

L'admission de la qualité pour agir en extension de procédure à l'administrateur judiciaire : une décision contestable

Résumé : L'administrateur judiciaire a qualité pour demander l'extension de procédure à une ou plusieurs autres personnes sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité. Par un arrêt du 15 décembre 2009, la Cour de cassation confirme la décision rendue en appel en rappelant que l'administrateur judiciaire, bien qu'ayant pour principale mission d'assister le débiteur soumis à une procédure collective, peut lorsque les conditions sont remplies, exercer une action en extension de procédure.

Cette consécration jurisprudentielle, bien que contestable, met fin au débat relatif au monopole du mandataire sur l'action en extension de procédure.

Cass. com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-20934

LA COUR :

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 18 septembre 2008), qu'après la mise en redressement judiciaire, le 2 mai 2007, de la société M.F. J., le tribunal a, sur assignation de l'administrateur judiciaire, étendu la procédure à la société E. ; que la cour d'appel, après avoir annulé le jugement, a accueilli la demande ;
Attendu que les sociétés MFJ et E. font grief à l'arrêt d'avoir dit que l'action a été valablement introduite par l'administrateur judiciaire de la société MFJ, alors, selon le moyen, que l'administrateur judiciaire n'a pas pour mission de défendre l'intérêt collectif des créanciers ; qu'en lui reconnaissant le droit d'agir en extension de procédure à l'encontre de la société E. tandis qu'il avait pour mission d'assister la société MFJ placée en redressement judiciaire et non de représenter ses créanciers, la cour d'appel a violé les articles L. 621-2, L. 631-7 et L. 622-1 du code de commerce ;
Mais attendu que l'administrateur judiciaire a qualité pour exercer l'action, prévue à l'article L. 621-2, alinéa 2, du code de commerce issu de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, dans sa rédaction alors applicable, aux fins d'extension de la procédure collective d'une personne à une autre sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le second moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés MFJ et E. aux dépens ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par Mme le conseiller doyen faisant fonctions de président en son audience

publique du quinze décembre deux mille neuf.

NOTE d'Aziber Seïd ALGADI

Docteur en droit de l'Université de Toulouse 1

L'action en extension de la procédure collective n'est pas l'apanage exclusif du mandataire judiciaire. La Haute juridiction vient de faire une interprétation de l'article L. 621-2 du code de commerce qui énonce les personnes habilitées à initier une telle action¹.

Dans cette affaire, à la suite de la mise en redressement judiciaire de la société MFJ, l'administrateur judiciaire a obtenu l'extension de la procédure à la société E., filiale de la société MFJ, sur le fondement de la confusion des patrimoines entre la société mère et sa filiale. Ces dernières contestent l'effectivité de cette situation patrimoniale et relèvent l'incompétence de l'administrateur judiciaire qui, selon elles, n'a pas pour mission de représenter les intérêts des créanciers.

N'ayant pas obtenu gain de cause devant les juges du fond, elles se pourvoient en cassation et demandent que la Cour de cassation se prononce sur la qualité à agir de l'administrateur judiciaire dans l'action en extension de procédure.

Notons que l'extension de la procédure collective consiste à soumettre à une procédure collective unique, plusieurs personnes morales². Elle suppose, au préalable, une confusion des patrimoines à travers soit la confusion des comptes, soit l'existence de relations financières anormales.

La Cour de cassation devait dire si l'administrateur judiciaire pouvait être à l'origine d'une telle procédure car sa mission première n'est pas de représenter les intérêts des créanciers mais plutôt d'assister le débiteur en difficulté. L'initiation d'une telle procédure n'est-elle pas en contradiction avec son rôle principal au sein de la procédure ?

C'est avec fermeté la Haute juridiction reconnaît à l'administrateur cette aptitude à exercer une telle action en se basant sur la loi du 26 juillet 2005.

Si la solution est indéniable depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, elle n'était pas évidente avant cette consécration législative. La Cour semble s'être portée sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui, en l'espèce, n'est pourtant pas applicable : l'ouverture de la procédure étant intervenue en mai 2007³.

Rétrospectivement, on se rend compte que la Cour n'a, d'ailleurs, jamais exclu l'administrateur judiciaire comme elle l'avait fait s'agissant des créanciers⁴. Par cette nouvelle décision, elle confirme l'absence de tout monopole au mandataire judiciaire.

¹ Article complété par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui allonge la liste des personnes titulaires de l'action en extension de procédure. La réforme complète l'article 621-2 en ajoutant qu' « à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, la procédure est ouverte ».

² V. D. ROBINE, L'extension de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire : *Mélanges AEDBF*, IV, banque éditeur, 2004, p.325, n° 11 et s. F.REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, Litec, 2006

³ L'article 173 de l'ordonnance prévoit, après avoir fixé l'entrée en vigueur de l'ordonnance au 15 février 2009, que celle-ci n'est pas applicable aux procédures en cours au jour de son entrée en vigueur. Cf. A. LIENHARD, *Procédures collectives*, 3^e éd. DELMAS 2009, n° 109.

⁴ Com. 15 mai 2001 : *Bull. civ. IV*, n° 91

Désormais, il ne fait l'objet d'aucun doute que l'administrateur judiciaire est habilité à solliciter l'extension de procédure (I) dès lors que les conditions sont remplies (II).

I- La reconnaissance de la qualité pour agir à l'administrateur judiciaire

Inspirée par la doctrine qui trouvait en la motivation de la décision des juges, un raisonnement dénué de pertinence⁵, la jurisprudence a finalement mis fin à une ambiguïté antérieure (A) en admettant un élargissement des titulaires de l'action en extension de procédure (B).

A- L'ambiguïté antérieure de la jurisprudence

C'est par un cantonnement que les juges avaient, jusque là, refuser la possibilité à certains acteurs de la procédure collective de solliciter une extension de celle-ci à d'autres personnes physiques ou morales. Se référant à l'article L622-20 du code de commerce, la Haute Cour s'est souvent prononcée contre un possible élargissement de la liste des personnes pouvant initier une telle action. A ce titre, elle a refusé, par un motif de pur droit extrêmement lapidaire⁶, aux créanciers la possibilité de demander l'extension de l'action: l'action en extension n'est pas ouverte aux créanciers⁷.

Si cette première décision de 1999 motivée par le caractère collectif de l'intérêt en jeu, laisse paraître une position de la Cour qui ne veut pas laisser l'initiative de l'extension à une seule personne alors que les conséquences qui en découlent peuvent s'avérer dévastatrices pour certains autres créanciers⁸, la décision de 2001 a suscité une réserve⁹ car son caractère extrêmement bref laisse penser à une possible extension en faveur d'autres acteurs de la procédure et notamment l'administrateur judiciaire.

Il est clair que la jurisprudence a spécifié sa réponse sur les créanciers afin d'éviter qu'une action motivée par un intérêt personnel puisse avoir un impact considérable sur les autres créanciers. Aussi, s'est-elle inscrite dans la même logique en refusant au dirigeant d'une société mise en redressement judiciaire, auquel la procédure a été étendue, la qualité, même à titre de garantie, pour demander l'extension de la procédure à un tiers¹⁰. Par ailleurs, a-t-elle jugé que la procédure ouverte contre le mari ne peut être étendue à son épouse, conjoint collaborateur, sur sa demande car elle n'a pas la qualité de commerçant et ne peut être admise au bénéfice de la liquidation judiciaire¹¹.

⁵ F.PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd. 2009, n°158. Les auteurs relèvent que l'argument brandi par la Cour pour décider que l'extension de procédure relève du monopole des mandataires et selon lequel l'action est exercée dans l'intérêt collectif des créanciers, n'est pas justifié car sinon la « loi aurait dû interdire aux créanciers d'assigner leur débiteur en ouverture d'une procédure collective ». Cf. note 115

⁶ A. HONORAT, L'action en extension de la procédure est fermée aux créanciers : *D.*2001. Somm. 3425

⁷ Com. 16 mars 1999 : *D.* 1999, Somm. P. 349, obs. A. HONORAT ; *JCP E* 1999, I, p. 1529, n°2, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL; *Dr. et Patr.*, n° 73, juill-août 1999, p. 93, obs. M-H. MONSERIE-BON.

⁸ Dans l'affaire de 1999, le créancier demandeur de l'extension de procédure n'était par ailleurs pas créancier de la société contre laquelle il sollicitait l'extension de la procédure

⁹ A. HONORAT, op.cit.

¹⁰ Cass.com. 28 mai 2002 : *RJDA* 1/03, n°42, p.35

¹¹ Cass.com. 11 févr. 2004, Gil.

En revanche, la Cour ne se prononce pas sur la qualité de l'administrateur judiciaire à agir en extension de procédure et laisse entrevoir une admission implicite de celui-ci. On en déduit qu'au final la Cour de cassation n'a pas véritablement exclu l'hypothèse d'une initiative émanant de l'administrateur judiciaire car dans les différentes décisions qu'elle a prises, des cas particuliers ont été visés même si la motivation n'est pas toujours convaincante. L'administrateur judiciaire n'a donc pas été expressément écarté par la Cour qui semble dès lors ne pas opérer un revirement jurisprudentiel par cette décision dont la justification fait défaut.

B- L'extension injustifiée de la qualité à agir à l'administrateur judiciaire

Alors que la qualité du mandataire judiciaire à agir n'a pas encore fait l'objet d'une décision expresse de la part du juge comme il en a été le cas au sujet des créanciers¹², la présente décision vient marquer de façon décisive l'orientation de la Cour en faveur d'une reconnaissance de la qualité pour agir à l'administrateur judiciaire.

Emboitant le pas à une législation qui reconnaît désormais à l'administrateur la qualité pour initier l'action¹³, les juges ont relevé en application de l'article L. 621-2 que l'administrateur judiciaire est habilité à exercer l'action en extension de procédure. Il s'agit à n'en point douter d'une prise en compte de l'évolution législative, elle-même initiée par l'ouverture jurisprudentielle¹⁴.

Dans la présente affaire, les juges n'ont guère retenu le moyen de la partie demanderesse qui invoquait le défaut de compatibilité entre la mission première de l'administrateur judiciaire et la demande en extension de procédure et en vertu duquel l'administrateur n'a pas pour mission de défendre l'intérêt collectif des créanciers à l'instar du mandataire judiciaire. Rappelons que l'administrateur judiciaire exerce essentiellement deux séries d'attributions résultant de l'article L. 811-1 du code de commerce¹⁵: d'une part, il participe à la gestion de l'entreprise au cours de la période d'observation¹⁶ et d'autre part, il met en œuvre le plan de redressement ou le plan de cession¹⁷. Lui octroyer la possibilité de solliciter une extension de procédure ne semble pas, a priori, correspondre à ses attributions. Ce n'est assurément pas l'avis de la Cour qui lui reconnaît la qualité à agir dans ce cadre en se fondant sur l'argument légal. Toutefois, la question qu'on se pose est bien celle de savoir comment justifier un intérêt à agir pour l'administrateur judiciaire alors que, pour le créancier, cet intérêt est exclu en l'absence d'exclusivité. Sans la consécration légale, l'intérêt à agir pour l'administrateur judiciaire ne saurait relever d'une évidence¹⁸. En l'espèce, la procédure de redressement judiciaire a été ouverte le 2 mai 2007 ; ce qui veut

¹² Cf. supra A

¹³ Cf. c.com. , art. L. 621-2, al 2 tel que complété par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

¹⁴ Cass. Com., 30 mars 1999 : *Bull. civ.* IV, n° 76, selon lequel l'administrateur devrait agir par voie d'assignation. Cette précision procédurale laisse supposer une admission implicite de la faculté d'agir en extension de procédure reconnue à l'administrateur

¹⁵ Cet article souligne que les administrateurs sont « *chargés par décision de justice d'administrer les biens d'autrui ou d'exercer les fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens* »

¹⁶ Sa mission peut aller de la simple surveillance à la substitution totale à la personne du débiteur

¹⁷ Il est à ce titre chargé d'établir des propositions de règlement du passif, de négocier avec les comités de créanciers et de recevoir les offres de reprises. Il a un rôle plus effacé dans la procédure de sauvegarde car le débiteur reste l'acteur principal de la procédure : Cf. P. PETEL, *Procédures collectives*, 6^e éd. Dalloz, 2009, n° 141

¹⁸ La solution n'allait pas de soi. Cf. *La lettre Omnidroit*, 13/01/2010, n° 81, p.7

dire qu'en principe la décision ne devrait pas tenir compte de la réforme introduite par l'ordonnance de 2008. La Cour a, d'ailleurs, à juste titre, visé la réforme de 2005 et non celle de 2008 en donnant une réponse pourtant inspirée de l'ordonnance de 2008. Il y a lieu de penser que la Cour s'est bel et bien projetée sur l'ordonnance de 2008. Elle a fait une interprétation quelque peu futuriste de la législation alors applicable.

L'admission de l'action en extension permet ainsi de soumettre à la même procédure l'entreprise visée à la condition que les critères soient effectivement remplis.

II- La validation concomitante de l'action en extension de la procédure collective

L'action en extension de la procédure collective suppose que les conditions de sa mise en œuvre soient remplies car la gravité d'une telle initiative implique un encadrement légal rigoureux (A). La Cour de cassation, à travers cette décision, rejette clairement l'idée du monopole autrefois attribué au mandataire judiciaire (B).

A- L'appréciation des critères de la mise en œuvre

L'extension de la procédure collective est suffisamment préjudiciable à l'entreprise qui la subit pour qu'une certaine rigueur lui soit imposée.

La mise en œuvre de la procédure d'extension de procédure doit être justifiée par la fictivité d'une personne morale ou la confusion du patrimoine du débiteur avec celui d'une autre personne. Une société fictive est celle qui crée une fausse apparence pour dissimuler l'activité réelle d'une autre personne physique ou morale¹⁹. La confusion des patrimoines, quant à elle, résulte de la combinaison de deux critères dégagés par la jurisprudence : il s'agit de l'impossibilité de dissocier les patrimoines ou de l'existence de relations financières anormales²⁰. Le juge devrait rechercher l'existence de l'un des deux critères en sachant que la demande fondée sur la fictivité est exclusive de celle fondée sur la confusion des patrimoines car il ne peut avoir de confusion de patrimoines que lorsque ceux-ci sont réels et inversement la fictivité suppose l'existence de patrimoines fictifs²¹.

Dans cet arrêt du 15 décembre 2009, la partie demanderesse reproche à la cour d'appel d'avoir retenue la confusion des patrimoines en raison du fait que la société E. se serait appropriée le fonds de commerce de la société MFJ alors que cette appropriation avait eu lieu en contrepartie de commissions identifiées en comptabilité. Une considération que

¹⁹ D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Défrénois - Lextenso éditions 2009, n° 223. Cf ; aussi : A.-M. ROMANI, *La société fictive dans les procédures collectives*, thèse Nice, 1981

²⁰ Ainsi en est-il de l'existence de relations financières anormales entre une SARL et une société civile immobilière constituée par les mêmes associés, afin de mettre la partie immobilière de son patrimoine à l'abri de l'action des créanciers : cf. Cass. com. 14 mars 2000 : *LPA* 8 août 2000, n° 157, p. 27, note C.-H. GALLET ; ou encore du cas d'une association qui a apporté à une association ayant partiellement un objet identique, une créance en compte courant sans aucune contrepartie financière : Cass. com., 5 juillet 2005 : *D.* 2005, act.jur. p. 2219, obs. A. LIENHARD

²¹ F. REILLE, Quelques aspects de l'extension de procédure collective pour fictivité ou confusion des patrimoines après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde : *Bull. Joly Sociétés*, 01 janvier 2009, n° 1, p. 48. L'auteur constate que les juges ne relèvent pas clairement et fermement l'incohérence et donc l'irrecevabilité du cumul des fondements.

n'a pas adopté la cour d'appel qui a plutôt constaté qu'aucune distinction de documents commerciaux, ni de siège social n'a été établie entre les deux sociétés.

La Cour de cassation ne se prononce pas, à juste titre, sur les éléments caractérisant la confusion de patrimoines ou l'existence de relations anormales et donne dès lors raison à la cour d'appel d'avoir retenu l'extension de procédure. Il faut approuver la décision, sur ce point, car les faits rapportés ne laissent point dubitatif quant à la réunion des critères d'extension de procédure. La confusion des patrimoines et l'existence de relations anormales semblent réunies dans ce cas et justifient pleinement une extension de procédure. Cette décision confère à la modification apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 une valeur interprétative²².

B- La prise en compte contestable d'une évolution légale

La Cour de cassation fait une interprétation de la loi de sauvegarde dont le silence alimentait le débat doctrinal sur la possibilité pour l'administrateur judiciaire de faire une demande en extension de procédure. Ladite loi avait entretenu un doute quant à la qualité de l'administrateur judiciaire en ne précisant pas expressément s'il pouvait être à l'origine d'une telle action. Un doute soutenu par une doctrine vacillante²³ et une jurisprudence, jusque là, obscure.

Fallait-il admettre la qualité à agir en extension de procédure à l'administrateur judiciaire alors que celui-ci n'avait, a priori, aucun intérêt à initier une telle action?

La question est désormais tranchée tant par la loi que par la jurisprudence. Cependant, la décision rendue ne lève pas le voile sur la motivation des juges. Celle-ci était attendue car malgré la consécration législative faite par l'ordonnance du 18 décembre 2008, la justification de cet élargissement des titulaires de l'action en extension de procédure demeure peu convaincante. En effet, dans la logique du droit antérieur ou le syndic avait la double mission de représenter les créanciers et d'assister ou de représenter le débiteur, une telle reconnaissance serait pleinement justifiée. A l'inverse, « *la séparation des pouvoirs* » apportée par la réforme de la loi française de 1985 qui institua l'administrateur judiciaire aux côtés du mandataire judiciaire avec des missions bien distinctes semble bien contraire à cette logique législative²⁴. Aussi, sur un plan purement pratique, il est difficilement concevable que le débiteur en difficulté veuille étendre la procédure à une autre société *in bonis* lorsqu'il entretenait avec elle de bonnes relations. C'est d'ailleurs le cas dans cet arrêt où la société MFJ mise en redressement ne souhaite guère que la procédure soit étendue à sa filiale, la société E. Il serait logique de laisser, dans de telles hypothèses, les autres acteurs de la procédure, dont l'intérêt est plus manifeste, initier une telle procédure. En l'espèce, l'intérêt de la société MFJ de solliciter une extension de procédure contre sa filiale n'est, à l'évidence, aucunement justifié.

²² A. LIENHARD, Extension de la procédure : qualité à agir de l'administrateur judiciaire : *D.* 2010. AJ. 86

²³ Cf. Débats évoqués plus haut sur la position doctrinale en faveur ou contre une reconnaissance de la qualité à agir l'administrateur

²⁴ V. par exemple le cas du droit de l'OHADA qui, reprenant l'ancienne législation française, consacre le syndic comme seul représentant des créanciers et du débiteur : Cf. A. S. ALGADI, Le pouvoir de contrôle des créanciers sur les contrats postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective : effectivité ou facticité ?, *Penant*, 2009, p. 215-225.

De toute façon, la reconnaissance de la qualité pour agir en extension de procédure à l'administrateur judiciaire est désormais indiscutable. Il reste, tout de même, à souhaiter que le législateur révise sa copie, sur ce point, en n' admettant une telle qualité pour l'administrateur judiciaire qu'à titre exceptionnel.