

Conditions de recevabilité de constitution de partie civile d'un créancier en matière de banqueroute

Issu de Bulletin Joly Sociétés - n°11 - page 39

Date de parution : 01/11/2020

Id : BJS121h4

Réf : BJS nov. 2020, n° 121h4, p. 39

Auteurs :

- Bastien Brignon, maître de conférences HDR à Aix-Marseille université, membre du centre de droit économique (UR 4224) et de l'institut de droit des affaires (IDA), directeur du master professionnel Ingénierie des sociétés, Julien Gasbaoui, avocat au barreau de Paris, maître de conférences associé à Aix-Marseille université, membre du centre de droit économique (UR 4224) et de l'institut de droit des affaires (IDA)

Les créanciers et actionnaires peuvent se constituer partie civile par voie d'intervention dans le cadre d'une information judiciaire ouverte du chef de banqueroute, à condition d'invoquer un préjudice distinct du montant de leur créance déclarée dans la procédure collective ouverte contre leur débiteur et résultant directement de l'infraction ([C. com., art. L. 654-2](#) et [C. com., art. L. 654-17](#); [CPP, art. 2](#)).

Cass. crim., 8 juill. 2020, n° [18-83536](#), ECLI:FR:CCASS:2020:CR01344, FS-D

Extrait :**Faits et procédure**

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure ce qui suit.
2. Par jugement du 6 janvier 2011, le tribunal de commerce de Paris a ouvert la liquidation judiciaire de la société Alliance Designers, dont le dirigeant de droit est M. N., et fixé la date de la cessation des paiements au 6 juillet 2009.
3. M. X a déclaré ses créances au passif de la liquidation judiciaire et, par ordonnance du juge-commissaire du 14 juin 2011, a été désigné contrôleur aux opérations de liquidation de la société Alliance Designers, de même que M. F. et un autre créancier.
4. Le 3 janvier 2014, M. X, et M. O. F., agissant en cette qualité, ont déposé plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction des chefs de banqueroute et recel de ce délit contre M. I. N., la société Cadanor, la société Alliance 1995, et la SCI Helder Côte d'Azur.
5. Le ministère public a requis, le 2 juin 2014, l'ouverture d'une information judiciaire des chefs de banqueroute et recel commis courant 2008 à Paris.
6. Le 12 février 2016, M. F. s'est désisté de sa constitution de partie civile, sa créance ayant été rachetée par M. N., et par ordonnance du 25 avril 2017, le juge d'instruction a dit irrecevable depuis la date du désistement la plainte avec constitution de partie civile de M. X et déclaré recevables les plaintes avec constitution de partie civile des sociétés Holding Portugal Luxembourg, Financière Médicis et Sozan Holding déposées par voie d'intervention le 6 novembre 2015, soit postérieurement au réquisitoire introductif.
7. MM. N. et X. ont interjeté appel de cette ordonnance.

Examen des moyens**Sur le premier moyen****Énoncé du moyen**

8. Le moyen est pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'Homme, L. 654-2 et L. 654-17 du Code de commerce, 1382 du Code civil devenu 1240 de ce même code, 2, 3, 85, 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale.
9. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a déclaré recevables les constitutions de parties civiles de M. X agissant en qualité de contrôleur des créanciers et des sociétés Holding Portugal Luxembourg, Financière Medecis et Sozan Holding, (...)

Réponse de la Cour

10. Pour infirmer l'ordonnance du juge d'instruction en ce qu'il a déclaré irrecevable la plainte avec constitution de partie civile déposée par M. X en qualité de contrôleur aux opérations de liquidation judiciaire de la société Alliance Designers, l'arrêt énonce notamment que le désistement de sa constitution de partie civile par l'un des deux contrôleurs à la liquidation judiciaire exprimé postérieurement au réquisitoire introductif est sans incidence sur la recevabilité de la plainte devant être examinée à la date à laquelle elle a été régulièrement déposée par la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers conformément à l'[article L. 654-17 du Code de commerce](#).

11. En l'état de ces seules énonciations, la chambre de l'instruction a justifié sa décision sans méconnaître aucun des textes visés au moyen.

12. Dès lors, le moyen doit être écarté.

Sur le second moyen**Énoncé du moyen**

13. Le moyen est pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'Homme, L. 654-2 et L. 654-17 du Code de commerce, 1382 du Code civil devenu 1240 de ce même code, 2, 3, 85, 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale.
14. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a déclaré recevables les constitutions de parties civiles de M. X agissant en qualité de contrôleur des créanciers et des sociétés Holding Portugal Luxembourg, Financière Medecis et Sozan Holding, (...)

Réponse de la Cour

Vu les articles L. 654-2 et L. 654-17 du Code de commerce et 2 du Code de procédure pénale.

15. Il résulte de ces textes que si l'[article L. 654-17 du Code de commerce](#), n'interdit pas aux créanciers et actionnaires de se constituer partie civile par voie d'intervention dans le cadre d'une information judiciaire ouverte du chef de banqueroute, c'est à la condition qu'ils invoquent un préjudice distinct du montant de leur créance déclarée dans la procédure collective ouverte contre leur débiteur et résultant directement de l'infraction.

16. Pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction en ce qu'elle a déclaré recevables les constitutions de parties civiles formées par voie d'intervention des sociétés intimées, l'arrêt énonce, parmi des faits de banqueroute susceptibles d'avoir porté préjudice aux sociétés actionnaires minoritaires de la société Alliance Designers et aux autres créanciers, des événements datés de 2008 par détournement supposé d'actifs au moyen de transfert des parts détenues par cette dernière au capital de la société Smalto qui ont fait l'objet d'une mise en examen de M. N., parts transférées à trois sociétés contrôlées par celui-ci.

17. L'arrêt énonce aussi des faits de banqueroute, tels que visés par le réquisitoire introductif du 2 juin 2014, datés de 2006 et 2007, tenant à l'absence ou à l'irrégularité de comptabilité de la société Alliance, comptabilité fictive, absente, incomplète ou irrégulière.

18. L'arrêt précise encore que de tels faits pénalement qualifiables de banqueroute ont pu induire pour les sociétés intimées un préjudice ayant consisté à les priver d'informations financières fiables outre de tout regard et de tout contrôle sur la gestion de M. N. notamment en l'absence de convocation et participation à une assemblée générale d'approbation des comptes sociaux et à les laisser dans l'ignorance de la valeur de leurs titres.

19. En l'état de ces motifs qui ne précisent pas le préjudice susceptible d'avoir été occasionné aux sociétés actionnaires minoritaires et distinct du préjudice subi par la société Alliance Designers, la chambre de l'instruction n'a ainsi pas justifié sa décision.

20. D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef.

Portée et conséquence de la cassation

21. Les dispositions de l'[article 618-1 du Code de procédure pénale](#) sont applicables en cas de rejet du pourvoi, qu'il soit total ou partiel. Le moyen de cassation du demandeur relatif à la constitution de partie civile de M. X en sa qualité de contrôleur aux opérations de liquidation judiciaire de la société Alliance Designers agissant dans l'intérêt collectif des créanciers ayant été rejeté, il y a lieu de faire droit à la demande de ce dernier défendeur au pourvoi.

Par ces motifs : casse et annule, l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, en date du 24 mai 2018, mais en ses seules dispositions ayant rejeté la demande tendant à voir constater l'irrecevabilité des plaintes avec constitutions de parties civiles des sociétés Financière Médicis, Portugal Luxembourg et Sozan Holding, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ; (...)

Cass. crim., 8 juill. 2020, n° 18-83536, ECLI:FR:CCASS:2020:CR01344, FS-D

1. Fuir le rang de la collectivité des créanciers est bien souvent le seul moyen d'obtenir une indemnisation à la suite de la liquidation d'une société débitrice. Cette stratégie « individualiste » n'est toutefois possible qu'à la condition pour les intéressés de démontrer un préjudice distinct de celui collectif de tous les créanciers. Or, si ce critère du préjudice distinct est une clé de répartition pertinente, il n'est pas toujours efficace et suscite encore des débats intéressants. L'arrêt rendu le 8 juillet 2020 par la chambre criminelle de la Cour de cassation, non publié au *Bulletin* mais de cassation, qui reprend une solution acquise depuis longtemps, en témoigne de fort belle manière¹.

2. En l'espèce, une société Alliance Designers est mise en liquidation judiciaire par jugement en date du 6 janvier 2011, la date de cessation des paiements étant fixée au 6 juillet 2009, établissant ainsi une assez longue période suspecte. Alors qu'un ensemble de créances est régulièrement déclaré, les contrôleurs aux opérations de liquidation déposent plainte avec constitution de partie civile des chefs de banqueroute et recel de ce délit, en visant notamment le dirigeant de droit. Puis, l'un des deux contrôleurs, voyant sa créance rachetée, se désiste. Cependant, postérieurement à ce désistement, des actionnaires minoritaires de la société en liquidation, non-contrôleurs, décident par voie d'intervention de déposer également plainte avec constitution de partie civile.

3. La première question posée à la Cour de cassation ne concernait pas les plaintes des minoritaires, mais seulement celles des contrôleurs. On sait en effet que, seules peuvent se constituer partie civile, les personnes visées à l'[article L. 654-17 du Code de commerce](#) parmi lesquelles figure « la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers », de sorte qu'un seul contrôleur est irrecevable à se constituer partie civile dans l'intérêt collectif des créanciers. Par conséquent, si une plainte est déposée par deux personnes en leur qualité de contrôleurs, le désistement par l'une des deux rend la constitution de partie civile, effectuée dans l'intérêt collectif des créanciers, irrecevable. Tel était l'argument du pourvoi, essentiellement fondé sur la supériorité de l'intérêt collectif des créanciers sur l'intérêt personnel de chacun des créanciers. Argument rejeté néanmoins, tant par la chambre de l'instruction que par la Cour de cassation elle-même dans la mesure où le désistement de l'un des deux contrôleurs est intervenu postérieurement au réquisitoire introductif. Dès lors, un tel désistement est sans incidence sur la recevabilité de la plainte devant être examinée à la date à laquelle elle a été régulièrement déposée par la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers et ce, conformément à l'[article L. 654-17 du Code de commerce](#). La solution, logique, n'appelle pas plus de commentaires, si ce n'est qu'elle met en exergue la préservation de l'intérêt collectif des créanciers.

4. C'est surtout sous l'angle du préjudice distinct des actionnaires minoritaires que l'arrêt commenté doit retenir l'attention. En effet, après ouverture d'une information judiciaire, la chambre de l'instruction a dû s'interroger sur la question de savoir si de tels associés pouvaient, ou non, agir en leur nom personnel en revendiquant un préjudice distinct des autres créanciers. Or, alors que ladite chambre se prononce par l'affirmative, elle se trouve censurée par la Cour de cassation qui juge que : « En l'état de ces motifs qui ne précisent pas le préjudice susceptible d'avoir été occasionné aux sociétés actionnaires minoritaires et distinct du préjudice subi par la société Alliance Designers, la chambre de l'instruction n'a ainsi pas justifié sa décision ». Plus précisément, la Cour de cassation considère, aux vises des articles L. 654-2 et L. 654-17 du Code de commerce et 2 du Code de procédure pénale, qu'« il résulte de ces textes que si l'[article L. 654-17 du Code de commerce](#) n'interdit pas aux créanciers et actionnaires de se constituer partie civile par voie d'intervention dans le cadre d'une information judiciaire ouverte du chef de banqueroute, c'est à la condition qu'ils invoquent un préjudice distinct du montant de leur créance déclarée dans la procédure collective ouverte contre leur débiteur et résultant directement de l'infraction ». En l'occurrence, ce préjudice distinct n'était pas démontré. Ce faisant, la Cour de cassation rend une solution parfaitement conforme à la jurisprudence constante en la matière (I), observation faite toutefois que l'analyse de la chambre de l'instruction pouvait se justifier sur le fond au regard de l'état de la jurisprudence même si le raisonnement aurait mérité une clarification, spécialement sur les qualifications pénales visées (II).

I – Le préjudice distinct : un principe clair

5. En matière de banqueroute, conformément à l'[article L. 654-17 du Code de commerce](#) seuls les organes de la procédure expressément habilités peuvent exercer l'action civile, à savoir l'administrateur, le mandataire judiciaire, le représentant des salariés, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers². Un créancier, seul, ne peut agir, sauf s'il est nommé contrôleur, l'intérêt personnel cédant le pas à l'intérêt collectif des créanciers. Mais encore faut-il, lorsqu'il y a plusieurs créanciers contrôleurs, que tous agissent³.

6. Au-delà, il importe surtout que les créanciers se constituent partie civile, qu'ils soient contrôleurs ou pas, puissent démontrer un préjudice distinct. Tel est en effet le critère posé par la jurisprudence : un créancier ne peut obtenir satisfaction que s'il établit un préjudice particulier distinct du montant de sa créance et résultant directement de l'infraction commise⁴. Pour que cette exception puisse être retenue, il est donc indispensable que le créancier invoque un préjudice distinct de sa créance commerciale et pouvant se rattacher à l'un des faits de banqueroute. Tel n'étant pas le cas en l'espèce, la partie civile ne pouvait qu'être déclarée irrecevable. Pourtant, la position de la chambre de l'instruction pouvait se défendre et ce, sur le fondement

II – Le préjudice distinct : une justification discutable

7. Pour justifier de la recevabilité de constitution de partie civile par voie d'intervention des actionnaires minoritaires, la chambre de l'instruction a retenu une distinction simple et ancienne établie par la Cour de cassation qui peut se résumer dans la distinction entre le préjudice découlant d'une faute de gestion, qui affecte le patrimoine de la société, et celle d'information, portant atteinte à celles ou ceux qui ont pu prendre une décision au vu d'une comptabilité erronée. Ainsi, un abus de bien sociaux, de jurisprudence constante, n'entraîne un préjudice que pour la société, à l'exclusion des associés et des tiers⁵. Inversement, le délit de présentation de comptes non fidèles entraîne un préjudice subi par le lecteur de l'information, qui a pu agir sur son fondement, et dont la société elle-même ne fait évidemment pas partie⁶. Cette analyse est parfaitement logique : la société ne saurait être victime de ses propres comptes⁷, mais c'est en revanche bien elle qui subit le détournement d'actif que peut constituer un abus de biens sociaux.

8. Dans cette veine, un actionnaire ne saurait faire valoir qu'il subit un préjudice en conséquence d'un abus de biens sociaux, puisque c'est seulement de façon indirecte que sa part sociale est affectée. Du reste, en reconstituant l'actif de la société, est mécaniquement reconstituée la valeur des parts de l'associé. La chambre commerciale l'avait considéré en ces termes : « L'actionnaire qui se plaint d'avoir cédé ses titres à perte en raison d'une baisse de valeur consécutive à une mauvaise gestion de la société ne fait pas valoir un préjudice spécial mais un préjudice subi par la société elle-même dont le sien n'est que le corollaire »⁸.

9. Au demeurant, d'aucuns ont pu émettre quelques réserves en relevant qu'il ne s'agissait ni plus ni moins que d'un préjudice par ricochet et que celui-ci est réparable ; mais l'argument trouve ses limites dans la vie des affaires. C'est dire que la chambre de l'instruction aurait pu être suivie, mais encore fallait-il préciser les qualifications pénales en cause.

10. Pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction en ce qu'elle a déclaré recevables les constitutions de parties civiles formées par voie d'intervention des sociétés intimées, l'arrêt d'appel énonçait, parmi des faits de banqueroute susceptibles d'avoir porté préjudice aux sociétés actionnaires minoritaires de la société Alliance Designers et aux autres créanciers, des événements datés de 2008 par détournement supposé d'actifs au moyen de transferts des parts détenues par cette dernière au capital d'une autre société qui ont fait l'objet d'une mise en examen du dirigeant, parts transférées à trois sociétés contrôlées par celui-ci. L'argument manquait clairement de cohérence.

11. En revanche, l'idée selon laquelle « les faits pénalement qualifiables de banqueroute ont pu induire pour les sociétés intimées un préjudice ayant consisté à les priver d'informations financières fiables outre de tout regard et de tout contrôle de la gestion du dirigeant » visait précisément la jurisprudence précitée, celle qui reconnaît le préjudice distinct de la société, et celui distinct des autres créanciers. Il ne manquait pas grand-chose donc mais il est vrai que la seule référence à la banqueroute n'était pas pertinente. Sans doute aurait-il fallu invoquer le délit de présentation de comptes non fidèles⁹ et plus encore, puisque l'instruction l'avait déjà visée, les éléments constitutifs de la banqueroute qui tiennent pour l'essentiel à des questions comptables, c'est-à-dire finalement à des questions d'information. Il fallait préciser en quoi avait consisté la faute comptable d'information et quelle attitude les minoritaires avaient-ils adoptée, ou non, en conséquence de cette faute.

12. Pour conclure, on notera que la solution de l'arrêt commenté, classique, devrait perdurer une fois la directive *Restructuration et Insolvabilité* du 20 juin 2019 transposée en droit français¹⁰ : malgré l'instauration probable des classes de créanciers¹¹, le critère du préjudice distinct devrait être maintenu.

NOTES DE BAS DE PAGE



¹- V. égal. sous cet arrêt, Dr. sociétés 2020, comm. 124, note Salomon R.

²- [Cass. crim., 28 févr. 2006, n° 05-83461](#) : Bull. crim., n° 55 ; [BJS août 2006, n° 211, p. 1035](#), note Mascala C. ; D. 2006, p. 1456, obs. Lienhard A.

³- Ce qui n'est pas sans rappeler les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif, exercées conjointement, à l'encontre des dirigeants sociaux, par au moins deux contrôleurs (souvent par l'administration fiscale et l'URSSAF). V. à ce sujet, [Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-10005](#) F-PBI : [BJS juill. 2018, n° 118t7, p. 430](#), note Monsérié-Bon M.-H. : « Il résulte de la combinaison des articles L. 651-3, alinéa 2, et R. 651-4 du Code de commerce que, pour être recevable, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, lorsqu'elle est exercée, à titre subsidiaire, par des créanciers nommés contrôleurs, doit être précédée d'une mise en demeure au liquidateur délivrée conjointement par au moins deux d'entre eux puis être engagée par la majorité des contrôleurs ».

⁴- [Cass. crim., 11 oct. 1993, n° 92-81260](#) : Bull. crim., n° 283 ; Rev. sociétés 1994, p. 303, obs. Bouloc B. ; Rev. proc. coll. 1994, p. 282, obs. Mascala C. ; JCP G 1994, IV 187 ; D. 1994, IR, p. 18 - [Cass. crim., 17 juin 2014, n° 13-83288](#), F-PBI : [BJE sept. 2014, n° 111p0, p. 320](#), note Sordino M.-C. ; [LEDEN sept. 2014, n° 131, p. 7](#), obs. Lasserre Capdeville J. ; [Gaz. Pal. 7 oct. 2014, n° 194n7, p. 45](#), obs. Robaczewski C. ; Rev. sociétés 2015, p. 195, note Bouloc B. ; RSC 2015, p. 334, obs. Matsopoulou H. ; JCP E 2014, 1410, spéc. n° 22, obs. Salomon R. ; RJDA 01/15, n° 36.

⁵- [Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-80387](#) : « (...) la dépréciation des titres d'une société découlant des agissements délictueux de ses dirigeants constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même ».

⁶- [Cass. crim., 5 nov. 1991, n° 90-82605](#) ; [BJS févr. 1992, n° 45, p. 163](#), note Barbiéri J.-F. : « Mais attendu qu'en statuant ainsi alors que, dans sa plainte, la SIFB faisait état de ce que le bilan qu'elle critiquait avait servi de base à l'évaluation des actions qu'elle était sur le point d'acheter, la chambre d'accusation a méconnu le principe ci-dessus rappelé ; (...) ».

⁷- Tout au plus pourrait-elle évoquer un préjudice de réputation.

⁸- [Cass. com., 26 janv. 1970, n° 67-14787](#).

⁹- [Cass. crim., 29 juin 2016, n° 15-84652](#) : Banque et Droit sept. 2016, p. 58, note Lasserre Capdeville J. : « En se déterminant ainsi, alors que l'infraction de présentation de comptes annuels infidèles, à la supposer établie, est susceptible d'avoir occasionné un préjudice personnel et direct à la société partie civile, distinct de sa créance déclarée, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision ».

¹⁰- V. par ex., Sautonie-Laguionie L. et a., « La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité – Quel contenu pour quelle transposition en droit français ? », JCP E 2020, 1075.

¹¹- L'Angleterre et les Pays-Bas ont déjà adopté le *cross class cram down* des créanciers.

Auteurs :

- Bastien Brignon, maître de conférences HDR à Aix-Marseille université, membre du centre de droit économique (UR 4224) et de l'institut de droit des affaires (IDA), directeur du master professionnel Ingénierie des sociétés, Julien Gasbaoui, avocat au barreau de Paris, maître de conférences associé à Aix-Marseille université, membre du centre de droit économique (UR 4224) et de l'institut de droit des affaires (IDA)