

Le report de la date de cessation des paiements

Par **LouisDD**, le **15/04/2020** à **13:20**

Bonjour à tous.

Je partage, pour avis ou simple satisfaction de votre plaisir à lire les divagations intellectuelles d'un étudiant, mon commentaire de [l'arrêt soumis](#) durant ce confinement à titre de galop d'essai.

La période suspecte, véritable mer des Bermudes pour les créanciers qui ont bénéficié de certains avantages ou paiements avant que le navire ne soit emporté par les flots de la procédure collective, est une notion étroitement en lien avec celle de cessation des paiements, balise mouvante dans ces eaux tumultueuses.

La primordialité de la caractérisation de la cessation des paiements dans la défense des intérêts des créanciers à la procédure, mais surtout les risques de nullité des actes accomplis durant la période suspecte, est illustrée à travers l'arrêt rendu par la Cour de Cassation en sa chambre commerciale le 16 janvier 2019. Une société bâilleuse est placée en redressement judiciaire par un jugement du 10 décembre 2008, son plan de continuation est arrêté par le tribunal le 7 juillet 2010. A la suite de son inexécution il est résolu par un jugement intervenant le 15 décembre 2010, qui ouvre par ailleurs la liquidation judiciaire de la société en fixant la date de cessation des paiements au 7 décembre 2010. Cependant un jugement du 23 mars 2011 reporte cette date au 10 septembre 2010. Or, des saisies-attributions ont été pratiquées par la société bailleresse en octobre 2010 en exécution d'une ordonnance en référé notifiée le 10 septembre à la société bâilleuse.

Le report de la date de cessation des paiements étant instrumentalisé par les organes de la procédure de liquidation judiciaire pour obtenir la nullité de ces saisies-attributions, la société bailleresse engage une action en tierce opposition contre le jugement le constatant. Une première Cour d'appel rend un arrêt favorable à la société bailleresse, cassé néanmoins dans un arrêt de la chambre commerciale de la haute juridiction le 12 janvier 2016. Le renvoi à la Cour d'appel d'Angers reprend la solution de la Cour de Cassation, ce pourquoi la société bailleresse se pourvoit en cassation, au motif qu'encourt la cassation l'arrêt qui pour établir la cessation des paiements n'a pas cherché à caractériser ni l'actif disponible ni le passif exigible de la société mise en liquidation, de surcroît qui a inversé la charge de la preuve de cet état de cessation des paiements. La partie défenderesse à l'instance, soutient au contraire la solution de la Cour d'appel d'Angers.

Le problème soumis à la juridiction suprême n'est pas tant sur l'instrumentalisation de la procédure, ce qui sera d'ailleurs évacué très vite, mais bien autour de la caractérisation de la

cessation des paiements. Ainsi l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, qui n'est autre que la définition de la cessation des paiements, est-elle une donnée quantitative donc objective ou relève-t-elle d'une appréciation subjective tirée d'un faisceau d'indices ?

La Cour de Cassation rejette le pourvoi, confirmant la solution des juges du fond, qui s'appuyaient sur une conception subjective de l'actif disponible et une preuve implicite de la cessation des paiements, écartant ainsi les arguments du demandeur concernant l'instrumentalisation de la procédure et l'inversion de la charge de la preuve de la cessation des paiements.

La problématique posée suppose de préciser dans un premier temps la définition retenue de la cessation des paiements puisque c'est sa seule caractérisation qui justifie le report de la date litigieuse (I). Une fois la notion délimitée, encore faut-il prévoir les moyens pour la révéler, mais aussi chercher qui doit supporter la charge de cette preuve (II).

I) La caractérisation de l'état de cessation des paiements comme condition du report de la date de cessation des paiements

L'un des enjeux du jugement d'ouverture d'une procédure collective est la fixation de la date de cessation des paiements, dont la détermination est essentielle à la délimitation de la période suspecte, elle-même terrain propice à l'action en nullité de la période suspecte. Ce point de départ, qui est en l'absence de précision fixée au jour du jugement d'ouverture, peut être reportée selon les dispositions visées à l'article L631-8 du Code de commerce. La manœuvre opérée par le truchement de cette mesure apparaît finalement comme la caractérisation antérieure de l'état de cessation des paiements. Cette dernière notion, pourtant définie par l'article L631-1 du Code de commerce comme « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* », pose néanmoins des questions d'ordre terminologique quant à la matérialisation du passif exigible (A) ou de l'actif disponible (B).

A) La dualité de l'exigibilité du passif

Les juges du Quai de l'Horloge ont très vite été amenés à scinder la notion de passif exigible, dans un arrêt de la chambre commerciale du 28 avril 1998. Le passif exigible, affirment-ils alors, est d'une part le passif *exigible*, ce qui semble tautologique, mais qui dans l'espèce se traduit par le caractère définitif de l'ordonnance de référé portant condamnation au paiement d'une provision pour les loyers impayés. L'exigibilité est aussi une question d'autorité de la chose jugée, comme le rappelle ici la Cour de Cassation lorsqu'elle affirme qu'aucune instance au fond n'est engagée concernant la créance. Ceci venant d'ailleurs rappeler que la dette exigible est certaine quant à son existence et dans son montant, mais cela, les juges n'en font pas détail, le problème étant lié à la caractérisation du passif exigible, ces derniers se contentent d'en qualifier l'exigibilité. Ce qui passe d'autre part par un passif exigible et *exigé* : c'est ici la notification de l'ordonnance de référé à la date du 10 septembre 2010.

La définition du passif exigible visé à l'article L631-1 du Code de commerce est donc analysée selon une jurisprudence entérinée retenant un passif *exigible* et *exigé*, ce qui

présentement ne fait aucun doute. Néanmoins la notion d'actif disponible fait l'objet d'une interprétation de prime à bord audacieuse, finalement s'inscrivant dans un processus de déduction logique.

B) La quantification abstraite de l'actif disponible

La doctrine évoque avec un certain consensus de *l'actif réalisable*. Pour simplifier, il s'agit d'un ensemble d'actifs et réserves de crédit, immédiatement ou très rapidement mobilisables. Alors que le passif exigible est clairement chiffré (1 826 212,10 €), le demandeur à l'instance reproche la violation de l'article L631-1 du Code de commerce en ce que la juridiction du second degré n'a pas cherché à déterminer le montant de l'actif disponible. Deux enseignements intéressants à extraire de la solution présentée : premièrement cet arrêt pourrait être la consécration de l'appréciation subjective de l'actif disponible ou par extension du passif exigible, c'est-à-dire que bien que non mathématiquement chiffrées, les données à mettre en balance, pour conclure ou non à l'impossibilité d'atteindre un équilibre ou une balance excédentaire caractérisant la cessation des paiements, pourraient ne pas faire l'objet d'une estimation numérale.

Deuxièmement, et il en sera fait explication *infra*, cette mise en exergue de cessation des paiements peut passer par une déduction selon un faisceau d'indices.

Pour en finir avec l'étude de l'article L631-1 du Code de commerce, notons simplement que l'arrêt bénéficie d'une publication au Bulletin, certes restreinte mais doit-on pour autant en faire une décision d'espèces, ou au contraire aller jusqu'à la qualifier de solution de principe ? Des éléments poussent en effet à modérer le propos, mais ne privent cependant pas la Cour d'une solution novatrice qui se traduit à travers l'administration de la preuve de la cessation des paiements.

II) La preuve de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible

A titre liminaire, le moyen tiré de l'instrumentalisation de la procédure doit retenir un moment l'attention : en effet, tout l'enjeu de la fixation de la date de cessation des paiements au 10 septembre 2010 repose sur l'intérêt des organes de la procédure, et par ricochet celui des créanciers à la procédure, à faire annuler les saisies-attributions pratiquées en octobre 2010 sur exécution de l'ordonnance de référé, sur le fondement d'une nullité facultative de la période suspecte, visée à l'article L632-2 du Code de commerce. Ce moyen est écarté sans plus de motifs que cela par la juridiction : il est alors loisible de comprendre que l'intérêt des créanciers est donc supérieur à une instrumentalisation de la procédure. Par analogie, le raisonnement ne surprend pas : la cessation des paiements est elle-même selon la jurisprudence exclusive de l'intention du débiteur, ce qui semble s'appliquer également dans les choix d'agir ou non en nullité de la période suspecte et *a fortiori* pour demander le report de la date de cessation des paiements.

Cela étant évacué, la solution de la Haute Juridiction bien que trompeuse de prime à bord, n'apporte aucun changement au régime de la preuve de la cessation des paiements, ce qui d'ailleurs aurait pu s'avérer utile (**B**), si ce n'est qu'elle participe à l'assouplissement de la notion en permettant au juge, bien qu'en l'absence d'éléments matériels chiffrés, de la

caractériser selon comme vu *supra*, un processus de déduction logique (A).

A) La preuve implicite de la cessation des paiements par un faisceau d'indices

Comme vu plus haut, la présente solution, si elle fixe le montant du passif exigible, ne s'inquiète pas de ne pas préciser l'actif disponible, alors même que la cessation des paiements suppose « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* » (art. L631-1 Ccomm.). Mais pourquoi faire de la caractérisation de la cessation des paiements une donnée nécessairement chiffrée lorsque les événements factuels de l'instance font clairement ressortir, et sans contestation de l'une ou l'autre des parties, que la cessation des paiements était caractérisée à la date du report, dès lors que pour le seul passif exigible déterminé, le créancier n'a pas été désintéressé malgré la pratique de saisies-attributions, aussi dès lors que le créancier lui-même évoquait que le débiteur n'était pas en mesure de régler son passif ? Cette solution se voit protectrice des créanciers à la procédure, leur permettant effectivement sur le fondement d'un faisceau d'indices tendant à concrétiser, révéler « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* », de faire procéder au report de la date de cessation des paiements plus facilement, sur la base de preuve apportée par celui qui s'oppose à ce report.

Les faits de l'espèce conduisant à déduire cette impossibilité, sans « *[contestation sérieuse]* » de la société bailleresse, à la date du 10 septembre 2010, c'est à bon droit que la Cour d'appel angevine et son aînée tranche au rejet de la requête. C'est d'ailleurs là l'aboutissement de la première cassation de l'affaire, dont il paraît judicieux de reproduire le considérant : « *Qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à exclure, en l'absence de toute précision sur l'actif disponible et le passif exigible en septembre 2010, l'existence de l'état de cessation des paiements dès cette date, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Il était donc nécessaire de tenir compte de ce reproche, ce que les juridictions postérieures suivront toutes deux, bien que dans une certaine mesure de façon audacieuse par la validation du raisonnement par l'implicite. Toutefois il ne faudrait pas trop se réjouir et clamer haut et fort que la cessation des paiements est devenue d'une simplicité déconcertante, creusant un fossé injustifié entre la préservation des intérêts des créanciers à la procédure et la stabilité (certes toute relative) des actes accomplis avant l'ouverture d'une procédure collective. Car sa caractérisation demeure soumise à la fois à des exigences de fond (I) et aux règles classiques de l'administration de la preuve.

B) Le respect de la logique classique de l'administration de la preuve

Dans sa rédaction à la date du litige, l'article L631-8 ne fixe aucun régime spécial d'administration de la preuve. Le raisonnement a contrario permet donc d'établir que la preuve de la cessation des paiements est à la charge de celui qui l'invoque : le débiteur lorsqu'il demande l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les organes de la procédure lorsqu'il s'agit de reporter la date de cessation des paiements. Une série de remarques : la preuve de la cessation des paiements, en dehors d'un régime spécial, paraît tout de même faire l'objet d'une preuve partagée, dans le sens où cet arrêt démontre la légitimité d'une preuve par déduction factuelle, les apports de chacune des parties pourraient donc se retourner contre elles. Un tout autre volet tient à la rédaction du texte qui dispose : « *Le tribunal est saisi par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public. Il se prononce après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur*. » (3^e alinéa), auquel la nouvelle rédaction ajoute depuis 2014 dès le 1^{er} alinéa : « *Le tribunal fixe la date de cessation des paiements après avoir sollicité les observations du débiteur* ».

». Ce changement, mineur est compliqué à cerner en pratique et invite à se demander si la preuve de la cessation des paiements lors d'une demande en report de la date, pour la demande d'ouverture de la procédure cela tombe depuis toujours sous le sens, ne reposerait pas effectivement uniquement sur la partie qui la demande (le débiteur à travers les organes de la procédure), de fait nous pousse à réfléchir sur la portée de l'arrêt et sur le maintien de la solution de nos jours.