

A LA UNE

110m9 Droit européen de la faillite

• Prop. dir., 22 nov. 2016

Le Parlement européen et le Conseil proposent l'adoption de dispositifs de restructuration préventifs et la consécration pour le débiteur malheureux d'un droit à une « seconde chance ».

On se souvient que la Commission avait adopté, le 12 mars 2014, une recommandation sur la restructuration et la seconde chance des débiteurs en difficulté, invitant les États membres à mettre en place des dispositifs de purge de la faillite et des procédures de pré-insolvabilité efficaces pour aider les entreprises viables à se restructurer. Cette recommandation s'étant révélée insuffisamment suivie, il est apparu nécessaire d'adopter un instrument contraignant sous la forme d'une directive dont une première version vient d'être proposée. Ce texte vise avant tout à favoriser la restructuration précoce en introduisant dans les droits nationaux des procédures idoines propres à permettre au débiteur en difficulté de négocier avec ses créanciers tout en poursuivant ses activités et en bénéficiant le cas échéant de la suspension des poursuites. S'agissant des dispositifs dits « de la seconde chance », il s'agirait de permettre la réhabilitation des entrepreneurs surendettés qui devraient être entièrement libérés de leurs dettes dans un délai raisonnable fixé à trois ans.

Le droit français connaît déjà l'essentiel des procédures et des principes consacrés par cette proposition de directive. On le voit lorsque celle-ci met l'accent sur la formation et la spécialisation des juges et des praticiens de l'insolvabilité, rendant un bel hommage à nos tribunaux de commerce et à la profession réglementée de mandataire de justice, que la proposition de directive paraît ériger en modèle lorsqu'elle prévoit que des normes minimales doivent gouverner la désignation, la supervision et la rémunération de ces praticiens. Notre droit n'en devra pas moins évoluer pour rendre le processus de désignation des mandataires de justice « clair, prévisible et équitable » et pour imposer que, lors de chaque désignation, l'expérience et l'expertise du professionnel soit dûment prises en considération, les débiteurs et les créanciers devant être consultés lors de la sélection du praticien, ce qui n'est pas le principe à ce jour en matière de mandat de justice. Est également prévue l'utilisation de moyens de communication électronique dans le contexte des procédures collectives. Là encore, le droit français a une longueur d'avance puisque le portail électronique proposé aux créanciers leur permet déjà de réaliser un certain nombre d'opérations stratégiques. Au-delà, notre Code de commerce serait enrichi par la consécration de la notion de « créancier concerné », qui seul se verrait reconnaître le droit de voter le plan de restructuration, et par le recours à un vote du plan par classes homogènes de créanciers, assorti de la possibilité d'imposer le plan à une classe de créanciers dissidente lorsqu'il apparaît que les créanciers de cette classe ne peuvent pas se plaindre d'un plan qui ne les traite pas plus mal qu'ils ne le seraient dans un cadre liquidatif. Le juge qui accueille le recours formé contre le jugement d'arrêté du plan de restructuration se verrait également reconnaître la possibilité de maintenir ce plan et de n'octroyer qu'une compensation financière aux créanciers, solution évidemment préférable lorsqu'un laps de temps important s'est écoulé entre l'arrêté du plan et la décision jugeant son adoption irrégulière. Le droit français devrait être également modifié pour neutraliser les créanciers et actionnaires minoritaires dissidents qui tiennent en échec la restructuration d'un débiteur en difficulté, ce que le droit positif ne permet que de façon marginale.

François-Xavier Lucas, professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

SOMMAIRE

► ORGANES

- Extension de procédure et responsabilité du liquidateur 2
- Extension de procédure et responsabilité du liquidateur (bis) 2

► PROCÉDURE

- Réalisation des actifs : délai de recours d'une décision notifiée par LRAR non réclamée 3

► CRÉANCIERS

- L'agent comptable est habilité par ses fonctions à déclarer la créance d'une personne morale de droit public 3

► PLAN

- L'article L. 351-8 du Code rural est-il anticonstitutionnel ? Réponse bientôt. 4

► LIQUIDATION JUDICIAIRE

- Recevabilité de l'action paulienne du mandataire contre une DNI 4
- Le débiteur est irrecevable à interjeter appel du jugement ayant rejeté son incident de saisie immobilière 5

► DESSAISSEMENT

- Un bail à ferme ne peut être consenti qu'à l'unanimité des coindivisaires 5

► DROIT SOCIAL

- Autorisation de licenciement : revirement de jurisprudence quant à la date à prendre en compte pour apprécier la qualité de salarié protégé 6
- Élection du représentant des salariés : point de départ du délai de contestation du procès-verbal de carence 6
- PSE et désignation de l'expert-comptable assistant le CE 7
- Absence de droit propre de l'AGS à agir en reconnaissance d'un transfert des contrats de travail 7



CONSEIL
NATIONAL

DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES
& DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

Avec le soutien de la Caisse des Dépôts



► ORGANES

110n0 Extension de procédure et responsabilité du liquidateur

- Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-15939, D

À l'occasion d'une extension de procédure finalement rejetée, un liquidateur n'engage pas sa responsabilité civile personnelle, faute pour le demandeur d'avoir relevé une circonstance particulière ayant fait dégénérer en abus de droit l'action en justice.

Temps économique *versus* temps juridique. Ou quand l'action d'un liquidateur, économiquement irréversible quoique juridiquement critiquable, conduit à rechercher – sans succès – la responsabilité civile de ce dernier.

En l'espèce, un entrepreneur est placé en liquidation judiciaire début 1997. Un liquidateur est désigné. Celui-ci sollicite l'extension de la procédure à une SCI. Un jugement rétracta la décision d'extension, lui-même infirmé par un arrêt du 8 septembre 1999. Un an plus tard, le liquidateur vendit un immeuble de la SCI, acte autorisé par le juge-commissaire et confirmé par un jugement. Survient la cassation de l'arrêt précité du 8 septembre 1999. La cour de renvoi, par une décision du 12 mai 2005, rejeta irrévocablement la demande d'extension. La déflagration emporte donc la procédure dans son entier. La SCI décide d'agir en responsabilité civile contre le liquidateur au motif que celui-ci aurait abusivement exercé l'action en extension et vendu l'immeuble lui appartenant sans attendre l'issue du pourvoi alors pendant. La demande ne prospère pas en appel et la Cour de cassation rejette *in fine* le pourvoi formé par la SCI.

La solution retenue par les juges repose en substance sur le caractère « raisonnable » de l'attitude du liquidateur. Celui-ci se concrétise en deux propositions. La première est le constat de la nécessité de la vente de l'immeuble, judiciairement admise et qu'illustre le rejet du recours contre l'ordonnance l'ayant validée. Le doute relatif à l'opportunité et à la légitimité de l'acte avait ainsi été *raisonnablement* levé. La seconde tient à la pluralité de décisions ayant avalisé l'action en extension initiée par le liquidateur, nonobstant son rejet définitif ultérieur. Nécessairement incertaine s'agissant de son issue, l'exercice de l'action ne revêtait donc pas les caractères susceptibles de la faire dégénérer en abus de droit. De fait, la Cour de cassation exige rapportée la preuve d'une « circonstance particulière ». Alléguer que le liquidateur n'ignorait pas avoir engagé une action en extension à partir d'éléments manifestement insuffisants était un peu court. Celui-ci avait pu *raisonnablement* escompter l'emporter devant le juge comme ce fut effectivement le cas... temporairement.

Thierry Favario, maître de conférences à l'université Jean-Moulin (Lyon 3)

110n1 Extension de procédure et responsabilité du liquidateur (bis)

- Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-17287, D

S'agissant d'une action en extension de procédure finalement rejetée, un liquidateur engage sa responsabilité civile personnelle quand est rapporté un acharnement procédural constitutif d'une erreur grossière équipollente au dol.

Bis repetita ? Encore une action en extension de procédure finalement rejetée ; encore une action en responsabilité civile personnelle contre le liquidateur ; mais l'action intentée, cette fois, prospéra.

Des faits retenons qu'une société exploitant une clinique est mise en liquidation judiciaire début 2005. Le liquidateur désigné sollicite l'extension de la procédure à une SCI ainsi qu'à trois personnes physiques. On devine l'âpreté du combat judiciaire portant d'abord sur la démonstration de la réunion des conditions de l'extension de procédure collective, ensuite sur les modalités de l'engagement de la responsabilité civile du liquidateur ayant introduit l'action. Le présent arrêt, rendu le 31 janvier 2017 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, en constitue l'épilogue. Dans son pourvoi, le liquidateur contestait la décision des juges d'appel de le condamner à raison d'une procédure abusive. Sans succès. Le rejet du pourvoi est ainsi l'occasion pour la Cour de cassation de préciser, par un effet miroir avec un arrêt du même jour (Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-15939 ; v. *supra* LEDEN avr. 2017, n° 110n0, nos obs.), les conditions de l'engagement de la responsabilité civile du liquidateur en cas d'action en extension « téméraire ».

La Cour, s'appropriant le raisonnement des juges du fond, retient comme critère de l'abus, la preuve d'« un acharnement procédural constitutif d'une erreur grossière équipollente au dol ». Les magistrats l'ont caractérisé *in casu* au regard de deux séries d'éléments. Ils ont, d'une part, énuméré les différentes décisions rendues au fond à l'occasion de la demande d'extension de la procédure ; toutes avaient désavoué le liquidateur. Les juges ont, d'autre part, relevé le caractère inopérant des faits invoqués par le liquidateur pour fonder l'extension de procédure. De fait, l'audit comptable n'avait révélé aucune irrégularité, aucune dissimulation dans les comptes des deux sociétés, ni aucune imbrication. Autrement écrit, ces deux séries d'éléments rendaient compte d'un acharnement et d'une légèreté du liquidateur confinant à l'intention de nuire. Cette décision illustre ainsi la « circonstance particulière » (Cass. com., 31 janv. 2017, préc.), préalable à la démonstration d'un abus d'agir en extension de procédure par le liquidateur.

Thierry Favario, maître de conférences à l'université Jean-Moulin (Lyon 3)

► PROCÉDURE

110n2 Réalisation des actifs : délai de recours d'une décision notifiée par LRAR non réclamée

• *Cass. com., 13 déc. 2016, n° 15-14316, D*

Lorsque le débiteur ne signe pas l'avis de réception de la lettre adressée par le greffier lui notifiant l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente aux enchères des actifs mobiliers, le délai d'appel ne court pas.

L'article R. 662-1, 2°, énonce que, à moins qu'il n'en soit disposé autrement, les notifications des décisions auxquelles procède le greffier sont faites par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. L'arrêt rapporté rappelle le régime de ce mode de notification et ses incidences sur les délais de recours.

Le juge-commissaire autorise la cession aux enchères publiques des actifs mobiliers d'une société en liquidation. L'ordonnance est notifiée par le greffe par LRAR (C. com., art. R. 642-37-3) à l'adresse du représentant légal de la société. Constatant l'inexactitude de l'adresse, les services postaux corrigent l'erreur mais le récépissé est retourné avec la mention « pli avisé – non réclamé ». L'appel du débiteur est déclaré irrecevable, faute d'avoir été formé dans le délai de dix jours à compter de la notification. L'arrêt d'appel est cassé au motif que la société n'ayant pas reçu la LRAR, le délai d'appel n'avait pas couru.

La cassation était prévisible au regard du droit commun de la procédure civile applicable, par renvoi de l'article R. 662-1, aux notifications des décisions faites par le greffier. Aux termes des articles 668, 669, alinéa 3, et 670-1 du CPC composant le visa de cassation, la date de la notification par LRAR est celle qui est apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire. En cas de retour au secrétariat de la juridiction de la lettre dont l'avis de réception n'a pas été signé par le représentant de la société en liquidation, le délai de recours ne commencera à courir qu'à compter de la signification faite par la partie sur invitation du greffier. En matière de réalisation des actifs, l'ordonnance sera signifiée par le liquidateur ou le créancier privilégié de l'article L. 643-2 qui a saisi le juge-commissaire.

Le décret du 30 juin 2014 a ajouté un 3° à l'article R. 662-1 pour préciser que lorsque l'avis de réception des notifications faites à la diligence du greffier par LRAR, à l'adresse préalablement indiquée au tribunal à l'ouverture de la procédure ou en cours de procédure par le débiteur personne physique, n'a pas été signé par son destinataire ou une personne munie d'un pouvoir à cet effet, la date de la notification est celle de la présentation de la lettre recommandée. Cette disposition devrait rendre caduque la solution de l'arrêt rapporté pour les débiteurs personnes physiques : à leur égard, le délai d'appel court dès la présentation de la lettre recommandée dont l'avis n'a pas été signé.

Olivier Staes, maître de conférences à l'université Toulouse 1 Capitole

► CRÉANCIERS

110p9 L'agent comptable est habilité par ses fonctions à déclarer la créance d'une personne morale de droit public

• *Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-15983, PB*

De par ses fonctions, l'agent comptable est, par détermination de la loi et décision du gouvernement, le représentant organique de la personne morale de droit public pour le recouvrement de toutes les sommes qui lui sont dues. De facto, il détient le pouvoir de déclarer des créances au passif d'un débiteur en procédure collective.

Traditionnellement, la Cour de cassation, empreinte de dogmatisme, admet que la déclaration de créances équivaut à une demande en justice. Cette qualification d'origine prétorienne conduit en pratique à davantage discuter de la régularité de la déclaration que de son contenu.

En l'espèce, dans le cadre du redressement judiciaire d'une société, l'OFII, établissement public administratif, a par l'intermédiaire de son agent comptable déclaré une créance. Le juge-commissaire a déclaré irrecevable la déclaration aux motifs que l'arrêté ministériel portant nomination de M^{me} Z. comme agent comptable de l'OFII ne précisait pas les tâches à accomplir par cette dernière. L'ordonnance du juge-commissaire est cassée puisqu'il résulte de l'article L. 622-24 du Code de commerce que, lorsque le créancier est une personne morale, il déclare régulièrement la créance par l'intermédiaire des organes habilités par la loi. En vertu du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012, relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, l'agent comptable est, par détermination de la loi et décision du gouvernement, le représentant organique de la personne morale de droit public pour le recouvrement de toutes les sommes qui lui sont dues.

La Haute juridiction poursuit ainsi son œuvre de dispense de la preuve de la délégation de pouvoir. L'exigence d'une délégation de pouvoir est donc écartée lorsque la loi donne à l'intéressé pouvoir de déclarer les créances. Elle avait déjà posé la solution pour le trésorier comptable d'une commune qui peut valablement déclarer la créance détenue par la commune en vertu de l'article L. 2343-1 du CGI. Ainsi dispensant l'agent comptable de la preuve de la déclaration de créances classiquement recherchée en matière de préposé « ordinaire », la Cour de cassation se détache aussi implicitement de sa qualification traditionnelle, à l'instar de la solution retenue pour le syndic de copropriété qui en sa qualité de représentant légal du syndicat n'a pas à justifier d'une autorisation préalable de l'assemblée générale des copropriétaires pour déclarer une créance. La Haute juridiction avait à cette occasion consacré que la déclaration de créance constituait par exception une mesure conservatoire. Par conséquent, si la règle est ce qui doit être, selon la théorie aristotélicienne, alors en vertu de cet arrêt de principe, l'exception n'a pas vocation à confirmer la règle, mais à la devenir.

Geoffroy Berthelot, mandataire judiciaire associé, maître de conférences Sciences Po Paris

▶ PLAN

110n3 L'article L. 351-8 du Code rural est-il anticonstitutionnel ? Réponse bientôt.

• Cass. com., QPC, 2 févr. 2017, n° 16-21032, D

Est jugée sérieuse et transmise au conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité selon laquelle l'article L. 351-8 du Code rural et de la pêche maritime porterait atteinte au principe d'égalité devant la loi.

Une entreprise agricole à responsabilité limitée (EARL La Noé) en redressement judiciaire demande une modification de son plan de redressement pour étendre celui-ci sur une période de 15 ans. Il est vrai que l'article L. 626-2 énonce que la durée du plan peut aller jusqu'à 15 ans, « lorsque le débiteur est un agriculteur ». La cour d'appel d'Orléans refuse d'homologuer cette modification estimant que cette EARL n'est pas un agriculteur au sens du livre VI du Code de commerce. Pourquoi ? Parce que l'article L. 351-8 du Code rural pose que pour l'application du livre VI « est considérée comme agriculteur toute personne physique [et non morale] exerçant des activités agricoles au sens de l'article L. 311-1 » [sur la non-mise à jour de ce texte, sans conséquence néanmoins, v. F. Rossi, *Droit rural et droit des entreprises en difficultés*, Droit 360°, P. Roussel Galle (dir.), Lexis, 2012, p. 713].

La QPC étant jugée sérieuse par la chambre commerciale, le conseil constitutionnel devra donc établir si cet article L. 351-8 ne porte pas atteinte au principe d'égalité devant la loi. L'équité (mais pas nécessairement l'égalité) est en effet bafouée car une EARL doit avoir une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 sous peine d'être annulée (C. civ., art. 1844-10, al. 1) ou requalifiée en société commerciale (v., sur la tolérance fiscale, CGI, art. 75).

Dès lors, il serait préférable que ce soit l'exploitation agricole, quelle que soit sa forme juridique [personne physique ou personne morale], qui puisse bénéficier des dispositions spécifiques du livre VI. D'ailleurs, les mesures particulières concernant le monde rural dans ce même livre, ne concernent pas – comme le fait le seul article L. 626-2 – l'agriculteur, mais l'activité du débiteur. À titre d'exemple, la durée de la période d'observation (C. com., art. L. 621-3) ou de la poursuite d'activité en LJ (C. com., art. L. 641-10) peuvent être prorogées en fonction de l'année culturale... « lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole ». C'est dire que notre EARL aurait pu en bénéficier. Il en est de même, sans être exhaustif, sur le choix dérogatoire d'un repreneur (C. com., art. L. 642-1 et C. com., art. L. 642-3). En vérité, c'est plus l'article L. 626-2 qui est mal rédigé que l'article L. 351-8. Il suffirait de substituer la proposition circonstancielle « lorsque le débiteur est un agriculteur », par « lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole »... la durée du plan ne peut excéder 15 ans. L'EARL Noé va-t-elle être sauvée des flots ?

Pascal Rubellin, maître de conférences à l'université de Poitiers

▶ LIQUIDATION JUDICIAIRE

110n4 Recevabilité de l'action paulienne du mandataire contre une DNI

• Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2016, n° 15-21876, D

L'action paulienne (C. civ., art. 1341-2) peut recevoir application si la créance est postérieure à l'acte litigieux dans le cas d'une fraude organisée en vue de porter préjudice à un créancier futur. Elle peut rendre inopposable la déclaration notariée d'insaisissabilité (C. com., art. L. 651-1).

La chambre commerciale dénie tout pouvoir au liquidateur pour combattre une déclaration notariée d'insaisissabilité (DNI) – en présence de créancier antérieur à celle-ci –, en se fondant sur le fait qu'il n'agirait pas dans ce cas-là, au nom de l'intérêt collectif, ou selon une motivation plus moderne, en vue de la reconstitution du gage commun des créanciers (Cass. com., 15 nov. 2016, n° 14-26287, PB : LEDEN déc. 2016, n° 110e7, p. 1, obs. F.-X. Lucas). Il a cependant été admis, dans cette dernière décision, et à la satisfaction générale, que le liquidateur pouvait agir pour rendre inopposable à la procédure une DNI irrégulièrement publiée. Que ceux, nombreux, qui espèrent un revirement ne se réjouissent pas. Si l'arrêt commenté accueille l'action paulienne du liquidateur, c'est uniquement parce que le défaut de pouvoir n'a pas été soulevé. Il ne peut vraisemblablement toujours pas agir par cette voie (Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-16035 : Bull. civ. IV, n° 68 : LEDEN juin 2013, n° 96, p. 1, obs. F.-X. Lucas). Cette décision est donc à ranger à côté de celle qui a admis la vente de l'immeuble insaisissable sur ordonnance du juge-commissaire lorsque celle-ci n'est pas contestée (Cass. 2^e civ., 6 juin 2013, n° 12-18481 : Bull. civ. II, n° 121 ; LEDEN juill. 2013, n° 117, p. 5, nos obs.), alors qu'il s'agit pourtant d'un excès de pouvoir (Cass. com., 2 juin 2015, n° 14-10383 ; LEDEN oct. 2015, n° 140, p. 5, nos obs.).

L'action paulienne (C. civ., art. 1341-2) doit être diligentée, dans l'immense majorité des cas, par un créancier antérieur à l'acte frauduleux passé par son débiteur. La particularité ici est que seuls les créanciers postérieurs à la DNI ont un intérêt à agir afin que l'immeuble initialement insaisissable, le devienne. L'action paulienne ne devrait donc pas être admise.

Cependant il a déjà été jugé que « si en principe l'acte critiqué doit être postérieur à la naissance de la créance, il n'en est plus ainsi lorsqu'il est démontré que la fraude a été organisée à l'avance en vue de porter un préjudice futur » (Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1982, n° 12-21022 : Bull. civ. IV, n° 4). La chambre commerciale reprend à l'identique cet attendu en en concluant que « c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la déclaration d'insaisissabilité litigieuse pouvait participer d'une telle fraude ». Manifestement, le débiteur était déjà en cessation des paiements au jour où il fit cette DNI, ce qui aurait permis de l'annuler sur le fondement des nullités de droit de la période suspecte (C. com., art. L. 632-1, 12°). Cependant ce dernier texte n'était pas temporellement applicable aux faits de l'espèce.

Naturellement, cette jurisprudence perd de son intérêt, puisque l'insaisissabilité du logement est désormais légale et ne peut être vue comme frauduleuse. La DNI deviendra en pratique quasi inexistante, à tel point que l'on peut espérer l'abrogation de ce dispositif.

Pascal Rubellin, maître de conférences à l'université de Poitiers

110p8 Le débiteur est irrecevable à interjeter appel du jugement ayant rejeté son incident de saisie immobilière

• *Cass. com., 31 janv. 2017, n° 15-14879, D*

Si le débiteur peut, pour faire valoir ses droits propres, exercer un recours contre l'ordonnance du juge du commissaire ayant autorisé la vente aux enchères publiques d'un immeuble lui appartenant, il est irrecevable à former un incident de saisie immobilière et, sans méconnaître le droit d'accès au juge, à former appel du jugement ayant statué sur un tel incident.

Cet arrêt permet de revenir sur le domaine des droits propres d'un débiteur ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-9, al. 3). À la suite de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire, finalement reprise à la demande d'une créancière privilégiée, le débiteur se voit signifier l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la créancière à procéder à la vente aux enchères publiques de ses biens. Le débiteur conteste la saisie immobilière, en faisant valoir des droits qu'il considère comme lui étant propres (à savoir l'extinction de la créance, la déclaration d'insaisissabilité, ainsi que la prescription de l'action), contestation que la cour d'appel juge irrecevable et ce, même si le liquidateur ne s'était pas associé aux demandes du débiteur et soutenait la partie poursuivante.

La Cour de cassation admet la recevabilité du pourvoi formé contre l'arrêt, tout en le rejetant sur le fond : le débiteur, dessaisi de ses droits et actions par l'effet du jugement de liquidation judiciaire, peut certes exercer un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire ayant autorisé la vente aux enchères publiques de son bien, mais il est irrecevable à former un incident de saisie immobilière et, « sans méconnaître le droit d'accès au juge », à interjeter appel du jugement ayant statué sur cet incident.

Si le débiteur entend contester l'ordonnance ayant autorisé la vente de ses biens, la loi lui offre un recours (Cass. com., 28 janv. 2004, n° 01-13422). Mais au cas où ce dernier se trouve rejeté, le débiteur ne peut plus exercer une autre action pour s'opposer à la vente. Ses droits propres ne vont pas au-delà des décisions rendues dans le cadre de la liquidation judiciaire et du fait du dessaisissement opéré par cette dernière, seul le liquidateur est recevable à intenter une action relative à la procédure de saisie immobilière, devant le juge de l'exécution (Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-72961 : LEDEN mars 2011, n° 42, p.6, obs. M. Sénéchal ; Cass. com., 11 oct. 2016, n° 14-22796, PB : LEDEN déc. 2016, n° 110f0, p. 3, obs. O. Staes). La solution n'est pas surprenante mais elle peut poser problème en cas d'irrégularité née à l'occasion d'une procédure qui serait conduite par le liquidateur lui-même, et dont on peut se demander s'il sera enclin à élever une contestation contre des actes qu'il aurait lui-même initiés.

Laurence Camensuli-Feuillard, maître de conférences à l'université de Bretagne-Sud

► DESSAISISSEMENT

110n5 Un bail à ferme ne peut être consenti qu'à l'unanimité des coindivisaires

• *Cass. 3^e civ., 26 févr. 2017, n° 14-29272, PB*

Le bail consenti sans pouvoir par le débiteur en liquidation judiciaire est « inopposable tant au syndic qu'aux autres indivisaires et aux acquéreurs éventuels ».

En l'espèce, une liquidation judiciaire a été publiée il y a 29 ans et n'est toujours pas clôturée, illustration d'une « condamnation à rester en liquidation judiciaire à perpétuité » (D. Voinot, Gaz. Pal. 5 mai 2015, n° 224a3, p. 3).

Une personne décède en 1968. Presque 30 ans plus tard, en 1995... les héritiers ne s'entendant pas, il est ordonné le partage judiciaire de la succession, témoignage, soit dit en passant, de ce que le droit de la liquidation judiciaire n'a pas le monopole des situations qui s'éternissent. Encore un peu plus tard, en 1998, une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'encontre d'un des héritiers indivisaire, durant laquelle le débiteur donne seul à bail rural une parcelle indivise.

Il est doublement fautif. D'une part, la conclusion d'un bail rural sur un bien indivis nécessite, avant comme après la loi du 23 juin 2006, l'accord unanime des indivisaires (C. civ., art. 815-3). La sanction n'est pas la nullité immédiate. Le sort du bail est suspendu à l'effet déclaratif du partage et demeurera valable si le bien immobilier tombe dans le lot du signataire de ce bail. D'où l'importance de ce partage. L'arrêt commenté réaffirme très clairement dans des termes qui fleurent bon la naphtaline, que, malgré sa connotation morale, l'acte de partage de l'indivision n'échappe pas au dessaisissement (v. déjà, Cass. com., 13 janv. 2015, n° 13-12590 : Bull. civ. IV, n° 2) : « les actes accomplis par le débiteur en liquidation des biens au mépris de son dessaisissement sont inopposables à la masse des créanciers et le syndic, représentant celle-ci, doit agir, pour faire prononcer l'inopposabilité d'un tel acte ».

Reste un point inévitable à analyser : la prescription. Car entre-temps, la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription a été adoptée. Avant et après cette loi, le délai de prescription pour agir en inopposabilité à la procédure part du jour où le liquidateur est informé de l'acte litigieux (C. civ., art. 2224 actuel), ici le 24 février 2004. Le liquidateur a agi en novembre 2012 soit après l'entrée en vigueur de la réforme de la prescription. Il avait initialement 30 ans pour agir ; désormais il n'en a plus que cinq. L'article 26, II, de la loi du 17 juin 2008 énonce que la nouvelle durée s'applique au jour de l'entrée en vigueur de la loi, soit le 19 juin 2008. Il avait donc jusqu'au 18 juin 2013 pour agir tout en veillant à ce que la durée totale du délai écoulé n'excède pas le délai de prescription précédemment applicable. Pas de doute sur ce dernier point. Sous l'ancienne loi il aurait pu agir jusqu'en février 2034.

Pascal Rubellin, maître de conférences à l'université de Poitiers

► DROIT SOCIAL

110n6 Autorisation de licenciement : revirement de jurisprudence quant à la date à prendre en compte pour apprécier la qualité de salarié protégé

• *CE, 23 nov. 2016, n° 392059*

Le licenciement des salariés légalement investis de fonctions représentatives, qui bénéficient d'une protection exceptionnelle dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, ne peut intervenir que sur autorisation de l'inspecteur du travail, cette autorisation étant requise si le salarié bénéficie de la protection attachée à son mandat à la date de l'envoi par l'employeur de sa convocation à l'entretien préalable au licenciement.

Par cette décision, le Conseil d'État opère un revirement de jurisprudence assez exceptionnel pour être noté. Modifiant le curseur de la date d'appréciation de la protection attachée à la qualité de salarié protégé, le Conseil d'État revient ainsi sur sa jurisprudence constante qui voulait que la légalité d'une décision administrative s'appréciait à la date à laquelle l'autorité administrative prenait sa décision. De ce fait, la compétence de l'inspecteur du travail, au regard de la demande d'autorisation formulée, s'appréciait au jour où il était amené à statuer (CE, 28 févr. 1997, n° 153547).

Aujourd'hui, tel n'est plus le cas. La qualité de salarié protégé s'apprécie à la date d'engagement de la procédure de licenciement, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la convocation à entretien préalable. L'ordre judiciaire et l'ordre administratif sont ainsi parfaitement en phase (Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 99-40190 : Bull. civ. V, n° 122) étant, cependant précisé que la Cour de cassation appliquait scrupuleusement la règle précédente résultant de la jurisprudence administrative dès lors que l'administration avait constaté que le statut protecteur avait pris fin avant que l'inspection du travail ne statue (Cass. soc., 6 janv. 2016, n° 14-12717, PB : LEDEN févr. 2016, n° 23, p. 6, obs. G. Dedessus-Le-Moustier).

De ce fait, quelques questions préjudicielles vont certainement naître dans les dossiers en cours et dans lesquels l'Administration avait constaté l'absence de protection alors même que celle-ci existait au jour de la convocation à entretien préalable. Ainsi, il est légitime de penser que si la protection des salariés protégés est plus efficiente, elle aura pour corollaire un accroissement (ou, à tout le moins, un risque d'accroissement) du passif social et par là même de la garantie de l'AGS.

Hubert de Frémont, avocat associé, SCP Hadengue et associés

110n7 Élection du représentant des salariés : point de départ du délai de contestation du procès-verbal de carence

• *Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 16-10826, PB*

Le procès-verbal de carence établi lorsqu'aucun représentant des salariés ne peut être désigné ou élu est immédiatement déposé au greffe du tribunal saisi de la procédure collective. La contestation de ce procès-verbal doit intervenir, à peine de forclusion, dans les deux jours de celui-ci, ce délai ne courant qu'à compter de l'accomplissement de la formalité de dépôt du procès-verbal au greffe.

La jurisprudence relative au représentant des salariés est assez rare pour que le présent arrêt soit souligné à l'attention des praticiens. Rappelons que l'article L. 621-4 du Code de commerce précise que, lors de l'ouverture de la procédure collective, le tribunal « invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel, les salariés élisent leur représentant, qui exerce les fonctions dévolues à ces institutions par les dispositions du présent titre. Les modalités de désignation ou d'élection du représentant des salariés sont précisées par décret en Conseil d'État. Lorsque aucun représentant des salariés ne peut être désigné ou élu, un procès-verbal de carence est établi par le débiteur ». C'est ainsi, qu'en cas de carence des institutions représentatives du personnel, le représentant des salariés se trouve investi d'un rôle majeur dans la mise en œuvre d'une restructuration sociale. La procédure d'élection du représentant des salariés se rapproche du processus électoral classique dans la mesure où, en l'absence de comité d'entreprise ou de délégué du personnel, les salariés élisent le représentant des salariés par vote secret au scrutin uninominal à un tour (C. com., art. R. 621-14). Cette élection doit faire l'objet d'un procès-verbal (d'élection ou de carence, tout aussi obligatoire en vertu de l'article L. 621-4 du Code de commerce) qui doit être « immédiatement » déposé au greffe du tribunal de commerce. L'article R. 621-15 du Code de commerce précise que le délai de recours est de deux jours « suivant la désignation du représentant des salariés ».

La question posée porte sur le point de départ du délai de recours. Est-ce à compter de la désignation du représentant des salariés ou à compter du dépôt du procès-verbal au greffe du tribunal de commerce, et ce, alors même que les salariés ne sont pas informés de la date du dépôt ? Par ailleurs, s'agissant du point de départ du délai de recours, est-il le même en cas de procès-verbal d'élection ou en cas de carence ? Sur le premier point, la Cour de cassation avait fixé le point de départ du délai de recours à la date du dépôt du procès-verbal au greffe du tribunal (Cass. soc., 15 juin 2011, n° 10-60392 : Bull. civ. V, n° 156) mais la question restait entière concernant le procès-verbal de carence. Le présent arrêt apporte la même réponse que pour le procès-verbal d'élection : le délai de recours de deux jours court à compter du dépôt du procès-verbal de carence au greffe du tribunal. Reste la question sous-jacente liée à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans la mesure où le délai de recours est extrêmement court et que les salariés ne sont pas informés de son point de départ. La Cour de Cassation ne répond pas au moyen. Cependant, il ne peut qu'être préconisé d'informer les salariés, par tout moyen, de la date de dépôt. Ce qui évitera ce dernier écueil.

Hubert de Frémont, avocat, SCP Hadengue et associés

110n8 PSE et désignation de l'expert-comptable assistant le CE

• CE, 23 nov. 2016, n° 388855

La décision du comité d'entreprise de recourir à l'assistance d'un expert-comptable en matière de PSE doit intervenir lors de la première réunion d'information-consultation de l'instance prévue à l'article L. 1233-30 du Code du travail. La désignation nominative de l'expert doit intervenir au cours de cette même réunion, sauf à pouvoir démontrer d'éventuelles circonstances de nature à justifier le report de cette désignation.

Au fil de ses nombreux arrêts, le Conseil d'État énonce d'importants principes à respecter lors de la mise en œuvre de la procédure de licenciements collectifs pour motif économique issue de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Il en va ainsi du recours à l'expert-comptable par le comité d'entreprise (CE), à l'occasion de l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE). En 2105, s'agissant des conséquences d'un vice affectant l'exercice de la mission de l'expert-comptable sur la validité des décisions de la Direccte, le Conseil d'État a précisé que le défaut de communication par l'employeur de l'intégralité des documents demandés par l'expert ne doit conduire à un refus d'homologation ou de validation qu'à partir du moment où le CE a, de ce fait, été empêché de rendre ses avis en toute connaissance de cause (CE, 21 oct. 2015, n° 385683).

L'arrêt rapporté mérite attention dans la mesure où le Conseil d'État rappelle, d'une part, le principe selon lequel la décision de recourir à un expert-comptable doit nécessairement être prise dès la première réunion d'information-consultation du CE (C. trav., art. L. 1233-34) et précise, d'autre part, que la désignation nominative de l'expert peut intervenir après la première réunion quand les circonstances le justifient. Autrement dit, la règle est celle d'une désignation nominative de l'expert dès la première réunion et l'absence d'une telle désignation lors de cette réunion pourra être justifiée par des circonstances de nature à permettre un report lors d'une réunion ultérieure.

L'arrêt commenté suscite toutefois quelques interrogations sources d'insécurité juridique. En effet, le Conseil d'État a précisé que « (...) lors de cette première réunion d'information et de consultation, le comité d'entreprise n'a pris aucune décision formelle de recourir à l'assistance d'un expert-comptable mais s'est borné à en approuver la faculté à titre éventuel ». Comment comprendre cette distinction ? La décision formelle du CE requiert-elle un vote de ladite instance et une inscription du point à l'ordre du jour ? Bien plus, que faut-il entendre par circonstances particulières justifiant le report de la désignation nominative de l'expert-comptable ? Une telle exception est-elle encadrée dans le temps ? D'utiles précisions sont dès lors attendues.

Gilles Dedessus Le Moustier, maître de conférences à l'université Rennes 1, IODE (UMR CNRS 6262)

110n9 Absence de droit propre de l'AGS à agir en reconnaissance d'un transfert des contrats de travail

• Cass. soc., 8 déc. 2016, n° 14-28401, FS-PB

En l'absence de fraude du salarié, l'AGS ne dispose d'aucun droit propre en reconnaissance d'un transfert des contrats de travail.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 décembre 2016 mérite de retenir l'attention tant la question de l'étendue du droit de l'AGS à contester sa garantie se révèle délicate. Les faits sont les suivants : une association employant 1 241 salariés, dont l'activité portait notamment sur l'action éducative en milieu ouvert, a été placée en liquidation judiciaire après rejet des offres de reprises, globale par le collectif des salariés ou partielle par le département. Les salariés licenciés pour motif économique ont saisi la juridiction prud'homale. L'AGS a, quant à elle, invoqué l'existence d'un transfert de l'entité économique autonome de l'association afin de contester la prise en charge des indemnités de licenciement. Les juges du fond ont déclaré irrecevable la demande de l'AGS aux motifs que les salariés n'ont pas contesté leur licenciement et que l'AGS ne peut se prévaloir seule de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Rejetant le pourvoi solidement argumenté de l'AGS, la Cour régulatrice énonce le principe selon lequel « en l'absence de fraude du salarié, l'AGS ne dispose d'aucun droit propre en reconnaissance d'un transfert des contrats de travail ».

Il convient de préciser sur ce point que l'AGS est un tiers par rapport à l'employeur et aux salariés dont il n'est pas l'ayant droit. C'est pourquoi, la Cour de cassation lui reconnaît un « droit propre pour contester le principe et l'étendue de sa garantie, dans tous les cas où les conditions de celle-ci ne paraissent pas remplies » (Cass. soc., 12 avr. 1995, n° 91-41170 : Bull. civ. V, n° 130). Cependant, l'AGS ne dispose pas d'un droit lui permettant de mettre en œuvre toute action susceptible de réduire le montant de sa garantie. En effet, une telle prérogative est amputée dans plusieurs hypothèses. D'une part, l'AGS n'est pas recevable, sauf fraude, à demander la requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée dans la mesure où les articles L. 1242-1 et suivants du Code du travail ont été édictés dans un souci de protection du salarié qui peut, seul se prévaloir de leur inobservation (Cass. soc., 4 déc. 2002, n° 00-43750 : Bull. civ. V, n° 367). D'autre part, conformément à l'article L. 632-4 du Code de commerce, l'AGS n'a pas la qualité pour solliciter l'annulation d'actes accomplis en période suspecte (Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-44234).

Avec l'arrêt rapporté, la Cour de cassation adopte une orientation jurisprudentielle qui a pour effet d'alourdir à nouveau les charges de l'AGS. Une telle orientation est très contestable (v. not. T. Méteyé, « Les créances salariales dans l'entreprise en difficulté », Les Cahiers sociaux 2015, n° 277, p. 469). Et ce d'autant plus que l'exception relative à la fraude du salarié ne saurait préserver suffisamment les droits de l'AGS dans la mesure où, en matière de transfert d'entreprise, la fraude consiste le plus souvent en une collusion frauduleuse entre employeurs successifs.

Gilles Dedessus Le Moustier, maître de conférences à l'université Rennes 1, IODE (UMR CNRS 6262)

▶ INFO PRATIQUE

Procédures collectives : baromètre 2016 du tribunal de commerce de Paris

Le greffe du tribunal de commerce de Paris a publié, le 22 février 2017, son baromètre 2016. Ainsi, en matière de procédures collectives, les règlements amiables (ouverture de mandats ad hoc et conciliation) progressent de 17 %. Les ouvertures de sauvegarde baissent de 38 % tandis que les ouvertures de redressement judiciaire sont en augmentation (+ 7 % par rapport à 2015) ; 7 256 salariés étaient concernés par ces procédures en 2016, soit une baisse de 58 % par rapport à 2015. Les jugements d'ouverture de liquidation judiciaires sont en légère baisse (- 3 %) ; 3 329 salariés étaient concernés (contre 3 310 en 2015), soit une moyenne d'un salarié par procédure.

- *Baromètre 2016 du greffe du tribunal de commerce de Paris, févr. 2017*

Défaillances d'entreprises en 2016 : chiffres de la Banque de France

Selon les derniers chiffres publiés par la Banque de France, le nombre cumulé des défaillances d'entreprises en France pour 2016 s'élevait à 57 978, contre 63 108 en 2015.

- *Banque de France, févr. 2017*

Prix Cyrille Bialkiewicz 2017

Les candidatures pour le « Prix Cyrille Bialkiewicz pour le droit des entreprises en difficulté » seront reçues jusqu'au 14 avril 2017 et devront être adressées au président du jury : professeur François-Xavier Lucas, université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, 12 place du Panthéon, 75005 Paris, Francois-xavier.lucas@univ-paris1.fr

Pourront concourir en vue de l'attribution de ce prix les auteurs d'un ouvrage de recherche en langue française intéressant le droit des entreprises en difficulté (thèse de doctorat, mémoire de recherche, monographie), soutenu ou publié après le 1^{er} janvier 2014.

▶ BIBLIO

La monnaie comme objet de sûretés

Les éditions LGDJ signalent la parution de la thèse de Freddy Lemaitre intitulée « La monnaie comme objet de sûretés », qui a été récompensée du prix de thèse André Isoré de la Chancellerie des universités de Paris, du prix de thèse de l'université Panthéon-Assas (Paris 2) et du premier prix de thèse Cyrille Bialkiewicz 2015.

F. Lemaitre, *La monnaie comme objet de sûretés*, 1^{re} éd., janv. 2017, LGDJ, coll. Thèses, 672 p., 64 €, en vente sur www.lgdj.fr

L'essentiel du droit des entreprises en difficulté

Les éditions Gualino publient, dans la collection Carrés Rouge, la 6^e édition de l'Essentiel du droit des entreprises en difficulté de Laetitia Antonini-Cochin et Laurence-Caroline Henry. Cette édition est à jour de la loi *Sapin 2* du 9 décembre 2016.

L. Antonini-Cochin et L.-C. Henry, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., févr. 2017, Gualino, 160 p., 15,50 €, en vente sur www.lgdj.fr



Avec le pack Lextenso Droit des entreprises en difficulté, simplifiez votre quotidien !

Suivez l'actualité, vérifiez l'état du droit positif ou gagnez en expertise sur un point de droit particulier grâce à un **NOUVEAU fonds incomparable 100% en ligne** :

- Le Bulletin Joly Entreprises en difficulté, L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté et les Petites Affiches
- Une bibliothèque d'ouvrages LGDJ
- Près de 2 000 000 de décisions de jurisprudence.

▶ Découvrez gratuitement pendant 8 jours le pack Droit des entreprises en difficulté sur www.lextenso.fr