

SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LILLE

Bureaux intégrés

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

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHRÉÏN
BANGLADESH - BELGIQUE
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
CORÉE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTE
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
www.lettredurestructuring.com



PRÉVENTION	
Réseaux : comment traverser la crise ? Conseils pratiques	p. 2
PROCÉDURES COLLECTIVES	
L'économie d'un déplacement au greffe peut coûter cher ! Cass. com., 17 février 2021, n°19-16.470	p. 5
DIRIGEANTS	
Défaut de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal : faute de gestion ou simple négligence ? Cass. com., 3 février 2021, n°19-20.004	p. 6
Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : condamnation limitée au montant de l'insuffisance d'actif Cass. com., 17 février 2021, n°16-27.541	p. 8
ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS	
Modalités de versement du capital non libéré d'une SARL en cas d'ouverture d'une procédure collective CA Paris, Pôle 5 - chambre 8, 16 février 2021, n°19/20152	p. 8
Le caractère exclusif du recours de l'article R.624-8 du Code de commerce pour les associés de SCI Cass. com., 20 janvier 2021, n°19-13.539	p. 9
CRÉANCIERS	
Une créance admise au passif reste privilégiée à condition que la sûreté reste valable Cass. com., 17 février 2021, n°19-20.738	p. 10
Opposabilité de l'abandon de créance contenu dans le cadre d'un plan de redressement partiellement exécuté, et non résolu Cass. com., 6 janvier 2021, n°19-21.830	p. 11
SOCIAL	
Perte injustifiée d'emploi : pas de cumul d'indemnisation sur le fondement des responsabilités contractuelle et délictuelle Cass. soc., 27 janvier 2021, n°18-23.535, Publié au bulletin	p. 12
La nouvelle définition du co-emploi Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769, Publié au bulletin	p. 14
ACTUALITÉS RESTRUCTURING	p. 15

PRÉVENTION

Réseaux : comment traverser la crise ? Conseils pratiques

Ce qu'il faut retenir :

Face à la crise sanitaire et à ses conséquences économiques et financières, l'Etat a fait le maximum. Il faut s'en féliciter. Mais l'incertitude domine. Les PGE créent des problèmes de solvabilité aux entreprises faisant face à la contraction de leurs marchés et de leurs marges.

La crise a accéléré le besoin de transformation de certains business modèles. La rétraction des marchés impose d'adapter des structures de financement devenues brutalement surdimensionnées. Mais nombre d'entreprises concernées n'ont pas les moyens financiers pour faire face à l'intensité de l'effort requis. Le Ministre de la justice l'a souligné, l'anticipation et le recours aux procédures de prévention sont la clef pour faire face à ces situations complexes.

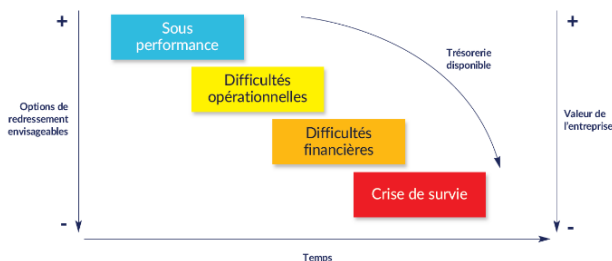
Pourquoi et comment ? La gestion de crise est une technique avec ses codes et modalités. Cet article propose une grille de lecture synthétique des questions essentielles à traiter.

Pour approfondir :

AGIR QUAND ON A ENCORE DES MARGES DE MANŒUVRE

Il ne faut pas attendre la crise de trésorerie pour agir. Le temps est le principal ennemi :

[LE DÉCLIN DE L'ENTREPRISE]



En temps de crise, maximiser le cash et le temps est un réflexe salvateur. Avoir du temps peut permettre d'imaginer des solutions de sortie de crise nécessitant

une transformation profonde de l'entreprise en s'appuyant sur ses forces vives et ses actionnaires historiques.

A l'inverse, la contraction du calendrier réduit les options disponibles et impose la nécessité d'une reconfiguration brutale du périmètre d'activité ou remet en cause l'indépendance de l'entreprise.

Dans la situation actuelle il faut donc conduire un « test de pérennité », c'est-à-dire d'analyser le risque d'une crise de liquidité pouvant engager le pronostic vital de l'entreprise, en dressant un prévisionnel mensuel de trésorerie permettant d'identifier l'existence d'un mur de trésorerie infranchissable.

S'il est identifié, il faut alors sans délai ouvrir une procédure de prévention des difficultés (mandat ad hoc & conciliation). Pourquoi ? Le monde des affaires n'est pas adapté à l'entreprise en situation de faiblesse qui devient une proie.

Face à une fragilité, il faut changer la donne en plaçant l'entreprise dans un cadre dont les règles et acteurs sont dédiés à guérir les fragilités de l'entreprise.

C'est le cas du mandat ad hoc et de la conciliation qui sont des procédures confidentielles, dans lesquelles l'entreprise va se faire assister d'un administrateur judiciaire agissant es qualités de mandataire ad hoc ou de conciliateur.

ANTICIPER POUR ÉVITER UN DÉALIGNEMENT D'INTÉRÊT ENTRE L'ENTREPRISE ET L'ACTIONNAIRE ET MAINTENIR UN DIALOGUE AVEC LES PRETEURS

L'actionnaire a une position ambivalente. Désireux de favoriser la reconfiguration financière et opérationnelle de la société pour assurer sa pérennité, il doit aussi optimiser sa valeur et protéger ses intérêts propres (R.O.I, calendrier de liquidité, image, responsabilité). Sa stratégie est structurante dans la définition des solutions. Anticiper ses intérêts et sa capacité à agir, en fonction de sa typologie (familiale, financière, entrepreneuriale, industrielle), de ses moyens, ou de son histoire avec la société, sont des éléments clefs du diagnostic global.

Ce sujet est prégnant pour les entreprises sous LBO - la durée des effets du COVID venant modifier l'horizon d'investissement des investisseurs professionnels – et pour les réseaux multi-enseignes dont certaines font face à une remise en cause accélérée de leur business model.

Attendre la crise de liquidité peut imposer un processus de restructuration financière de l'entreprise, voire une cession de la participation défailante.

Impliquer les prêteurs en temps utile peut éviter qu'ils se limitent à constater l'accroissement du risque et choisir de réduire leur exposition en réduisant leurs lignes ou en cédant leurs dettes à risques sur le marché au profit de *hedge funds* ou de fonds prédateurs procédant à une prise de contrôle par conversion d'une partie de la dette.

L'anticipation permet de proposer une restructuration répartissant les efforts et d'emporter l'adhésion.

CONSTITUER UN OUTIL DE LUCIDITÉ ET DE CONVICTION

Diriger en temps de crise est un exercice éprouvant et le plus souvent inédit.

Pour se préserver du risque de déni et de l'auto-conviction, il est essentiel de constituer une équipe projet rompue aux situations spéciales, avec des compétences internes et externes adaptées à la situation, complémentaires et indépendantes les unes des autres.

Elle posera un diagnostic objectif et complet restaurant la lucidité des acteurs, objectivant les problématiques, et permettant une prise de hauteur afin de concentrer la totalité des actions et des moyens sur l'objectif fixé.

Il permettra de poser les différentes alternatives possibles de sortie de crise, les objectifs auxquels elles correspondent, puis de s'engager résolument vers celle qui est choisie, en actionnant les bons leviers, en impliquant les bons acteurs clefs, et en évacuant - le temps est un actif - les solutions non praticables au bon moment.

Parce qu'on est toujours suspecté d'être subjectif, pour être entendu, le plan de sortie de crise s'appuiera sur les analyses indépendantes de l'équipe projet, qui viendront étayer la rationalité et la crédibilité des choix effectués et le calendrier de déploiement des actions correctives envisagées.

GÉRER LES TROIS CALENDRIERS DE LA CRISE POUR METTRE EN PLACE UNE SOLUTION DE PÉRENNITÉ

[CALENDRIER N°1 : L'URGENCE CASH]

Le principe est de passer au crible sur un rythme hebdomadaire les prévisions d'encaissements et de

décaissement à court terme (3 mois), de challenger les hypothèses opérationnelles sous-jacentes, et d'actionner les leviers qui vont permettre de repousser l'asphyxie financière. Pour cela il faut :

- Cesser de subir pour piloter et déterminer la capacité de l'entreprise à surmonter l'urgence cash en établissant des prévisions d'exploitation et de trésorerie hebdomadaires glissantes sur un horizon de 3 mois et remises à jour chaque semaine. Ces prévisions doivent identifier les pics de trésorerie à court terme et intégrer en variables des "hypothèses de sensibilité" de manière à ce que le plan de trésorerie anticipe les conséquences des événements positifs ou négatifs encore incertains. On anticipera la saisonnalité de l'activité et on prendra en compte avec prudence la probabilité de dégradation du BFR du fait de la réduction des couvertures d'assurance-crédit.
- Préserver les moyens de financement en place en tirant au maximum les lignes bancaires court terme ;
- Dégager des marges de manœuvres :
 - Optimisation des financements court terme existants et identification de ceux pouvant être mis en place tels que les crédits de campagnes, les crédits de trésorerie, la mobilisation de créances, le crédit documentaire, les gages sur stocks, etc. ;
 - Nettoyage de la balance âgée par la mise en place d'opérations de recouvrement "coup de poing" ;
 - Identification et mobilisation des créances fiscales (crédit de TVA, CICE, CIR, etc.) ;
 - Identification des leviers additionnels : report du paiement de certaines dettes fiscales et sociales (charges patronales et TVA en particulier) ; amélioration de la gestion des stocks (réduction du cycle de production avec une priorité donnée au cash plutôt qu'à la rentabilité) ; optimisation de la gestion du poste fournisseurs, associée à un pilotage prudent de la production en fonction des achats et des financements disponibles ;
 - Identification et mise en place de financements auto-liquidatifs ou cession d'actifs « périphériques » qui n'obèrent pas la valeur de la société ;
 - Possibilité de mettre un actif en fiducie sûreté pour sécuriser un prêt immédiat ;

- Refinancement de certains actifs (lease back, etc.).

DANS LES RÉSEAUX, IL FAUDRA IMPÉRATIVEMENT PORTER UNE ATTENTION PARTICULIÈRE À PLUSIEURS SUJETS STRUCTURANTS :

- Conserver la confiance des prêteurs, sauf à couper le réseau des moyens de financement de ses opérations et de son développement (cf. supra) et à provoquer un changement de contrôle (cf. supra) ;
- Sort des baux commerciaux et la relation avec les bailleurs ;
- Relations fournisseurs : il s'agit ici de trouver un équilibre entre la sécurité de l'approvisionnement et une gestion des flux financiers de l'entreprise compatible avec l'urgence cash ;
- Evaluer la pérennité des franchisés et membres du groupement afin d'éviter une dégradation de la note de crédit des têtes de réseau et de valider les ressources du plan de sortie de crise. La santé des membres du réseau peut amener à envisager une approche globale de la gestion de la crise tout en prenant garde à ne pas s'immiscer dans leur gestion ;
- Traitement et financement de l'impact probable de la crise sanitaire sur l'emploi : envisagé trop tardivement, ce sujet peut interdire tout plan de sortie de crise faute des financements nécessaires.

[CALENDRIER N°2 : DÉFINIR LE PLAN DE SORTIE DE CRISE]

Repousser le mur de trésorerie donne du temps au processus d'analyse, de négociation et de mise en œuvre des actions de redressement. Ce processus d'analyse laisse peu de place à l'erreur. Pour être efficace, il doit emporter l'adhésion des forces vives de l'entreprise, de ses partenaires opérationnels (clients, fournisseurs) et financiers ainsi que de ses actionnaires actuels ou futurs. Cette adhésion est un exercice difficile. Ces partenaires doivent se déterminer dans un contexte tout à fait inhabituel, dans lequel leur grille de lecture de l'entreprise est brouillée.

D'expérience, ce travail d'analyse et de conviction est nécessaire même si la crise n'est qu'une difficulté de trésorerie ponctuelle se résumant au traitement de ses conséquences pécuniaires. Les parties prenantes voudront vérifier ce caractère ponctuel et l'absence de

dégradation de la solvabilité de l'entreprise. Mais, le plus souvent, la crise met en évidence des dysfonctionnements critiques auxquels il faut remédier. La sortie de crise nécessite alors une transformation de l'entreprise et de ses fondamentaux opérationnels et financiers, obtenue par la mise en œuvre d'un plan de sortie de crise constitué de plusieurs actions combinées et/ou successives.

Cette phase est cruciale. Sa lucidité et son exhaustivité sont les conditions de pertinence et de succès du plan. On veillera en particulier :

- À cartographier très en amont les ressources de financement possibles (new money, cession d'actifs...) tout en préservant la relation avec les partenaires en place (Actionnaires / Banques / factor / Fournisseurs / assureurs crédit / Clients) ;
- À prendre en compte avec prudence les éventuels facteurs aggravants provenant de l'environnement : crise sectorielle ou macro-économique, insolvabilité ou conflit entre actionnaire, succession actionnariale ou managériale complexe, etc. ;
- À mettre en évidence dès que possible les leviers externes du projet de redéploiement : ressources humaines stratégiques, cession ou arrêt d'activité, appels d'offres en vue de l'externalisation de certains process opérationnels, négociations avec les partenaires financiers, processus de cession d'actifs, de levée de fonds ou d'adossement industriel ;
- À identifier différents scénarios raisonnés, permettant une analyse de sensibilité du plan de sortie de crise, basée en particulier sur les ressources financières disponibles, le calendrier envisageable et l'évolution immédiate des fondamentaux économiques de l'entreprise (stabilisation / détérioration).
- À ne pas s'attacher qu'aux symptômes, pour chercher les causes profondes de chaque situation. Par exemple une sous-performance structurelle peut être traitée par une action sur les charges de structure, mais aussi par la refonte du système d'information permettant une vraie analyse des prix de revient par produit, par une reconfiguration du business model, par un repositionnement stratégique, ou encore par une évolution de la politique commerciale ;

- À ne pas négliger les points de faiblesses secondaires mis en évidence par la survenance de la crise qui n'engagent pas le pronostic vital à court terme mais qui impactent négativement la valeur ou le potentiel de redéploiement ;
- À envisager les éventuelles opportunités de la crise : paradoxalement, bien gérée une crise peut être un moyen d'accroître sa position de marché par acquisition de concurrents en situation de faiblesse, d'améliorer l'efficacité de sa structure de financement, de reconfigurer son périmètre d'activité.

In fine, pour emporter la conviction, le plan doit offrir une grille de lecture objective, précise, documentée, cohérente et étayée par des analyses externes. Le plan pourra ainsi être confronté à la capacité & volonté d'action des parties prenantes et déboucher sur des choix concrets aux conséquences anticipées.

[CALENDRIER N°3 : L'HORIZON DE MISE EN ŒUVRE DU REDRESSEMENT]

(retour à un cash-flow positif) et/ou d'aboutissement d'un processus de levée de fonds ou d'adossement industriel, doit être pris en compte avec une extrême prudence car les erreurs d'appréciation se payent au prix fort.

La confrontation du temps nécessaire avec le temps disponible peut conduire à éliminer certaines alternatives et éviter de courir les chimères pour concentrer ses forces sur le possible.

EN CONCLUSION

Traverser la crise s'anticipe, se construit et s'organise. Il n'y a pas de fatalité de la crise car, bien gérée, chaque crise est une opportunité. La crise, accélérateur de tendances, n'est en définitive que le passage entre deux mondes. Ceux qui savent comment avancer seront les leaders de demain.

PROCÉDURES COLLECTIVES

L'économie d'un déplacement au greffe peut coûter cher !

Cass. com., 17 février 2021, n°19-16.470

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation rappelle que la tierce-opposition formée contre un jugement rendu en matière de procédure collective suppose un déplacement au greffe du tribunal, soit par le requérant lui-même, soit par l'intermédiaire de son conseil, mais ne peut en tout état de cause être réalisée par lettre recommandée adressée au greffe, quand bien même l'objet de la lettre est non équivoque.

Pour approfondir :

L'Hôtel Le Chamois d'Or a été placé en redressement judiciaire en décembre 2013, lequel a donné lieu à un plan de redressement sur 10 ans arrêté par jugement du tribunal en octobre 2016.

Un créancier dont la créance avait été admise dans le plan a formé tierce-opposition contre ce jugement arrêtant le plan de redressement (action tendant à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque) par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au greffe par l'intermédiaire de son conseil.

La tierce-opposition a été déclarée irrecevable dans la mesure où elle n'a pas fait l'objet d'une déclaration au greffe mais d'un courrier recommandé. Le créancier considère que la déclaration au greffe peut être écrite ou orale pourvu qu'elle soit « remise » au greffe et qu'en exigeant la comparution au greffe du créancier ou de son conseil, la cour d'appel aurait ajouté une condition de forme, faisant ainsi preuve d'un formalisme excessif dans l'application des règles de procédure. Cette position aurait donc été prise au mépris du droit à un procès équitable protégé par la Convention européenne des droits de l'homme insistant sur le fait que le texte en cause (Art. R.661-2 du Code de commerce) vise simplement une « déclaration au greffe » tout en restant silencieux sur ses modalités de mise en œuvre.

La Cour de cassation conforte la cour d'appel dans sa décision en rappelant que l'article R.661-2 du Code de commerce est d'ordre public, en conséquence de quoi la tierce-opposition ne peut être formée **que par déclaration au greffe**, tout en ajoutant qu'il est de jurisprudence constante qu'une déclaration au greffe répond à des conditions de forme particulières nécessitant **un déplacement au greffe**, soit du requérant lui-même, soit de son conseil, tandis qu'une lettre recommandée avec accusé de réception, même si son objet est non équivoque, ne peut pas être assimilée à une déclaration au greffe.

La Cour de cassation considère que cette spécificité procédurale ne remet pas en cause le droit à un procès équitable puisque bien au contraire, faire de la déclaration au greffe la seule forme de recours possible permet de sécuriser les justiciables, en évitant ainsi des interprétations différentes selon les juridictions.

L'objectif de cette spécificité procédurale est de trouver le bon équilibre entre un formalisme excessif qui porterait atteinte à l'équité de la procédure, et une souplesse excessive qui aboutirait à supprimer les conditions de forme établies par les règles de procédure. En l'occurrence, les modalités procédurales, aussi strictes soient-elles, n'ont pas pour effet de priver les créanciers de l'exercice d'un recours et de remettre en cause leur droit d'accès à un tribunal, ceux-ci ayant toute latitude, en cas d'impossibilité pour eux de se déplacer au greffe, de mandater un avocat pour ce faire.

A ce titre, la Cour de cassation considère que cette exigence procédurale tend à un but légitime, à savoir le traitement rapide des affaires en matière de procédure collective compte tenu des enjeux économiques pour le débiteur, ses créanciers, mais aussi ses salariés, et qu'il existait en l'espèce un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'exigence d'un déplacement pour faire la déclaration, assurant une fiabilité maximale sans pour autant induire des coûts importants pour les contestants, et le but visé.

A rapprocher : Articles L.661-2 et R.661-2 du Code de commerce ; Articles 58 et 122 du Code de procédure civile ; Article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ; CA Chambéry, Ch. civ. 1^{ère}, section, 4 septembre 2018

DIRIGEANTS

Défaut de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal : faute de gestion ou simple négligence ?

Cass. com., 3 février 2021, n°19-20.004

Ce qu'il faut retenir :

L'omission de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal de 45 jours peut constituer une simple négligence du dirigeant lui permettant de s'exonérer de sa responsabilité pour insuffisance d'actif, quand bien même celui-ci n'ignorait pas cet état.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société a été placée en liquidation judiciaire. Dans le cadre des opérations de liquidation, le liquidateur a assigné les anciens dirigeants successifs de la société sur le fondement de la responsabilité pour insuffisance d'actif (**C. com., art. L.651-2**), considérant que ces derniers n'avaient pas déclaré l'état de cessation des paiements dans le délai légal, alors même qu'ils avaient parfaitement conscience de ce que cette dernière se trouvait en état de cessation des paiements.

Par un arrêt du 23 mai 2019, la Cour d'appel de Metz a débouté le liquidateur de sa demande, au motif qu'il n'était pas démontré qu'il ne s'agissait pas d'une simple négligence.

Le liquidateur s'est alors pourvu en cassation, estimant que l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal ne peut constituer une simple négligence qu'à la condition que le dirigeant ait pu ignorer la cessation des paiements ; ce qui n'était selon lui pas le cas en l'espèce. En effet, le liquidateur considérait que les dirigeants successifs ne pouvaient ignorer cet état, dès lors que le résultat de l'exercice social était déficitaire depuis plusieurs mois, qu'un dossier prévisionnel de développement avait été établi aux fins de résoudre les difficultés financières de la société (témoignant ainsi de la volonté des dirigeants de chercher une solution) et, enfin, que des décisions avaient été prises pour apurer le passif (vente de 80 % du fonds de commerce et augmentation de capital à hauteur de 60.000 €).

Selon le liquidateur, ces éléments de fait établissaient que les dirigeants avaient connaissance de l'état de cessation des paiements de leur société, ce qui permettait d'exclure la simple négligence au profit d'une véritable faute de gestion, laquelle justifiait par conséquent qu'ils soient solidairement condamnés à combler le montant de l'insuffisance d'actif.

Par un arrêt en date du 3 février 2021, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le liquidateur, en affirmant que « *le moyen, qui postule que l'omission de la déclaration de cessation des paiements dans le délai légal ne peut constituer une simple négligence du dirigeant qu'à la condition que celui-ci ait pu ignorer cet état, n'est (...) pas fondé* ». En d'autres termes, la Haute juridiction a considéré qu'il n'est pas nécessaire, pour se prévaloir d'une simple négligence exonératoire de responsabilité, que le dirigeant ait eu connaissance de l'état de cessation des paiements de sa société.

Pour rappel, l'article L.651-2 du Code de commerce permet d'engager une action en responsabilité pour insuffisance d'actif à l'encontre d'un dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale, dès lors que celui-ci a commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. L'objectif de cette action est de mettre le montant de l'insuffisance d'actif à la charge dudit dirigeant (en d'autres termes, de le condamner à « combler » le passif de la société). De façon classique, une telle action est subordonnée à la réunion de quatre conditions : une condition préalable, celle de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire (i), un préjudice, à savoir une insuffisance d'actif (ii), mais aussi et surtout, une faute de gestion commise par un dirigeant de fait ou de droit (iii) ayant contribué à cette insuffisance d'actif (iv).

Qu'en est-il alors du défaut de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal ? L'article L.631-4 du Code de commerce impose en effet au dirigeant de déclarer l'état de cessation des paiements dans un délai de 45 jours à compter de son apparition (en sollicitant, sauf procédure de conciliation, l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation [*C. com., art. L.631-4 pour le redressement et C. com., art. L.640-4 pour la liquidation*]). La jurisprudence considérait de façon traditionnelle que le défaut de déclaration dans le délai légal précité pouvait

constituer une faute de gestion au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce, dès lors que celle-ci avait contribué à l'insuffisance d'actif (*Cass. com., 14 janv. 1997, n°94-18.492 ; Cass. com., 27 mars 2012, n°11-13.787*). La Loi Sapin II du 9 décembre 2016 a toutefois rectifié cette conception jurisprudentielle, l'article L.651-2 du Code de commerce énonçant désormais expressément que la responsabilité pour insuffisance d'actif doit être écartée « *en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société* ».

Par suite de cette modification législative (qui est applicable aux procédures collectives et actions en cours [*Cass. com., 5 sept. 2018, n°17-15.031*]) justifiant ainsi son application à la présente espèce, il convient donc désormais de distinguer entre la faute de gestion (qui conditionne la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant) de la simple négligence (qui est exonératoire de responsabilité).

Cette distinction peut s'avérer délicate. La Haute juridiction ne permet pas, dans le présent arrêt du 3 février 2021, d'établir une règle générale selon laquelle la tardiveté de la déclaration de l'état de cessation des paiements constituerait tantôt une faute de gestion, tantôt une simple négligence. Cette décision permet toutefois de nous éclairer sur la notion de simple négligence figurant à l'article L.651-2 du Code de commerce. Selon la Cour de cassation, si la responsabilité pour insuffisance d'actif est exclue en cas de simple négligence, cette dernière ne peut, s'agissant de l'omission de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal, être réduite aux cas dans lesquels le dirigeant ignorait un tel état. Par un raisonnement *a contrario*, la connaissance de l'état de cessation des paiements par le dirigeant n'est donc pas suffisante à exclure la possibilité, pour ce dernier, de se prévaloir d'une simple négligence exonératoire de responsabilité.

A rapprocher : Articles L.631-4, L.640-4 et L.651-2 du Code de commerce ; Cass. com., 14 janv. 1997, n°94-18.492 ; Cass. com., 27 mars 2012, n°11-13.787 ; Cass. com., 5 sept. 2018, n°17-15.031

**Action en responsabilité pour insuffisance d'actif :
condamnation limitée au montant de l'insuffisance
d'actif**

Cass. com., 17 février 2021, n°16-27.541

Ce qu'il faut retenir :

Le montant de la condamnation d'un dirigeant sur le fondement de l'article L.651-2 du Code de commerce ne peut excéder le montant de l'insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire.

Pour approfondir :

Il est parfois des évidences que la Haute juridiction est contrainte de rappeler aux juges du fond.

Un dirigeant avait été condamné sur le fondement de l'article L.651-2 du Code de commerce à verser au liquidateur judiciaire ès qualités la somme de 166.926,11 € à la suite de diverses fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire de sa société, cette somme correspondant à l'intégralité du passif admis à la procédure.

Aux termes de son pourvoi en cassation, le dirigeant faisait grief aux juges du fond de l'avoir condamné à l'intégralité du passif, alors que le dirigeant ne peut être condamné qu'à la différence entre le passif admis et l'actif. En l'espèce, les opérations de la liquidation judiciaire avaient fait apparaître un actif s'élevant à 14.295 €.

La cassation était inévitable, tant l'arrêt contrevenait aux principes même de l'article L.651-2 du Code de commerce et de la responsabilité de droit commun. Aux termes d'un attendu aux allures de leçon de droit, la Haute juridiction censura les juges du fond, jugeant que « *le montant de la condamnation d'un dirigeant sur le fondement de l'article L.651-2 du Code de commerce ne peut excéder le montant de l'insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire* ».

A rapprocher : Article L.651-2 du Code de commerce

ACTIONNAIRES / INVESTISSEURS

**Modalités de versement du capital non libéré d'une
SARL en cas d'ouverture d'une procédure collective**

CA Paris, Pôle 5 - chambre 8, 16 février 2021,
n°19/20152

Ce qu'il faut retenir :

En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'une société à responsabilité limitée, le liquidateur judiciaire n'est pas fondé à solliciter le versement de la fraction du capital social non libéré auprès d'un associé cessionnaire, lorsque ce dernier ne s'est pas expressément engagé à supporter solidairement cette créance.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société D, société à responsabilité limitée, est constituée le 26 janvier 2016, son capital social étant fixé à la somme de 188.000 €, souscrit intégralement et partiellement libéré.

A cet égard, il convient de rappeler que si le capital social d'une société à responsabilité limitée doit être intégralement souscrit à sa constitution, en revanche, rien ne s'oppose, lorsque les apports sont effectués en numéraire, à ce que les associés ne libèrent qu'une fraction du capital social, et ce *a minima* à hauteur de 1/5^{ème} du montant du capital social, le solde devant être libéré dans les 5 ans suivant l'immatriculation de la société, conformément aux dispositions de l'article L.223-7 du Code de commerce.

En l'espèce, tout porte à croire que les associés fondateurs de la société D ont usé de cette faculté, étant précisé qu'au regard des dispositions précitées, une libération du solde du capital social devait intervenir avant le 26 janvier 2021.

Au cours de l'exercice 2016, l'un des associés fondateurs de la société D décide de céder l'intégralité de ses parts sociales à M. J, et ce sans que le solde du capital social restant dû à la société D ne soit libéré.

Par jugement rendu le 1^{er} octobre 2018, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'égard de la société D, laquelle a été, par la suite, convertie en procédure de liquidation judiciaire, par jugement rendu le 10 décembre 2018.

C'est dans ce contexte que le liquidateur judiciaire met en demeure les associés de la société D de lui verser la fraction du capital social non libéré, sur le fondement des dispositions de l'article L.643-1 du Code de commerce qui dispose que le jugement ouvrant ou prononçant une procédure de liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues, en ce compris la fraction non libérée du capital social.

En l'occurrence, les associés de la société D ne donnent pas suite à la demande du liquidateur judiciaire, lequel décide alors de les assigner, aux fins de les voir condamner au paiement de la fraction non libérée du capital social.

Par jugement rendu le 4 juin 2019, la juridiction de première instance fait droit à la demande du liquidateur judiciaire et condamne les associés de la société D à verser la fraction du capital social non libérée.

Les associés de la société D interjettent appel à l'encontre de cette décision, M.J. estimant notamment qu'en sa qualité d'associé non fondateur, l'obligation du versement de la fraction non libérée du capital social de la société D ne lui est pas opposable.

Telle n'est pas la position du liquidateur judiciaire de la société D lequel estime, au contraire, qu'en sa qualité de cessionnaire des parts sociales d'un des associés fondateurs de la société D, M. J s'est vu transmettre l'intégralité des droits et obligations attachés aux parts sociales, en ce compris l'obligation de versement de la fraction non libérée du capital social.

Par arrêt rendu le 16 février 2021, la Cour d'appel de Paris confirme l'analyse de M. J, rappelant notamment que si l'associé d'une société est débiteur envers celle-ci de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie, conformément aux termes de l'article 1843-3 du Code civil, en revanche, l'obligation de libération du capital social ne se transmet pas de plein droit au cessionnaire de parts sociales, dans le cadre d'une société à responsabilité limitée, sauf stipulation contractuelle expresse.

En effet, les juges du fond rappellent que l'obligation solidaire, qui lie les actionnaires fondateurs et les cessionnaires successifs, de verser la fraction du capital social non libérée, n'est transmise de plein droit au cessionnaire que dans le cadre des sociétés par actions, et ce conformément aux dispositions de l'article L.228-28 du Code de commerce.

Par conséquent, en application des dispositions du droit des sociétés, le liquidateur judiciaire de la société D ne pouvait se retourner contre M. J, cessionnaire de parts sociales d'une société à responsabilité limitée, faute de stipulation contractuelle prévoyant une obligation solidaire.

Cette décision, qui interprète strictement les textes applicables en droit des sociétés, confirme la jurisprudence rendue en la matière (CA Aix en Provence, 15 octobre 2008, n°08/18686).

A rapprocher : Articles L.624-20, L.631-18 et L.228-28 du Code de commerce ; Article 1843-3 du Code civil

Le caractère exclusif du recours de l'article R.624-8 du Code de commerce pour les associés de SCI
Cass. com., 20 janvier 2021, n°19-13.539

Ce qu'il faut retenir :

Au visa des articles 1355 du Code civil, 583 du Code de procédure civile et R.624-8, alinéa 4 du Code de commerce, la Cour de cassation précise que l'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif de la liquidation d'une société civile s'impose à ses associés. Ainsi, l'associé qui n'a pas présenté la réclamation prévue par l'article R.624-8 du Code de commerce, dans le délai fixé par ce texte est sans intérêt à former tierce-opposition à la décision, antérieure, condamnant la SCI au paiement de ladite créance et sur le fondement de laquelle celle-ci a été admise.

Pour approfondir :

Dans cette espèce, une banque a consenti deux prêts à une société civile immobilière les 27 mars et 24 avril 2007.

Par un arrêt du 24 mars 2011, devenu irrévocable le 28 juin 2012, la Cour d'appel de Bourges a condamné la SCI à payer à la banque diverses sommes dues au titre de ces prêts.

La SCI a ensuite été placée en redressement judiciaire le 3 février 2014 puis en liquidation judiciaire le 9 février 2015 et les créances déclarées par la banque, sur le fondement de l'arrêt du 24 mars 2011, ont été admises par une ordonnance du juge-commissaire du 2 février 2015.

La banque a alors assigné les associés de la SCI, tenus en tant que tels des dettes de celles-ci à proportion de leur part dans le capital social. Parallèlement, les associés ont formé tierce-opposition à l'arrêt du 24 mars 2011 et ont demandé l'annulation des deux contrats de prêt et le rejet de la demande en paiement formée par la banque contre la SCI.

La Cour d'appel de Bourges, par un arrêt du 17 janvier 2019, a déclaré recevable la tierce opposition formée par les associés, a jugé que les contrats de prêt étaient nuls pour non-conformité à l'objet social et a, en conséquence, rejeté les demandes en paiement fondées sur les deux contrats de prêt.

Dans ces circonstances, la banque a formé un pourvoi en cassation, en se fondant, notamment, sur l'article R.624-8 alinéa 4 du Code de commerce qui dispose : « *Tout intéressé peut présenter une réclamation devant le juge-commissaire dans le délai d'un mois à compter de la publication [de l'état des créances].* » estimant, en application de cette disposition, que faute d'avoir formulé la moindre réclamation, les associés de la SCI n'avaient pas d'intérêt à former tierce opposition à l'encontre de l'arrêt du 24 mars 2011, antérieur à la procédure collective.

La Haute Cour a fait droit aux demandes de la banque, et a rendu, au visa des articles 1355 du Code civil, 583 du Code de procédure civile et R.624-8, alinéa 4 du Code de commerce, la décision suivante :

« L'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif de la liquidation d'une société civile s'impose à ses associés, de sorte que, s'il n'a pas présenté contre une telle décision la réclamation prévue par l'article R.624-8 du Code de commerce, dans le délai fixé par ce texte, l'associé d'une société civile en liquidation judiciaire est sans intérêt à former tierce-opposition à la décision, antérieure, condamnant la société au paiement de ladite créance et sur le fondement de laquelle celle-ci a été admise. »

La Cour de cassation estime donc que faute d'avoir formé la moindre contestation de l'état des créances dans le délai d'un mois à compter de la publication, l'autorité de chose jugée attachée à l'admission au passif est opposable aux associés, qui ne sont plus en mesure de former opposition.

La Chambre commerciale estime que l'associé de la SCI doit être considéré comme les autres tiers intéressés, en premier lieu desquels figurent les cautions du

débiteur de la procédure collective. A ce titre, la Cour de cassation avait déjà estimé que les cautions du débiteur pouvant former réclamation contre l'état des créances déposé au greffe du tribunal de commerce par le juge-commissaire, en qualité de tiers intéressés conformément aux dispositions de l'article R.624-8 du Code de commerce, la tierce opposition contre l'arrêt confirmant l'ordonnance d'admission de la créance ne leur est pas ouverte. (Cass. com., 6 décembre 2011, n°10-25.571). La Chambre commerciale a d'ailleurs adopté une position similaire s'agissant du garant autonome (Cass. com., 29 avr. 2003, n°99-15.544) ou du constituant d'une sûreté réelle (Cass. com., 18 janv. 2017, n°15-10.752).

A rapprocher : Cass. com., 8 mars 2017, n°15-22.987 ; Cass. com., 29 avr. 2003, n°99-15.544 ; Cass. com., 18 janv. 2017, n°15-10.752

CRÉANCIERS

Une créance admise au passif reste privilégiée à condition que la sûreté reste valable
Cass. com., 17 février 2021, n°19-20.738

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'une créance a été déclarée et admise à titre privilégié dans le cadre d'une première procédure collective, elle est admise de plein droit au passif de la seconde procédure collective, sans nouvelle déclaration, à titre privilégié, à la condition que la sûreté soit encore valable. A défaut, la créance est admise, de plein droit, à titre chirographaire.

Pour approfondir :

Une société (le débiteur) a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, au passif de laquelle ont été déclarées et admises des créances de la société Cooperl (le créancier), avec la particularité que ces créances ont été admises partiellement à titre privilégié en vertu de deux warrants agricoles (les sûretés), établis en 2005 et 2006 et valables pendant une durée de cinq années.

Un plan de sauvegarde a été arrêté en décembre 2008 avant d'être résolu en mars 2015 par un jugement ayant également prononcé la liquidation judiciaire du débiteur.

A cette occasion, le créancier a indiqué au liquidateur qu'il subsistait un solde sur la déclaration de créance initiale et a demandé son admission à titre privilégié dans la nouvelle procédure, ce qui a été refusé par le liquidateur dans la mesure où les sûretés étaient arrivées à échéance et n'avaient pas été renouvelées, lequel a donc admis les créances, à titre chirographaire seulement.

Le créancier demande à bénéficier des dispositions de l'article L.626-27 III du Code de commerce, lequel prévoit qu'après résolution d'un plan et ouverture d'une nouvelle procédure, les créanciers soumis à ce plan et admis au passif de la première procédure sont dispensés de déclarer à nouveau leurs créances et sûretés, la conséquence étant que lesdites créances et sûretés inscrites au plan de sauvegarde sont admises de plein droit à la seconde procédure.

La cour d'appel a rejeté cette demande et a maintenu la créance à titre chirographaire aux motifs que le créancier n'aurait pas répondu, dans le délai de trente jours qui lui était imparti, à la discussion sur sa créance instaurée par le mandataire judiciaire.

Sur ce point, la Cour de cassation censure le raisonnement de la cour d'appel en rappelant que l'article L.626-27 du Code de commerce prévoit l'admission des créances à la seconde procédure, de plein droit, sans nouvelle vérification, sous la seule déduction des sommes déjà perçues, de sorte que l'existence des créances n'avait pas à être discutée. Le fait que le créancier adresse un courrier au liquidateur valait mise à jour du montant de la créance et non déclaration d'une nouvelle créance.

Néanmoins, la Cour de cassation confirme la décision d'admission des créances, à titre chirographaire et non privilégié, dans la mesure où les warrants, dont la durée de validité est de cinq années, sont arrivés à échéance en 2010 et 2011 et n'ont pas été renouvelés par le créancier. La cour rappelle à ce titre que l'autorité de la chose jugée attachée à l'admission à titre privilégié n'a pas d'effet conservatoire pour l'avenir des sûretés qui ne sont pas renouvelées, même en cas d'adoption d'un plan de résolution de celui-ci et d'ouverture consécutive d'une nouvelle procédure collective. Le créancier aurait donc dû veiller, pour le maintien de ses créances à titre privilégié, à bien renouveler ses sûretés.

A rapprocher : Articles L.622-27 et L.626-27 du Code de commerce ; Article L.342-7 alinéa 3 du Code rural et de la pêche maritime ; CA Rennes, 3^{ème} ch. com., 4 juin 2019, *Cooperl Arc Atlantique*

Opposabilité de l'abandon de créance contenu dans le cadre d'un plan de redressement partiellement exécuté, et non résolu

Cass. com., 6 janvier 2021, n°19-21.830

Ce qu'il faut retenir :

Le créancier, dont la créance admise n'a pas été totalement réglée dans le cadre d'un plan de continuation, recouvre son droit de poursuite individuelle contre le débiteur lorsque le plan de continuation est arrivé à son terme, sans avoir fait l'objet d'une décision de résolution. Toutefois, le créancier ne peut prétendre au recouvrement que des sommes dues en vertu de ce plan ainsi qu'en vertu des accords auxquels il se réfère, et qui peuvent notamment comporter des abandons de créance.

Pour approfondir :

En l'espèce, par acte daté du 28 septembre 1990, l'établissement U consent à la société R un prêt d'un montant de 1.372.041,16 € au taux de 11,15 % l'an, en vue de financer l'acquisition d'un immeuble.

Par jugement rendu le 14 avril 1994, la société R est placée sous procédure de redressement judiciaire.

Par la suite, et dans le cadre de la préparation de son plan de continuation, la société R obtient de l'établissement U un abandon partiel de la créance susvisée ainsi qu'un réaménagement des conditions d'amortissement du prêt renégocié.

Par jugement du 8 février 1996, le plan de continuation de la société R est arrêté, ce dernier prévoyant notamment le paiement de 100 % du passif admis sur 9 annuités, hors créance de l'établissement U.

A cet égard, il convient de préciser que le plan susvisé prenait expressément acte de l'accord conclu entre la société R et l'établissement U portant sur l'abandon partiel de créance susvisé ainsi que le réaménagement du prêt renégocié.

Près de 4 ans après l'arrêt de son plan de continuation, la société R décide de procéder à un remboursement anticipé du prêt susvisé tel qu'il a été renégocié, et sollicite, pour ce faire, la communication du tableau d'amortissement du prêt, actualisé, ce à quoi l'établissement U s'oppose, obligeant ainsi la société R à saisir la juridiction compétente afin d'en obtenir la communication, sous astreinte.

Après une première décision d'instance, l'affaire est portée en cause d'appel, les juges du fond faisant droit à la demande de la société R, et enjoignant à l'établissement U de communiquer sous astreinte un tableau d'amortissement du prêt susvisé, ce qui conduit l'établissement U à transmettre ledit tableau.

Au cours de l'exercice 2011, l'établissement U sollicite la résolution du plan de continuation de la société R, cette dernière ayant cessé de verser les échéances mensuelles depuis la fin de l'année 2002.

Cette demande est rejetée par jugement rendu le 15 décembre 2011, le plan de continuation de la société R étant arrivé à son terme.

Par jugement rendu le 3 septembre 2015, la société R est, de nouveau, placée sous procédure de redressement judiciaire.

C'est dans ce contexte que la société N, cessionnaire de la créance de l'établissement U, déclare au passif de la société R une créance ne tenant pas compte de l'abandon partiel susvisé, ce qui conduit la société R à contester le montant déclaré.

Après une première décision d'instance, l'affaire est portée devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, laquelle déboute la société R de sa demande, estimant que le bénéfice de l'abandon de créance partiel ne lui était pas acquis faute d'avoir honoré les échéances mensuelles au terme du plan, arrivé à échéance au mois de mars 2011.

La société R décide alors de former un pourvoi en cassation, estimant que si le créancier, dont la créance admise n'a pas été totalement réglée, recouvre son droit de poursuite individuelle contre le débiteur lorsque le plan de continuation est arrivé à son terme sans avoir fait l'objet d'une décision de résolution, seules les sommes dues en vertu de ce plan ou des accords auxquels il se réfère peuvent être réclamés par le créancier.

Autrement dit, en l'absence de résolution du plan de continuation susvisé, l'établissement U ne pouvait prétendre qu'au paiement de la créance, déduction faite de la remise partielle effectuée dans le cadre du plan de continuation.

Par arrêt rendu le 6 janvier 2021, la chambre commerciale de la Cour de cassation confirme l'analyse de la société R, ce qui la conduit à casser et annuler l'arrêt susvisé.

En effet, la Cour suprême rappelle que lorsque le plan de continuation est arrivé à son terme sans avoir fait l'objet d'une décision de résolution, le créancier, dont la créance admise n'a pas été totalement réglée, recouvre son droit de poursuite individuelle contre le débiteur, et ce uniquement pour les sommes dues en vertu de ce plan ou des accords auxquels il se réfère.

Autrement dit, le plan de continuation de la société R n'ayant pas été résolu avant son terme, et ce alors même qu'il semble qu'elle n'ait pas respecté ses obligations, l'abandon de créance partiel consenti par l'établissement U est ainsi opposable à la société N, cessionnaire de la créance litigieuse.

Cette décision n'est pas surprenante, la jurisprudence ayant d'ores et déjà eu l'occasion de se prononcer en ce sens (*Cass. com.*, 15 septembre 2017, n°15-23.044).

En outre, cette décision apparaît conforme aux dispositions légales actuelles, les dispositions des articles L.621-65 et L.621-82 du Code de commerce, respectivement relatifs à l'opposabilité du jugement d'arrêt du plan de continuation ainsi qu'à la résolution dudit plan, ayant été reprises en substance aux nouveaux articles L.626-11 et L.626-27 du même code.

A rapprocher : Articles L.621-65, L.621-82, L.626-11 et L.626-27 du Code de commerce ; Cass. com., 13 septembre 2017, n°15-23.044

SOCIAL

Perte injustifiée d'emploi : pas de cumul d'indemnisation sur le fondement des responsabilités contractuelle et délictuelle

Cass. soc., 27 janvier 2021, n°18-23.535,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Non bis in idem : le préjudice lié à la perte injustifiée d'emploi ne peut être réparé qu'une seule fois même en cas de responsabilité concomitante de l'employeur et d'un tiers au contrat de travail dans la survenance du dommage.

Pour approfondir :

D'anciens salariés licenciés pour motif économique dans le cadre d'un redressement judiciaire (cession partielle d'actif) obtiennent la requalification de leur licenciement en licenciement sans cause réelle et sérieuse pour insuffisance du plan de sauvegarde au regard des moyens du groupe et manquement de l'employeur à son obligation de reclassement. Des dommages et intérêts sur le fondement de l'article L.1235-3 du Code du travail leur sont alloués.

Parallèlement, les commissaires à l'exécution du plan assignent la banque de la société en responsabilité pour octroi de crédit ruineux. Cette responsabilité est retenue par la cour d'appel.

Deux questions restaient en suspens : celle de la recevabilité de l'intervention volontaire des anciens salariés dans cette instance, et dans l'affirmative, celle de leur indemnisation.

La chambre commerciale, par un arrêt du 2 juin 2015, juge cette action recevable. La chambre sociale, par cet arrêt du 27 janvier 2021, la juge néanmoins infondée.

Pourtant, un tiers au contrat peut indéniablement être tenu de réparer le préjudice causé par la perte injustifiée d'emploi qu'il a provoquée (Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-22903 – Lee Cooper).

Mais en l'espèce, les salariés avaient déjà perçu une indemnisation sur le fondement de l'article L.1235-3 du Code du travail, et cette indemnité a vocation à réparer le préjudice résultant de la perte injustifiée d'emploi.

La Cour de cassation juge par ailleurs de manière constante que cette indemnité ne se cumule pas avec les indemnités de même nature (par exemple pour des dommages et intérêts pour violation des critères d'ordre de licenciement : Cass. soc., 14 nov. 2013, n°12-23.089).

Or les salariés sollicitaient en l'espèce des dommages et intérêts en raison de la perte injustifiée de leur emploi et ses conséquences.

En application du principe de réparation intégrale, le même préjudice ne pouvant être indemnisé deux fois,

la Cour de cassation ne pouvait qu'approuver la cour d'appel qui, constatant que le préjudice invoqué avait déjà été réparé, a débouté les demandeurs.

La solution dégagée par la Haute juridiction n'est donc pas surprenante.

La solution semble néanmoins en l'espèce laisser à la charge de la procédure collective et donc de l'AGS l'indemnisation d'un préjudice auquel un tiers *in bonis* a concouru.

Sous réserve cependant de l'indemnisation obtenue par les organes de la procédure à l'encontre du tiers.

Les faits de l'espèce ne permettent pas d'appréhender cette question. La cour d'appel, considérant ne pas avoir les éléments nécessaires à l'évaluation du préjudice de la procédure collective, avait réouvert les débats sur ce point. Entre temps, une transaction a été conclue.

En pratique, l'indemnisation dans le cadre d'une procédure collective est souvent limitée au plafond de garantie de l'AGS. Les salariés soumis à ce plafond sont donc incités à opter pour la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle du tiers *in bonis*, s'ils souhaitent une réparation intégrale effective.

Si la solution retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 janvier 2021 n'est pas surprenante, elle invite donc à la vigilance dans le cadre des procédures collectives sur la chronologie des procédures judiciaires et les stratégies à adopter pour permettre la réparation intégrale tant des salariés que de l'ensemble des créanciers.

A rapprocher : Cass. soc., 8 juillet 2014, n°13-15.573 et Cass. com., 2 juin 2015, n°13-24.714 (recevabilité de l'action en responsabilité extracontractuelle des salariés); Cass. soc., 24 mai 2018, n°16-22.903 (indemnisation extracontractuelle de la perte injustifiée d'emploi)

La nouvelle définition du co-emploi

Cass. soc., 25 novembre 2020, n°18-13.769,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Une situation de co-emploi ne peut exister, hors l'existence d'un lien de subordination, que s'il existe, 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 immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à une perte totale d'autonomie d'action de cette dernière.

Pour approfondir :

Assez classiquement, des salariés licenciés dans le cadre d'une liquidation judiciaire citent leur employeur et la société mère devant le conseil de Prud'hommes afin de faire juger leurs licenciements sans cause réelle et sérieuse en raison d'une situation de co-emploi.

La cour d'appel fait droit à la demande en retenant une confusion d'activité et de direction entre les deux sociétés. La cour retient également une immixtion dans la gestion sociale à travers une convention de gestion des ressources humaines et une immixtion économique à travers des conventions de gestion administrative et de trésorerie.

La cour d'appel s'appuyait principalement sur un arrêt « Molex » rendu le 2 juillet 2014 par la Cour de cassation qui avait posé un attendu normatif : « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre société de ce groupe, 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 ».

L'arrêt rendu le 25 novembre 2020, décision importante car rendue en formation plénière, revient sur cette définition en modifiant le paradigme de la notion de co-emploi. En effet, la Cour de cassation exige

maintenant que soit démontrée une immixtion permanente entraînant la perte totale d'autonomie de la société employeur. Elle reprend plus explicitement la notion déjà évoquée dans son arrêt « 3 Suisses » du 6 juillet 2016, arrêt qui est le seul ayant retenu une situation de co-emploi depuis le mois de juillet 2014.

La Cour de cassation fait donc sienne la notion de co-emploi retenue par le Conseil d'Etat qui retient la notion d'employeur « transparent » ou de « véritable employeur ». A l'instar de certains auteurs, une personne morale transparente pourrait être définie comme « celle qui, sans être à proprement parler fictive, n'est qu'une façade à travers laquelle une autre, en réalité, agit ». C'est ainsi que « celui qui méconnaît ainsi la nécessaire autonomie juridique de la société employeur, fût-elle sa filiale, c'est-à-dire sa capacité à agir par elle-même, ne peut alors se cacher derrière le voile de la personnalité morale qu'il a ignoré pour se soustraire aux conséquences sociales de ses agissements. »

C'est ainsi que pour la Cour de cassation, « l'objectif premier est de rechercher le véritable décideur pour lui imputer les effets de ses décisions, notamment pour obtenir l'extension de l'obligation de la dette, par l'adjonction d'un autre débiteur à la créance de dommages-intérêts pour licenciement nul ou sans cause réelle et sérieuse. » Il s'agit donc avant tout d'une technique d'imputation d'obligations légales.

A l'occasion de ce dossier, la Cour de cassation a hésité à mettre un terme à la notion de co-emploi au profit du seul régime de la responsabilité civile largement ouvert depuis l'arrêt « Molex » notamment en raison de la difficulté pour les juges du fond de cerner précisément cette notion. Elle a finalement pris la décision de la maintenir mais en restreignant considérablement ses contours de telle sorte que de telle situation devrait être maintenant anecdotique.

A rapprocher : Cass. soc., 2 juillet 2014, n°13-15.573 ; LEDEN, septembre 2014, n°136, p.1, obs. F-X Lucas ; Cass. soc., 6 juillet 2016, n°15-15.481 ; CE, 17 octobre 2017, n°386306 ; P. BAILLY, *Semaine Sociale Lamy*, 7 octobre 2013, n° 1600, pp. 11 et s. ; D. Piveteau, *La dualité des juridictions à l'épreuve du droit du travail*, Dr. Soc. 2017, p. 415 ; G. Auzero « *Co-emploi : en finir avec les approximations !* », RTD 2016, P. 27

ACTUALITÉ RESTRUCTURING SIMON ASSOCIÉS

DISTINCTIONS

**Simon Associés classé en « Stratégie, réorganisation & restructuration »
Par Décideurs Magazine (classement 2020-2021)**

Procédures collectives et restructuring : small & mid-cap > Incontournable

Clientèle : mandataires judiciaires > Incontournable

Clientèle : banques et détenteurs de titres de créances > Excellent

Clientèle : LBO en difficulté > Excellent

Restructurations, réorganisations sociales et contentieux collectifs associés > Pratique réputée

[En savoir plus](#)

ÉVÉNEMENTS

Difficultés financières : connaître les outils juridiques pour y faire face et rebondir

Casse-croûte juridique organisé par le Barreau de Nantes le 25 mars 2021

Avec l'intervention de Marie ROBINEAU

[En savoir plus](#)

INTERVIEWS

Quelle est la force du cabinet aujourd'hui en matière de restructuring ?

Interview d'Emmanuel DRAI lors du Private Equity Exchange & Awards 2021

[Voir la vidéo](#)

Nombreux sont ceux qui attendent un tsunami dans le restructuring. Qu'en sera-t-il selon vous ?

Interview d'Emmanuel DRAI lors du Private Equity Exchange & Awards 2021

[Voir la vidéo](#)

OPPORTUNITÉS

Cliquez ici pour découvrir les dernières offres de reprise sélectionnées par notre cabinet
(liste actualisée toutes les 2 semaines)