 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE tous les paiements faits par un créancier pour les besoins de la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice pendant la période

d'observation constituent des créances postérieures ; qu'ayant constaté que la société Dauphin Construction, débitrice, était tenue, dans le cadre de créances postérieures, à restitution des sommes qu'elle avait perçues, pendant la période d'observation, au titre de prestations non encore fournies et dont le fait générateur était la résiliation du contrat de sous-traitance survenue le 19 juin 2012, sans en déduire que les paiements faits par l'exposante aux sous-traitants de la débitrice, en vertu d'une délégation de paiement, avaient la nature de créances postérieures, la cour d'appel a violé les articles L. 622-7 et L. 622-17 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE les sommes payées par un créancier aux sous-traitants du débiteur pendant la période d'observation, afin de permettre la poursuite de l'activité, qui n'ont pas donné lieu à contre-prestation, éteignent à tout le moins la dette de ce créancier à hauteur des paiements faits ; qu'en ayant jugé que les paiements effectués, en vertu de délégations de paiement, par la société Diec aux sous-traitants de la société Dauphin Construction n'avaient pas la qualité de créances postérieures, sans à tout le moins les intégrer, en déduction de la créance de la société débitrice, dans le compte à faire entre les parties, la cour d'appel a violé l'article L. 622-7 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE la date de naissance d'une créance de restitution qualifiée de créance postérieure, car elle résulte d'un paiement opéré par un créancier pendant la période d'observation pour permettre la poursuite d'activité du débiteur, est celle de l'émission de la facture correspondante, qui concrétise une fourniture ; qu'en énonçant que les créances de restitution de la société Diec étaient nées au jour du paiement direct à des fournisseurs de la société Dauphin Construction, et non au jour de l'émission des factures correspondantes, la cour d'appel a violé les articles L. 622-7 et L. 622-17 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'antérieurement à l'ordonnance du 12 mars 2014, aucune créance postérieure au jugement de liquidation ne pouvait être retenue, sauf poursuite provisoire d'activité ; qu'ayant constaté que le jugement de liquidation avait été prononcé le 18 décembre 2012, sans prendre en considération, au titre des créances postérieures dues à la société Diec, certaines factures (Avenir Construction réglée le 9 novembre 2012 ; Pro Armature, réglée le 18 octobre 2012 ; trois factures CMS de 664 € réglées en septembre et octobre 2012) dont il résultait de ses propres constatations que leur paiement était antérieur au jugement de liquidation (arrêt, p. 7 § 2), la cour d'appel a violé les articles L. 622-7 et L. 622-17 du code de commerce.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir, ajoutant au jugement, dit que le paiement, mis à la charge d'un liquidateur judiciaire (la SELARL MJ Synergie, prise en la personne de Me Walczak), au profit d'une créancière (la société Diec), interviendrait selon l'ordre prescrit par le III de l'article L. 622-17 du code de commerce ;

AUX MOTIFS QU'en application de l'article L. 622-17 II du code de commerce, la condamnation de la SELARL MJ SYNERGIE, ès qualités de liquidateur de la société Dauphin Construction devait être réformée en ce sens, avec la précision selon laquelle le paiement interviendra selon l'ordre prescrit par le III de l'article L. 622-17 du code de commerce ;

ALORS QUE la règle du paiement à l'échéance des créances postérieures doit assurer le paiement au créancier, indépendamment de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges ; qu'en ayant dit que la créance postérieure de la société Diec interviendrait selon l'ordre prescrit par le III de l'article L. 622-17, la cour d'appel a violé ce texte, ensemble l'article L. 641-13 du code de commerce.

Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour la société MJ Synergie, ès qualités,

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société MJ Synergie, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société Dauphin Construction, à payer à la société Diec la somme de 49.987,22 €, outre la TVA au taux de 19,6% (9.797,49 €), soit 59.784,71 € TTC, et d'avoir en conséquence débouté le liquidateur judiciaire de sa demande en paiement de la somme de 287.254,79 € TTC ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'article L 622-21 du code de commerce dispose que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance ; que l'article L 622-7 du même code porte interdiction de payer les créances non visées à l'article L 622-17 I du code de commerce : « le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L 622-17 » ; qu'il résulte de la combinaison de ces deux articles que seul le recouvrement de créances postérieures dites utiles au sens du I de l'article L 622-17 du code de commerce ne se heurte pas au principe de la suspension ou de l'interruption des poursuites ; que l'appréciation du caractère utile d'une créance doit se faire en considération de l'utilité potentielle de l'opération et non de l'utilité réelle mesurée a posteriori, de l'utilité de la dette ; qu'en l'espèce, dès lors que la créance en restitution, née du règlement par la société Diec des dettes de cette dernière des fournisseurs en vue de la continuation du chantier par la société Dauphin, est la conséquence juridique de la poursuite d'activité ; qu'elle est née pour les besoins du déroulement de la période d'observation puisque créateur de valeurs pour la société Dauphin Construction ; que dans la mesure où le jugement d'ouverture n'entraîne pas la résiliation des contrats en cours et que le cocontractant se trouve alors dans l'obligation de remplir ses engagements jusqu'à la renonciation de l'administrateur judiciaire, la créance née dans l'attente de l'option de l'administrateur judiciaire sur la poursuite du contrat en cours est nécessairement une créance née régulièrement pour les besoins de la période d'observation au sens de l'article L 622-17 I du code de commerce ; qu'en l'espèce, le contrat de sous-traitance s'est poursuivi postérieurement à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire dans l'attente d'une décision sur sa poursuite de l'administrateur ;

que cette décision n'est d'ailleurs jamais intervenue, puisque c'est la société Diec qui a été dans l'obligation de prendre acte de la résiliation dudit contrat aux torts de la société Dauphin puis d'écrire à l'administrateur judiciaire pour que ce dernier se décide à prendre acte de cette résiliation ; qu'il en résulte que, ayant été poursuivi dans l'attente de l'option de l'administrateur judiciaire sur sa poursuite, le contrat de sous-traitance a été poursuivi de façon tout à fait régulière ; que la société Diec sollicite le paiement de sommes qu'elle estime avoir indûment payées en raison de la résiliation du contrat de sous-traitance et non, contrairement à ce que soutient la société MJ Synergie ès qualités, le paiement d'une indemnité de résiliation qui serait exclue de facto du bénéfice de l'article L 622-17 I du code de commerce ;

que dans la mesure où le jugement d'ouverture n'entraîne pas la résiliation des contrats en cours et que le contractant se trouve dans l'obligation de remplir ses engagements jusqu'à renonciation de l'administrateur de la société débitrice, les créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de l'exécution du contrat sont des créances nées pour les besoins de la procédure d'observation au sens de l'article L 622-17 I du code de commerce et doivent bénéficier du traitement préférentiel ; que la société Dauphin Construction est dès lors tenue à la restitution des sommes qu'elle a ou aurait perçues au titre de prestation non encore fournies et dont le fait générateur est la résiliation du contrat de sous-traitance survenue le 19 juin 2012 ; qu'en l'espèce, la société Diec indique avoir, dans le cadre de la poursuite du contrat de sous-traitance entre les deux entreprises et pour permettre de continuer le chantier de gros oeuvre, réglé pour le compte de la société Dauphin Construction certaines factures des fournisseurs de cette dernière postérieures au 12 avril 2012 pour une somme de 175 606, 70 € HT et les sous-traitants de la société Dauphin à hauteur de 123 997,84 euros ; que, la société Diec, via les cessions de créances et délégations de paiement mises en place, a simplement réglé les sous-traitants de la société Dauphin Construction au lieu et place de cette dernière ; qu'elle ne peut dès lors prétendre à un quelconque remboursement de ces sommes qu'elle aurait dû, en l'absence de délégation de paiement, payer à son co-contractant ; que restent les paiements directs effectués par la société Diec aux fournisseurs de la société Dauphin Construction ; que la date de naissance de la créance en restitution est le fait juridique du paiement ; qu'en l'espèce, la société Diec a payé pour le compte de la société Dauphin Construction, aux fournisseurs de cette dernière, postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, les sommes suivantes :

\* Avenir Construction 20 014,60 € HT- facture du 23.05.12 payée le 07.06.12,

\* CMS 2 092,00 € HT- factures de 05 et 06.2012 payée le 08.06.12,

\* Lafarge Béton 19 479,40 € HT- facture du 03.05.12 payée le 04.05.12 et facture du 30.05.12 payée le 05.06.12,

\* Samse 26 648,62 € HT- facture du 20.04.12 payée le 07.06.12 et facture du 23.05.12 payée le 07.06.12, soit un total de 68 034,62 euros HT ; qu'aux factures retenues par le tribunal, elle sollicite la prise en compte des factures suivantes :

- Avenir construction : facture de 19 314,39 € HT du 21 juin 2012 réglée par deux virements du 9 novembre 2012 et du 4 janvier 2013, après accord par mails avec le fournisseur,

- CMS : facture de 644,00 € HT du 1er juillet 2012 réglée le 30 août 2012 - facture de 644,00 € HT du 1<sup>er</sup> août 2012 réglée le 28 septembre 2012 - facture de 644,00 € du 1<sup>er</sup> septembre 2012 - facture de 644 € du 1<sup>er</sup> octobre 2012 - 1 305 € HT du 23 novembre 2012 et 434 € HT du 1<sup>er</sup> décembre 2012 réglées par virement global du 24 janvier 2013,

- Pro Armatures : facture de 2 698,30 € HT du 15 mai 2012 réglée le 18 octobre 2012,

- Leuck : factures de 1 869,56 € du 20 avril 2012 et 1 322,16€ HT du 22 mai 2012 réglées selon échéancier approuvé par le fournisseur de mai à octobre 2013 ,

- Phocomex : factures de 5 934,65 € HT réglée par chèque en février 2013 selon protocole transactionnel effectué entre le fournisseur et Diec, validé par tribunal de commerce de Salon de Provence le 14 juin 2013,

- Travisol : factures de 2348 € HT et 13090,40 € HT du 19 avril 2012 - factures de 3 522 € HT et 100 000 € HT du 24 mai 2012 réglées selon échéancier mis en place avec un service de recouvrement saisi par le fournisseur entre le mois d'août 2013 et le mois de décembre 2013, soit une somme globale supplémentaire de 64 414,46 € HT soit 77.039,69 € TTC ; que les paiements ci-dessus invoqués par la société Diec ont tous été effectués postérieurement au jugement de liquidation judiciaire à l'exception des règlements effectués au profit de la société CMS le 30 août 2012 à hauteur de 644,00 € HT et ne sauraient dès lors être bénéficiaires des dispositions de l'article L 622-21 du code de commerce ; qu'ainsi, la somme due à la société Diec s'élève à 68 034,62 euros + 644,00 € HT - 18 691,40 euros (solde en faveur de Dauphin) = 49 987,22 euros HT, outre la TVA au taux de 19,6 % (9 797,49 euros), soit la somme de 59 784,71 euros TTC ; qu'en application de l'article L 622-17 II du code de commerce, la condamnation de la Selarl MJ Synergie, ès qualités de liquidateur de la société Dauphin Construction, sera réformée en ce sens avec la précision selon laquelle le paiement interviendra selon l'ordre prescrit par le III de l'article L 622-17 du code de commerce (arrêt, p. 5 à 7) ;

ET AUX MOTIFS ÉVENTUELLEMENT ADOPTÉS QU' il échet de retenir comme utiles et opposables à la Selarl MJ Synergie, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société Dauphin Construction, les sommes versées depuis le 12 avril 2012 par la société Diec, au lieu et place de la société Dauphin Construction, à ses fournisseurs, uniquement pour les factures postérieures à la date d'ouverture du redressement judiciaire (jugement, p. 9) ;

1°) ALORS QUE seules les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur pendant cette période, sont payées à l'échéance ou, à défaut, bénéficient d'un privilège de paiement ; que la créance de restitution dont le fait générateur est postérieur au jugement d'ouverture ne naît pas des besoins de la procédure ou de la période d'observation, et ne constitue pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a condamné la société MJ Synergie, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société Dauphin Construction, à payer à la société Diec la somme de 59.784,71 € TTC, correspondant à diverses sommes versées à des fournisseurs « pour le compte de la société Dauphin [...] postérieurement à l'ouverture de la procédure collective » (arrêt, p. 6 § 10), après avoir relevé que, selon la société Diec, ces paiements étaient intervenus « pour permettre de continuer le chantier de gros oeuvre » (arrêt, p. 6 § 6) ; qu'en se prononçant ainsi, tandis que la société Diec se prévalait seulement d'une créance de restitution, née de paiements effectués pour le compte de la société Dauphin Construction, c'est-à-dire d'une créance qui n'était pas de nature à bénéficier du traitement préférentiel prévu aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce, la cour d'appel a violé ces deux textes ;

2°) ALORS QU'EN TOUTE HYPOTHÈSE seules les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur pendant cette période, sont payées à l'échéance ou, à défaut, bénéficient d'un privilège de paiement ; qu'à supposer qu'une créance de restitution née de paiements effectués puisse bénéficier du traitement privilégié prévu aux articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce, il appartenait à la cour d'appel de rechercher, comme elle y était invitée, si la créance de restitution alléguée par la société Diec entrait dans l'une des catégories prévues par ces textes, ce qui n'était pas le cas (concl., p. 27) ; qu'en ne procédant pas à cette recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce.