

A LA UNE

139 Désignation d'un technicien par le juge-commissaire

• Cass. com., 13 sept. 2016, n° 15-11174, PB

L'ancien dirigeant dont la responsabilité pour insuffisance d'actif est recherchée, est recevable à exercer un recours contre la désignation par le juge-commissaire d'un technicien, laquelle peut intervenir à tout moment, peu important que l'action en responsabilité soit déjà engagée.

Près de 18 mois après avoir engagé la responsabilité d'un dirigeant, le liquidateur avait demandé au juge-commissaire de désigner un expert en vue d'éclairer le tribunal sur d'éventuelles fautes de gestion. Ce dirigeant ayant formé un recours contre l'ordonnance désignant ce technicien, le liquidateur tenait ce recours pour irrecevable, faute pour l'ancien dirigeant de la société en liquidation judiciaire d'avoir ni qualité à agir ni prétention à soutenir à ce stade de la désignation du technicien. La Cour de cassation rejette l'objection et décide que dès lors que les droits et obligations du dirigeant poursuivi étaient affectés au sens de l'article R. 621-21 du Code de commerce, il était recevable à exercer un recours contre l'ordonnance désignant le technicien. Sans doute avait-elle jugé le contraire par le passé (Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-18896 : Bull. civ. IV, n° 96), en dispensant le greffe de notifier une telle ordonnance aux dirigeants. Pour autant, il n'est pas certain que l'on puisse tenir l'arrêt ici rapporté pour un revirement de jurisprudence dès lors que, dans l'espèce lui servant de cadre, l'action en responsabilité contre le dirigeant était d'ores et déjà engagée, ce qui donne consistance à l'idée que la désignation d'un technicien enquêteur affectait les droits du dirigeant poursuivi.

Ce constat que l'action en responsabilité était d'ores et déjà engagée devant le tribunal avait d'ailleurs été tenue pour décisive par la cour d'appel qui en avait déduit qu'aucun technicien ne pouvait plus être désigné, « le rapport du technicien n'étant plus destiné à l'information du mandataire et tendant à « sauver » une procédure manifestement vouée à l'échec en obtenant à bon compte les éléments de preuve qui font défaut ». Une telle motivation est, à juste titre, jugée étrangère à la lettre de l'article L. 621-9, ce qui vaut à l'arrêt d'être cassé pour violation de ce texte. S'il est vrai qu'il apparaît plus cohérent que le liquidateur se préoccupe d'établir la preuve de la responsabilité du dirigeant avant de l'assigner et que l'intervention du technicien à cette fin précède l'acte introductif d'instance, l'arrêt rapporté juge que cette chronologie ne présente aucun caractère de nécessité. Dans bien des cas, le liquidateur, contraint par une prescription triennale qui lui commande d'agir rapidement, peut préférer lancer son assignation sur la foi des informations dont il dispose, quitte à saisir par la suite le juge-commissaire d'une demande de désignation d'un sachant si, au cours du débat judiciaire, il apparaît nécessaire de réunir de nouvelles preuves. Ce sera le cas tout particulièrement lorsque le dirigeant ayant lui-même fait établir un rapport d'expertise le dédouanant, le liquidateur devra répliquer en se procurant des informations, tâche que la Cour de cassation facilite en consacrant le principe selon lequel c'est « à tout moment » et partant en dépit de l'engagement d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif que le juge-commissaire peut désigner un technicien à cette fin.

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

SOMMAIRE

▶ SAUVEGARDE

- Ouverture d'une SFA : la procédure de conciliation demeure en cours même après l'ouverture d'une sauvegarde au bénéfice de l'un des demandeurs **2**

▶ OUVERTURE

- L'agent commercial est éligible au livre VI du Code de commerce **2**
- Liquidation amiable d'une société : précisions sur le délai pour assigner en redressement judiciaire **3**

▶ CRÉANCIERS

- Conséquences du défaut d'inscription sur la liste des créances postérieures méritantes **3**

▶ PLAN DE CESSION

- L'absence de garantie par le repreneur initial de la bonne exécution par le cessionnaire substitué des contrats cédés **4**
- Résiliation du bail commercial antérieurement à la conclusion des actes de cession **4**
- Conséquences du défaut de réponse du créancier à une proposition alternative de règlement des dettes **5**

▶ PROCÉDURE

- Coût de l'arbitrage et droit d'accès au juge d'une société en liquidation **5**

▶ DROIT SOCIAL

- Affaire *Continental* : maintien de la conception restrictive du coemploi **6**
- Saisine de la commission paritaire de l'emploi : exclusion d'une application autonome de l'ANI du 10 février 1969 **6**
- Plan de cession : reprise par le cessionnaire des droits attachés aux contrats de travail transférés **7**
- Contrôle par l'administration de la régularité de la consultation du CHSCT **7**



CONSEIL
NATIONAL

DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES
& DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

AVEC LE SOUTIEN DE LA CASSIE DES DÉPÔTS



► SAUVEGARDE

140 Ouverture d'une SFA : la procédure de conciliation demeure en cours même après l'ouverture d'une sauvegarde au bénéfice de l'un des demandeurs

• Cass. com., 12 juill. 2016, n° 14-27983, F-PB

Instituée notamment pour passer outre une opposition à un accord amiable soutenu par une majorité de créanciers, la sauvegarde financière accélérée (SFA) s'inscrit dans le prolongement d'une conciliation. Elle présupposait que celle-ci fût encore en cours au moment de son ouverture. C'est cette dernière condition qu'un créancier récalcitrant entendit discuter.

Une conciliation avait été ouverte en septembre 2013 au bénéfice d'une société mère et de sa filiale. La première obtint toutefois l'ouverture d'une sauvegarde avant la conclusion de l'accord amiable. Le créancier non signataire en déduisit que la conciliation avait par suite pris fin également à l'égard de sa filiale et qu'elle n'était donc plus en cours comme l'exige l'article L. 628-1 du Code de commerce. L'argument mettait en cause une pratique dont l'assise juridique peut être discutée. L'article L. 611-6 du Code de commerce prévoyant qu'une procédure de conciliation est ouverte sur la demande d'un débiteur, il eût été envisageable au plan processuel de soutenir qu'une procédure de conciliation par demandeur devait être ouverte, quitte à la joindre ensuite par application de l'article 367 du Code de procédure civile. Dans cette hypothèse, l'argument soulevé par ce créancier eût été plus faible. Prférant souvent en cette matière l'efficacité à l'orthodoxie juridique, la Cour de cassation conforte cette pratique et rejette le pourvoi considérant que la filiale était engagée dans une procédure de conciliation en cours à la date de sa requête en ouverture d'une SFA.

Rendue avant la réforme du 22 septembre 2014, la portée de cette solution s'étend à la sauvegarde accélérée. Il y a été précisé que cette procédure peut être ouverte alors que l'entreprise est en état de cessation des paiements mais depuis 45 jours au plus. Le second apport de l'arrêt reste ainsi utile dans l'hypothèse où cet état perdure depuis plus longtemps, ce qui peut être le cas une fois la conciliation ouverte. À cet égard, la banque soutenait que la société était en état de cessation des paiements car l'entrée en vigueur de l'accord amiable était conditionnée à son homologation qui n'était pas intervenue. L'argument est balayé. L'accord prévoyant l'engagement des signataires de ne pas prononcer l'exigibilité anticipée de leurs créances, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'en avoir déduit une manifestation non équivoque de l'intention des créanciers de suspendre l'exigibilité de leurs créances.

Gaël Couturier, Administrateur judiciaire, Associé FHB

► OUVERTURE

141 L'agent commercial est éligible au livre VI du Code de commerce

• Cass. 2^e civ., 23 juin 2016, n° 15-16637, PB

Est irrecevable la demande de l'agent commercial devant la commission de surendettement des particuliers.

Les personnes dont la situation est obérée ont droit aujourd'hui à un traitement collectif de leur passif : procédure de surendettement des particuliers d'un côté, procédures collectives du livre VI du Code de commerce de l'autre. Aucun choix n'est toutefois offert au débiteur puisque l'article L. 711-3 du Code de la consommation [depuis l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 applicable au 1^{er} juillet 2016 reprenant l'ancien article L. 333-3] énonce que « Les dispositions du présent livre ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le livre VI du Code de commerce ». Par touches successives, la jurisprudence épuise le contentieux relatif à la détermination des personnes soumises au droit des entreprises en difficulté, questions soulevées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 laquelle a fait rentrer dans le giron des procédures collectives « les personnes physiques exerçant une activité indépendante ». En sont exclus l'avocat exerçant au sein d'une société d'exercice libéral (Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-15191 : Bull. civ. IV, n° 35), le gérant même majoritaire d'une SARL (Cass. 2^e civ., 21 janv. 2010, n° 08-19984 : Bull. civ. II, n° 20), contrairement à l'associé d'une SNC (Cass. 2^e civ., 5 déc. 2013, n° 11-28092 : Bull. civ. II, n° 231) et au gérant d'une EARL (Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-20711). *Quid* de l'agent commercial ?

Un agent commercial sollicite devant la commission de la banque de France une procédure de surendettement, que cette dernière juge irrecevable, tout comme le juge d'instance. La Cour de cassation confirme la décision : « éta[n]t immatriculé au registre des agents commerciaux, le juge du tribunal d'instance en a exactement déduit [qu'il relevait] des procédures collectives du livre VI du Code de commerce ». Certes l'agent commercial n'est pas un commerçant (Cass. com., 29 oct. 1979, n° 78-14226 : Bull. civ. IV, n° 7), mais ce critère n'est plus déterminant depuis l'ordonnance de 2008, puisqu'il exerce bien une activité indépendante. À ce seul titre, il devra demander une procédure collective du livre VI du Code de commerce, devant le TGI en raison de la nature civile de son activité. L'immatriculation à un registre spécial (C. com., art. R. 134-5), sur lequel se fonde la Cour, ne nous semble pas un critère déterminant, puisque l'agent commercial « de fait » serait tout autant éligible. Tout au plus, pourra-t-on se poser la question de la composition de son actif, puisque, mandataire, il a été jugé justement qu'il ne pouvait être titulaire d'un fonds de commerce.

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

142 Liquidation amiable d'une société : précisions sur le délai pour assigner en redressement judiciaire

• Cass. com., 12 juill. 2016, n° 14-19694, F-PB

« Le délai d'un an à compter de la radiation, ouvert par ce texte [C. com., art. L. 631-5] à tout créancier pour assigner en redressement ou liquidation judiciaires une personne morale radiée du registre du commerce et des sociétés, ne court que si cette radiation est consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation amiable ».

Les créanciers peuvent assigner en redressement (C. com., art. L. 631-5) – ou en liquidation judiciaire (C. com., art. L. 640-5) – le débiteur qui a pourtant cessé son activité. Deux conditions sont néanmoins requises. La première réside dans le fait que le débiteur doit se trouver, contrairement aux dispositions antérieures à la loi de 2005, en état de cessation des paiements à la date de l'assignation. La seconde est d'ordre temporel : les créanciers sont contraints d'agir dans un temps limité. Si le débiteur est une personne morale soumise à immatriculation, le délai annuel préfix court « à compter de la radiation consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation » (C. com., art. L. 631-5). L'arrêt étudié détermine, pour la première fois semble-t-il, ce *dies a quo* dans un cas particulier.

En l'espèce, une société construit un immeuble qui a été ensuite soumis au régime de la copropriété. Le syndicat des copropriétaires l'assigne en redressement judiciaire, mais celle-ci a, entre-temps, été radiée du RCS. L'assignation a été délivrée plus d'un an après cette radiation, si bien que la cour d'appel a jugé la demande irrecevable. La décision est pourtant cassée par un attendu de principe : « Attendu que le délai d'un an à compter de la radiation, ouvert à tout créancier pour assigner en redressement ou liquidation judiciaires une personne morale radiée du registre du registre du commerce et des sociétés, ne court que si cette radiation est consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation amiable ».

La solution est logique. La radiation n'est qu'une mesure administrative n'ayant pas directement une influence sur la personnalité morale. Celle dernière survit à la dissolution pour les besoins de la liquidation. Elle ne disparaît qu'à la clôture de la liquidation (C. com., art. L. 237-2, al. 2) et cette disparition ne devient opposable aux tiers qu'à la publicité de cette clôture. C'est cette dernière publicité qui fait courir le délai de prescription lorsque la radiation l'a précédé. En l'espèce, la clôture de la liquidation au sens du droit des sociétés, était intervenue le 20 janvier 2011 et avait été publiée le 27 janvier, le syndicat des copropriétaires avait donc jusqu'au 27 janvier 2012 pour assigner, ce qu'il fit le 28 décembre 2011. La demande était donc recevable.

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

► CRÉANCIERS

143 Conséquences du défaut d'inscription sur la liste des créances postérieures méritantes

• Cass. com., 28 juin 2016, n° 14-21668, PB

L'absence d'inscription d'une créance sur la liste des créances postérieures instituée par l'article R. 622-15 du Code de commerce, qui n'est sanctionnée que par la perte du privilège du paiement prioritaire, est sans effet sur le droit de poursuite du créancier devant la juridiction de droit commun, lorsque sa créance répond aux conditions de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

La sanction du défaut d'inscription sur la liste est la perte du privilège que leur confère le II de l'article L. 622-17. En effet, la conséquence est très clairement la seule perte de la primauté de rang. La créance, qui, par hypothèse, répond aux trois conditions posées, fait néanmoins toujours partie des créances « méritantes ». Ainsi, à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut en poursuivre le paiement forcé.

En l'espèce après la mise en redressement de la société le 3 juin 2008, l'administrateur désigné a, pendant la période d'observation, commandé des fournitures et n'en a pas réglé le montant à l'échéance. Puis le 3 mars 2009 la conversion de la procédure en liquidation a été prononcée, et subséquentement le fournisseur a assigné l'administrateur et le liquidateur en paiement de la somme de 47 327 euros. Le tribunal a accueilli cette demande. Or, la cour d'appel a retenu, pour infirmer ledit jugement, que le fournisseur avait perdu le droit de se prévaloir de son droit de préférence dans les répartitions privilégiées au-delà de la somme de 11 400 euros, montant de sa créance, après compensation opérée par les organes de la procédure, figurant sur la liste des créances postérieures non réglées, et que la contestation de cette compensation échappait à son pouvoir juridictionnel. L'arrêt est cassé aux motifs qu'elle n'était pas saisie d'une contestation portant sur le montant inscrit sur la liste et la conservation de son privilège, mais d'une assignation en paiement de cette créance.

En effet, la liste des créances postérieures méritantes qui n'ont pas été payées à l'échéance doit être transmise par l'administrateur au liquidateur qui ne peut que compléter cette liste, avant de la déposer au greffe. Les organes de la procédure ne peuvent ainsi opérer de leur propre chef une compensation et réduire d'autant le montant des créances postérieures privilégiées régulièrement portées à leur connaissance. Seul le juge-commissaire est compétent sur ce point. Certes le fournisseur aurait pu contester devant le juge-commissaire le montant porté sur cette liste dans le mois suivant sa publication.

Mais, la Cour de cassation précise, et il faut s'en féliciter, que l'absence d'inscription sur la liste, ou comme en l'espèce l'inscription partielle, n'a vocation qu'à entraîner la perte du privilège et de lui seul, concernant le montant non porté sur la liste, et conserve donc le bénéfice découlant du droit au paiement à l'échéance et, ce faisant, du droit de poursuite individuelle pour l'intégralité de sa créance. Et contrairement à ce qu'affirme un auteur (Delpech X., Dalloz actualité, 25 juill. 2016), il ne s'agit aucunement de créance « antéro-postérieure », contraignant à une déclaration de créance, puisque la conversion en liquidation n'ouvre pas une nouvelle procédure, mais davantage du « prix de la course » auquel concourra certes les créanciers éligibles à l'article L. 622-17, I, et ceux relevant de l'article L. 641-13, I.

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

▶ PLAN DE CESSION

144 L'absence de garantie par le repreneur initial de la bonne exécution par le cessionnaire substitué des contrats cédés

• Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-16389, PB

Si l'auteur de l'offre retenue par le tribunal, autorisé à se substituer un tiers cessionnaire, reste garant solidairement de l'exécution des engagements qu'il a souscrits dans sa proposition de reprise, cette obligation ne s'étend pas à la garantie, envers les cocontractants cédés, de la bonne exécution des obligations en résultant par le cessionnaire substitué.

Dans la précipitation du plan de cession, le pétitionnaire peut ne pas disposer de la structure *ad hoc* pour accueillir l'entreprise reprise. En conséquence, le législateur prévoit à l'article L. 641-9 du Code de commerce la possibilité pour le pollicitant de se substituer un tiers dans l'opération. Cependant, pour contrecarrer toute fraude, cette faculté doit avoir été autorisée par le tribunal et implique que le cessionnaire demeure garant de la personne qu'il se substitue au titre des engagements pris dans sa proposition de reprise. Par un important arrêt en date du 12 juillet 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation précise l'étendue de cette obligation en ce qui concerne les contrats dont la cession est ordonnée par le tribunal. Eu égard aux termes employés et aux travaux préparatoires de la loi du 26 juillet 2005, le doute subsistait sur la garantie par le repreneur initial de la bonne exécution des contrats transférés par le cessionnaire substitué.

En l'espèce, un contrat de location financière avait été cédé dans le cadre d'un plan de cession mais le repreneur substitué n'était pas parvenu à honorer les termes du contrat. Par suite, la banque avait obtenu sa condamnation au versement d'une indemnité de résiliation ainsi qu'à la restitution du bien loué. Le cessionnaire substitué ayant été placé en liquidation judiciaire, l'établissement financier assigna l'auteur de l'offre de reprise en paiement de l'indemnité de résiliation. La cour d'appel ayant rejeté sa demande, la banque forma un pourvoi en cassation reprochant aux juges du fond d'une part d'avoir retenu une interprétation trop restrictive de l'article L. 641-9 du Code de commerce, d'autre part de n'avoir pas tenu compte de l'engagement pris dans l'offre de garantir l'exécution des contrats litigieux. Aucun de ces arguments n'est retenu par la Cour de cassation qui ainsi s'en tient aux solutions dégagées sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Il est vrai que si le cessionnaire est tenu de respecter les termes du contrat cédé, cette obligation trouve moins son origine dans l'offre de reprise que dans la force obligatoire des contrats transmis. Logiquement, il devrait en découler que le non-respect d'un contrat cédé ne peut aboutir à la résolution du plan de cession pour inexécution sauf le cas éventuellement où la résolution du contrat remet en cause la pérennité de l'entreprise. Quant à l'engagement pris par le repreneur initial de payer les cocontractants, la Cour de cassation se réfugie derrière l'appréciation des juges du fond ayant estimé que cette manifestation de volonté n'était pas destinée à ajouter à la garantie de l'article L. 641-9 du Code de commerce. *A contrario*, on en déduit qu'il pourrait en être autrement en cas de volonté claire en ce sens de la part du repreneur initial.

Nicolas Pelletier, maître de conférences à l'université de Nantes ; membre de l'IRDP

145 Résiliation du bail commercial antérieurement à la conclusion des actes de cession

• Cass. 2^e civ., 23 juin 2016, n° 15-21408, PB

Seule la société DG Hôtels était entrée en jouissance le 1^{er} juillet 2013 et avait exploité le fonds en exécution des dispositions du jugement arrêtant le plan de cession, et au jour de la signature de l'acte de cession d'entreprise, le 4 février 2014, au profit de la société DG Holidays, le bail commercial entre la SCI et la société DG Hôtels se trouvait résilié depuis le 13 octobre 2013 ; la société DG Holidays ne disposait donc d'aucun droit propre et avait la qualité d'occupant du chef de la société DG Hôtel à la date de l'arrêt ayant constaté la résiliation du bail et ordonné l'expulsion de cette société et de tout occupant de son chef.

La chronologie des faits peut être importante pour déterminer la date des effets d'un plan de cession. Un plan de cession d'une société en liquidation judiciaire est arrêté par un jugement du 26 juin 2013 au bénéfice de la société DG Résidences, devenue DG Hôtels, avec une entrée en jouissance, à son profit ou « au profit de toute autre personne qu'elle se substituerait », au 1^{er} juillet 2013. Un arrêt constate l'acquisition de la clause résolutoire, le 13 octobre 2013, du bail commercial liant la SCI propriétaire des locaux à la société DG Résidences et ordonne l'expulsion de cette dernière et de tous occupants de son chef. Par acte du 4 février 2014 intervient la cession de la société liquidée au profit de DG Holidays, substituée à DG Hôtels. La SCI fait signifier, les 3 et 9 février 2015, à la société DG Résidences un commandement de quitter les lieux, avant de faire procéder à son expulsion. Les sociétés repreneuses, pour contester cette mesure, font valoir que le commandement aurait dû être délivré à DG Holidays, et non à la seule DG Hôtels, en considérant que le jugement de cession avait prévu une date d'entrée en jouissance dès juillet 2013, devant bénéficier à toute personne substituée à la repreneuse, ce qui était le cas de DG Holidays. Elles se sont sans doute appuyées sur la solution selon laquelle, lorsqu'une date d'entrée en jouissance est fixée par le jugement arrêtant le plan de cession, c'est bien à cette date que s'opère la cession judiciaire des contrats [Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-15407 : Bull. civ. IV, n° 7 ; D. Affaires, p. 956, Lienhard A.], et non à celle de la conclusion de l'acte de cession de l'entreprise.

Mais la haute juridiction repousse ce raisonnement, relevant que seule la société DG Hôtels était entrée en jouissance des locaux à la date fixée et qu'au jour de la signature des actes de cession, le bail était déjà résilié. La société DG Holidays ne disposait donc d'aucun droit propre et avait pour seule qualité celle « d'occupant du chef » de DG Hôtels, au jour du jugement constatant la résiliation du bail. Le commandement de quitter les lieux n'avait donc pas à lui être signifié et a été régulièrement délivré à la personne dont l'expulsion a été ordonnée.

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

151 Conséquences du défaut de réponse du créancier à une proposition alternative de règlement des dettes

• CA Nîmes, 15 sept. 2016, n° 15/02649

Lorsque le projet de règlement alternatif des dettes adressé au créancier précise que « le défaut de réponse à ces propositions amènerait l'entreprise à opter pour l'option 1, à savoir paiement des créances à hauteur de 25 % (...), les créanciers ont été parfaitement informés si bien que le tribunal doit admettre qu'ils ont accepté implicitement cette option ».

Il est assez fréquent que, pour la préparation d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le mandataire fasse une proposition alternative aux créanciers admis : le remboursement intégral de la créance étalé cependant sur de nombreuses années (en l'espèce 9 ans), ou bien le remboursement immédiat mais très partiel (en l'espèce 25 % de la créance). Rien n'interdit une telle pratique, ingénieuse par ailleurs, puisque l'article L. 626-5 énonce que les propositions pour le règlement des dettes peuvent porter sur des délais et des remises. La difficulté survient lorsque le créancier ne répond pas dans le temps imparti car, si l'article L. 626-5, alinéa 2, prévoit expressément que le défaut de réponse par le créancier vaut acceptation, il est impossible de déterminer quelle branche de l'alternative est acceptée. Confronté au silence du créancier, le tribunal d'Avignon, n'avait pas admis que l'on puisse lui imposer une remise de dette, se fondant principalement sur le fait que « la renonciation à une créance admise en son principe à la suite d'une déclaration de créance ayant valeur de demande de justice ne saurait résulter d'une renonciation implicite ». Le jugement est réformé, puisqu'en l'espèce la proposition du mandataire était explicite. Le « courrier » indiquait que le défaut de réponse amènerait l'entreprise à opter pour la solution du paiement à hauteur de 25 %. La proposition était claire, le créancier parfaitement informé des conséquences de son attitude désinvolte, il était légitime qu'elle fût retenue. Il nous semble de surcroît que cette décision pourrait trouver une justification dans le nouvel article 1120 du Code civil : « le silence ne vaut pas acceptation à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi des usages, des relations d'affaires ou de *circonstances particulières* ». Il pourrait être pris aussi appui, par extension, sur l'esprit de l'article 1307-1, alinéa 2, relatif à l'obligation alternative : « si le choix n'est pas exercé dans un temps convenu, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix (...) ». Les mandataires devront veiller à rédiger avec le plus grand soin et mentionner clairement les conséquences du silence des créanciers. À cette condition, la solution doit être entièrement approuvée.

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

► PROCÉDURE

146 Coût de l'arbitrage et droit d'accès au juge d'une société en liquidation

• Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19389, PB

L'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne peut être déduite de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de faire face au coût de la procédure d'arbitrage.

Tenant en principe à la qualité de tiers d'un litigant ou au différend ne relevant de son domaine, l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire peut-elle procéder du déni de justice résultant de l'incapacité du débiteur en liquidation judiciaire à payer les frais de l'arbitrage ? La Cour de cassation répond par la négative.

Une société en liquidation judiciaire assigne en rupture brutale de relations commerciales deux sociétés qui, invoquant une clause compromissoire, soulèvent l'incompétence du tribunal de commerce. Le liquidateur reproche à la cour d'appel de Paris de rejeter le contredit alors que la clause compromissoire est manifestement inapplicable (CPC, art. 1448) dans la mesure où l'impossibilité de la société en liquidation de constituer la provision au paiement de laquelle la saisine de l'arbitre se trouve subordonnée porte atteinte à la substance même du droit d'accès au juge

Dans un arrêt antérieur la Cour de cassation a considéré « que, si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales » [Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2013, n° 11-27770 : Bull. civ. I, n° 59]. Cette formule restrictive semblait bien écarter l'inapplicabilité manifeste de la clause pour la demande principale. L'arrêt rapporté le confirme en approuvant la cour d'appel de Paris d'avoir considéré que l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ne saurait se déduire du déni de justice qui résulterait de l'incapacité de la société en liquidation à faire face au coût de la procédure d'arbitrage.

Il ressort du moyen annexé au pourvoi que la cour d'appel a motivé sa position en considérant « qu'il incombe au tribunal arbitral d'assurer l'accès au juge, la sanction d'un éventuel manquement à ce devoir ne pouvant intervenir qu'*a posteriori* » par l'annulation de la sentence (en ce sens : CA Paris, 17 nov. 2011, RG n° 09/24158 ; D. 2011, p. 3023, obs. Clay T.).

Cette décision souligne la difficulté de concilier la force obligatoire de la justice arbitrale payante voulue par les parties et le droit d'accès au juge. À cette fin, la Cour de cassation a subordonné, en présence d'une convention d'arbitrage, la recevabilité du référé-provision à l'urgence, condition consacrée et généralisée aux autres cas de référé par la réforme de l'arbitrage en 2011 (CPC, art. 1449).

Olivier Staes, maître de conférences à l'université des sciences sociales de Toulouse

► DROIT SOCIAL

147 Affaire *Continental* : maintien de la conception restrictive du coemploi

• Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 14-27266, FS-PB

Hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière.

Rendu dans le cadre de la très médiatique affaire *Continental*, cet arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation mérite toute notre attention en ce qu'il confirme l'approche restrictive du coemploi. Saisie de plusieurs pourvois formés par la société filiale Continental France et la société mère allemande Continental AG contre les arrêts de la cour d'appel d'Amiens rendus en septembre 2014, la Cour régulatrice confirme l'analyse des juges du fond qui avaient retenu l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements pour motif économique de plusieurs centaines de salariés du site de Clairoux, en raison de l'absence de justification de difficultés économiques et d'une menace pesant sur la compétitivité du secteur d'activité de la division « Passenger and Light Truck Fire ». En revanche, elle refuse de reconnaître la qualité de coemployeur de la société mère censurant en cela l'argumentation des juges d'appel.

Selon la Cour de cassation, ne peuvent suffire à caractériser une situation de coemploi, « (...) le fait que la politique du groupe déterminée par la société mère ait une incidence sur l'activité économique et sociale de sa filiale, et que la société mère ait pris dans le cadre de cette politique des décisions affectant le devenir de sa filiale et se soit engagée à garantir l'exécution des obligations de sa filiale liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois (...) ».

Maintenant sa jurisprudence *Molex* (Cass. soc., 2 juill. 2014, n°s 13-15208 à 13-21153. v. égal. : Cass. soc., 10 déc. 2015, n° 14-19316. Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 14-26541), la Cour de cassation cantonne la reconnaissance du coemploi aux situations exceptionnelles révélant l'anormalité dans les rapports sociétaires (v. not. : Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-15481). Il s'agit de lutter contre toute instrumentalisation de la personnalité morale des sociétés filiales et contre toute immixtion d'une société dans la gestion économique et sociale de l'autre (sur ce point : Pagnerre Y., « Licenciement pour motif économique – Le coemploi n'est pas encore mort : entre espoir et déception », JCP G 2016, 960).

Gilles Dedessus-Le-Moustier, maître de conférences à la faculté de droit et de science politique de Rennes

148 Saisine de la commission paritaire de l'emploi : exclusion d'une application autonome de l'ANI du 10 février 1969

• Cass. soc., 11 juill. 2016, n° 15-12752, FS-PBRI

C'est à juste titre qu'une cour d'appel juge que l'obligation de saisine préalable d'une commission territoriale de l'emploi n'était pas applicable après avoir relevé que l'accord du 30 avril 2003 relatif à la mise en place d'une commission paritaire de l'emploi et de la formation professionnelle applicable à l'ensemble des entreprises comprises dans le champ d'application de la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité, bien que se référant à l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi, n'attribuait pas de missions à cette commission en matière de reclassement externe.

La saisine des commissions territoriales de l'emploi est un casse-tête pour le praticien. À travers l'article premier de l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969, les partenaires sociaux ont décidé de la création de ces commissions qui ont, notamment, pour objet d'examiner les conditions de mise en œuvre des moyens de reclassement et de réadaptation ainsi que de participer, si nécessaire, à cette mise en œuvre et ce, dans le cadre de licenciements collectifs pour motif économique (art. 5 et 15 de l'accord). Dans certaines branches professionnelles (telle la métallurgie), ces commissions ont été mises en place par l'intermédiaire d'une convention collective ou d'un accord collectif. Il reste que, pour d'autres branches professionnelles, soit ces commissions n'existaient pas, soit elles n'avaient aucune mission visant le reclassement externe.

L'analyse de la jurisprudence laissait à penser que, quelle que soit l'option, la saisine de la seule commission territoriale de l'emploi était obligatoire s'agissant d'une extension conventionnelle de l'obligation de reclassement (Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-46009 : Bull. civ. V, n° 116. Cass. soc., 22 oct. 2014, n° 13-20403 : Bull. civ. V, n° 249). L'embarras du praticien résultait du fait, qu'en dehors de toute convention collective ou de tout accord collectif, la Cour de cassation semblait consacrer une application autonome de l'ANI du 10 février 1969 (Cass. soc., 30 sept. 2013, n° 12-15941 : Bull. civ. V, n° 223. Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-14611 : Bull. civ. V, n° 181. Cass. soc., 25 nov. 2015, n° 14-20038). L'arrêt commenté a le mérite de donner, enfin, une lecture lisible de la règle : seule l'instauration d'une commission territoriale de l'emploi ou d'une commission paritaire nationale de l'emploi, avec la mission expresse d'aider au reclassement externe, détermine l'existence de l'obligation de saisine.

Rappelons que l'obligation de saisine n'impose pas l'obligation de fournir une liste nominative des salariés dont le licenciement est envisagé ni leur profil individuel (Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-24305, PB).

Hubert de Frémont, avocat associé SCP Hadengue & Associés

149 Plan de cession : reprise par le cessionnaire des droits attachés aux contrats de travail transférés

- Cass. soc., 30 juin 2016, n° 14-26172, FS-PB

L'employeur peut s'engager à prendre en charge dans le cadre d'un plan de cession adopté par le tribunal de commerce, dont les salariés peuvent se prévaloir, les droits attachés aux contrats de travail transférés.

Cet arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 30 juin 2016 porte sur la question classique de la cession des dettes de salaire en cas de transfert des contrats de travail dans le cadre d'un plan de cession adopté par le tribunal de commerce (v. sur cette question : Morvan P., *Restructurations en droit social*, 3^e éd., LexisNexis, n° 248, p. 139). L'article L. 1224-2 du Code du travail institue une solidarité légale entre les employeurs successifs à la condition que le cédant soit une entreprise *in bonis* ou qu'il ait conclu une convention avec le cessionnaire.

En l'espèce, la société X a fait l'objet d'une liquidation judiciaire et d'un plan de cession. Le repreneur, la société Y, appartenant au groupe Z, s'est engagé à reprendre 89 contrats de travail et l'intégralité des droits acquis attachés à ces contrats et ce, quel que soit leur fait générateur et leur montant. Un salarié a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir la fixation d'une créance de salaires au passif de la liquidation judiciaire de la société X. Les juges d'appel ont condamné la société Y à garantir la société X du paiement des sommes dues au salarié. À la suite de cette décision favorable au salarié, la société Y s'est pourvue en cassation. L'argumentation au soutien du pourvoi reposait sur trois points. Tout d'abord, l'article L. 1224-2 du Code du travail étant d'ordre public, le cessionnaire ne pouvait s'engager par convention à reprendre les obligations incombant à la société liquidée. Ensuite, en supposant que la convention visée par le deuxième alinéa de l'article L. 1224-2 du Code du travail soit applicable en cas de procédure collective, une telle convention ne serait applicable au nouvel employeur qu'à la condition de prendre en compte la charge résultant des obligations pesant sur l'ancien employeur, une telle charge devant être d'une nature et d'un montant déterminés. Enfin, les droits ne peuvent être acquis que s'ils sont issus d'une décision de justice reconnaissant *a posteriori* leur existence.

Rejetant le pourvoi en cassation, la Cour régulatrice affirme que « l'employeur peut s'engager à prendre en charge dans le cadre d'un plan de cession adopté par le tribunal de commerce, dont les salariés peuvent se prévaloir, les droits attachés aux contrats de travail transférés ». Une telle solution ne saurait surprendre et mérite approbation (Cass. soc., 12 févr. 1992, n° 89-42276. Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 98-14662. Cass. soc., 23 sept. 2008, n° 07-41615).

Gilles Dedessus-Le-Moustier, maître de conférences à la faculté de droit et de science politique de Rennes

150 Contrôle par l'administration de la régularité de la consultation du CHSCT

- CE, 29 juin 2016, n° 386581

Il appartient à l'administration de s'assurer, en tenant compte des conditions dans lesquelles l'expert, le cas échéant désigné, a pu exercer sa mission, que le ou les CHSCT concernés ont pu, lorsque leur consultation est requise, se prononcer sur l'opération projetée en toute connaissance de cause.

La société A a procédé à un projet de restructuration en élaborant un accord majoritaire (contenu du PSE) et un document unilatéral (nombre de licenciement et critères d'ordre des licenciements). L'administration doit, tant aux termes de l'article L. 1233-57-2 du Code du travail (validation) qu'à ceux de l'article L. 1233-57-3 du même code (homologation), vérifier, le cas échéant, la régularité de la procédure d'information-consultation du CHSCT.

Le mérite de la décision commentée est de valider les outils que peut utiliser le CHSCT. Le premier point concerne le fait de savoir si le CHSCT a qualité pour formuler une demande d'injonction (C. trav., art. L. 1233-57-5) alors que l'article D. 1233-12 du même code semble laisser cette voie ouverte au seul comité d'entreprise, ou à défaut aux délégués du personnel, et aux organisations syndicales représentatives. Cette interrogation pourrait être rapprochée de celle concernant la qualité à agir du CHSCT, question à laquelle il a été répondu négativement (CE, 21 oct. 2015, n° 386123). Cependant, la décision rendue y répond positivement, le Conseil d'État retenant, peut-être, le fait qu'il soit surprenant que l'administration ait à contrôler la procédure d'information-consultation du CHSCT sans que celui-ci puisse avoir accès à la demande d'injonction en amont de la décision (v. en ce sens conclusions du rapporteur M^{me} Lieber *in* Semaine sociale Lamy 19 sept. 2016, n° 1736).

La seconde question concernait l'attitude du CHSCT qui, en l'espèce, n'avait pas mobilisé les outils en sa possession (notamment ceux concernant l'expertise). Le Conseil d'État souligne que cette passivité ne peut remettre en cause le droit à contester le caractère utile ou non de l'information transmise au CHSCT.

Le dernier apport de cette décision est de préciser que la question des vices liés à la procédure d'information-consultation du CHSCT ne vaut que si « la consultation est requise », cette procédure n'ayant aucun caractère automatique. Ce que le Conseil d'État a rappelé dans un arrêt récent en date du 7 septembre 2016 (CE, 7 sept. 2016, n° 394243).

Hubert de Frémont, avocat associé SCP Hadengue & Associés

VEILLE

Sociétés constituées pour l'exercice des professions d'administrateur et mandataire judiciaires

Pris pour l'application de l'article 67 de la loi *Macron* du 6 août 2015, le décret du 13 septembre 2016 modifie les règles de constitution, de nomination dans les offices ou d'inscription et de fonctionnement dans les sociétés d'exercice libéral constituées pour l'exercice d'une profession réglementée du droit et du chiffre et des sociétés de participations financières de profession libérale correspondante. Le chapitre 1^{er} concerne les sociétés constituées pour l'exercice de la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire et aux sociétés de participations financières dans ces sociétés. Il simplifie notamment les procédures de nomination ou de déclaration de changement de situation.

- *D. n° 2016-1218, 13 sept. 2016 : JO, 15 sept. 2016*

Bilan de la réforme de 2014

Le garde des Sceaux dresse un premier bilan de la réforme de 2014 (ord. n° 2014-326, 12 mars 2014 et D. n° 2014-736, 30 juin 2014) et plus particulièrement des procédures de sauvegarde accélérée et de rétablissement professionnel. « Il ressort des données non encore totalement agrégées remontant des juridictions que moins de cinq procédures de sauvegarde accélérée ont été ouvertes »,

ce « qui ne préjuge en rien de l'efficacité du mécanisme nouvellement institué puisqu'il convient de rappeler que le caractère incitatif de cette procédure peut fonctionner comme un moyen de convaincre les créanciers en conciliation d'accepter ce qui pourrait leur être imposé par le biais d'un vote majoritaire des comités de créanciers ». S'agissant du rétablissement professionnel, le nombre de demande d'ouvertes a été multiplié par trois pour l'année 2015 [210], « démontrant ainsi que cette nouvelle procédure, que seul le débiteur personne physique peut demander, commence progressivement à s'installer dans le paysage procédural des entreprises en difficulté ».

- *Rép. min. n° 84233, 7 juill. 2015 : JO AN Q. 6 sept. 2016, p. 7996*

BIBLIO

Droit des entreprises en difficulté

Les éditions LGDJ signalent la parution, dans la collection Précis Domat, de la 10^e édition de l'ouvrage « Droit des entreprises en difficulté » de Corinne Saint-Alary-Houin, agrégée des facultés de droit, professeur à l'université Toulouse 1-Capitole. Cette nouvelle édition est à jour de la loi *Macron* du 6 août 2015 et de ses décrets d'application.

- *Saint-Alary-Houin C., Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 10^e éd., sept. 2016, 1040 p., 49 €, en vente sur www.lgdj.fr*

Cours de droit des entreprises en difficulté 2016-2017

Les éditions Gualino publient, dans la collection Amphi LMD, la 2^e édition du *Cours de droit des entreprises en difficulté 2016-2017* de Dominique Vidal, agrégé de droit privé, avocat honoraire, arbitre commercial et professeur émérite de l'université Nice Sophia Antipolis et Giulio Cesare Giorgini, maître de conférences à l'université Nice Sophia Antipolis. Cet ouvrage est à jour de la loi *Macron* du 6 août 2015.

- *Vidal D. et Giorgini G. C., Cours de droit des entreprises en difficulté 2016-2017, Gualino, 2^e éd., sept. 2016, 640 p., 39,50 €, en vente sur www.lgdj.fr*

INFO PRATIQUE

Défaillances d'entreprises en France

Selon les chiffres publiés par la Banque de France, à fin juin 2016, le nombre de défaillances enregistrées sur les 12 derniers mois diminue de 3,6 % (61 146) et selon les données encore provisoires, le cumul de défaillances diminuerait de nouveau à fin juillet 2016 (-4,8 %).

- *Banque de France, stat info, 8 sept. 2016*

NOUVEAU

Agnès R. MANDATAIRE JUDICIAIRE

Recruter un collaborateur n'a jamais été aussi simple !

Découvrez le 1^{er} site d'offres d'emploi 100% GRATUIT & 100% JURIDIQUE

Emplois-Juridiques.fr est le NOUVEAU site d'offres d'emploi et d'association dédié aux professionnels du droit. Intuitif et entièrement gratuit, il vous permet de publier vos annonces en quelques clics. Alors, n'attendez plus pour recruter !



EMPLOIS-JURIDIQUES.fr

Ce nouveau service vous est offert par **Lextenso** et ses marques · Defrénois · Gazette du Palais · Gualino · Joly · LGDJ · Petites affiches ·



Revue mensuelle imprimée par JOUVE - 1, rue du Docteur Sauvé 53100 Mayenne

Éditée par Lextenso éditions SA - 70, rue du Gouverneur Général Félix Eboué - 92131 Issy Les Moulineaux Cedex

Dépôt légal : à parution - ISSN : 2101-4647 - N° CPPAP : 0521 T 89862

Abonnements - France : 109 € HT, 111,29 € TTC - Étranger : 141,70 € - Prix de vente au n° - France : 11,50 € HT, 11,74 € TTC - Étranger : 14,95 €

Relation clients : 01 40 93 40 40 - E-mail : abonnements@lextenso.fr