

# DROIT NOTARIAL DE L'ENTREPRISE

L'activité notariale voit son domaine s'élargir au fil des années. En effet, le droit des affaires fait, aujourd'hui, partie intégrante de la profession du notaire. Cette présente veille juridique permet d'avoir un aperçu des dernières évolutions législatives et réglementaires intervenues depuis mai 2010, ainsi que les solutions jurisprudentielles récentes en matière de droit commercial (bail commercial, fonds de commerce), droit des procédures collectives, droit fiscal et droit des sociétés.

## I – Le droit des sociétés

L'actualité la plus importante, de l'année 2010, en droit des sociétés est l'adoption de la loi du 15 juin 2010 portant création de l'EIRL (Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée), celle-ci sera applicable à compter du 1er janvier 2011.

L'objectif principal mis en avant par le législateur, justifiant ce nouveau dispositif, est de fournir aux exploitants individuels les moyens de mettre leur patrimoine personnel à l'abri de leurs créanciers professionnels grâce à un nouveau mécanisme juridique appelé « patrimoine d'affectation ».

Ainsi, le statut d'EIRL permet en théorie de créer deux patrimoines distincts pour une seule personne physique :

- le patrimoine professionnel, qui constitue la seule garantie des créanciers professionnels,
- le patrimoine privé, qui constitue la seule garantie des créanciers privés.

La création de l'EIRL intéresse le notaire à deux niveaux. Tout d'abord, dans son traditionnel rôle de conseil de l'entrepreneur le consultant pour savoir sous quelle forme exercer son activité. Mais surtout, le notaire sera intéressé lorsque des immeubles seront affectés: dans ce cas, son concours sera obligatoire. Relevons que si on affecte seulement une partie d'un bien immobilier, il conviendra d'établir un état descriptif de division.

Il convient toutefois de porter une vision critique sur ce nouveau statut, qui ne constitue pas une révolution. En effet, il existe depuis 1985 l'EURL, l'EIRL faisant d'une certaine façon double emploi.

Dans les grandes lignes, nous pouvons noter que l'EIRL ne possède pas la personnalité juridique. La conséquence directe est que lors de l'affectation d'un bien à l'activité professionnelle, il n'y a pas de transfert de propriété. Certains craignent, toutefois, que l'administration fiscale assimile l'affectation à l'apport en société en se basant sur le régime de l'EURL.

Relevons, par ailleurs, que l'affectation de certains biens sera nécessaire si ceux-ci s'avèrent indispensables à l'activité exercée, une dérogation étant toutefois prévue en matière agricole, on pourra admettre qu'un bien nécessaire n'aura pas à être forcément affecté.

Concernant la forme, la déclaration d'affectation constitue un acte essentiel, qui matérialise pour les créanciers leur droit de gage : elle doit être réalisée auprès du RCS pour un commerçant, au greffe du Tribunal de Commerce pour le professionnel libéral, ou encore au Répertoire des Métiers pour l'artisan.

Il ne faut pas s'y tromper toutefois, l'affectation ne constitue pas une barrière infranchissable pour les créanciers, loin s'en faut:

- la loi prévoit que l'entrepreneur individuel sera poursuivi sur tous ses biens en cas de fraude ou de manquement grave, par exemple en cas de manquement d'affectation d'un bien essentiel à l'activité,
- il y a, par ailleurs, une neutralisation au profit de certains créanciers, notamment l'administration fiscale, qui peut poursuivre le paiement de dettes fiscales ou de cotisations sociales sur l'ensemble du patrimoine,
- d'autres créanciers peuvent aussi bénéficier d'une neutralisation : par exemple, dans le cas de l'affectation d'une partie de l'immeuble qui aura été faite sans état descriptif de division, leur affectation leur sera là aussi inopposable.

Face à ces incertitudes sur le réel apport de cette loi du 15 juin 2010, nous attendons donc avec impatience les décrets d'application, ainsi que la future Loi de Modernisation Agricole qui viendront préciser les contours de ce nouvel instrument juridique.

**A – Droits des dirigeants : la procédure d'attribution de la rémunération d'un gérant de SARL ne procède pas d'une convention**

#### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, 4 mai 2010, n°09-13205**

Par cet arrêt du 4 mai 2010, pour lequel une large publicité a été faite (publication au bulletin des arrêts, au bulletin d'information, dans le rapport annuel et sur le site internet de la Cour de cassation), la Cour de cassation est venue mettre fin à une incertitude qui planait sur les SARL et leurs gérants. Il a longtemps existé un doute sur le fait de savoir si le gérant pouvait prendre part au vote de la délibération qui statuait sur sa rémunération.

La crainte résidait dans l'incertitude sur la qualification de la rémunération du dirigeant, quant au fait qu'elle puisse être qualifiée de convention règlementée dont la procédure énoncée à l'article L.223-19 du Code de commerce impose d'exclure du vote, autorisant la convention, le gérant ou l'associé intéressé.

La question n'ayant pas été tranchée de façon claire par les juridictions du fond, il convenait par précaution d'exclure le gérant ou l'associé du vote, ce qui n'a pas été le cas dans l'affaire pour laquelle a dû trancher la Cour de cassation le 4 mai 2010.

En l'espèce, trois associés d'une SARL ont saisi les tribunaux afin d'obtenir l'annulation de cinq assemblées tenues entre 2002 et 2006 et les délibérations qui en découlaient, à laquelle avait pris part le gérant associé, et qui avaient approuvé la rémunération de celui-ci. Après avoir été déboutés par la Cour d'Appel de Poitiers le 26 février 2008, les associés ont vu leur pourvoi rejeté par un arrêt du 4 mai 2010 de la Cour de cassation. Pour motiver leur décision, les juges de cassation retiennent le fait que la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procède pas d'une convention, l'article L.223-19 du Code de commerce ne s'appliquant donc pas.

Cet arrêt renferme une logique certaine : interdire le vote à un gérant associé, à fortiori majoritaire, ce qui aurait pour conséquence de le voir soumis au bon vouloir d'un associé minoritaire pour la fixation de sa rémunération. En outre, la solution de cet arrêt s'aligne d'une certaine façon sur la solution retenue de longue date concernant la fixation de la rémunération du Président du conseil d'administration d'une société anonyme, laquelle ne constitue par une convention, et est fixée par le conseil d'administration, sans qu'elle n'ait à être soumise à ratification par l'assemblée générale. Solution identique pour les membres du directoire dont la rémunération est fixée par le conseil de surveillance, et par lui seul.

Pour la société par action simplifiée, en l'absence de texte, la solution devrait être alignée sur celle qui vient d'être retenue pour le gérant de la société à responsabilité limitée.

Cette possibilité qui est donc offerte au gérant associé de voter sa rémunération, à fortiori s'il est majoritaire, ne doit pas lui enlever de l'esprit que le vote d'une rémunération excessive par rapport à son activité et par rapport aux ressources de la société pourrait, se heurter aux associés minoritaires en droit de dénoncer un abus de majorité pouvant conduire à l'annulation de la délibération. Pareillement, un abus de bien social, qui est un délit, pourrait être aussi retenu en cas de vote d'un salaire démesuré. En outre, une éventuelle procédure collective de la société pourrait conduire à étendre la procédure aux biens du gérant reconnu fautif.

**B – Obligation des dirigeants : disproportion de l'engagement de la caution dirigeante**

#### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, 22 juin 2010, n°09-67814**

L'arrêt rendu le 22 juin 2010, par la chambre commerciale de la Cour de cassation, est particulièrement important étant donné qu'il concerne un large public, le dirigeant, pour un

engagement largement répandu, le cautionnement. Il confirme au dirigeant la protection lorsqu'il s'est engagé en qualité de caution, un engagement lourd de conséquences s'il est actionné, l'application de la disposition protectrice prévue au Code de la consommation à l'article L.341-4, issue de la loi du 1er août 2003, dont bénéficie toute personne physique au moment de son engagement en qualité de caution, prévoyant que « le créancier ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, au moment de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que la patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée ne lui permette de faire face à son engagement. » En l'espèce, le gérant d'une société s'est engagé en qualité de caution pour le prêt consenti à sa société par une banque. La société étant placée en liquidation judiciaire, la banque se retourne contre la caution dirigeante, qui invoque le caractère manifestement disproportionné de son engagement. Déboutée de sa demande en appel, la banque se pourvoit en cassation en formulant deux critiques à l'arrêt rendu.

La première est qu'une banque n'est pas tenue d'une obligation de mise en garde envers le dirigeant qui se porte caution de la société qu'il administre. Sur ce moyen, les juges de cassation reprennent les termes de la loi énoncés à l'article L.341-4 du Code de la consommation, en mettant l'accent sur le fait que le dirigeant est avant tout une personne physique, qui bénéficie donc à ce titre des dispositions protectrices prévues par le législateur. Le dirigeant est donc fondé à dénoncer la disproportion de son engagement en qualité de caution si celui-ci l'est effectivement.

La seconde est que la banque tend à relativiser l'importance de la disproportion, ce à quoi la Cour répond que ce qui est sanctionné en vertu de l'article L.341-4 du Code de la consommation, c'est le caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution et l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de cet engagement, cette sanction ne s'appréciant pas à la mesure de la disproportion, même si celle-ci s'avérait faible.

D'une façon générale, si le contrat de cautionnement conclu par une caution dirigeante est disproportionné à ses biens et revenus, l'importance de la disproportion n'étant pas pris en compte, et si son patrimoine ne lui permet pas de payer la banque le jour où elle est actionnée, elle n'aura rien à payer.

## C – Obligations sociétales : publicité de la composition d'un conseil de surveillance d'une SAS

### **Cours d'Appel de Paris, 18 mai 2010, n°10-00710**

L'article R.123-54 du Code de commerce vise « la société » sans distinguer entre les différentes formes de celle-ci ni selon que son organisation ou son régime sont issus de la loi ou des statuts ; l'inscription au registre du commerce et des sociétés est prévue dans le souci d'informer les tiers ; dès lors qu'elles se dotent d'un directoire et/ou d'un conseil de surveillance, les SAS doivent révéler au registre du commerce et des sociétés les présidents et membres de ces organes, quels que soient leurs pouvoirs aux termes des statuts.

En l'espèce, à l'occasion de la demande d'inscription modificative présentée par la SAS Groupe Lucien Barrière, à la suite de la nomination de ses nouveaux président et directeur général, le greffier du tribunal de commerce de Paris a demandé qu'il soit procédé à l'inscription au registre du commerce et des sociétés de tous les membres du directoire et du conseil de surveillance de la société.

Par ordonnance du 21 décembre 2009, le juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés de Paris a rejeté la requête de la SAS Groupe Lucien Barrière tendant à ce que soient inscrits au dit registre ses seuls dirigeants disposant du pouvoir de l'engager et de la représenter; à savoir son président et son directeur général, à l'exclusion des autres membres composant son directoire et des membres de son conseil de surveillance.

Sur le recours formé par la SAS Groupe Lucien Barrière et par ordonnance du 7 janvier 2010, le même magistrat a maintenu sa décision. Par déclaration du 5 janvier 2010, la SAS

Groupe Lucien Barrière a interjeté appel de cette ordonnance, qui a été confirmée le 18 mai 2010 par la Cour d'appel de Paris.

Il convient alors de relever que si les SAS sont traditionnellement connues et appréciées pour leur souplesse organisationnelle, elles n'en restent pas moins soumises aux exigences du droit commun des sociétés, en l'occurrence l'obligation dès lors que celles-ci sont dotées d'un directoire et/ou d'un conseil de surveillance de le déclarer au registre du commerce et des sociétés en vertu de l'article R.123-54 du Code de commerce. Au delà du respect de cet article, l'information due aux tiers est un élément retenu par les juges de Cassation dans cette affaire.

Nous noterons enfin qu'une réponse ministérielle n° 12.583, publiée au J.O. du Sénat le 9 septembre 2010, reprend la solution de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mai 2010, en précisant que doivent aussi être mentionnés au registre du commerce et des sociétés les délégués statutaires ainsi que toute personne ayant le pouvoir de diriger, de gérer ou engager à titre habituel la société. Il est en revanche précisé que les personnes jouissant de délégations fonctionnelles portant sur un objet déterminé ne sont pas assimilées à des personnes ayant le pouvoir d'engager à titre habituel la société, et leur nom n'a donc pas à être inscrit au registre du commerce et des sociétés.

## D – L'engagement de la responsabilité du gérant d'une SARL pour ses fautes constitutives d'une infraction pénale intentionnelle

### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, 28 septembre 2010, n°09-66255**

Cet arrêt apporte un nouvel éclairage sur la responsabilité civile du gérant de société vis-à-vis des tiers.

En l'espèce, un couple avait confié à une société de bâtiment la rénovation et le gros œuvre d'un immeuble leur appartenant. Par la suite, des malfaçons et inexécutions diverses ayant été constatées les deux époux ont assigné la gérante de la société en faisant valoir qu'elle avait engagé sa responsabilité à leur égard en ne faisant pas souscrire à la société une assurance couvrant la garantie décennale.

La cour d'appel avait alors rejeté leur demande au motif que le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité n'était pas séparable des fonctions de dirigeant et que la société avait négocié avec une compagnie d'assurance pour être garantie au point qu'elle a pu penser, fût-ce de façon erronée, qu'elle était couverte ou à la veille de l'être au moment où elle a entrepris le chantier.

Mécontents de cette décision les époux se sont pourvus en cassation.

La Cour de cassation devait alors répondre à la question suivante : le défaut de souscription d'une assurance obligatoire de dommages et de responsabilité couvrant la garantie décennale constitue-t-il une faute imputable au gérant et séparable de ses fonctions de dirigeant ?

Alors même que le Code de commerce déclare les dirigeants sociaux responsables à l'égard des tiers (C. com., art. L. 223-2 relatif aux gérants de S.A.R.L ; art. L. 225-251 relatif aux dirigeants de SA), la jurisprudence exige l'existence d'une faute séparable (ou détachable) des fonctions sociales pour qu'un tiers puisse engager leur responsabilité civile.

Cette exigence s'explique par la qualité de représentant social du dirigeant. La société, personne morale, n'agit que par représentation. Lorsque son dirigeant commet des fautes dans l'exercice de sa fonction de représentation, la société en assume seule la responsabilité à l'égard des tiers.

Cette solution est même préférable pour la victime tant la personne morale offre un gage plus substantiel que celui de son dirigeant. L'engagement de la responsabilité civile du dirigeant reste donc exceptionnel. Il présente un intérêt lorsqu'un recours contre la personne morale est économiquement compromis où en cas de défaut de souscription d'une assurance obligatoire du fait de la carence du dirigeant social.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 septembre 2010 semble à la fois éclaircir la situation du dirigeant social en matière de responsabilité civile et permettre à la Cour de se

positionner sur une divergence jurisprudentielle intervenue en 2006 entre la troisième chambre civile et la chambre commerciale.

En effet, dans un arrêt de la troisième chambre civile du 4 janvier 2006, la Cour de cassation avait exclu la responsabilité du dirigeant car le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommages et de responsabilité bien que pénalement réprimé n'était pas séparable des fonctions de dirigeant. Alors, que dans un arrêt du 4 juillet 2006, la chambre commerciale reconnaissait à cette abstention la qualification d'une faute séparable des fonctions permettant à la victime d'obtenir une condamnation personnelle du dirigeant, du fait du caractère intentionnel de l'abstention.

Ainsi la jurisprudence antérieure à l'arrêt du 28 septembre 2010 semblait divergente sur la notion même de faute détachable des fonctions.

Selon la troisième chambre civile, la faute détachable devait être d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, et peu important son caractère intentionnel. A l'inverse, la chambre commerciale insistait sur l'importance du caractère intentionnel du défaut de souscription.

Par l'arrêt du 28 septembre 2010, la Cour de cassation, en retenant que « le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice », réaffirme sa volonté de faire une application stricte de la notion de faute détachable qui depuis l'arrêt Seusse de la chambre commerciale du 20 mai 2003, est définie comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales et par la même tend à protéger la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants de SARL du fait de leur simple négligence.

## II – Le droit des procédures collectives

### A – Un nouvel obstacle dans le droit des entreprises en difficulté : l'EIRL

#### **Conseil constitutionnel, le 10 juin 2010, n°2010-607, loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée**

Le Conseil constitutionnel vient d'affirmer la conformité à la Constitution des principales dispositions votées par le Parlement afin d'introduire l'EIRL dans notre législation. Seuls trois articles ont été déclarés contraires à la Constitution pour des motifs de procédure et non de fond.

L'article L.526-12 du Code de commerce, issu de la loi déferée, rend la déclaration d'affectation du patrimoine de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt, à condition que ces derniers soient "personnellement" informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition. La réserve d'interprétation relative à l'exigence d'avertissement personnel des créanciers, émise par le Conseil, devra être reprise par les auteurs du décret d'application.

Le succès de ce dispositif semble incompatible avec le droit en vigueur des entreprises en difficulté. En effet, le livre VI du Code de commerce vise une personne dont l'ensemble du patrimoine est atteint par la saisie collective, du fait du jugement d'ouverture de la procédure collective, et non pour appréhender un patrimoine d'affectation que le débiteur a constitué. En considérant que le droit de poursuite des créanciers professionnels soit limité au patrimoine professionnel, et celui des autres créanciers, réduit au patrimoine privé de l'entrepreneur, la parfaite séparation des patrimoines paraît complexe. Le risque que l'EIRL devienne un instrument de fraude est présent et difficile à gérer sans amenuiser l'efficacité du dispositif. En effet, le risque de voir fleurir des dispositifs réprimant la fraude, l'abus, la faute de gestion serait un frein certain à ce patrimoine d'affectation. La parfaite étanchéité des patrimoines (privé et professionnel) est-elle vraiment une solution favorable au monde des affaires?

## B – L'effet réel de la procédure collective réaffirmé au détriment du couple divorcé

### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 8 juin 2010, n°09-14076**

Un époux, marié sous le régime légal, exploitant un fonds de commerce est mis en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire. Le divorce est prononcé puis transcrit en marge des actes de l'état civil après le jugement d'ouverture. Le liquidateur a procédé à la cession du fonds de commerce commun et ce sur autorisation du juge-commissaire.

L'ex épouse forme un recours contre l'ordonnance de ce dernier estimant que le magistrat a commis un excès de pouvoir en autorisant la réalisation du fonds de commerce. Déboutée par les premiers juges, elle forme un appel nullité.

La Cour d'appel de Caen déclare l'appel nullité irrecevable. La requérante a donc saisie la Haute juridiction sans plus de succès.

Se fondant sur l'effet réel de la procédure collective, la Cour de cassation confirme la décision des juges du fond, ainsi, aucun excès de pouvoir n'a été commis par le juge-commissaire.

Rappelons que, selon l'article 1413 du Code civil, l'ouverture de la procédure collective opère une appréhension globale des biens communs dès lors que le débiteur est marié sous le régime légal. En l'espèce, les Hauts magistrats rappellent que: le fait que le divorce des époux et la dissolution de la communauté deviennent opposables aux tiers durant la procédure, est indifférent.

En effet, le fonds de commerce étant devenu indivis, il demeure dans l'actif de la procédure collective et donc peut être réalisé par le liquidateur. En ce sens, aucun excès de pouvoir ne peut être caractérisé.

## C – La présence d'un superprivilège ne constituant pas un obstacle au paiement du créancier postérieur privilégié

### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 7 septembre 2010, n°09-66595**

Le 5 janvier 2006, une société a été mise en redressement judiciaire et, un prêt sous forme d'une facilité de caisse, garanti par une hypothèque sur un ensemble immobilier appartenant à la société, lui a été consenti par une banque. Par jugement du 6 octobre 2006, la société et son administrateur judiciaire ont été condamnés, avec exécution provisoire, à payer à la banque une certaine somme au titre de ce prêt. Le 12 octobre 2006, le juge-commissaire, par une ordonnance, a autorisé l'administrateur à céder à la banque l'ensemble immobilier et à conclure un contrat de crédit-bail immobilier. Le 19 octobre 2006, la banque a acquis l'ensemble immobilier et a consenti sur celui-ci un crédit-bail.

Le CGEA a formé un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire au motif que sa créance superprivilégiée primait la créance hypothécaire de la banque et a demandé l'infirmité de l'ordonnance et la nullité des actes authentiques établis en exécution de celle-ci. Les juges du fond ont dit l'opposition mal fondée.

L'AGS et le CGEA ont donc formé un pourvoi en cassation en s'appuyant sur l'application de l'article L.622-17 du Code de commerce.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, le 7 septembre 2010, confirme l'arrêt de la Cour d'appel relevant que la créance de la banque au titre du prêt octroyé pendant la période d'observation bénéficiait du traitement préférentiel prévu à l'article L.622-17 du Code de commerce. La banque, créancier postérieur privilégié, qui a le droit d'être payée à échéance, peut dans l'exercice de son droit de poursuite individuelle, obtenir un titre exécutoire et faire exécuter ce titre indépendamment de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges. Le superprivilège des salaires ne peut donc pas empêcher le paiement par compensation d'une créance postérieure bénéficiant du régime de l'article L.622-17 du Code de commerce. Ce classement entre les créances postérieures et l'ensemble des autres créances ne s'applique que lorsque les créanciers

sont en

concours mais pas dans le cadre du droit de poursuite individuelle.

Cette solution n'est pas nouvelle (chambre commerciale, 13 novembre 1998 n°94-19892) mais certaines décisions des juges du fond et de la Cour de cassation ont semé le doute (chambre commerciale, 12 novembre 1997 n°95-16758), il fallait donc le rappeler.

## D – Revirement de jurisprudence relatif à la distribution d'un prix de vente de fonds de commerce

### **Chambre commerciale de la Cour de Cassation, le 8 juin 2010, n°09-68594**

Le 14 décembre 2006, une société a cédé à une autre société son fonds de commerce, l'ordre des avocats étant constitué séquestre d'une partie du prix de cession. Le 26 avril 2007, par un jugement, la société venderesse a été mise en liquidation judiciaire. L'ordre des avocats a refusé de remettre au liquidateur les sommes ayant fait l'objet du séquestre conventionnel.

Le 2 juin 2009, la Cour d'appel de Paris a ordonné la remise au liquidateur des fonds.

L'ordre des avocats a formé un pourvoi en cassation selon les moyens que le prix de vente du fonds de commerce qui a été remis au séquestre conventionnel n'est pas entré dans le patrimoine de l'entreprise en liquidation judiciaire et que l'article R.622-19 du Code du commerce ne concerne pas l'hypothèse du séquestre conventionnel du prix de vente du fonds de commerce décidé amiablement entre les parties à la vente et dont le mécanisme a été consolidé avant la procédure collective.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, le 8 juin 2010, rejette le pourvoi en confirmant la décision des juges du fond. Elle affirme dans un premier temps que « la procédure de distribution du prix de cession d'un fonds de commerce ayant fait l'objet, avant le jugement d'ouverture, d'un séquestre conventionnel en cours à la date de ce jugement, constitue une procédure de distribution du prix de vente d'un meuble ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture au sens de l'article R.622-19 du Code du commerce » précisant « qu'avant le jugement d'ouverture, la mission du séquestre en cours au jour du jugement d'ouverture, ne fait pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif à la même date ». Enfin, elle confirme que la Cour d'appel « qui a exactement déduit que la procédure de distribution de ce prix qui entraine dans le champ d'application de l'article R.622-19 était caduque et que les fonds devaient être remis au liquidateur judiciaire ».

Avant que l'article R.622-19 (texte applicable en sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) n'existe la mise sous séquestre permettait d'éviter que le prix n'entre dans le patrimoine du débiteur et ainsi que ce prix ne soit pas soumis à l'effet de la procédure collective. Il y avait donc 2 procédures de distribution celle du séquestre et celle du liquidateur.

Désormais avec cet arrêt la solution inverse est consacrée.

## E – L'annulation d'une procédure de redressement judiciaire au regard du principe de l'unicité des procédures

### **Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 novembre 2010, n° 09-17.152**

Le 30 janvier 1992, une agricultrice a été mise en redressement judiciaire par jugement du tribunal de commerce de Saint-Tropez. Le 17 juin 2005 par jugement du tribunal de grande instance de Draguignan cette même agricultrice a été mise en redressement judiciaire pour la même activité. L'agricultrice a alors formé un pourvoi contre ces deux jugements.

La chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 novembre 2010, a considéré que ces deux décisions, dont aucune n'est susceptible d'un recours ordinaire, sont inconciliables au regard

du principe de l'unicité des procédures collectives et annule le jugement rendu le 17 juin 2005 par le tribunal de grande instance de Draguignan.

Au regard de cet arrêt deux remarques peuvent être apportées concernant le premier redressement judiciaire. Tout d'abord, comme cela a été relevé dans le pourvoi, s'agissant d'un agriculteur personne physique ce n'est pas le tribunal de commerce qui est compétent mais le tribunal de grande instance. Ensuite, il y a lieu de constater la longueur de la procédure. La période d'observation en principe ne doit pas excéder 18 mois or en l'espèce en 2005 cela faisait déjà 13 ans. Malgré cela, ce n'est pas la première procédure qui a été annulée par la haute juridiction mais la seconde qui a été ouverte sans tenir compte du principe de l'unicité des procédures. Cette solution avait déjà été rendue concernant des liquidations judiciaires. Cet arrêt rappelle donc le principe de l'unicité des procédures collectives qui était à l'origine une règle prétorienne « procédure sur procédure ne vaut » et qui fut ensuite consacré par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Cette règle vaut qu'il s'agisse de l'ouverture d'une sauvegarde (art. L. 620-2 C. com.), d'un redressement judiciaire (art. L. 631-2 C. com.) ou d'une liquidation judiciaire (art. L. 640-2 C. com.). La loi du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, qui permet à une même personne de posséder plusieurs patrimoines, pourrait modifier cette règle puisque, lorsque la procédure visera un des patrimoines d'un débiteur, une autre procédure pourra viser en parallèle le patrimoine personnel ou un autre patrimoine affecté de ce débiteur.

## F – Une nouvelle réforme de la procédure de sauvegarde

Un projet de réforme, soumis à consultation par la Chancellerie le 27 juillet 2010, prévoit, notamment, la création d'une « procédure de sauvegarde financière expresse ».

Avant la réforme de 2008 des auteurs et praticiens avaient émis l'idée d'une « passerelle » entre la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde, par exemple en permettant que la sauvegarde puisse également être ouverte, sur demande du débiteur, après autorisation du président du tribunal initialement saisi d'une demande de mandat *ad hoc* ou de conciliation en cours. Mais l'ordonnance du 18 décembre 2008 n'avait donné suite à ces suggestions, c'est sans cadre légal adapté que la pratique s'est engagée dans la voie d'ouverture de sauvegarde, précédées d'un accord du débiteur avec ses principaux créanciers, telle la sauvegarde de Thomson SA ouverte le 30 novembre 2009 par le tribunal de commerce de Nanterre (*Les Échos*, 1er déc. 2009, p. 24 ; D. 2009. AJ 2929, obs. A. Lienhard), et qui a abouti à un plan arrêté par jugement du 17 février 2010 (D. 2010. AJ 500, obs. A. Lienhard).

Il semblerait que ces voix ont maintenant été entendues puisque, le 27 juillet 2010, la Chancellerie a soumis à consultation un projet destiné aux « entreprises qui ont su anticiper leurs difficultés en ayant recours aux procédures amiables mais qui, bénéficiant du soutien de la majorité de leurs créanciers mais n'étant pas parvenues à recueillir leur unanimité, sont soumises aux contraintes d'une procédure collective », avec le risque que cette procédure de sauvegarde entraîne un assèchement du crédit fournisseur voire des perturbations de leurs relations commerciales. D'où l'idée de donner à ces entreprises un outil plus souple et moins pénalisant au plan opérationnel : la « procédure de sauvegarde financière expresse », qui ne se substituerait pas à la procédure de sauvegarde mais en constituerait une variante, codifiée aux articles L. 628-1 et suivants du Code de commerce.

Cette nouvelle procédure de « sauvegarde expresse » serait ouverte par le tribunal de commerce sur demande du dirigeant, lorsque, à la fin de la conciliation (préalable obligatoire), celui-ci peut démontrer qu'une large majorité de ses créanciers soutient sa solution mais qu'il n'a pas l'unanimité, et expliquer pourquoi l'unanimité n'a pas été atteinte. Ses effets seraient limités aux seuls créanciers financiers. Pour limiter l'impact de la procédure sur l'activité opérationnelle, les dettes des fournisseurs (y compris les dettes antérieures à l'ouverture de la procédure financière expresse) ne seraient pas gelées, mais réglées suivant les délais contractuellement prévus. De même, s'agissant des comités de créanciers, le comité des fournisseurs ne serait pas réuni (ceux-ci n'étant pas concernés). Les délais de cette procédure pourraient être réduits à 15 ou

21 jours maximum.

Par ailleurs, d'autres mesures visent à alléger la procédure de sauvegarde. Celles ci sont énoncées aux articles L.628-1 à -7 du code de commerce intitulé « De la sauvegarde financière accélérée ».

### III – Le droit commercial

Le droit des affaires, fortement imprégné par le droit des contrats, est en constante évolution depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant le contrat de fiducie. Le régime juridique de ce nouvel instrument, qui fait couler beaucoup d'encre en doctrine, a été précisé par l'entrée en vigueur du décret d'application n°2010-219 du 2 mars 2010 relatif à la constitution du registre national des fiducies, comme pouvaient le laisser entendre les dispositions de l'article 2020 du code civil.

Bien que cette institution tarde à se développer, ce nouveau registre va permettre de centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

La fiducie démontre que le droit français n'est pas figé mais en constante évolution afin de s'adapter à la réalité économique comme en témoigne la théorie du patrimoine d'affectation développée par le biais de la fiducie et reprise dans la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

De plus, publié au Journal officiel du 13 mai 2010, l'arrêté du 12 avril 2010 modifie l'arrêté du 11 avril 2005 relatif à la mise en service, par la direction générale des impôts, d'un traitement automatisé d'informations nominatives dénommé « Base nationale des données patrimoniales ». L'arrêté prévoit que les informations relatives aux contrats de fiducies sont extraites de cette base, dont la mise en œuvre revient désormais à la « direction générale des finances publiques », aux fins de constitution du registre national des fiducies. Il précise également que les données relatives à ces contrats sont conservées au sein de la base nationale des données patrimoniales pendant dix ans à compter de l'extinction du contrat de fiducie.

En définitive, les textes sont relativement récents et c'est la raison pour laquelle, les futures solutions jurisprudentielles nous éclaireront davantage sur cet instrument moderne. Dans cette partie, nous traiterons deux éléments essentiels du droit commercial que sont le fonds de commerce (§1) et le bail commercial (§2).

#### §1 – LE FONDS DE COMMERCE

A – La clientèle : un élément incorporel indispensable pour caractériser l'existence d'un fonds de commerce

##### **Troisième chambre civile de la Cour de cassation, 15 septembre 2010, n°09-68.521**

La cessation temporaire de l'activité survenue suite au décès du commerçant est-elle de nature à emporter la disparition de la clientèle et par conséquent celle du fonds de commerce ? C'est sur cette interrogation technique sur le plan juridique mais aussi complexe du fait de l'absence d'étanchéité entre le droit commercial et le droit des successions que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a dû se prononcer.

Les éléments de faits étaient les suivants : le commerçant, titulaire d'un bail, vient à décéder et son héritier consent, par acte authentique, le 9 mai 2006, une location gérance sur le fonds de commerce qui était exploité puis notifié, le 29 mai 2006, l'acte à la bailleuse. Cette dernière, le 27 juin 2006, délivre congé au preneur avec refus de renouvellement sans indemnité d'éviction. La cour d'appel de Pau, le 19 mars 2009, refuse de prononcer la validité du congé et la bailleuse forme un pourvoi en cassation au moyen selon lequel l'héritier du preneur ne peut consentir un contrat de location gérance sur un fonds de commerce qui a disparu du fait de la perte de clientèle liée au décès du preneur. Dès lors, la troisième chambre civile de la Cour de

cassation rejette le pourvoi en considérant que « *la cessation temporaire d'activité n'implique pas en elle-même la disparition de la clientèle* ».

Dans son arrêt, la Cour de cassation s'en remet pleinement à l'appréciation souveraine des juges du fond car l'existence d'une clientèle est une question de faits qui échappe au contrôle des hauts magistrats. Néanmoins, ces derniers édictent une règle de portée générale selon laquelle l'interruption temporaire de l'activité, rendue légitime par le décès de l'exploitant, n'emporte pas, à elle seule, cessation de l'activité commerciale. Dès lors, les juges donnent une ligne directrice aux tribunaux en prônant une appréciation *in concreto*.

De manière implicite, la Cour de cassation rappelle que la clientèle commerciale représente une valeur patrimoniale, certes attachée à la personne du commerçant, mais qui continue d'exister malgré le décès de celui-ci. Ainsi, les héritiers deviennent, par application des règles du droit des successions, propriétaires du fonds de commerce sur lequel ils peuvent légalement consentir un contrat de location gérance conformément à la définition posée par l'article L.144-1 du code de commerce.

La clientèle, objet de la convention, est qualifiée de certaine et actuelle par les juges donc l'acte authentique est pleinement valable. En effet, le notaire a pris le soin de constater la transmission du fonds de commerce (bien meuble incorporel valorisé et non pas disparu du fait du décès) du patrimoine de l'exploitant décédé à celui de ses héritiers pour rédiger le contrat. La location gérance est pleinement valable et ne saurait, comme le soulignent à juste titre les magistrats de la Cour de cassation, être remise en cause pour disparition de la clientèle qui subsiste malgré le décès du commerçant : en effet, il n'y a pas eu perte de clientèle suite au décès mais simple suspension de l'activité qui est reprise, par l'exploitation du fonds de commerce sous la forme d'une location gérance.

## B – La cession de gré à gré du fonds de commerce en présence d'une procédure collective

### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, 7 septembre 2010, n°09-66-284**

En l'espèce, suite à la mise en liquidation judiciaire d'une société, le juge-commissaire a rendu, un mois après le jugement d'ouverture, une ordonnance autorisant le mandataire à la liquidation désigné à vendre, de gré à gré, le fonds de commerce dépendant de ladite liquidation. Cependant, la cession du fonds de commerce comprenait un bail commercial dans lequel une clause stipulait un droit de préemption au bénéfice du bailleur en cas de recours à une telle opération et cela quelque en soit la forme. Dès lors, le bailleur fait opposition à l'ordonnance et la cour d'appel de Toulouse l'annule au motif que l'ordonnance du juge commissaire ne pouvait intervenir qu'après purge du droit de préemption contractuel.

La Cour de cassation refuse le raisonnement précédent et s'interroge sur le fait de savoir quand la vente est-elle parfaite, ce qui permet de déterminer le moment à partir duquel le bailleur peut former opposition ?

Les juges rendent leur décision au visa d'une solution de principe clairement formulée : « *La vente de gré à gré d'un élément de l'actif mobilier du débiteur en liquidation judiciaire est parfaite dès l'ordonnance du juge-commissaire qui l'autorise, sous la condition suspensive que la décision acquière force de chose jugée* ». Ainsi, ils affirment que le bailleur ne pouvait prendre position qu'à compter de la signification qui devait lui être faite du projet d'acte de cession et que l'exercice du droit de préemption était subordonné au caractère irrévocable de l'ordonnance du juge commissaire ordonnant la cession. Lorsque la décision acquiert force de chose jugée (c'est à dire que les voies de recours, ordinaires et extraordinaires, sont épuisées), la vente de gré à gré est parfaite. Par conséquent, le droit de préemption du bailleur est relayé au second plan. L'arrêt commenté met en exergue le pouvoir exorbitant reconnu aux procédures collectives qui priment le droit commun des contrats.

Même si cette solution est constante (chambre commerciale, 11 mars 1997, n° 94-19.207), nous sommes contraints d'insister sur le fait qu'elle se trouve en contradiction avec la

jurisprudence rendue en droit des sociétés (chambre commerciale, 31 janv. 1995, n° 91-20.735) selon laquelle la clause d'agrément en cas de cession d'actions à un tiers contenue dans les statuts ne peut être écartée malgré l'ouverture d'une procédure collective.

Le présent arrêt reste, néanmoins, source d'incertitudes car apporte-t-il une solution de procédure ou bien une réelle atteinte aux droits du bailleur ? A la différence des juges du fond qui écartent la clause du fait de la procédure collective, la Cour de cassation la maintient mais en retarde les effets. Enfin, dans l'hypothèse selon laquelle la solution trancherait un problème de fond, il convient d'attirer l'attention des rédacteurs d'actes quant à l'enseignement de l'arrêt du 7 septembre 2010 en matière de rédaction des baux commerciaux. En effet, face à une telle position des hauts magistrats qui ne prennent pas en considération les droits du bailleur avant l'ordonnance du juge commissaire, on peut s'interroger quant à l'utilité de ces clauses en présence d'une procédure collective.

## C – Les effets du jugement d'ouverture d'une procédure collective sur la distribution du prix de cession d'un fonds de commerce

### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, 8 juin 2010, n° 09-68591, et 09-68594**

Dans cet arrêt, la question posée aux magistrats de la Cour de cassation était de savoir quelles seront les modalités de distribution du prix d'une cession de fonds de commerce mis en séquestre antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective ?

En l'espèce, un acte de vente d'un fonds de commerce avait été signé en décembre 2006 entre deux sociétés et l'ordre des avocats du barreau de Paris était constitué séquestre. Cependant, en avril 2007, la venderesse est mise en liquidation judiciaire, ce qui aboutit à un contentieux concernant la distribution du prix. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 2 juin 2009 énonce que le prix de vente doit être remis au liquidateur alors que l'ordre des avocats de Paris refuse cette argumentation au moyen selon lequel son mandat, qui consiste à effectuer les paiements et la distribution du prix de vente, n'est pas soumis aux règles des procédures collectives.

La Cour de cassation met fin à ce litige en se fondant sur l'article R.622-19 du code de commerce. Par une application stricte de ce texte, elle n'opère aucune distinction entre les diverses procédures de distribution du prix de vente (là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer) et affirme qu'à défaut de distribution du prix avant l'ouverture de la procédure collective, les règles de celle-ci s'appliquent. Ce raisonnement est satisfaisant sur un plan purement juridique : en effet, la vente du fonds de commerce, principal actif du vendeur, a généré une certaine somme d'argent non répartie du fait du séquestre, donc il paraît légitime que les créanciers de la procédure puissent réaliser ce bien dont la valeur est restée dans le patrimoine du débiteur.

Ainsi, la Cour de cassation rompt avec sa jurisprudence antérieure et opère un revirement (chambre commerciale, 3 mai 2006, n° 04-18.662 et chambre commerciale, 16 oct. 2007, n° 05-21.306) visant à reconnaître la primauté de la procédure collective sur la procédure de distribution du prix en cas de cession d'un fonds de commerce. En effet, de par sa nature, le séquestre a abouti à une non répartition du prix avant l'ouverture de la liquidation judiciaire : ce qui assure l'application du droit des procédures collectives à la procédure de distribution du prix qui devient caduque.

Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'article R.622-19 du code de commerce, le séquestre constituait une procédure de distribution du prix particulière qui échappait à la procédure collective du fait que les fonds déposés n'étaient pas dans le patrimoine du débiteur.

Désormais, il est nécessaire d'attirer l'attention du notaire qui détient des fonds provenant de la vente d'un fonds de commerce car la solution précédente pourra lui être opposée. Il devra être vigilant quant à la situation future du vendeur qui peut faire l'objet d'une procédure collective. Dès lors, en sa qualité de professionnel, le notaire a l'obligation d'analyser avec rigueur la notion de « distribution du prix de vente » qui devra être achevée totalement avant le jugement d'ouverture car à défaut, les fonds seront impérativement remis au mandataire qui

procèdera à la répartition du prix en tenant compte des règles du droit des procédures collectives.

## §2 – LE BAIL COMMERCIAL : l'exercice d'un droit personnel, la jouissance d'un local

A – La circulation du bail commercial : l'absence de responsabilité du dernier preneur des manquements de ses prédécesseurs

### **Troisième chambre civile de la Cour de cassation, 30 juin 2010, n°09-13754**

En l'espèce, une société avait donné à bail à une autre société des locaux à usage mixte (commerce et habitation). Par la suite, ce bail a été cédé deux fois et le dernier cessionnaire a assigné son cédant et la bailleuse en réalisation des travaux de remise en état de la partie d'habitation des lieux loués. La bailleuse a demandé reconventionnellement la résiliation judiciaire du bail pour défaut d'entretien des locaux loués.

La Cour d'appel de Caen a débouté la bailleuse de sa demande en raison de l'état de vétusté établi du logement avant la cession du droit au bail et de ce fait la société cessionnaire n'était pas responsable des dégradations. Aussi, elle affirme que le cessionnaire ne peut être tenu responsable des manquements contractuels du cédant pour écarter les clauses du bail. La société bailleuse forme un pourvoi au moyen que les cessions successives d'un bail commercial emportent transfert des obligations du contrat au dernier titulaire de ce dernier qui devient responsable des dégradations causées par les anciens titulaires au profit du bailleur.

Ce principe ancien, avait été rappelé dans deux arrêts (Cour de cassation, 3ème civ, 13 juin 2001 et Cour de cassation, 3ème civ, 9 juillet 2003) qui affirment que « les cessions successives d'un bail opèrent transmission des obligations en découlant au dernier titulaire du contrat qui devient débiteur envers le bailleur des dégradations causées par ses prédécesseurs ». Les faits étant similaires à l'arrêt du 9 juillet 2003, la Cour de cassation aurait pu réaffirmer la solution de principe jusqu'alors retenue. Cependant, la Cour de cassation retient la solution de la cour d'appel et par la même opère un revirement de jurisprudence.

En effet, la Cour de cassation retient que l'état de vétusté de l'appartement existait avant que le cessionnaire en eût pris possession et que les dégradations ne pouvaient pas lui être imputées. Par conséquent, elle a pu en déduire « qu'il ne pouvait pas lui être reproché à faute par le bailleur pour obtenir la résiliation du bail des manquements des précédents preneurs ». Cette solution peut se justifier par l'application de l'article 1732 du Code civil qui prévoit que le preneur répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont lieu sans sa faute ». Jusqu'alors seule la force majeure et la faute du bailleur permettaient une exonération de responsabilité. Cependant, l'arrêt semble ajouter une possibilité supplémentaire, la faute commise par un cédant, ce qui signifie que seule la faute commise par le preneur personnellement engage sa responsabilité et ce malgré une clause du bail prévoyant une garantie solidaire de cessionnaire envers le cédant.

Cette solution ne peut être qu'approuvée, elle permet une plus grande sécurité juridique au profit du dernier preneur, qui ne saurait être sanctionné des manquements des autres preneurs. Le débat porte donc maintenant sur la remise en question de l'obligation du dernier occupant de restituer les lieux conformément aux stipulations contractuelles. Pour certains auteurs, la solution de la Cour de cassation aurait pu être tout autre si le bailleur avait demandé le paiement de travaux de remise en état à la fin du bail, ou d'une indemnité au lieu de la résiliation du bail pour défaut d'entretien en raison de son obligation de restituer les lieux en bon état à la fin du bail.

B – La particularisme de la propriété commerciale mise en exergue au travers du contrat de commission affiliation

### **Chambre commerciale de la Cour de cassation, 29 juin 2010, n°09-66.773**

En l'espèce, le contentieux était survenu après la cession du bail d'un ancien franchisé devenu commissionnaire affilié, qui par la suite s'était vu opposer la rupture de son contrat pour non respect d'une clause imposant le consentement à la cession du chef de file du réseau. Ce dernier demande la requalification de son contrat en agent commercial pour obtenir une indemnisation.

Cela laisse donc sous-entendre que l'agent est indemnisé de droit à la rupture du contrat (article L.134-4 du Code de commerce) alors que le commissionnaire affilié n'y aurait pas droit. Cette solution fait l'objet de controverses (JCP G 2010, 876 note C. Grimaldi).

La cour d'appel de Paris, 13 septembre 2006, fait droit à sa demande au motif que la lettre du contrat n'était pas conforme à l'activité pratiquée. L'arrêt cassé et renvoyé devant la cour d'appel de renvoi. La cour d'appel de renvoi considère que le droit au bail n'est pas un élément essentiel du litige. Un nouveau pourvoi de cassation est formé.

Le 29 juin 2010, la Cour de cassation, après avoir rappelé que la société affiliée était titulaire d'un droit au bail sur lequel la société Chattawak ne prétendait pas avoir un quelconque droit, casse l'arrêt au motif que les juges du fond auraient dû considérer que la question du droit au bail était un élément essentiel du litige en considérant que « la circonstance que la société Chantal X ait été titulaire du bail commercial était un élément essentiel pour déterminer si celle-ci avait la qualité de commerçante qu'un agent ne peut posséder ». La solution de la Cour de cassation est sujette à controverses. En effet, pour certains auteurs le droit au bail est une question essentielle du litige car l'issue de la décision peut priver les commissionnaires affiliés de la propriété commerciale. Pour d'autres auteurs, la qualification du bail n'avait pas un intérêt essentiel dans le litige (JCP E 2010, 1964, note N. Dissaux). En effet, tous les commerçants peuvent bénéficier de la propriété commerciale mais de nombreux professionnels civils jouissent de leur local d'exploitation en vertu d'un bail commercial les parties étant toujours libres de convenir d'une extension conventionnelle du statut des baux commerciaux (Cass. 3e civ., 6 juill. 1982 : Bull. civ. 1982, III, n° 167 ; Rev. dr. imm. 1983, p. 115, obs. J. Derruppé et Brière de l'Isle ; Cass. 3e civ., 4 mars 1987 : Bull. civ. 1987, III, n° 38).

Enfin certains considèrent que l'existence d'un bail commercial suppose un fonds de commerce et non l'inverse. Ainsi un bailleur a simplement pu maintenir un bail commercial alors que le preneur n'était plus commerçant.

## C – Le paiement du loyer pour la mise à disposition des locaux commerciaux

*1) Le caractère non libératoire du paiement du loyer entre les mains du notaire chargé de la succession de l'un des bailleurs*

### **Troisième chambre civile de la Cour de cassation, 29 septembre 2010, n°09-15.511**

Par l'arrêt du 29 septembre 2010, La Cour de Cassation réaffirme que le juge doit rechercher si le notaire a reçu pouvoir de recevoir les loyers pour le compte du bailleur (Civ.3e; 2 mars 1977, Bull.civ.III, n°105 ; 5 mars 1997, Bull.civ.III, n°46 ; Défrenois 1997. 1010, obs. Delebecque ; JCP N 1997. II. 1189, note Djigo).

En l'espèce, après la résiliation d'un bail prononcé aux tords exclusifs du preneur, les bailleurs ont assigné le preneur en paiement d'arriéré de loyers et d'une indemnisation correspondant à la remise en état des locaux.

La Cour d'appel (Rennes, 4 juin 2008) a débouté les bailleurs de leur demande au motif que les preneurs s'étaient acquittés du paiement des loyers entre les mains du notaire en charge de la succession d'un des bailleurs et que ce paiement les avait libérés de leur obligation de paiement. La Cour de Cassation confirme sa position en rejetant cette solution au visa de l'article 1239 du code civil, selon lequel, « le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui » et, par la même, affirme que les juges du fond auraient dû vérifier que le notaire avait bien

reçu le pouvoir de recevoir les loyers pour le compte des bailleurs ». Les notaires, n'étant pas investis de pouvoir de recevoir les loyers, devront donc veiller à ne pas accepter le paiement du preneur ou expliquer à ce dernier que le paiement n'est pas libératoire de ses obligations.

### *2) Réponse ministérielle du 20 juillet 2010 sur l'utilisation de l'indice des loyers commerciaux*

Pour le Gouvernement, la hausse des loyers commerciaux est une question d'actualité justifiant son acceptation relative à des propositions de nombreux représentants de bailleurs et de commerçants de pouvoir utiliser l'indice des loyers commerciaux (ILC) au lieu de l'indice du coût de la construction (ICC).

### *3) La constitutionnalité de la valeur locative des locaux commerciaux*

Le Conseil d'Etat a statué sur l'opportunité de renvoi au conseil constitutionnel d'une question de priorité constitutionnelle portant sur la constitutionnalité des dispositions prévues à l'article 1498 du CGI. En l'espèce la SARL Veneur contestait son imposition à la taxe foncière car la valeur locative déterminée par la méthode comparative était excessive selon elle. Aussi la SARL soutient que les dispositions de l'article 1498 méconnaissent le principe d'égalité devant l'impôt, l'objectif constitutionnel de clarté et d'intelligibilité de la loi et la séparation des pouvoirs.

Le Conseil d'Etat, par une décision du 9 juillet 2010 SARL Veneur, a pu considérer que la requête de La SARL sur la transmission de la question de conformité à la constitution des méthodes d'évaluation de la valeur locative des locaux commerciaux, prévue à l'article 1498 du CGI, ne présentait aucun caractère sérieux ni nouveau et par conséquent ne devait pas être renvoyé au Conseil constitutionnel.

## **D – La confirmation de la sanction des clauses contraires à l'ordre public du statut des baux commerciaux par le Gouvernement**

### **Réponse ministérielle du 12 octobre 2010, n°67013**

Dans sa réponse ministérielle n° 67013 du 12 octobre 2010, le Gouvernement rejette la proposition du congrès des notaires de sanctionner les clauses contraires aux règles d'ordre public du statut des baux commerciaux par « le réputé non écrit ». En la matière, les clauses contraires à l'ordre public sont sanctionnées par « le réputé non écrit » (pour deux cas spécifiés à l'article L145- 16 et L145-45 du Code de commerce) et par la nullité de la clause.

Le gouvernement a indiqué dans la réponse ministérielle que « les dispositions essentielles du statut des baux commerciaux sont d'ordre public et la nullité sanctionne les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour objet ou effet d'y faire échec ». Cette réponse peut se justifier par la durée de la prescription en matière de « réputé non écrit ». En effet, la prescription ne court pas en matière de « réputé non écrit », ce qui serait très favorable à des professionnels d'affaire. Ainsi, des clauses contenues dans un contrat conclu il y a plusieurs années pourraient être remises en cause alors que ces professionnels sont en capacité de vérifier si la clause est conforme au statut. Dès lors, cette demande serait donc contraire à la sécurité juridique des contrats. Enfin, le gouvernement précise que cette proposition serait contraire à la réforme de la prescription en matière civile.

## **IV – Le droit fiscal**

### **Conseil d'Etat, le 2 Juin 2010, n°306292, le report d'imposition des plus-values professionnelles en cas d'apport à une SCP**

Trois avocats exerçant en association ont fait apport de l'ensemble des éléments d'actif immobilisé ainsi que de leurs clientèles respectives à une société civile professionnelle. L'un d'entre eux a placé la plus-value ainsi réalisée sous le régime du report d'imposition prévu à l'article 151 octies du Code général des impôts.

L'administration fiscale lui a refusé ce bénéfice au motif que celui-ci n'exerçait pas « en individuel » mais en qualité de membre d'une association d'avocats et, en conséquence, réintègre la plus-value dans ses revenus.

La Cour administrative d'appel de Paris a confirmé le jugement du tribunal administratif de Paris qui avait refusé de lui accorder la décharge des suppléments d'imposition.

Le Conseil d'Etat le 2 Juin 2010, décide dans un premier temps, que le IV de l'article 151 octies du CGI, qui prévoit le bénéfice du report d'imposition des plus-values professionnelles, est limité aux fusions réalisées entre sociétés civiles professionnelles et ne concerne pas, comme en l'espèce, un apport d'actif effectué par une association d'avocats à une société civile professionnelle. Mais, l'exercice en association n'est pas de nature à priver l'avocat apporteur d'opter pour le régime du report d'imposition institué par l'article 151 octies du CGI, dès lors que l'apport répond aux conditions de cet article : un apport réalisé par une personne physique portant sur l'ensemble des éléments d'actif immobilisé ou d'une entreprise individuelle depuis la loi du 30 décembre 2005 ou d'une branche complète d'activité.

C'est pourquoi, dans un second temps, le Conseil d'Etat décide que : consenti non par l'association collectivement mais par chacun des associés individuellement, l'apport était éligible au régime de faveur, nonobstant l'exercice en association ou en groupe du requérant.

Il ressort implicitement de cette décision que le régime de l'article 151 octies du CGI impose de distinguer entre l'exercice à titre individuel de la profession de l'exercice en société, ce qui permet d'envisager les situations dans lesquelles le mode d'exercice du praticien préalable à l'apport sera compatible ou non avec les exigences requises par le législateur pour l'application du régime de faveur.

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

**Master 2 droit notarial, Faculté de droit de Montpellier**

**Site internet : <http://www.lounotari.fr/>**