

DROIT NOTARIAL DE L'ENTREPRISE

Dans le cadre de cette seconde veille juridique, nous poursuivrons notre approche de l'actualité en matière de droit notarial de l'entreprise que nous avons commencé lors de notre premier travail, qui couvrait la période du 25 mars 2010 au 15 novembre 2010.

En effet, le droit des affaires fait aujourd'hui partie intégrante de la profession de notaire. C'est une discipline en plein essor, qui voit son domaine s'élargir au fil des années.

Cette deuxième veille juridique permet ainsi d'avoir un aperçu des dernières évolutions législatives, règlementaires et jurisprudentielles, pour la période du 15 novembre 2010 au 1er février 2011.

Dans un premier temps, nous présenterons l'actualité du droit des sociétés avec notamment les précisions apportées par le législateur concernant l'EIRL (I), puis il sera donné par la suite une place importante au droit des procédures collectives ou plusieurs décisions ont attiré notre attention (II), nous traiterons ensuite du droit commercial (III) pour terminer ce chapitre avec le droit fiscal (IV).

I – Le droit des sociétés

Nous aborderons dans une première partie l'actualité législative (A), puis dans une seconde partie l'actualité jurisprudentielle (B).

A – L'actualité législative

L'actualité la plus importante en droit des sociétés sur la période qui s'étend du 15 novembre 2010 au 1 février 2011 est sans nul doute la publication des textes d'application de la loi du 15 juin 2010 instituant l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL).

Depuis le 1er janvier 2011, tout entrepreneur individuel peut créer une EIRL en déposant sa déclaration d'affectation auprès de l'autorité compétente et ainsi limiter sa responsabilité en séparant son patrimoine professionnel de son patrimoine privé.

Nous aborderons, donc l'étude des différents textes d'applications de la loi du 15 juin 2010, à savoir le décret d'application du 29 décembre 2010, puis l'ordonnance du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL.

- Le décret n° 2010-1706 du 29 décembre 2010 sur l'EIRL.

La loi n°2010-658 du 15 juin 2010 portant création de l'EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée), est entrée en vigueur le 1er janvier 2011. L'EIRL permet de créer un patrimoine d'affectation, en théorie seul gage offert aux créanciers professionnels, ce qui, nous avons eu le l'occasion de le présenter au sein de notre premier travail de veille juridique semble être une situation idéale pour l'entrepreneur dans l'optique de protéger son patrimoine personnel, mais qui semble toutefois peu conforme à la réalité, puisque le banquier a la possibilité de demander une sûreté réelle, telle qu'une hypothèque, sur un bien immobilier qui

serait resté dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur.

Notons cependant que l'engagement d'Oseo qui peut offrir à la banque une garantie à hauteur de 70% des crédits est censé faire s'abstenir la banque de prendre d'autres garanties que celles sur les biens affectés. Il conviendra par conséquent de voir en pratique ce qu'il advient.

L' EIRL, au-delà des interrogations qu'elle suscite, présente toutefois de prime abord des aspects intéressants que nous avons aussi développé au sein de notre précédent travail, et le décret n° 2010-1706 du 29 décembre 2010 publié au Journal officiel le 31 décembre 2010 vient apporter certaines précisions intéressantes laissées en suspens dans la loi du 15 juin 2010.

Parmi les dispositions communes, le décret fixe les formalités à effectuer par l'entrepreneur pour créer son EIRL, pour l'artisan auprès du répertoire des métiers, pour commerçant par un dépôt auprès du registre du commerce et des sociétés, et pour les professionnels libéraux et les auto- entrepreneurs dispensés d'immatriculation par un dépôt de la déclaration au greffe du tribunal de leur lieu d'implantation.

L'article R.526-3 du Code de commerce vient détailler les informations que doivent contenir la déclaration d'affectation.

Concernant cette déclaration, un arrêté du 29 décembre 2010 relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée offre dans sa première annexe un modèle type de déclaration d'affectation du patrimoine à l'activité professionnelle qui pourra être utilisée lors du dépôt et qui reprend toutes les informations décrites par l'article R-526-3 du Code de commerce.

En outre, précisons que la deuxième annexe de cet arrêté offre un modèle type d'accord du conjoint commun en biens permettant l'affectation par l'entrepreneur individuel d'un bien commun à son activité, et de la même façon, la troisième annexe offre un modèle type d'accord concernant cette fois-ci le coindivisaire à l'affectation d'un bien indivis à l'activité professionnelle de ce même entrepreneur individuel.

Par ailleurs, relevons que l'article L. 526-10 du Code de commerce qui prévoyait dans la loi du 15 juin 2010 que le montant au-delà duquel tout bien affecté devrait faire l'objet d'un rapport annexé à la déclaration, et serait établi entre autre par un expert-comptable ou un commissaire aux comptes a été fixé par l'article D. 526-5 du même code à un montant de 30.000 euros. L'article R. 526-6 du Code de commerce énonce que la personne chargée de l'évaluation devra décrire et justifier dans son rapport le mode d'évaluation qu'elle a retenu.

Par ailleurs, un notaire pourra intervenir pour l'évaluation d'un bien, mais uniquement en matière immobilière. Rappelons au passage que l'affectation d'un bien immobilier nécessitera obligatoirement un acte notarié qui sera publié aux hypothèques, et que le non respect de cette formalité entraînera l'inopposabilité aux tiers.

Les modalités d'information des créanciers et leur droit d'opposition sont prévus à l'article R.526-8 du Code de commerce, qui indique les modalités à suivre pour que la déclaration d'affectation soit opposable aux créanciers antérieurs, ceux-ci devant être informés dans le mois de la déclaration d'affectation par lettre recommandée avec accusé de réception (art. D.526-9

du Code de commerce) et pouvant manifester leur opposition à cette affectation sous un mois à réception de l'information (art. R.526-10 du Code de commerce).

Pour ce qui est des comptes bancaires, l'article R.526-11 du Code de commerce précise que le compte bancaire ouvert par l'entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle doit contenir la dénomination utilisée pour l'exercice de l'activité professionnelle, mais aussi les mots « entreprise individuelle à responsabilité limitée » ou les initiales « EIRL ».

L'article R. 526-13 du Code de commerce précise les modalités de cession à titre onéreux à une personne physique ou la transmission à titre gratuit entre vifs du patrimoine affecté, la cession de ce patrimoine à une personne morale ou son apport en société, qui doivent être publiés sous la forme d'un avis au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* et contenir des informations énoncées dans cet article.

Notons par ailleurs que ce décret du 29 décembre renferme des dispositions spécifiques relatives aux entrepreneurs individuels exerçant une activité artisanale et une activité agricole.

Enfin, un décret, n°2010-1648, en date du 28 décembre 2010, est relatif au tarif des actes déposés par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée au répertoire des métiers.

- L'ordonnance du 9 décembre 2010

L'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2010 a été subordonnée à la parution, dans les six mois de sa publication, d'une ordonnance adaptant, d'une part, au patrimoine affecté de l'EIRL les dispositions du livre VI du code de commerce relatives à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, et, d'autre part, les règles applicables au surendettement des particuliers.

Ainsi, ce texte précise les droits des créanciers de l'EIRL selon qu'ils se rattachent à son patrimoine affecté à un usage professionnel ou à son patrimoine demeuré privé.

- L'adaptation au droit des entreprises en difficulté

Afin d'adapter le droit des entreprises en difficulté à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, l'ordonnance du 9 décembre 2010 aménage le code de commerce.

Les dispositifs prévus en matière de traitement des entreprises (prévention, sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires) sont applicables aux personnes physiques exerçant une activité artisanale. L'objectif de l'ordonnance a été de les adapter au cas de l'entrepreneur individuel disposant de plusieurs patrimoines, en EIRL.

Le principe posé par l'article L.680-1 du code de commerce est celui selon lequel lorsque les dispositions relatives au traitement des difficultés des entreprises sont appliquées à raison des activités professionnelles exercées par un EIRL, elles le sont patrimoine par patrimoine.

Cette règle prend en compte l'échéance du 1er janvier 2013 qui permettra à un EIRL de constituer plusieurs patrimoines affectés répondant chacun à une activité distincte.

L'appréciation des éléments de la procédure en cause devra se cantonner aux seuls éléments du patrimoine qui se rattachent à l'activité en difficulté.

Ainsi par exemple, la cessation des paiements est appréciée au regard des seuls éléments d'actif et de passif compris dans le patrimoine visé par la procédure.

De même, les droits et obligations des créanciers de l'EIRL s'appliquent dans les limites du seul patrimoine en difficulté.

L'article L.680-6 du code de commerce interdit, tant qu'une procédure collective est en cours d'appauvrir le patrimoine concerné par ladite procédure en opérant une affectation ou une modification de l'affectation d'un bien sur ce patrimoine.

Des adaptations sont apportées également sur l'interdiction d'émettre des chèques. La levée de l'interdiction prévue par un accord de conciliation, un arrêté de plan de sauvegarde ou de redressement ou la clôture d'une liquidation judiciaire sera limitée au seul patrimoine visé par la procédure.

Le code monétaire et financier a été adapté pour permettre que l'interdiction d'émettre des chèques et sa levée, jusque-là attachée à la personne de l'émetteur, soit mise en œuvre patrimoine par patrimoine dans le cas de l'EIRL (article L.131-86-1 du code monétaire et financier).

Le code de commerce est également adapté afin de déroger à l'interdiction d'ouvrir une procédure collective à l'égard d'une personne déjà soumise à une telle procédure. Ainsi l'EIRL peut bénéficier d'autant de procédures collectives qu'il y a de patrimoines affectés à une activité professionnelle (articles L.620-2, L.631-2, L.640-2 du code de commerce).

Diverses dispositions limitent toutefois la séparation des patrimoines, et dans les cas les plus graves. Le dispositif relatif à la confusion de patrimoine est adapté au cas de l'EIRL. Le patrimoine de l'EIRL visé par une procédure collective pourra être réuni à un autre patrimoine de cet entrepreneur individuel si la confusion de patrimoine est reconnue.

Les cas de confusion de patrimoines résultant de fraude ou de manquement grave aux règles d'affectation ou aux obligations prévues à l'article L.526-13 du code de commerce (tenue d'une comptabilité autonome, ouverture d'un compte bancaire dédié) sont également précisés pour les procédures collectives (articles L.621-2, L.631-7 et L.641-1 du code de commerce).

Par ailleurs, la possibilité de reprise des poursuites individuelles en cas de « récidive » ne s'applique pas patrimoine par patrimoine.

L'article L.643-11, III, 3° du code de commerce autorise, en effet, la reprise des poursuites individuelles des créanciers en cas de clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif moins de cinq ans après la clôture d'une précédente liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ouverte à l'égard d'un même débiteur.

La « récidive » pourra s'appliquer y compris pour des liquidations judiciaires successives sur des patrimoines distincts d'un EIRL.

Les actions individuelles des créanciers sur les biens compris dans le patrimoine non affecté sont également autorisées, après la liquidation judiciaire, en cas de fraude commise par l'EIRL à l'égard des créanciers.

D'autres adaptations sont par ailleurs apportées pour régler le cas des reprises par l'EIRL d'un bien détenu dans le cadre de l'activité professionnelle visée par la procédure collective, mais compris dans un patrimoine autre que celui atteint par la procédure.

L'inventaire des biens entrant dans l'actif de la procédure collective et dressé par l'EIRL doit faire figurer ces biens. La mise en œuvre de la reprise s'opère dans une procédure assimilable à celle de l'action en revendication par un tiers de biens détenus par le débiteur.

Mais cela ne déroge pas, par ailleurs à l'interdiction faite au débiteur en liquidation judiciaire de présenter une offre de reprise de l'entreprise (article L.642-3 du code de commerce).

Concernant la période suspecte, des aménagements sont prévus pour faire entrer dans le champ des nullités de droit de la période suspecte, les opérations par lesquelles l'EIRL a appauvri le patrimoine affecté visé par la procédure, par la modification d'affectation de biens le composant, ou en cas de constitution d'un patrimoine affecté si la procédure vise le patrimoine non affecté.

Cet appauvrissement peut être, par ailleurs, cause du prononcé de faillite personnelle à l'encontre de l'EIRL et donc extension sur les biens non affectés.

L'article L.641-9 du code de commerce est adapté pour permettre à l'EIRL de continuer à exercer une activité professionnelle autre que celle au titre de laquelle la liquidation judiciaire a été ouverte. Cette dérogation ne vaut que pour les activités professionnelles exercées au jour de l'ouverture de la procédure.

Des dispositions sont adaptées visant à permettre, à titre de sanction, d'imputer certaines sommes sur le patrimoine non affecté. Il pourra s'agir de la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif, du prononcé de faillite personnelle, du prononcé de banqueroute, du cas où l'EIRL a organisé ou tenté d'organiser son insolvabilité.

- L'adaptation des procédures de traitement des situations de surendettement

Le code de la consommation régit le traitement des situations de surendettement. Ses dispositions ne s'appliquent pas aux personnes relevant des procédures collectives.

Afin que le patrimoine non affecté à l'activité professionnelle de l'EIRL puisse entrer dans le champ d'application du surendettement, l'ordonnance du 9 décembre 2010 a adapté les dispositions du code de la consommation en y insérant un article L.333-7.

Cet article pose le principe selon lequel les dispositions relatives au traitement du surendettement peuvent s'appliquer à l'EIRL.

Seul le patrimoine non affecté à une activité professionnelle peut être concerné par une telle procédure.

Par ailleurs, lorsqu'une procédure collective concernant le patrimoine affecté à l'activité professionnelle est ouverte avant un dépôt de dossier ou un traitement de surendettement, le débiteur doit en informer la commission de surendettement, indiquant auprès de quelle juridiction cette procédure a été ouverte.

B – L’actualité jurisprudentielle

Nous traiterons, dans ce paragraphe, trois arrêts concernant dans un premier temps, l’obligation du dirigeant, d’informer la banque, de la cessation de ses fonctions et de la cession de ses parts en vu d’être déchargé de son engagement en qualité de caution, ensuite nous étudierons la clarification apportée par la chambre commerciale de la cour de cassation concernant le contenu même de l’article 1862 du code civil. Enfin, nous analyserons le cas particulier de la transmission d’une hypothèque par voie d’apport partiel d’actifs.

- Obligation du dirigeant : informer la banque de la cessation de ses fonctions et de sa cession de parts pour être déchargé de son engagement en qualité de caution.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 novembre 2010, n° 09-16.729

L’arrêt rendu le 16 novembre 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation vient apporter une précision visant un large public, le gérant qui s’est porté caution de sa SARL. Il a été jugé en l’espèce qu’une banque n’a pas commis de faute lourde vis à vis d’un gérant caution d’une SARL qui ne l’informe pas de la cession de ses parts ni de la fin de ses fonctions.

En l’espèce, le gérant d’une SARL, M. X, s’était porté caution solidaire envers la banque, pour tous engagements dus par la société. Douze ans plus tard, la banque avait informé la caution de ce que le compte courant de la société présentait un solde débiteur et l’avait mis en demeure de payer une partie de la somme. Peu de temps après, la société avait été mise en redressement puis liquidation judiciaires et la caution. Assignée en paiement, elle avait contesté être tenue en invoquant la faute lourde de la banque.

La Cour de cassation constate que l’arrêt de la cour d’appel relève que M. X s’était rendu caution alors qu’il était gérant sans avoir stipulé que cet engagement était lié à ses fonctions, et qu’il relève qu’il n’établit ni même allègue avoir informé la banque de la cession de ses parts intervenue en 2001 ni de la cessation consécutive de ses fonctions de gérant, relève encore que l’existence d’une faute de la banque à raison de son obligation de conseil et d’information doit s’apprécier au regard de la qualité de la caution. Il retient que la banque pouvait légitimement penser qu’il était toujours gérant et qu’il ne saurait, à défaut de circonstances exceptionnelles, reprocher à la banque d’avoir accordé des crédits inconsidérés. D’où la position de la cour d’appel, qui a pu en déduire que la banque n’avait pas commis de faute. Précisons en outre que sauf dol ou faute lourde, la méconnaissance de l’article L313-22 du Code monétaire et financier n’est sanctionnée que par la déchéance des intérêts.

- L’article 1862 du code civil ne confère pas de droit de préemption.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 7 décembre 2010, n° 09-17.351

La chambre commerciale de la Cour de cassation est venu clarifier par l’arrêt du 7 décembre 2010 le sens de l’article 1862 du code civil et précise qu’il ne confère aucun droit de

préemption aux associés du cédant.

Ainsi les associés d'une société civile n'ont aucun droit de priorité lorsque l'un d'eux sollicite leur agrément pour céder ses parts à un tiers, ils ont seulement la faculté de les acheter en cas de refus d'agrément.

En l'espèce, des parts représentant le capital d'un groupement foncier agricole étaient réparties entre treize associés parmi lesquels M.Z, M. X. et ses enfants, qui détenaient ensemble 600 parts sur 2.000. M.X avait cédé ses parts à M. Y. après que cette cession ai été agréée à la majorité des associés prévue par les statuts. Soutenant qu'il avait exercé son droit de préférence conformément aux dispositions statutaires applicables et qu'il devait être considéré comme cessionnaire des parts, M .Z. avait demandé l'annulation de la cession de parts intervenue au profit deM.Y.

La cour d'appel de Bordeaux avait alors accueilli sa demande par un arrêt rendu le 22 septembre 2009. Les juges du fond avaient retenu qu'il ne résultait pas de l'article 1862 du code civil que le droit de préemption des associés, qu'il édicte, ne puisse s'exercer qu'en cas de refus d'agrément et que le droit de préemption des associés n'est limité que lorsque les statuts laissent la possibilité au gérant, conformément à l'article 1861, alinéa 2, du code civil, d'agréer la cession, les associés n'étant alors consultés sur le projet de cession qu'au cas où le gérant refuse son agrément.

L'arrêt rendu le 7 décembre 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation censure ce raisonnement au visa des articles 1861 et 1862 du code civil.

Conformément à l'article 1861 du code civil, l'agrément de tous les associés est obligatoire en cas de cession de parts d'une société civile. L'article 1862 prévoit, quant à lui, que « lorsque plusieurs associés expriment leur volonté d'acquérir, ils sont, sauf clause ou convention contraire, réputés acquéreurs à proportion du nombre de parts qu'ils détenaient antérieurement ».

La Cour de cassation précise ainsi que « sous réserve des dérogations ou aménagements qu'il prévoit ou autorise, le premier de ces textes soumet la cession des parts d'une société civile à l'agrément de tous les associés, le second se borne, dans le cas où cet agrément n'a pas été obtenu, à conférer à l'associé cédant la faculté d'obtenir le rachat des parts dont la cession était projetée et ne confère aux autres associés aucun droit de préemption, le cédant ayant toujours le droit de conserver ses parts ».

Par cet arrêt, la cour de cassation vient mettre un terme à la volonté de certains de puiser de l'article 1862 du code civil un véritable droit de préemption au bénéfice des associés ou de la société en cas de refus d'agréer le cessionnaire pressenti.

- La transmission d'une hypothèque par voie d'apport partiel d'actifs.

Troisième chambre civile de la Cour de cassation, 17 novembre 2010, n° 09-70.452

Un établissement de crédit acquiert une créance, par l'effet d'un apport partiel d'actifs,

sur laquelle la société apporteuse était bénéficiaire d'une hypothèque. Par adjudication, l'immeuble grevé est vendu et la société bénéficiaire produit sa créance à la procédure d'ordre.

Face à une telle demande, un créancier fait opposition au motif qu'aucune mention au registre des hypothèques ne faisait état de l'existence de la transmission de la créance et donc, par voie de conséquence, de la sûreté.

Le 4 juin 2009, la Cour d'appel de Paris déclare que la transmission de l'hypothèque est inopposable. Pour les juges du fond, l'apport partiel d'actifs n'opère aucune transmission universelle du patrimoine pouvant être assimilée à une subrogation légale et dès lors, la société bénéficiaire était dans l'obligation de publier la sûreté (accessoire de la créance transmise) : solution qui sous-entend que seule la subrogation dispense des formalités de publicité.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation rejette l'argumentation précédente et affirme que « *l'apport partiel d'actifs qui comportait modification dans la personne du titulaire de l'inscription, sans aggraver la situation du débiteur, avait pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive avec tous ses avantages et accessoires* ».

Les juges font ici application de l'article 2424 du code civil qui dispose que l'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie, mais la difficulté réside dans l'application de l'article 2430 du même code qui impose une publicité en cas de modification apportée à la personne du créancier. En effet, l'apport partiel d'actifs a conduit à un changement de titulaire de la sûreté donc la question était de savoir si, dans une telle hypothèse, les formalités de l'article précité avaient vocation à s'appliquer ?

Au visa du même article 2430 du code civil, la Cour de cassation rappelle la lettre du texte en énonçant que c'est seulement en cas d'aggravation de la situation du débiteur qu'il faut recourir aux mesures de publicité. Ainsi, la cause qui est à l'origine de la transmission de la créance ou bien même de la nature du transfert réalisé n'ont aucun lien avec les mesures de publicité : ce ne sera que si la transmission conduit à une augmentation des droits du créancier substitué (en comparaison avec ceux du créancier originaire) qu'une publicité sera nécessaire afin de rendre opposable aux tiers la modification apportée à l'hypothèque d'origine. Il s'agit d'une solution de bon sens car si la transmission n'emporte aucune incidence particulière, la qualité du bénéficiaire (créancier originaire ou substitué) sera sans influence sur la situation des tiers.

Il convient ici de rappeler que la troisième chambre civile avait, pendant longtemps, estimé que le manquement aux exigences de l'article 2430 du code civil interdisait au créancier substitué de se prévaloir de l'hypothèque (18 mars 1974 n°73-10285, 2 février 1982 n°80-14689), ce qui faisait de lui un créancier chirographaire. Suite à de nombreuses critiques, les juges ont tempéré leur solution en imposant une publicité au seul cas où la transmission emporte une aggravation de la situation du débiteur (16 juillet 1987 n°85-10541, 20 décembre 1989, n°88-11904). L'arrêt commenté confirme cette position de la Cour de cassation et son apport permet d'étendre la solution à l'hypothèse de la transmission d'une hypothèque qui résulterait d'un apport partiel d'actifs.

II – Le droit des procédures collectives

Au vue de l'abondance dont fait preuve cette matière, il conviendra d'envisager dans un premier temps l'actualité jurisprudentielle (A). Puis, dans un second temps, l'actualité législative (B).

A – L'actualité jurisprudentielle

Elle s'illustre tant par des arrêts traitants exclusivement aux entreprises en difficultés que par des décisions relatives au couple face à la faillite d'un des conjoints.

- La possibilité pour le liquidateur de provoquer le partage d'une indivision successorale afin de déterminer les droits du conjoint survivant.

Première chambre civile de la Cour de Cassation, 12 janvier 2011, n° 09-17.298

En l'espèce, M. décède est laisse pour lui succéder son épouse, avec qui il était marié sous la communauté légale, et son fils. Le conjoint survivant est donataire de la plus forte quotité disponible entre époux ; il opte pour le quart en pleine propriété et les trois quarts en usufruit des biens composants la succession. Cinq ans plus tard, la veuve fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

A cette occasion, le liquidateur désigné a demandé à voir ordonner l'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage de l'indivision portant sur divers immeubles entre l'épouse survivante et son fils héritier.

La cour d'appel d'Orléans, par un arrêt du 12 octobre 2009, a jugé qu'il n'existait aucune indivision entre eux sur ces biens, en relevant que le conjoint survivant était à ce jour propriétaire des cinq huitièmes des biens auparavant communs et usufruitière des trois huitièmes restant, tandis que son fils était, en application de la même donation, nu-propriétaire des trois huitièmes de l'actif communautaire dont sa mère avait reçu usufruit.

La Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel car celle-ci a violé les articles 815 et 815-17 du Code civil. En effet, le droit en pleine propriété de la veuve ne portait que sur une quote-part de l'universalité des biens de la communauté et le fils était nu-propriétaire du surplus, dès lors il existe bien une indivision entre les intéressés quant à la propriété des biens. Il faut en conclure que le liquidateur était en droit de provoquer le partage afin de faire déterminer les biens composant la part en pleine propriété du conjoint survivant.

- Les salaires du conjoint du débiteur compris dans l'actif de la liquidation judiciaire.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 novembre 2010, n° 09-68.459

En l'espèce deux époux communs en bien ont donné à bail un immeuble. Un litige a opposé les parties quant à l'exécution des travaux réclamée par le preneur. L'époux a été mis en redressement puis en liquidation judiciaire. Le preneur a assigné les époux pour demander leur condamnation au paiement d'une certaine somme au titre des travaux. Les époux bailleurs ont ensuite été condamnés solidairement à payer une indemnité au locataire pour trouble de

jouissance. Le preneur a alors saisi le juge de l'exécution d'une demande tendant à la saisie des rémunérations de l'épouse in bonis.

La cour d'appel de Versailles le 30 avril 2009, a autorisé la saisie des rémunérations de l'épouse en retenant que "le fait que la partie de la dette des réparations, antérieures à la mise en liquidation judiciaire, mise à la charge de l'épouse ne puisse être recouvrée sur les biens de la communauté compris dans l'actif de la procédure collective, qu'après paiement de tous les créanciers de la liquidation, ne s'oppose pas à la saisie des rémunérations de celle-ci à nature de revenus".

Au visa des articles L. 621-40 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et les articles 223 et 1413 du code civil, la chambre commerciale de la cour de Cassation le 16 novembre 2010 a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel selon le motif "*que les salaires d'un époux marié sous un régime de communauté sont des biens communs frappés par la saisie collective au profit des créanciers de l'époux mis en procédure collective qui ne peuvent être saisis, pendant la durée de celle-ci, au profit d'un créancier de l'époux, maître de ses biens, la cour d'appel a violé les textes susvisés*".

La cassation ne semble pas justifiée car même si les gains et salaires d'un époux sont des biens communs ils ne sont pas pour autant le gage ordinaire de l'ensemble des créanciers de la communauté. En principe, selon l'article 1413 du Code civil les créanciers d'un époux, en qualité de créanciers de la communauté, peuvent poursuivre le recouvrement de leurs créances sur tous les biens communs mais l'article 1414 dispose que les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants conformément à l'article 220. La Cour de cassation s'est fondée sur l'article 1413 alors que les salaires relèvent de l'article 1414 or seul l'article 1413 semble fonder l'inclusion des biens dans l'actif de la procédure collective et donc l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers de l'époux in bonis.

• Appréciation de la situation de surendettement de l'épouse d'un débiteur en redressement judiciaire.

Deuxième chambre civile de la Cour de cassation, 6 janvier 2011, n° 09-7248

Cet arrêt marque la difficulté de distinguer entre procédures du Code de commerce et procédure d'insolvabilité du Code de la consommation quand les dettes appartiennent à plusieurs débiteurs.

En l'espèce, l'ouverture d'une procédure de surendettement avait été demandée par l'épouse d'un travailleur indépendant soumis à un redressement judiciaire. Une commission de surendettement des particuliers a déclaré recevable la demande de l'épouse de traitement de sa situation de surendettement. Des créanciers ont formé un recours contre cette décision. Le juge de l'exécution du tribunal d'instance de Chalon-sur-Saône, a accueilli le recours et a déclaré la demande de l'épouse irrecevable. L'épouse a alors formé un pourvoi estimant que ses dettes étant non professionnelles elles pouvaient être traitées par la commission de surendettement (article L.330-1 Code de la consommation).

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 6 janvier 2011 rejette le pourvoi et confirme la décision du juge de l'exécution en affirmant que " *ne peut prétendre au bénéfice de la procédure de surendettement des particuliers le débiteur dont le passif est inclus dans la procédure collective de son conjoint.*"

Des dettes traitées par une procédure collective commerciale ne peuvent pas justifier l'ouverture d'une procédure civile de surendettement. Depuis le 1er janvier 2006, le travailleur indépendant ne peut plus bénéficier d'une procédure de surendettement des particuliers puisqu'il peut bénéficier d'une procédure collective du Code de commerce et cet arrêt démontre que son conjoint ne le peut pas non plus si les dettes sont traitées dans le cadre d'une procédure collective. C'est une lecture extensive de l'article L.330-1 du Code de la consommation qui est faite dans cet arrêt.

- L'avance de trésorerie qualifiée d'actif disponible par la Cour de cassation : une rupture avec la jurisprudence antérieure.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 novembre 2010, n° 09-71.278

En l'espèce, une filiale avait bénéficié d'avances afin de ne pas être en état de cessation des paiements et de pouvoir mener à bien la cession de l'une de ses propres filiales. Malgré cela, le tribunal a ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société en cause et a fixé provisoirement la date de cessation des paiements au 31 décembre 2008, par un jugement du 20 février 2009.

La cour d'appel de Riom, le 23 septembre 2009, confirme le jugement aux motifs que « les avances de trésorerie faites par des sociétés d'un groupe de sociétés sont exigibles et ne peuvent être considérées comme un prêt à moyen terme ni comme des fonds propres » De ce fait, la société était bien « en état de cessation des paiements dès avant le 31 décembre 2008 et c'est au minimum à cette date que peut être fixée provisoirement la date de cessation des paiements »

La Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la cour d'appel en disposant qu' « une avance de trésorerie qui n'est pas bloquée ou dont le remboursement n'a pas été demandé constitue un actif disponible ». En l'espèce, si la cession souhaitait par la société s'effectue à un prix honorable, une telle avance permettrait à cette société de se redresser en rendant disponible un de ses éléments d'actif.

Cet arrêt constitue une rupture avec la jurisprudence antérieure dite « Smoby » (Cass. com., 24 mars 2009, n°08-12.212), en effet, la solution inverse était retenue par les juges. Ces derniers se fondaient sur le fait que « les relations économiques de sociétés au sein d'un groupe ne sauraient conduire en droit chacune de celles-ci à renoncer à recouvrer ses créances ». Cette solution semble définitivement obsolète.

Ce revirement de jurisprudence suit l'orientation donnée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui apporte une précision fondamentale : « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en état de cessation des paiements ». Les avances en trésorerie entre sociétés d'un même groupe sont de l'essence même de cette structure car elles

permettent une souplesse de gestion et peuvent participer au sauvetage d'une société en palliant ses difficultés financières passagères.

- Le candidat repreneur évincé dépourvu de tous recours.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 14 décembre 2010, n° 10-17.235

En l'espèce, la société a fait une offre de reprise du bien immobilier, appartenant à une société en liquidation judiciaire et dans lequel elle exploitait son activité. Cependant, la situation de la société candidate à la reprise était particulière car, à l'expiration du bail qui lui avait été consenti, elle occupait sans droit ni titre l'immeuble cédé. Ainsi, par une ordonnance du 1er septembre 2009, son offre de reprise est rejetée par le juge-commissaire qui ordonne la vente par adjudication judiciaire de l'immeuble « libre de toute occupation ». La société a donc formé un recours contre cette ordonnance ; qui de ce pas est déclaré irrecevable par le tribunal.

La cour d'appel de Versailles, le 11 mars 2010, admet son appel-nullité considérant que le tribunal a commis un excès de pouvoir en déclarant irrecevable le recours de la société occupant l'immeuble et a consacré l'excès de pouvoir du juge-commissaire qui a ordonné implicitement à cette société de libérer les lieux. Le liquidateur forme un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation casse, sans renvoi, l'arrêt d'appel au motif que « n'ayant aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Code de procédure civile le candidat évincé n'est pas recevable à interjeter appel-nullité ». N'émettant pas de prétention, le candidat repreneur dont l'offre a été rejetée n'a pas, comme en matière de plan de cession¹, la qualité de partie et ne peut contester l'ordonnance du juge-commissaire. L'appel-nullité contre le jugement d'irrecevabilité de son recours ne lui est ouvert qu'en cas d'excès de pouvoir. Or, la Cour de cassation n'approuve pas la cour d'appel d'avoir considéré qu'en ordonnant la vente de cet immeuble « libre de toute occupation », le juge-commissaire a commis un excès de pouvoir consacré par le tribunal.

- L'assouplissement de la jurisprudence en matière de déclaration de créance par le mandataire.

Assemblée plénière de la Cour de cassation, 4 février 2011, n° 09-14.619

En la matière de déclaration de créance effectuée par le chef de file d'un pool bancaire², tant en son nom personnel qu'au nom de chacun des établissements membres du pool, appartient-il à ce dernier de produire un pouvoir spécial et écrit de chacun des membres du pool lors de la déclaration des créances ou dans le délai légal de cette déclaration ? C'est à cette question qu'une assemblée plénière a répondu dans cet arrêt.

En l'espèce, la société, tant en son nom personnel qu'au nom de trois établissements de crédit constituant le groupement dont elle était "le chef de file", a déclaré des créances au titre d'un crédit-bail au passif de la liquidation judiciaire.

La cour d'appel de Paris, le 26 février 2009, sur renvoi après cassation (Com., 3 octobre 2006, n° 04-11.024), décide qu'après la mise en redressement puis liquidation judiciaires de la

société, le tribunal a étendu cette procédure à une autre société du groupe sur le fondement de la confusion des patrimoines. Ainsi, la société tant en son nom personnel qu'au nom des établissements de crédit constituant le groupement dont elle était « le chef de file », a déclaré des créances au titre d'un crédit-bail et ce régulièrement donc les créances ainsi déclarées sont admises.

Les sociétés débitrices et leur liquidateur judiciaire font grief à l'arrêt de la cour d'appel de déclarer régulières les déclarations de créances. En effet, la déclaration des créances équivaut à une demande en justice. La personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial, donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration des créances. En cas de contestation, il peut en être justifié jusqu'au jour où le juge statue.

La Cour de cassation dans son arrêt de rejet du 4 février 2011, dispose que « la cour d'appel, qui a constaté que la société avait justifié, pour chacune des sociétés dont elle avait déclaré la créance, d'un pouvoir spécial écrit délivré dans le délai imparti pour effectuer la déclaration, en a exactement déduit que cette déclaration était régulière ».

Ainsi, tout en réaffirmant le principe de la nécessité d'un pouvoir spécial et écrit, produit dans le délai légal de la déclaration à défaut d'accompagner celle-ci, en atténue quand même singulièrement la rigueur sur le plan probatoire, admettant qu'il puisse en être justifié jusqu'au jour où le juge statue. Le sort du créancier se trouve enfin unifié qu'il procède à la déclaration de sa créance par voie de préposé ou de mandataire. Assouplissement qui, bien entendu, ne profite pas qu'au seul pool bancaire, que l'attendu de l'assemblée plénière ne mentionne d'ailleurs pas en particulier, mais à tous les créanciers. Jusqu'ici, en effet, malgré certains flottements, la Cour de cassation s'en était tenue à une subtile distinction. Alors que la preuve de la délégation de pouvoirs a toujours pu être rapportée jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance, par la production de documents ayant, ou non, acquis date certaine (Com. 14 déc. 1993, Bull. civ. IV, n° 471), il apparaissait acquis, en revanche, que le pouvoir donné au mandataire ad litem devait accompagner la déclaration de créance ou être produit dans le délai de celle-ci (Com. 19 nov. 1996, Bull. civ. IV, n° 277).

La question, ainsi posée à l'Assemblée plénière, saisie dans cette affaire sur second pourvoi après cassation, n'est pas nouvelle, puisque la même formation plénière avait déjà eu l'occasion d'y répondre, il y a tout juste dix ans, et déjà sur second pourvoi¹. Ce qu'elle avait fait de la façon la plus classique, jugeant, après avoir rappelé le ferme postulat prétorien selon lequel « la déclaration des créances équivaut à une demande en justice », que « la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial donné par écrit », étant précisé que « la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne peut suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration ou dans le délai légal de cette déclaration ». La même solution, souvent critiquée pour sa sévérité et son manque de considération pour la spécificité du pool bancaire, allait encore se retrouver dans des décisions ultérieures rendues par la chambre commerciale (Com. 30 janv. 2007, n° 05-17.141). Elle trouve sa justification dans la circonstance que le chef de file, n'étant pas un organe social légalement habilité à représenter le pool, fût-il constitué sous forme de société en participation, faute de personnalité morale de celui-ci, relève du droit

commun du mandat.

Aujourd'hui, il semblerait que l'assemblée plénière procède à un revirement de jurisprudence en assouplissant la déclaration de créance sur le plan probatoire. En effet, elle admet que la condition du pouvoir spécial puisse être établie par le créancier jusqu'au jour où le juge statue.

B – L'actualité législative

Deux grandes nouveautés seront traitées : la sauvegarde financière accélérée et l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL.

- La sauvegarde financière accélérée est arrivée (SFA).

Les articles 57 et 58 de la loi 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière apporte quelques retouches au régime des procédures collectives. Sa principale innovation réside dans l'institution d'une nouvelle procédure : la sauvegarde financière accélérée (déjà surnommée SFA par les praticiens).

La sauvegarde financière accélérée porte bien son nom. Elle est **financière** pour ne concerner que le comité des établissements de crédit et éventuellement l'assemblée des obligataires des grandes entreprises. Elle est **accélérée** pour être circonscrite dans un délai d'un mois. Elle est une sauvegarde, une procédure préventive, dont la première phase, obligatoire, est une conciliation assurant la prénégociation du plan que le tribunal pourra arrêter rapidement.

La sauvegarde financière accélérée entrera en vigueur à compter du 1er mars 2011. Une fois de plus en matière de droit des entreprises en difficulté, la pratique ouvre la voie au législateur : la SFA consacre l'expérience d'un « *prepackaged* », plan à la française dont l'inspiration vient du droit américain, plus précisément du « *prepackaged restructuring plan* ».

Cette procédure qui est une variante de la sauvegarde est originale. En effet, elle est une procédure préventive semi-judiciaire car sa première phase est d'abord contractuelle (le passage par la conciliation est obligatoire). Puis, elle est semi-collective car elle ne concerne que les créanciers financiers et les grandes entreprises. En effet, elle ne vise que les entreprises fortement endettées à l'égard de leurs établissements de crédit, éventuellement de leurs obligataires (C. com., art. L. 628- 1, dern. al.). Elle n'est offerte qu'aux entreprises pour lesquelles la constitution de comités de créanciers est obligatoire (C. com., art. L. 628-1, al. 2). La nouvelle procédure est donc sélective discriminant entre les débiteurs et les créanciers.

La SFA est une procédure doublement préventive. Procédure hybride, elle conjugue deux techniques préventives, l'une contractuelle, la conciliation, l'autre judiciaire, la sauvegarde, en les rendant complémentaires. La souplesse contractuelle permet la préparation et la finalisation du futur plan de sauvegarde ; la contrainte judiciaire, une fois le plan arrêté par le tribunal, permet de lier les créanciers financiers affectés par la procédure. Cette alliance se retrouve dans les conditions d'ouverture de la nouvelle procédure : le débiteur doit être engagé dans une

procédure de conciliation en cours (C. com., art. L. 628-1), le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation et sur les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers concernés (C. com., art. L. 628-2). Le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements mais rencontrer « d'insurmontables difficultés » (C. com., art. L. 620-1). Deux techniques au service de la SFA, mais elle est un unique instrument de redressement : le conciliateur, en principe, est nommé administrateur (C. com., art. L. 628-3), le dépaysement de la conciliation vaut pour la SFA (C. com., art. L. 628-7).

La SFA est doublement accélérée. Vouée au traitement précoce des difficultés et à l'efficacité du redressement anticipé du débiteur la SFA est rapide par essence. D'une part, le plan doit être arrêté dans le mois, (prorogeable une fois) qui suit son ouverture (C. com., art. L. 628-6), à défaut la procédure prend fin. D'autre part, le délai minimum accordé dans l'article L. 626-30-2 aux comités de créanciers pour se prononcer sur le plan proposé passe de quinze jours à huit jours.

A travers cette nouvelle procédure, le chef d'entreprise est incité par le législateur à recourir aux procédures de prévention des difficultés. Il faut en conclure que lorsqu'il est confronté à des difficultés, le chef d'entreprise ne doit pas hésiter à obtenir la désignation d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur le plus en amont possible.

- L'ordonnance n°2010-1512 du 9 Décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Le livre IV du Code de commerce a été retouché en vue de l'adapter à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Cette ordonnance, publiée au Journal officiel du 10 Décembre 2010, règle la question de l'étanchéité du patrimoine en cas de procédures collectives. Elle permet à un entrepreneur individuel de limiter le gage de ses créanciers professionnels aux biens qu'il aura décidé d'affecter à un patrimoine professionnel qu'il détient séparé de son patrimoine personnel.

Le nouvel article L.680-1 du code de commerce souligne qu'en matière d'EIRL il convient de raisonner désormais en termes de patrimoine et non de personne. Seule l'activité à l'occasion de laquelle les difficultés seront apparues subira la procédure collective ouverte à l'encontre du patrimoine affecté, le ou les autres patrimoines demeurant in bonis. Un entrepreneur pourra donc se trouver soumis à une procédure collective au titre d'une activité et du patrimoine qui y est affecté, tout en poursuivant une activité distincte, à laquelle un autre patrimoine est affecté, et indifférente aux effets de la première procédure.

Le principe de la séparation des patrimoines n'est toutefois pas absolu, en raison d'un souci de protection des créanciers. Cette séparation n'est pas parfaitement étanche et les notions de fraude, de faute et d'abus pourront être utilisées comme mécanismes correcteurs (des nouveaux cas de faillite personnelle et de banqueroute ont été introduits). Une action en réunion des deux patrimoines est également prévue pour restaurer l'unité patrimoniale, ajouté à cela un nouveau cas de nullité relative de la période suspecte apparaît en vue de neutraliser l'affectation intervenue après la cessation des paiements (article L.632-1 du Code de commerce). En cours de procédure collective ouverte à l'égard d'un patrimoine affecté, l'article L 680-6 du Code de commerce prévoit une exception à l'interdiction faite au débiteur de

modifier l'affectation d'un bien compris dans le patrimoine faisant l'objet de la procédure. Si le débiteur est dessaisi cette prérogative lui échappera néanmoins. De plus une extension de procédure d'un patrimoine vers un autre peut intervenir en cas de confusion entre les patrimoines concernés en cas de "relations financières anormales" entre les patrimoines selon l'article L.621-2 du Code de commerce. Enfin d'autres dispositions ont également été modifiées telles que la responsabilité pour insuffisance d'actifs ou la reprise des poursuites individuelles en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actifs.

L'entrepreneur se trouve en définitive dans une situation identique à celle d'un gérant d'EUURL.

III – Le droit commercial

Dans un souci d'homogénéité et selon notre volonté de nous inscrire dans la continuité de nos précédents travaux en droit commercial, nous introduirons la présente section par une brève actualité concernant le contrat de fiducie.

Précédemment, nous avons relaté la constitution d'un registre national des fiducies permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. A ce titre, une réponse ministérielle visant à améliorer la transparence et la régulation du système financier français, en date du 4 novembre 2010, fait écho au décret n°2010-219 du 2 mars 2009.

La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi précise que le trust n'existe pas en droit français et que la fiducie a été instituée de manière à ce que soit assuré un haut degré de transparence. Elle rappelle que les contrats et leurs avenants doivent, à peine de nullité, être enregistrés auprès du service des impôts compétent et faire apparaître l'identité du ou des constituants et fiduciaires, ainsi que celle du ou des bénéficiaires.

Ces brefs éléments, visant à militer en faveur du renforcement de la transparence des sociétés et des constructions juridiques, ont pour finalité de rappeler que le ministère participe activement aux travaux de l'OCDE et du GAFI comme en témoigne l'actualisation et la conservation des informations assurées par le registre national des fiducies.

Dans le cadre de cette étude, nous analyserons les sujets suivants : les modalités de révision des loyers (A), le conflit entre le privilège spécial du bailleur d'immeuble et le droit du vendeur sous réserve de propriété (B) et enfin la résolution du bail commercial (C).

A – Les modalités de révision des loyers : une faculté encadrée

- Les indices applicables à la révision légale des loyers.

Une dualité d'indices trimestriels existe pour la révision légale des baux commerciaux, à savoir l'indice du coût de la construction (ICC) ou l'indice des loyers commerciaux (ICL) dans la mesure où il est applicable dans un secteur d'activité défini par le décret n° 2008-1139 du 4 novembre

2008.

Ces indices peuvent également être retenus pour une indexation conventionnelle dite « clause d'échelle mobile ».

La valeur de ces indices pour le troisième trimestre 2010 vient de paraître ; elle s'élève à 1520 pour l'indice du coût de la construction et à 102,36 pour l'indice des loyers commerciaux. L'indice du coût de la construction progresse de 1,20 % sur un an, de 5,34 % sur 3 ans et de 32,75 % sur 9 ans. Quant à l'indice des loyers commerciaux, il est en hausse de 1,14 % sur un an.

- La prise en compte de l'activité du sous-locataire comme critère de détermination de la modification d'éléments de la valeur locative.

Troisième chambre civile de la Cour de cassation, 8 décembre 2010, n° 09-70.784

En l'espèce, Mme X, Mr Y et la société Foncière du littoral méditerranéen, propriétaire d'un immeuble situé à Cannes ont donné à bail cet immeuble à usage commercial, à la société Mac Donald's France et pour partie sous loué à la société le Grand Café. Les propriétaires ont assigné le locataire devant le juge des loyers commerciaux pour voir fixer le loyer du bail renouvelé.

La Cour d'appel a soutenu pour justifier l'absence de dé plafonnement du loyer que l'augmentation du nombre de congressistes dans la ville n'avait pas présenté d'intérêt pour le commerce de restauration rapide exploité par la société Mac Donald's France, et par ailleurs l'activité de la sous-locataire ne devait pas être pris en compte comme critère de détermination de la modification de certains éléments de la valeur locative.

Un pourvoi est formé et la Cour de Cassation dans un arrêt du 8 décembre 2010 vient censurer le raisonnement de la cour d'appel sur le fondement de l'article L145-34 du Code de commerce en affirmant qu' « en statuant ainsi, alors que l'intérêt que présente une telle modification doit être appréciée au regard de la ou des activités commerciales exercées dans les locaux loués, sans qu'il y ait lieu d'exclure de cet examen l'activité d'un sous locataire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

D'une part, il est à préciser que cet arrêt effectue une stricte interprétation de l'article L145-34 du Code de commerce. En effet, ce dernier prévoit qu'en cas de renouvellement du bail commercial, le loyer renouvelé peut être dé plafonné sans référence à un indice et fixé la valeur locative à condition qu'une des parties prouve des modifications notables intervenues au cours du bail expiré. D'autre part, la Cour de cassation accepte de prendre en compte l'activité exercée par le sous-locataire des locaux commerciaux pour apprécier l'évolution des facteurs de commercialité. L'arrêt semble consacrer une nouvelle règle. En effet, pour la première fois à la Cour de Cassation prend en compte l'activité du bailleur qui est plus large que celle du preneur car elle comprend l'activité du sous-locataire.

Pour le cas où le bail serait notarié, il est possible de prévoir des clauses de révision conventionnelles qui pourront à présent prendre en compte l'activité du sous locataire pour la modification des éléments de la valeur locative.

B – Le conflit entre le privilège spécial du bailleur d'immeuble et le droit du vendeur sous réserve de propriété

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 16 novembre 2010, n° 09-70.765

En application d'une part, d'une ordonnance de référé condamnant le preneur au versement d'une provision sur les loyers impayés et d'autre part, d'une ordonnance du juge de l'exécution ordonnant la vente aux enchères des meubles garnissant les lieux loués, les bailleurs ont fait procéder à une saisie-vente des biens précités. Suite à la saisie, le fournisseur du preneur conteste la vente aux enchères des biens, certes présents dans les locaux commerciaux, mais vendus sous réserve de propriété, ce qui suscite l'interrogation suivante : la vente sous réserve de propriété, d'un bien mobilier à un preneur à bail commercial, fait-elle échec à l'exercice du privilège du bailleur d'immeuble ?

Tout d'abord, la Cour d'appel de Paris, en date du 3 septembre 2009, répond à cette question en ordonnant la restitution des meubles, au profit du vendeur, au motif que le privilège du bailleur d'immeuble ne saurait primer la revendication en propriété exercée par le vendeur. En effet, ce dernier étant resté propriétaire des biens vendus (par l'effet de la clause de réserve de propriété stipulée dans le contrat de vente conclu avec le preneur), l'assiette du privilège se trouve limitée au patrimoine du preneur dans le lequel les meubles litigieux ne sont jamais entrés.

Face à une telle position des juges du fond, la chambre commerciale de la Cour de cassation se voit dans l'obligation de casser l'arrêt rendu par la Cour d'appel. Au visa de l'article 2332 du code civil, dont il est ici fait une stricte application, les Hauts Magistrats rappellent que le privilège porte sur « le prix de tout ce qui garnit la maison louée » sans distinction de propriété. Ainsi, conformément à la jurisprudence antérieure (troisième chambre civile de la Cour de cassation, 24 juin 2009, n°08-14357), les juges affirment que le privilège du bailleur prime le droit de propriété du vendeur. Ce dernier ne peut exiger le retrait de la vente aux enchères des biens vendus au preneur sous réserve de propriété.

Le motif soulevé par la Cour d'appel de Paris selon lequel les biens ne sont jamais entrés dans le patrimoine du débiteur se trouve dès lors écarté : ce qui compte, selon l'article 2332 du code civil, c'est la présence du bien dans les lieux loués. Par conséquent, la qualité de propriétaire se trouve relayée au second plan.

Enfin, il semble légitime d'insister sur le fait que cette solution est très protectrice des intérêts du bailleur. L'arrêt prévoit que tous les biens sont soumis au privilège, même s'ils appartiennent à un tiers, mais une limite est posée : la preuve que le bailleur connaissait l'origine des meubles au moment de leur introduction dans l'immeuble permet d'écarter l'application du privilège (rappel de la solution jurisprudentielle édictée depuis l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 mai 1969 n°67-14485). Néanmoins, cette limite est à relativiser car une telle preuve sera, en pratique, difficile à rapporter sauf hypothèse dans laquelle le vendeur informerait, préventivement, le bailleur de sa qualité de propriétaire.

Ainsi, en sa qualité de conseil, lors de la conclusion d'un bail commercial, il appartient au notaire de proposer au bailleur la conclusion d'un contrat de cautionnement pour garantir le recouvrement des loyers : conseil assez classique en la matière mais qui reste tout de même plus protecteur du créancier bailleur en cas de connaissance de la qualité propriétaire d'un tiers (solution de l'arrêt commenté) comme en cas d'insuffisance de valeur des biens garnissant les

locaux commerciaux.

C – La résolution du bail commercial

- L'affirmation de la sanction de la nullité de la clause résolutoire d'un bail commercial stipulant un délai de quinze jours pour son acquisition.

Troisième chambre civile de la Cour de cassation, 8 décembre 2010, n° 09-16.939

En l'espèce, la société civile immobilière (SCI) Challenge, propriétaire de locaux à usage commercial a donné à bail ses locaux à la société en nom collectif (SNC) Le Longchamp. Ce bail prévoyait qu'à défaut de paiement d'un seul terme de loyer à son échéance exact ou d'exécution d'une seule des conditions du bail et quinze jours après un simple commandement de payer ou une sommation d'exécuter contenant mention de la clause restée sans effet, le bail serait résilié de plein droit. La SCI a délivré à la SNC Le Longchamp un commandement visant la clause résolutoire du bail, puis l'a assignée en acquisition de la clause. Après un premier jugement, la Cour d'Appel de Rennes, le 10 juin 2009, a prononcé la nullité de la clause résolutoire de plein droit insérée au bail. La SCI Challenge a formé un pourvoi en Cassation. Le bailleur a plaidé la nullité de la seule stipulation erronée pour éviter la nullité totale de l'action.

La troisième chambre civile dans un arrêt du 8 décembre 2010 affirme que « la cour d'appel a retenu à bon droit que la mention dans la clause résolutoire insérée au bail d'un délai de quinze jours tenait en échec les dispositions d'ordre public de l'article L. 145-41 du Code de Commerce aux termes duquel toute clause prévoyant la résiliation de plein droit ne produisant effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux, en a justement déduit que, l'article L. 145-15 du même code édictant la nullité de toute clause ayant pour effet de faire échec aux dispositions de l'article L. 145-41, la clause résolutoire insérée au bail litigieux était nulle ». Dans le même sens, jugeant que doit être annulée la clause résolutoire impartissant au locataire un délai de huit jours pour s'exécuter, Paris, 28 sept. 2005, Gaz. Pal. 16-17 juin 2006. 28, obs. C.-É. Brault ; Loyers et copr. 2006, n° 37, obs. Brault.

La Cour de cassation déduit de ces textes la nullité de la clause résolutoire du bail commercial stipulant un délai de quinze jours pour son acquisition. Cependant, l'article L.145-41 n'oblige pas que la clause résolutoire mentionne le délai d'ordre public d'un mois, il interdit seulement qu'une clause produise ses effets avant ce délai. Aussi, le commandement comprenait la mention d'un délai d'un mois conformément à l'article sus cité.

Mais la Cour de Cassation a retenu la sanction de la nullité. Cette solution se justifie par la volonté des juges de sanctionner le comportement du bailleur. En effet, la mention dans le bail d'un délai non conforme au délai de droit public entraîne la confusion chez le preneur concernant le temps qu'il dispose pour satisfaire ses obligations, dans le même sens, Cass. 3e civ., 3 oct. 2007, n° 06-16361, FS-P+B : Bull. civ. 2007, III, n° 161.

Dans cette décision, la Cour de Cassation semble étendre la solution à l'atteinte aux dispositions de l'article L.145-41, sa jurisprudence aux termes de laquelle en présence d'une clause contraire au droit au renouvellement, une cour d'appel ne peut prononcer une autre sanction que la nullité édictée par l'article L.145-15 Civ. 3e, 23 janv. 2008, Bull. civ. III, n° 11 ; D.2008. AJ 349, obs. Rouquet ; RTD civ. 2008. 292, obs. Fages ; JCP 2008. II. 10083, note Auque.

Le statut des baux commerciaux étant impératif, lors de la rédaction d'une clause résolutoire insérée au bail notarié, le notaire devra veiller à respecter les dispositions du statut au titre desquelles figurent les articles L145-41 et L145-15 et suivants du Code de commerce. Aussi, face à de nombreux droits reconnus au preneur une clause résolutoire valable, ce qui suppose le respect de l'article L145-41, permettra au bailleur de récupérer son bien plus facilement en cas de manquement à ses obligations par le preneur.

- Le légitime refus d'une inconstitutionnalité de l'article 1722 du Code civil.

Troisième chambre civile de la Cour de Cassation, 4 janvier 2011, n° U 10-19.975

En l'espèce, la société Discothèque Le Malibu, en liquidation judiciaire pose la question de la constitutionnalité de l'article 1722 du Code civil au regard du principe constitutionnel du respect de la propriété privée garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

L'article 1722 du code civil dispose que « si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la réalisation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

Le liquidateur de la société demanderesse soutenait « qu'est sérieusement contestable la constitutionnalité de ce texte qui permet qu'un preneur à bail commercial soit privé de sa créance d'indemnité d'éviction, et donc d'un de ses biens, sans que cette privation soit justifiée par un intérêt général, sa justification relevant d'un intérêt privé consistant à libérer le locataire de l'obligation de payer le loyer lorsque la chose louée est détruite par cas fortuit ».

Pour la Cour de Cassation la question n'est pas nouvelle, et ne présente pas un caractère sérieux. Par conséquent, les juges ont pu considérer dans leur arrêt du 4 janvier 2011 que l'exclusion de tout dédommagement quand le bail est résilié de plein droit à la suite de la disparition de la chose fortuite prévue à l'article 1722 du Code civil « ne fait manifestement que tirer la conséquence nécessaire de la disparition de l'objet même de la convention que les parties avaient conclu et poursuit un objectif d'intérêt général en assurant, lors de l'anéantissement de leurs relations contractuelles dû à une cause qui leur est étrangère, un équilibre objectif entre leurs intérêts respectifs ».

C'est au regard de l'article 61-1 de la Constitution, qui autorise la saisie du Conseil constitutionnel lorsqu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, que la Cour de Cassation a pu considéré que le renvoi de l'article 1722 du Code civil devant le Conseil constitutionnel n'était pas justifié car cet article ne remet en cause le droit de propriété garanti par la Constitution. Par conséquent, les juges ont pu affirmer que l'article 1722 du Code civil n'est pas contraire à la Constitution.

La non constitutionnalité de l'article est rejetée faute de sérieux et de nouveauté de la question posée. En ce qui concerne le sérieux de la question, la demande de dédommagement n'est pas justifiée car la destruction de la chose objet du contrat entraîne la disparition de l'objet du contrat mais aussi de sa cause. Par conséquent, l'absence de cause et d'objet

permettent l'extinction des obligations des deux parties. De plus, la Cour de Cassation considère que la question n'est pas nouvelle ce qui empêche de transmettre cette question au conseil constitutionnel.

IV – Le droit fiscal

En matière de droit fiscal, l'actualité essentielle concerne la loi de finance pour 2011 (A). Afin d'être complet dans cette discipline, nous relaterons le cas particulier de la théorie de l'abus de droit rendu dans un arrêt relatif au bail commercial (B).

A – Loi de finances pour 2011 et loi de finances rectificative pour 2010

Les deux lois de finances adoptées par le Parlement en décembre dernier contiennent de nombreuses dispositions à destination des actionnaires ou associés personnes physiques. Elles marquent un durcissement de la fiscalité supportée par l'actionnaire.

Trois dispositions sont de nature à dégrader la rentabilité des investisseurs, que ceux-ci 65 soient des investisseurs personnes physiques ou des investisseurs personnes morales : l'imposition forfaitaire des dividendes chez la société mère quel que soit le montant des frais et charges supportés par cette dernière ; les nouvelles dispositions en matière de sous capitalisation limitant la déductibilité des frais financiers ; les mesures anti abus ayant pour objet notamment de limiter la déduction des pertes constatées lors de la cession de titres de participation.

L'adoption de la loi de finances pour 2011 vient confirmer le durcissement annoncé de la fiscalité du capital pour les actionnaires personnes physiques. Ces mesures s'appliquent, sauf mention contraire, aux revenus perçus et aux cessions réalisées à compter du 1er janvier 2011. Une des mesures les plus remarquées est la majoration, à compter du 1er janvier 2011, des taux d'impôt sur le revenu frappant les revenus de capitaux mobiliers et les plus-values de cessions mobilières et immobilières, aboutissant à une harmonisation de ces impositions au taux de 19 %. Le taux du prélèvement social sur les revenus du patrimoine et sur les produits de placement est relevé. En conséquence, le taux global des prélèvements sociaux comprenant la CSG, la CRDS, le prélèvement social et ses contributions additionnelles est porté de 12,1 % à 12,3 %. D'autres mesures viennent, en outre, modifier les règles d'assiette et les modalités de taxation de certains revenus du capital. La suppression du seuil d'imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières à compter du 1er janvier 2011 permet d'uniformiser le régime des prélèvements sociaux et celui de l'impôt sur le revenu. Lorsque l'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire n'a pas été exercée, les dividendes perçus demeurent soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu, après application de l'abattement proportionnel de 40 % et de l'abattement fixe. Le crédit d'impôt égal à 50 % du montant des dividendes, est supprimé, et ce dès l'imposition des revenus perçus en 2010. Parallèlement, la loi de finances rectificative pour 2010 apporte quelques aménagements, applicables dès le 1er janvier 2011, à certaines exonérations relatives aux plus-values de cession de valeurs mobilières et de droits sociaux. En matière d'options de souscription ou d'achat d'actions (stock-options) la loi de finances pour 2011 relève de 40 % à 41 % le taux applicable au gain réalisé.

Les dispositifs de réduction d'impôt sur le revenu et d'ISF au titre de souscriptions au

capital de PME, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société holding ou d'un fonds, ont été entièrement refondus et harmonisés. La loi recentre la portée de l'avantage fiscal sur les PME ayant de réels besoins en financement, tant en matière d'investissements directs que d'investissements indirects. Plusieurs règles anti abus concernant l'ensemble des dispositifs ont été créées. Ces règles sont applicables aux souscriptions effectuées à compter du 13 octobre 2010. Dans le cadre de la mesure de réduction de 10 % de certains crédits et réductions d'impôt sur le revenu compris dans le champ du plafonnement global des avantages fiscaux, le taux de la réduction d'impôt sur le revenu accordée au titre de l'investissement au capital d'une PME, ou d'un fond d'investissement est diminué de 10 %.

Enfin, plusieurs mesures intéressent directement l'actionnaire ou porteur de parts notamment en matière de propriété intellectuelle.

B – L'abus de droit et l'appréciation de la fictivité d'un bail commercial

Conseil d'Etat, 17 novembre 2010, n° 314291, min. c/ SCI Ram

Le présent arrêt met en exergue un montage juridique et fiscal assez saugrenu que le Conseil d'Etat n'a pas manqué de sanctionner sur le fondement de l'abus de droit.

En l'espèce, deux actes notariés sont conclus le même jour. Dans le premier, une SCI acquiert la propriété d'un immeuble comprenant des locaux à usage commercial et d'habitation. Dans le second acte, un bail commercial, stipulant à la charge du preneur une indemnité pour dépréciation de l'immeuble, est conclu entre l'associé majoritaire de la SCI (à titre personnel) et le vendeur.

Face à un tel raisonnement, l'Administration fiscale engage un contentieux sur le fondement de l'abus de droit car la scission artificielle, en deux actes apparemment réguliers, de la transaction unique de vente enferme une communauté d'intérêts de la SCI et de son gérant. Ce dernier n'ayant jamais eu l'intention d'occuper les locaux pris en bail. De plus, l'absence de paiement des loyers permet de qualifier le bail commercial de fictif.

La Cour Administrative d'Appel de Lyon, le 31 décembre 2007, rejette la demande de l'Administration fiscale. Les magistrats apprécient les divers transferts de propriété de l'opération et refusent de prononcer un abus de droit. En l'absence de constatation d'un prix anormal, la seule interposition du gérant ne saurait suffire pour conclure à une fictivité du montage juridique.

Le Conseil d'Etat annule l'arrêt rendu par la Cour Administrative d'Appel et énonce la solution suivante : « *Considérant toutefois, que, quelle que soit la valeur réelle de l'immeuble, en l'absence de tout élément présenté par M. Meir A établissant la réalité des projets commerciaux justifiant la prise à bail du local commercial qu'il n'a jamais occupé effectivement, et de la communauté d'intérêts manifeste entre M. Meir A et la SCI Ram, l'administration apporte la preuve qui lui incombe de ce que le bail commercial était fictif et avait pour seul objet de permettre de dissimuler une partie du prix de vente de l'immeuble et la véritable nature du versement effectué par la SARL Dami B qui doit être regardé comme un droit d'entrée dû à la SCI Ram* ».

Le Conseil d'Etat retient la fictivité et l'abus de droit car d'une part, la finalité de l'ensemble des opérations doit être appréciée dans son ensemble et non chaque acte de manière isolée et d'autre part, aucun élément de nature à établir la réalité du projet commercial n'a été relevé. Dès lors, l'interposition du gérant est fictive : cette intervention a contribué à dissimuler une partie du prix de vente.

Par conséquent, l'Administration fiscale est fondée à requalifier l'opération et donc à intégrer le droit d'entrée versé par la SARL au résultat de la SCI imposable entre les mains des associés dans la catégorie des revenus fonciers.

En sa qualité de rédacteur d'acte, cette solution intéresse le notaire qui devra informer les parties de la fictivité d'un tel montage contractuel et par conséquent, du risque de requalification en abus de droit. Bien que l'opération soit juridiquement valable, le notaire devra déceler le risque et prévenir les cocontractants de l'éventuelle intervention de l'Administration fiscale en cas d'abus de droit.

Travail réalisé par Terence TASTU, Charles-Henry TOURNAIRE, Maëva TURC, Geoffrey SANCHEZ, Vanessa VERGARA, Aurélie VIDAL.

Master II Droit Notarial - Promotion 2010-2011- Faculté de droit de Montpellier

www.lounotari.fr