

## SOMMAIRE

PARIS - NANTES - LYON  
MONTPELLIER - LILLE

*Bureaux intégrés*

AIX-EN-PROVENCE - BORDEAUX  
CLERMONT-FERRAND  
LE HAVRE - MARSEILLE - METZ  
NANCY - NICE - ROUEN

*Réseau SIMON Avocats*

ALGÉRIE - ARGENTINE  
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN  
BAHAMAS - BAHREÏN  
BANGLADESH - BELGIQUE  
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL  
BULGARIE - CAMBODGE  
CAMEROUN - CHILI - CHINE  
CHYPRE - COLOMBIE  
CORÉE DU SUD - COSTA RICA  
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ  
EL SALVADOR  
ÉMIRATS ARABES UNIS  
ESTONIE - ÉTATS-UNIS  
GUATEMALA - HONDURAS  
HONGRIE - ÎLE MAURICE  
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES  
INDE - INDONÉSIE - IRAN  
ITALIE - KAZAKSTHAN  
KOWEÏT - LUXEMBOURG  
MADAGASCAR - MALTE  
MAROC - MEXIQUE  
NICARAGUA - OMAN  
PANAMA - PARAGUAY - PÉROU  
PORTUGAL - QATAR - RD CONGO  
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE  
SENEGAL - SINGAPOUR - SUISSE  
THAÏLANDE - TUNISIE - URUGUAY  
VENEZUELA - VIETNAM  
ZIMBABWE

*Conventions transnationales*

[www.simonassociés.com](http://www.simonassociés.com)  
[www.lettredurestructuring.com](http://www.lettredurestructuring.com)



<b>PRÉVENTION</b>	
<b>Pas de QPC sur les droits des actionnaires dans le cadre d'un prepack cession</b> Conseil d'Etat, 9 <sup>ème</sup> chambre, 1 <sup>er</sup> mars 2021, n°446819	p. 2
<b>PROCÉDURES COLLECTIVES</b>	
<b>Plan de redressement : recevabilité de la tierce opposition de l'associé privé de son droit de souscription</b> Cass. com., 31 mars 2021, n°19-14.839	p. 4
<b>DIRIGEANTS</b>	
<b>Responsabilité pour insuffisance d'actif : le dirigeant et sa compagnie d'assurances peuvent être poursuivis dans la même instance</b> Cass. com., 10 mars 2021, n°19-12.825 / 19-17.066	p. 6
<b>Suspension de l'exécution provisoire et voies de recours</b> Cass. com., 17 février 2021, n°19-12.417	p. 7
<b>ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS</b>	
<b>La protection renforcée de la caution personne physique en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde</b> Cass. com., 10 mars 2021, n°19-19.816 / 19-17.154	p. 7
<b>Formalisme de l'opposition formée contre un arrêt prononçant la liquidation judiciaire : l'exigence sévère de la Cour de cassation</b> Cass. com., 10 mars 2021, n°19-15.497	p. 8
<b>CRÉANCIERS</b>	
<b>La Cotisation Foncière des Entreprises née en période d'observation : une créance « méritante » payée à son échéance</b> Cass. com., 24 mars 2021, n°20-13.832	p. 9
<b>SOCIAL</b>	
<b>Licenciement économique et reconnaissance d'une UES</b> Cass. soc., 17 mars 2021, n°18-16.947, Publié au bulletin	p. 10
<b>ACTUALITÉS RESTRUCTURING</b>	p. 12

## PRÉVENTION

### Pas de QPC sur les droits des actionnaires dans le cadre d'un prepack cession

Conseil d'Etat, 9<sup>ème</sup> chambre, 1<sup>er</sup> mars 2021, n°446819

*Ce qu'il faut retenir :*

**Si la question de la constitutionnalité des dispositions légales relatives au régime du prepack cession peut se poser, notamment en ce qui concerne la préservation des droits des actionnaires, le Conseil d'Etat refuse toutefois de renvoyer devant le Conseil constitutionnel l'examen de cette constitutionnalité, considérant notamment que cette question est sans incidence sur la légalité des dispositions réglementaires relatives au prepack cession.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, la société D sollicite et obtient, au cours de l'exercice 2018, la désignation d'un conciliateur, ce dernier ayant pour mission d'assurer la pérennité de la société D et notamment d'étudier toute solution de prepack cession au sens de l'article L.611-7 du Code de commerce.

Moins d'un mois après la désignation dudit conciliateur, une offre de reprise conjointe des actifs de la société D, est présentée par les sociétés M et S.

C'est dans ce contexte que la société D sollicite et obtient l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, suivant jugement rendu le 24 juillet 2018 par le tribunal de commerce de Grenoble.

Par jugement rendu le 21 août 2018, le tribunal de commerce de Grenoble arrête le plan de cession des actifs de la société D au profit des sociétés M et S.

La société A, actionnaire minoritaire étranger de la société D, n'approuvant pas les termes et les conditions de cette cession, initie diverses procédures judiciaires, aux fins de contester cette cession.

Dans un premier temps, la société A forme une tierce-opposition nullité à l'encontre du jugement rendu le 21 août 2018 ayant arrêté le plan de cession des actifs de la société D, estimant notamment que le tribunal aurait commis un excès de pouvoir, en retenant une offre de reprise qui n'émanait pas d'un tiers au sens de l'article

L.642-3 du Code de commerce et que le plan de cession constituait une fraude à la loi, ainsi qu'aux droits des actionnaires.

Cette action est déclarée irrecevable par jugement rendu le 18 décembre 2018 par le tribunal de commerce de Grenoble, et ce en raison de l'inobservation des délais de recours par la société A.

Plus particulièrement, le tribunal de commerce relève que la société A n'a pas formé sa tierce opposition nullité dans les délais prévus par l'article R.661-2 du Code de commerce lequel énonce, en son premier alinéa, que :

*« Sauf dispositions contraires, l'opposition et la tierce opposition sont formées contre les décisions rendues en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire, de responsabilité pour insuffisance d'actif, de faillite personnelle ou d'interdiction prévue à l'article L.653-8, par déclaration au greffe dans le délai de dix jours à compter du prononcé de la décision. »*

La cour d'appel de Grenoble confirme, par arrêt du 6 juin 2019, cette irrecevabilité, suite à l'appel interjeté par la société A.

Plus particulièrement, les juges du fond estiment que l'article 643 du Code de procédure civile, qui prévoit au profit des personnes demeurant à l'étranger une augmentation de deux mois des délais qui leur sont impartis, est applicable au délai de tierce opposition mais seulement dans l'hypothèse où le jugement a été notifié à ce tiers, ce qui n'est pas le cas de la société A.

Ce contentieux est alors porté devant la chambre commerciale de la Cour de cassation, suite au pourvoi formé par la société A, laquelle formule, par mémoire séparé daté du 3 mars 2020, diverses questions prioritaires de constitutionnalité, à savoir :

*« L'article L.661-7 du Code de commerce, en ce qu'il interdit à des personnes intéressées toute tierce-opposition visant la rétractation ou la réformation du jugement arrêtant le plan de cession d'une société, porte-t-il atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, garanti par l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?*

*L'article L.661-7 du Code de commerce, en ce qu'il ne prévoit même pas, en cas de tierce-opposition nullité, un délai de distance pour les justiciables qui demeurent à l'étranger, porte-t-il atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, garanti par l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?*

*Les articles L.611-7, alinéa 1<sup>er</sup>, L.611-15 et L.642-2, I, alinéa 2<sup>nd</sup> du Code de commerce, en ce qu'ils organisent le dispositif dit de prepack cession, qui permet la cession des actifs d'une société en difficultés sans transparence et sans mise en concurrence, par dérogation aux principes régissant les procédures collectives, portent-ils atteinte :*

- *Au principe d'égalité, garanti par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?*
- *Au droit de propriété, garanti par les articles 2 et 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?*
- *A la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, garanties par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?*
- *Au principe de sécurité juridique, qui résulte des articles 2 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? »*

Ces questions ne sont toutefois pas transmises au Conseil constitutionnel, la chambre commerciale de la Cour de cassation estimant, par arrêt rendu le 4 juin 2020, que la tierce opposition de la société A étant irrecevable pour tardiveté, en application des dispositions réglementaires (l'article R.661-2 du Code de commerce), insusceptibles d'être critiquées par une question prioritaire de constitutionnalité, l'inconstitutionnalité qu'elle allègue des articles L.611-7, alinéa 1<sup>er</sup>, L.611-15 et L.642-2, I, alinéa 2<sup>nd</sup> du Code de commerce, serait sans influence sur la solution du litige.

La chambre commerciale de la Cour de cassation fait ici référence à la condition liée à l'applicabilité de la loi au litige, condition impérative à remplir afin que la question prioritaire de constitutionnalité puisse être transmise au Conseil constitutionnel.

Pour rappel, à cette condition s'ajoute celle de l'absence de déclaration préalable de conformité ainsi que celle du caractère sérieux ou nouveau de la question.

C'est dans ce contexte que, par arrêt rendu le 20 janvier 2021, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la société A, estimant qu'aucun de ses griefs ne caractérise un excès de pouvoir commis ou consacré par la cour d'appel de Grenoble.

Dans ces conditions, la société A sollicite auprès du Premier ministre l'abrogation des articles R.611-26-2, R.611-2 et R.611-3 du Code de commerce, ainsi que l'alinéa 3 de l'article 586 et l'article 643 du Code de procédure civile.

Compte tenu de la décision implicite de rejet de cette demande résultant du silence gardé par le Premier ministre, la société A saisit le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir aux fins d'annuler cette décision, et enjoindre au Premier ministre d'abroger les dispositions litigieuses.

Par mémoire distinct, à l'appui de son recours, la société A sollicite du Conseil d'Etat le renvoi devant le Conseil constitutionnel de la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions du premier alinéa de l'article L.611-7 du Code de commerce, de l'article L.611-15, du second alinéa du I de l'article L.642-2 et du premier alinéa de l'article L.661-7 du Code de commerce.

**En effet, la société A estime que ces dispositions, (i) en tenant les actionnaires à l'écart de la procédure de cession des actifs d'une personne morale faisant l'objet d'une procédure préventive, (ii) en aménageant un régime d'exercice des voies de recours très strict et (iii) en ne tenant pas compte des délais de distance dont doivent bénéficier les parties demeurant à l'étranger, portent atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, au principe d'égalité, au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre à la liberté contractuelle et au principe de sécurité juridique.**

Toutefois, le Conseil d'Etat décide de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité posée par la société A, estimant notamment que la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L.611-15, du second alinéa du I de l'article L.642-2 et du premier alinéa de l'article L.661-7 du Code de commerce, est sans incidence sur la légalité des dispositions réglementaires du Code de commerce et du Code de procédure civile dont la société A sollicite l'abrogation.

En outre, le Conseil d'Etat estime que si la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L.611-7 du Code de commerce a une incidence sur la légalité des dispositions de l'article R.611-26-2 du même code, en revanche, aucun grief sérieux n'existe à l'encontre de ces dispositions.

Si cette décision n'est pas surprenante, eu égard au refus antérieur de la Cour de cassation de transmettre cette même question au Conseil constitutionnel, elle permet en revanche de s'interroger quant à la préservation des droits des actionnaires dans le cadre d'un prepack cession.

En effet, il convient de rappeler que les textes ne prévoient aucune obligation pour le débiteur de solliciter l'autorisation des actionnaires en vue d'ouvrir une procédure de conciliation, voire de les informer du déroulé de cette procédure, sauf à ce que les statuts et/ou le pacte d'associés prévoient le contraire.

Il en résulte que, dans le cadre d'un prepack cession, à défaut d'être informé par le débiteur, c'est-à-dire, dans les faits, par le dirigeant, de l'ouverture et du déroulé de la procédure de conciliation, l'actionnaire n'en sera informé qu'à compter de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, date à laquelle, en principe, une ou plusieurs offres de reprise auront d'ores et déjà été déposées en vue de reprendre les actifs du débiteur.

Dans ce contexte, il n'est pas rare que l'actionnaire, jusqu'ici non informé du processus de cession, conteste les termes et conditions de la cession des actifs du débiteur, à l'instar de la société A, laquelle contestait notamment, en l'espèce, le prix de cession des actifs de la société D qu'elle estimait insuffisant au regard de sa situation financière.

En pareil cas, l'actionnaire insatisfait n'est toutefois pas dépourvu de tout moyen, la voie de la tierce opposition lui étant ouverte.

Encore faut-il, pour que cette action soit déclarée recevable, que les délais de recours soient respectés, ce qui n'était pas le cas de la société A.

**A rapprocher : Article L.611-15, second alinéa du I de l'article L.642-2 et premier alinéa de l'article L.661-7 du Code de commerce ; Cass. com., 4 juin 2020, n°19-23.389**

## PROCÉDURES COLLECTIVES

### Plan de redressement : recevabilité de la tierce opposition de l'associé privé de son droit de souscription

Cass. com., 31 mars 2021, n°19-14.839

*Ce qu'il faut retenir :*

**Si l'associé est, en principe, représenté par le dirigeant de la société dans les litiges opposant cette dernière à des tiers, celui-ci est néanmoins recevable à former tierce opposition contre un jugement auquel cette société a été partie s'il invoque une fraude à ses droits ou un moyen qui lui est propre. Tel est précisément le cas de l'associé qui a été évincé par l'adoption d'un plan de redressement portant atteinte à son droit préférentiel de souscription et ce, peu important que d'autres associés disposaient de ce même droit.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, une société anonyme a été placée en redressement judiciaire.

Dans le cadre de cette procédure, l'un des actionnaires a formé tierce opposition à un arrêt d'appel du 30 septembre 2017 ayant adopté le plan de redressement de la société débitrice dans les termes de la proposition élaborée par un tiers.

Le 5 mars 2018, l'assemblée générale de la société a, conformément au plan de redressement adopté par le tribunal, voté le « coup d'accordéon » et ainsi procédé à une réduction du capital à zéro suivie d'une augmentation de capital au profit de ce tiers, lequel est devenu l'actionnaire unique de la société.

Par un arrêt en date du 20 septembre 2018, la cour d'appel de Caen a déclaré irrecevable la tierce opposition formée par l'actionnaire, lequel invoquait une atteinte à sa qualité d'associé et à son droit préférentiel de souscription. Les juges du fond ont en effet considéré que les moyens invoqués par le tiers opposant avaient déjà été soutenus et défendus par le dirigeant de la société débitrice dans le cadre de l'instance ayant abouti à l'arrêt du 30 septembre 2017, lequel représentait à cette occasion, l'intégralité des associés. La cour d'appel a en outre relevé que les moyens soulevés concernaient tous les associés et qu'ils leur étaient donc communs.

Elle en a donc déduit que le tiers opposant, n'étant pas le seul à pouvoir invoquer de tels motifs, ne justifiait pas de *motifs propres* au sens des dispositions de **l'article 583 du Code de procédure civile** et que sa tierce opposition était donc irrecevable.

L'actionnaire s'est pourvu en cassation au motif que la représentation des associés par le représentant légal d'une société doit être limitée aux hypothèses où l'atteinte aux droits et au patrimoine des associés n'est que la conséquence *indirecte* de l'atteinte aux droits et au patrimoine de la société. Or, il relevait qu'en l'espèce, la perte de sa qualité d'associé et de son droit préférentiel de souscription par suite de l'adoption du plan de redressement s'analysait en une atteinte *directe* à ses droits, que dès lors il ne pouvait être représenté par le dirigeant de la société débitrice et, qu'ainsi, les juges du fond avaient violé **l'article 583 du Code de procédure civile** et **l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme** en déclarant sa tierce opposition irrecevable.

Par un arrêt du 31 mars 2021, la Cour de cassation approuve cette argumentation et censure l'arrêt d'appel au visa de l'article 583 du Code de procédure civile.

Elle rappelle en effet qu'il résulte de cette disposition que si l'associé est, en principe, représenté par le dirigeant de la société dans les litiges opposant la société à des tiers, celui-ci est néanmoins recevable à former tierce opposition contre un jugement auquel cette société a été partie *s'il invoque une fraude à ses droits ou un moyen qui lui est propre*. Or, la Haute juridiction relève qu'en l'espèce le plan de redressement adopté par l'arrêt du 30 novembre 2017 a porté atteinte à sa qualité d'associé et à son droit préférentiel de souscription. Elle en déduit donc que l'associé justifiait d'un « *moyen propre* » au sens de **l'article 583 du Code de procédure civile** et ce, peu important que chacun des autres associés ait disposé d'un droit préférentiel de souscription.

La Cour de cassation adopte un raisonnement *pédagogique*. L'on sait en effet que la voie de la tierce opposition est, par principe, réservée aux personnes qui justifient d'un intérêt à agir et qui ne sont ni parties,

ni représentées au jugement qu'elles attaquent (**CPC, art. 583, al. 1**). C'est précisément pour cette raison que la jurisprudence retient, de façon classique, que l'associé est « représenté » par le dirigeant de la société dans les litiges qui opposent la société à des tiers et, partant, que sa tierce opposition est en principe irrecevable (**Cass. com., 23 mai 2006, n°04-20.149**). Par exception, la recevabilité de sa tierce opposition est admise lorsque l'associé invoque *une fraude à ses droits ou un moyen qui lui est propre* (**CPC, art. 583, al. 1 in fine**). Tel était précisément le cas en l'espèce dès lors que le plan de redressement de la société débitrice mettait en œuvre un coup d'accordéon au profit d'un tiers et avait donc pour effet de priver l'associé de ses titres sociaux et de son droit de souscription. Il importait alors peu que ce moyen ait d'ores et déjà été soutenu par la société dans le cadre de l'instance ou que d'autres associés aient disposé de ce même droit de souscription.

La solution retenue par la Cour de cassation en l'espèce n'en reste pas moins *novatrice*. En effet, si la recevabilité de la tierce opposition formée par un associé avait été admise depuis 2006 pour les associés de société à responsabilité illimitée – lesquels sont, par nature, tenus indéfiniment aux dettes sociales (**Cass. com., 19 décembre 2006, n°05-14.816 : décision rendue sur le fondement du droit à l'accès au juge reconnu par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Cass. com., 6 octobre 2010, n°08-20.859 : décision rendue sur le fondement combiné de l'article 6§1 précité et de l'article 583 du Code de procédure civile**) –, tel n'était pas le cas pour les associés de société à responsabilité limitée. La Cour de cassation innove donc en admettant, pour la première fois, la recevabilité de la tierce opposition formée par un associé d'une société anonyme (c'est-à-dire d'une société à responsabilité limitée) se prévalant d'un moyen propre.

**A rapprocher : CPC, art. 583 ; Conv. EDH, art. 6§1 ; Cass. com., 23 mai 2006, n°04-20.149 ; Cass. com. 19 décembre 2006, n°05-14.816 ; Cass. com., 6 octobre 2010, n°08-20.859**

## DIRIGEANTS

### Responsabilité pour insuffisance d'actif : le dirigeant et sa compagnie d'assurances peuvent être poursuivis dans la même instance

Cass. com., 10 mars 2021, n°19-12.825 / 19-17.066

*Ce qu'il faut retenir :*

**Un dirigeant et la compagnie d'assurances auprès de laquelle a été souscrite une assurance pour garantir les conséquences de l'éventuelle responsabilité dudit dirigeant pour insuffisance d'actif peuvent être poursuivis par le liquidateur au sein de la même instance. L'action directe du tiers lésé en responsabilité suppose uniquement la démonstration de deux éléments : l'existence d'un contrat d'assurances couvrant la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif et la responsabilité dudit dirigeant.**

*Pour approfondir :*

Une société et trois de ses filiales ont fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire convertie en liquidation judiciaire.

Les sociétés débitrices avaient souscrit au profit de leur dirigeant une assurance couvrant son éventuelle condamnation solidaire au paiement de l'insuffisance d'actif des sociétés.

Le liquidateur a assigné le dirigeant des sociétés et la compagnie d'assurances en condamnation solidaire au paiement de l'insuffisance d'actif des sociétés débitrices sur le fondement des articles L.651-2 du Code de commerce et L.124-3 du Code des assurances. Le texte du Code de commerce prévoit que lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion.

La compagnie d'assurances reproche à la cour d'appel d'avoir déclaré recevable l'action en justice du liquidateur alors (i) qu'il a agi directement à son encontre dans la même instance que celle à l'encontre du dirigeant et (ii) qu'elle aurait dû relever que le liquidateur avait agi à la fois en tant que représentant des sociétés débitrices (souscriptrices du contrat d'assurances et bénéficiaires des sommes versées par le dirigeant condamné) et en tant que représentant des créanciers (les tiers lésés).

La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel dans son ensemble. Concernant le premier argument, elle indique que le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe contre l'assureur garantissant la responsabilité civile du dirigeant responsable et que cette action suppose seulement que le tiers lésé établisse, d'une part, l'existence du contrat d'assurance souscrit et, d'autre part, la responsabilité de l'assuré. En l'occurrence, la garantie des conséquences de la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants n'étant pas exclue par le contrat, les conditions étaient réunies pour que l'action directe exercée par le liquidateur contre l'assureur soit recevable. La Cour de cassation ajoute qu'aucun texte n'interdit au liquidateur de demander la condamnation du dirigeant ainsi que celle de l'assureur dans la même instance.

Par ailleurs, s'agissant du second argument, la Cour de cassation indique que le liquidateur agit en qualité d'organe de la procédure de liquidation judiciaire et en représentation de l'intérêt collectif des créanciers aux fins de réparation de leur préjudice. En d'autres termes, il n'agit pas pour le compte des sociétés liquidées, en conséquence de quoi il n'appartient pas au juge de prendre en considération la personnalité de la société souscriptrice du contrat d'assurance pour examiner la recevabilité de l'action directe du liquidateur.

**A rapprocher : Articles L.651-1 et L.651-2 du Code de commerce ; Article R.662-3 du Code de commerce ; Article L.124-3 du Code des assurances ; CA Versailles, 15 janvier 2019, 13<sup>ème</sup> chambre, n°18/02460**

### Suspension de l'exécution provisoire et voies de recours

Cass. com., 17 février 2021, n°19-12.417

*Ce qu'il faut retenir :*

**Aux termes de l'article 525-2 du Code de procédure civile – lequel est applicable à défaut de disposition spéciale prévue par l'article R.661-1 du Code de commerce – la décision du premier président de la cour d'appel saisi d'une demande tendant à arrêter l'exécution provisoire d'un jugement rendu en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif et de faillite personnelle est insusceptible de pourvoi en cassation.**

*Pour approfondir :*

Deux dirigeants avaient interjeté appel d'une décision les condamnant sur le fondement des dispositions de la responsabilité pour insuffisance d'actif et de l'interdiction de gérer, sollicitant parallèlement du premier président de la cour d'appel la suspension de l'exécution provisoire de ladite décision. Ce dernier ayant rejeté leur demande, les dirigeants ont formé un pourvoi en cassation à l'encontre de l'ordonnance présidentielle.

Les dirigeants fondaient la recevabilité de leurs prétentions sur l'article R.661-1 du Code de commerce, considérant que ce dernier écartait nécessairement l'application de l'article 525-2 du Code de procédure civile qui disposait expressément que la décision du premier président statuant sur l'exécution provisoire ne pouvait pas faire l'objet d'un recours.

La Haute juridiction jugea cependant irrecevable le pourvoi ainsi formé par les dirigeants, au visa notamment de l'article R.662-1 du Code de commerce, lequel rend applicable en matière de faillite les dispositions du Code de procédure civile en l'absence de disposition contraire du Livre VI. En l'espèce, l'article R.661-1 ne prévoyant aucune disposition spéciale ouvrant le pourvoi en cassation à l'encontre de l'ordonnance présidentielle statuant sur l'exécution provisoire, le recours devait être déclaré irrecevable en application de l'article 525-2 du Code de procédure civile.

Notons que la solution demeure d'actualité en dépit du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019, le nouvel article 514-6 du Code de procédure civile issu de la réforme reprenant la règle de l'article 525-2.

**A rapprocher : Article R.662-1 du Code de commerce**

## ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS

**La protection renforcée de la caution personne physique en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde**  
Cass. com., 10 mars 2021, n°19-19.816 / 19-17.154

*Ce qu'il faut retenir :*

**La caution personne physique peut se prévaloir des dispositions adoptées dans le plan de sauvegarde vis-à-vis du créancier pour échapper au paiement, dès lors que la procédure collective est ouverte après le 1<sup>er</sup> janvier 2006, et ce indépendamment de la date de l'engagement de la caution.**

*Pour approfondir :*

Une banque a consenti deux prêts à une société, dans la limite de montants fixés par conventions de crédit global de trésorerie.

La société n'a pas honoré ses engagements de remboursement, de sorte que deux mises en demeure ont été adressées par la banque, l'une à la société, l'autre à son dirigeant, lequel s'était rendu caution solidaire de l'exécution des deux conventions de crédit global de trésorerie, l'une antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 (le 1<sup>er</sup> janvier 2006), l'autre postérieure.

Puis, la société a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, laquelle a donné lieu à l'adoption d'un plan de sauvegarde, prévoyant le règlement de la créance de la banque en un unique dividende forfaitaire de 10 %.

La banque a poursuivi le dirigeant-caution en paiement. Pour y échapper, ce dernier s'est prévalu, pour les deux cautionnements, des dispositions de l'article L.626-11 du Code de commerce (dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005), lesquelles prévoient que le jugement qui arrête le plan de sauvegarde rend les dispositions de ce plan opposables à tous, en conséquence de quoi les personnes physiques ayant consenti une sûreté peuvent également s'en prévaloir. La cour d'appel a refusé que la caution puisse bénéficier de ces dispositions puisque le cautionnement avait été conclu avant l'entrée en vigueur du texte dans sa nouvelle rédaction.

La Cour de cassation a censuré le raisonnement de la cour d'appel et a considéré que les cautions personnes physiques devaient pouvoir bénéficier des dispositions protectrices de l'article L.626-11 du Code de commerce, lesquelles s'appliquant sans réserve à toute procédure collective ouverte après le 1<sup>er</sup> janvier 2006, peu important que l'engagement de la caution ait été souscrit avant.

**A rapprocher : Article L.626-11 du Code de commerce ; CA Amiens, Chambre économique, 5 février 2019, n°16/04589**

---

**Formalisme de l'opposition formée contre un arrêt prononçant la liquidation judiciaire : l'exigence sévère de la Cour de cassation**

Cass. com., 10 mars 2021, n°19-15.497

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le seul mode de saisine de la cour d'appel d'une opposition à un arrêt, rendu par défaut, ouvrant une liquidation judiciaire à l'égard des associés d'une société en nom collectif, est la déclaration au greffe, de sorte que l'opposition formée par des conclusions adressées par le Réseaux privé virtuel des avocats (RPVA) est irrecevable.**

*Pour approfondir :*

Les faits d'espèce concernent deux associés d'une société en nom collectif assignés par un créancier en ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

Cette affaire est l'occasion de rappeler que les associés gérants d'une société en nom collectif ont de droit la qualité de commerçants et sont réputés exercer une

activité commerciale, pouvant ainsi faire l'objet d'une liquidation judiciaire (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 5 décembre 2013, n°11-28092). De plus, en raison de leur qualité d'associés gérants de société en nom collectif, ils sont tenus individuellement, solidairement et indéfiniment à l'égard du passif de la société.

Si, en première instance, le tribunal de commerce de Douai avait rejeté la demande d'ouverture de liquidation judiciaire, la cour d'appel de Douai y a fait droit par arrêt, rendu par défaut, le 26 octobre 2017.

Les associés, qui ne s'étaient pas constitués devant la cour d'appel, décident alors de former une opposition à l'encontre de cet arrêt par conclusions dématérialisées, transmises au greffe via le Réseau privé virtuel des avocats (RPVA).

Après réouverture des débats afin de permettre aux parties de conclure sur la fin de non-recevoir soulevée d'office, la cour d'appel de Douai conclut à l'irrecevabilité de l'opposition, sur le fondement des dispositions de l'article R.661-2 du Code de commerce qui organise cette voie de recours appliquée aux procédures collectives, en ces termes :

*« Sauf dispositions contraires, l'opposition et la tierce opposition sont formées contre les décisions rendues en matière de mandat ad hoc, de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire, de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire, de responsabilité pour insuffisance d'actif, de faillite personnelle ou d'interdiction prévue à l'article L.653-8, **par déclaration au greffe** dans le délai de dix jours à compter du prononcé de la décision ».*

C'est l'arrêt qui a été soumis à la Cour de cassation, le moyen au pourvoi estimant notamment que « le dépôt de conclusions au greffe de la cour d'appel est assimilable à une déclaration motivée qui satisfait aux conditions de l'opposition et les tribunaux de commerce appliquent les principes directeurs du procès civil aux termes desquels les actes de procédure sont remis à la juridiction par voie électronique ».

La Cour de cassation rejette pourtant le pourvoi formé par les associés.

Elle rappelle, dans un premier temps, que l'article R.661-2 du Code de commerce est exclusif du droit commun des procédures civiles. Ainsi, les règles évoquées par les associés de la société en nom collectif n'ont pas vocation à s'appliquer en l'espèce.

Cette position de principe, conforme à la jurisprudence constante (*Cass. com.*, 14 mai 2002, n°99-10.325 et 99-10.535 ou encore *Cass. com.*, 14 juin 2017, n°15-25.698 ; *Cass. com.*, 17 févr. 2021, n°19-16.470), ne souffre guère la critique.

Toutefois, au visa de ce texte, la Cour juge ensuite que ne sont pas considérées comme une déclaration au greffe, au sens de l'article R.661-2 du Code de commerce, les conclusions envoyées de manière dématérialisée au greffe. En d'autres termes, l'opposition formée en matière de procédure collective exigerait que la déclaration au greffe se fasse, non par voie dématérialisée, mais par une comparution physique des requérants au greffe.

Ce faisant, la Haute juridiction se livre – à notre sens – à une lecture sévère du texte et excessivement pénalisante car, s'il est acquis que le droit des procédures collectives est fort souvent dérogoire du droit commun, la lettre même de l'article R.661-2 précité est taise sur la forme de cette déclaration au greffe et n'exige pas le respect d'un tel formalisme.

A l'heure du numérique et de la généralisation des procédures dématérialisées, la solution retenue par les Sages apparaît – par son excès de formalisme – critiquable par son classicisme et déconnectée des exigences de célérité (délai extrêmement réduit des voies de recours) et d'efficacité qu'imposent les procédures collectives.

**A rapprocher : Article R.661-2 du Code de commerce ; Cass. civ., 5 décembre 2013, n°11-28.092 ; Cass. com., 14 mai 2002, n°99-10.325 et 99-10.535 ; Cass. com., 14 juin 2017, n°15-25.698 ; Cass. com., 17 février 2021, n°19-16.470**

## CRÉANCIERS

**La cotisation foncière des entreprises née en période d'observation : une créance « méritante » payée à son échéance**

*Cass. com.*, 24 mars 2021, n°20-13.832

*Ce qu'il faut retenir :*

**La cotisation foncière des entreprises (CFE) due par le débiteur au titre de ses locaux professionnels, lorsqu'elle est née pendant la période d'observation, est une créance qualifiée de « méritante » au sens de l'article L.622-17 du Code de commerce et doit donc être payée à son échéance.**

*Pour approfondir :*

Une société (le débiteur) a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, suivi d'un plan de cession, avant qu'une procédure de liquidation judiciaire ne soit prononcée, avec autorisation de poursuite d'activité.

Postérieurement à la mise en liquidation, le liquidateur a reçu deux avis à tiers détenteur de la part de l'administration fiscale pour obtenir le paiement de la cotisation foncière des entreprises (CFE) due par le débiteur pour deux de ses établissements au titre de l'année 2014, date à laquelle le redressement judiciaire était ouvert et la période d'observation en cours.

Le liquidateur a alors engagé une procédure en demande de mainlevée des avis à tiers détenteur, pour tenter d'échapper au paiement de la CFE, ce que la cour d'appel a accepté. En effet, après avoir pourtant constaté que la CFE était d'origine légale, qu'elle était née postérieurement à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire et qu'elle était liée aux locaux utilisés, la cour d'appel a curieusement refusé de donner à cette créance un caractère privilégié, considérant qu'elle n'était pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation, qu'elle n'était ni utile à la conservation des locaux, ni inhérente à l'activité de la société, et encore moins directement issue d'opérations ou d'actes faits pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation qu'elle n'a notamment pas servi à financer.

En effet, selon l'article L.622-17 I du Code de commerce, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont considérées comme étant des créances privilégiées, ce qui implique qu'elles sont payées à leur échéance.

La Cour de cassation censure le raisonnement adopté par la cour d'appel en rappelant que la CFE, dès lors qu'elle est née (le 1<sup>er</sup> janvier) en cours de période d'observation, entre dans les conditions posées par l'article L.622-17 du Code de commerce. En effet, la CFE, calculée à partir de la valeur locative des biens immobiliers soumis à la taxe foncière que les entreprises utilisent pour leur activité professionnelle, constitue, pour les entreprises qui y sont assujetties, une obligation légale et est inhérente à l'activité poursuivie après le jugement d'ouverture et entre, en conséquence, dans les créances qualifiées en pratique de créances « méritantes ».

Il en ressort que le créancier titulaire d'une telle créance fiscale n'est pas soumis à l'arrêt des poursuites individuelles et peut donc poursuivre le débiteur pour en obtenir le paiement.

**A rapprocher : Article L.622-17 du Code de commerce ; CA Versailles, 17 décembre 2019, 13<sup>ème</sup> chambre, n°18/08.462**

## SOCIAL

### Licenciement économique et reconnaissance d'une UES

Cass. soc., 17 mars 2021, n°18-16.947,  
Publié au bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

**En l'absence de toute procédure de validation ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à la juridiction judiciaire d'apprécier l'incidence de la reconnaissance d'une unité économique et sociale (UES) quant à la validité des**

**licenciements, dès lors qu'il est soutenu devant elle que les licenciements auraient été décidés au niveau de cette UES, sans que cette contestation, qui ne concerne pas le bien-fondé de la décision administrative ayant autorisé le licenciement d'un salarié protégé, porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.**

*Pour approfondir :*

Une société T., dépendant d'un groupe, décide de transférer son siège social sur un site d'une autre filiale, la société T.C., entraînant une modification du contrat de travail de certains salariés pour motif économique (article L.1222-6 du Code du travail). Suite au refus de ces salariés, l'employeur engage une procédure de licenciement économique. Le tribunal d'instance, postérieurement à la consultation des institutions représentatives du personnel, a reconnu l'existence d'une unité économique et sociale (UES) entre les sociétés T. et T.C.

Malgré ce jugement et en pleine connaissance de celui-ci, l'un des salariés, qui bénéficie d'une protection en tant que titulaire du mandat de délégué du personnel, est convoqué à un entretien préalable. Une demande d'autorisation de le licencier est formée auprès de l'inspection du travail qui autorise le licenciement. Le salarié est donc licencié.

Le salarié saisit la juridiction prud'homale afin de faire juger que la rupture de son contrat de travail était nulle en l'absence de mise en œuvre d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

L'employeur oppose à cette demande l'autorisation donnée par l'inspecteur du travail et le principe de la séparation des pouvoirs entre autorités administrative et judiciaire, le juge judiciaire ne pouvant remettre en cause l'autorisation administrative de licencier un salarié protégé et que ce principe interdit au juge judiciaire d'apprécier la régularité de la procédure antérieure à la décision de l'inspection du travail. Par ailleurs, l'employeur soutenait que les conditions d'effectifs et le nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi ne s'apprécient qu'au niveau de l'entreprise de telle sorte qu'il ne pouvait être retenu l'obligation de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, la société T. ayant moins de 50 salariés.

La cour d'appel fait droit à la demande du salarié protégé, décision confirmée par la Cour de cassation.

Cette dernière constate tout d'abord qu'en l'absence de toute procédure de validation ou d'homologation d'un plan de sauvegarde de l'emploi, il appartient à la juridiction judiciaire d'apprécier l'incidence de la reconnaissance d'une UES quant à la validité des licenciements, dès lors qu'il est soutenu devant elle que les licenciements auraient été décidés au niveau de cette UES, sans que cette contestation, qui ne concerne pas le bien-fondé de la décision administrative ayant autorisé le licenciement d'un salarié protégé, porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Elle rappelle ensuite qu'il résulte d'une jurisprudence constante que, si les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements dont dépend l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi s'apprécient au niveau de l'entreprise que dirige l'employeur, il en va autrement lorsque, dans le cadre d'une unité économique et sociale, la décision de licencier a été prise au niveau de cette UES.

L'UES résulte d'une création jurisprudentielle et ressort du domaine d'expression collective des salariés et non de celui de la relation individuelle de travail. L'UES devient ainsi une assimilation de l'entreprise en ce qui concerne les droits collectifs des salariés la composant et un outil de recomposition de l'entreprise faisant prévaloir la communauté de travail.

Retenant que la société T. comprenait 15 salariés alors que l'effectif de la société T.C en comprenait plus d'une centaine, la Cour de cassation confirme donc que, dans cette hypothèse, la société T. malgré un faible effectif se devait de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi, le projet de réorganisation s'inscrivant dans un projet plus large de regroupement des activités des deux entités composant l'UES.

Dans ce schéma, la prudence dans la mise en œuvre d'une restructuration est à conseiller !

**A rapprocher : Cass. soc., 18 juillet 2000, n°99-60.353 ; Cass. soc., 16 novembre 2010, n°09-69.485 ; Cass. soc., 9 mars 2011, n°10-11.581 ; Cass. soc., 30 novembre 2017, n°15-14.303 ; Cass. soc., 21 novembre 2018, n°16-27.690 ; CE, 29 juin 2016, n°389278**

## ACTUALITÉ RESTRUCTURING SIMON ASSOCIÉS

### DISTINCTIONS

**Simon Associés élu meilleur cabinet d'avocats dans la catégorie Restructuring / Entreprises en difficulté**

*(pour la 6<sup>ème</sup> fois en 7 ans)*

et

**Cabinet d'avocats Français de l'année**

Palmarès du Droit 2021 – Le Monde du Droit / AFJE

[En savoir plus](#)

**Simon Associés distingué parmi les meilleurs cabinets d'avocats 2021**

Palmarès des Avocats – Le Point / Statista

[En savoir plus](#)

### ÉVÉNEMENTS

**Private Equity Exchange & Awards**

Retour sur la conférence digitale du 4 mars 2021 :

***2020s: the Turnaround Decade***

[Voir le replay](#)

### INTERVIEWS

**La gestion de crise**

Interview d'Emmanuel DRAI, avocat associé

[Voir la vidéo](#)

**La nécessaire transformation des entreprises de service et l'importance de la qualité de l'accompagnement durant ces périodes de transformation**

Interview de Philippe PICHLAK, Manager de transition

[Voir la vidéo](#)

### OPPORTUNITÉS

**Cliquez ici pour découvrir les dernières offres de reprise sélectionnées par notre cabinet**

*(liste actualisée toutes les 2 semaines)*