

Lorsqu'une société n'ayant pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, la désignation d'un ou plusieurs commissaires à la transformation chargés d'apprécier la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers est obligatoire (art. L 224-3, al. 1 Ccom). **Il en résulte que, en cas de transformation d'une société déjà dotée d'un commissaire aux comptes, la désignation d'un commissaire à la transformation n'est pas obligatoire (Rép. Carayon : AN 5-7-2005 n° 56016).**

Le fait qu'une société se transformant en société par actions dispose déjà d'un commissaire aux comptes la dispense de faire évaluer les biens composant son actif (Cass. com. 8-4-2008 n° 06-15.193).

Avant sa modification par la loi 2016-1691 du 9 décembre 2016, l'article L 224-3, al. 1 précisait que « le commissaire aux comptes de la société peut être nommé commissaire à la transformation ». Le CCRCs en avait déduit que la dispense de désignation d'un commissaire à la transformation n'emportait pas dispense de l'établissement du rapport sur la valeur des biens composant l'actif social, nécessaire à la bonne information des associés sur la réalité de l'actif social, et que le commissaire aux comptes devait établir le rapport qu'aurait établi le commissaire à la transformation s'il en avait été désigné un (Avis CCRCs 2012-038 du 25-10-2012).

La suppression de cette précision par la loi 2016-1691 a levé toute incertitude : une société dotée d'un commissaire aux comptes se transformant en société par actions n'a pas à faire évaluer les biens composant son actif social (dans le même sens, CNCC NI.VI juillet 2018 § 2.11).

**REQUETE A MONSIEUR LE JUGE COMMIS A LA SURVEILLANCE
DU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES**

Monsieur le Président,

En notre qualité de Conseil de la société [REDACTED], société par actions simplifiée au capital de 27.069.000 euros, dont le siège social est situé [REDACTED] Paris, immatriculée au Registre du Commerce et des sociétés de Paris sous le numéro [REDACTED] (la « Société »),

Nous avons l'honneur de vous exposer ce qui suit :

I- Transformation en société par actions simplifiée

1. Aux termes des délibérations de l'associé unique de la Société en date du 25 octobre 2017, il a été décidé de transformer la Société, alors constituée sous la forme de société en nom collectif, en société par actions simplifiée et de modifier en conséquence la dénomination sociale de la Société en [REDACTED]

Lors de ces décisions, l'associé unique de la Société a également adopté les statuts de la Société sous sa nouvelle forme et désigné les représentants légaux à savoir :

- Monsieur [REDACTED] en qualité de Président,
- Messieurs [REDACTED] en qualité de directeurs généraux.

Les mandats de la société Deloitte & Associés, commissaire aux comptes titulaire, et de la société BEAS, commissaire aux comptes suppléant, ont été confirmés.



L'associé unique a constaté la réalisation de la transformation à cette même date, soit le 25 octobre 2017.

2. L'ensemble des pièces relatives à la transformation de la Société ainsi que le formulaire déclaratif M2 ont été déposés au Greffe du Tribunal de commerce de Paris le 3 avril 2018 en vue de la transcription de cette transformation au Registre du Commerce et des Sociétés.
3. Par courrier du 11 avril 2018, le Greffe a refusé de procéder à l'inscription modificative au Registre du Commerce et des Sociétés et requis la communication « d'un exemplaire original du rapport du commissaire à la transformation ou selon le cas du commissaire aux comptes, relatif à la transformation, dûment daté et signé ».

Par courriel en date du 12 avril 2018, nous avons exposé à [REDACTED] contrôleur en charge de la vérification du dossier de transformation, les raisons pour lesquelles sa demande de rapport sur la transformation nous apparaissait infondée au regard de la législation en vigueur, la demande du Greffe étant faite en application de l'avis du Comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés (CCRCS) n°2012-038 en date du 25 octobre 2012 (**l'Avis CCRCS**).



Cependant, M.  nous a confirmé par courriel en date du même jour qu'il maintenait sa demande.

4. Nous avons alors rencontré , responsable du Service Documentation et Etudes – Pôle juridique – du Greffe et lui avons précisé les raisons pour lesquelles l'établissement d'un rapport sur la transformation n'était pas requis en l'espèce, **la société se transformant étant déjà dotée d'un commissaire aux comptes.**
5. Cependant, après plusieurs échanges,  nous a confirmé par courriel en date du 7 juin 2018 que Monsieur le Greffier maintenait la demande de communication du rapport relatif à la transformation et nous a précisé par courriel du 14 juin 2018 que cette demande était fondée sur les dispositions de l'article R.123-105 alinéa 3 du Code de commerce.

L'article R.123-105 du Code de commerce (anciennement article 49 du décret du 30 mai 1984 relatif au Registre du Commerce et des Sociétés codifié en 2007) et modifié par le décret du 31 juillet 2012, dispose que :

« Les actes, délibérations ou décisions modifiant les pièces déposées lors de la constitution sont déposées dans le délai d'un mois à compter de leur date après, le cas échéant, publication de l'avis prévu à l'article R. 210-9 ou à l'article 24 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil.

Y est joint un exemplaire mis à jour des statuts ou du contrat de groupement établi sur papier libre et certifié conforme par le représentant légal ou par toute personne habilitée par les textes régissant la forme de la société en cause à effectuer cette certification.

Le rapport du commissaire à la transformation, ou selon le cas du commissaire aux comptes, relatif à la transformation d'une société en société par actions est déposé huit jours au moins avant la date de l'assemblée appelée à statuer sur la transformation ou, en cas de consultation écrite, huit jours avant la date limite prévue pour la réponse des associés. »

6. **Or il convient de constater que la demande de Monsieur le Greffier quant à la communication d'un rapport sur la transformation est infondée en l'espèce pour les raisons suivantes :**

L'article R.123-105 du Code de commerce vise le rapport relatif à la transformation devant être établi en application de l'article L.224-3 du Code de commerce.

L'article L.224-3 du Code de commerce disposait, avant d'être modifié par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 (Loi Sapin 2) :

« Lorsqu'une société de quelque forme que ce soit qui n'a pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés, sauf accord unanime des associés par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux. Les commissaires à la transformation peuvent être chargés de l'établissement du rapport sur la situation de la société mentionné au troisième alinéa de l'article L. 223-43. Dans ce cas, il n'est rédigé qu'un seul rapport. Ces commissaires sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 225-224. Le commissaire aux comptes de la société peut être nommé commissaire à la transformation. Le rapport est tenu à la disposition des associés.

Les associés statuent sur l'évaluation des biens et l'octroi des avantages particuliers. Ils ne peuvent les réduire qu'à l'unanimité.

A défaut d'approbation expresse des associés, mentionnée au procès-verbal, la transformation est nulle. »

L'avant-dernière phrase du 1^{er} alinéa de l'article L.224-3 du Code de commerce avant sa modification par la Loi Sapin 2, avait fait l'objet de nombreux débats et de difficultés d'interprétation quant à la nécessité de faire intervenir le commissaire aux comptes de la société qui se transformait en société par actions puisque ledit article, et l'établissement du rapport relatif à la transformation en résultant, ne devait s'appliquer qu'aux sociétés qui n'avaient pas déjà de commissaire aux comptes.

La loi Sapin 2 a modifié la rédaction de l'article L.224-3 du Code de commerce et **a supprimé la phrase prévoyant que « le commissaire aux comptes de la société peut être nommé commissaire à la transformation. »**

La nouvelle rédaction de cet article est en effet la suivante :

« Lorsqu'une société de quelque forme que ce soit qui n'a pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés, sauf accord unanime des associés par décision de justice à la demande des dirigeants sociaux ou de l'un d'eux. Les commissaires à la transformation peuvent être chargés de l'établissement du rapport sur la situation de la société mentionné au troisième alinéa de l'article L. 223-43. Dans ce cas, il n'est rédigé qu'un seul rapport. Ces commissaires sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11-3. Le rapport est tenu à la disposition des associés.

Les associés statuent sur l'évaluation des biens et l'octroi des avantages particuliers. Ils ne peuvent les réduire qu'à l'unanimité.

A défaut d'approbation expresse des associés, mentionnée au procès-verbal, la transformation est nulle. »

La suppression par le législateur de l'avant-dernière phrase du 1^{er} alinéa faisant référence au commissaire aux comptes de la société qui se transforme lève par conséquent toute incertitude sur le fait qu'une société qui se transforme et qui est déjà dotée d'un commissaire aux comptes n'a pas à faire établir de rapport sur la transformation.

Le Bulletin d'actualité des Greffiers n°104 de janvier 2017 (dont copie est jointe aux présentes) a également commenté la modification de l'article L.224-3 du Code de commerce et expressément retenu que l'avis CCRCs susvisé, et qui avait été rendu avant la loi Sapin 2, était devenu caduque « **et qu'une société dotée d'un CAC se transformant en société par actions est donc dispensée de faire évaluer les biens composant son actif social** ».

Enfin la modification de l'article L.224-3 du Code de commerce confirme également la position de la Commission Nationale des Commissaires aux Comptes laquelle considère que « **dans un certain nombre de cas de transformation, le dispositif élaboré par le législateur aboutit à l'absence de toute intervention de commissaire aux comptes ou de commissaire à la transformation.**

Il en est ainsi lors des transformations suivantes : – société par actions (SA, SCA, SAS) en société en nom collectif ; – société, autre qu'une SARL, qui n'a pas de commissaire aux comptes en une forme de société qui n'est pas une société par actions ; – société en commandite simple, société en nom collectif ou société civile, ayant un commissaire aux comptes, en société par actions (SA, SCA, SAS). »

Pour ce qui concerne la demande de Monsieur le Greffier, fondée sur l'article R.123-105 du Code de commerce, il convient donc de relever :

- que la rédaction de cet article n'a pas été modifiée depuis le décret du 31 juillet 2012 et que le dépôt du rapport du commissaire aux comptes relatif à la transformation de la société en société par actions prévu au dernier alinéa dudit article est devenu sans objet depuis la modification de l'article L.224-3 du Code de commerce par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, et dont il résulte qu'une société dotée d'un commissaire aux comptes n'a pas à faire établir ledit rapport ;
- que conformément au principe de la hiérarchie des normes, lorsqu'une contradiction apparaît entre deux normes, la norme de niveau supérieur doit s'appliquer ;
- qu'en l'espèce les dispositions de l'article L.224-3 du Code de commerce modifiées par la Loi Sapin 2 doivent donc prévaloir sur les dispositions de l'article R.123-105 du Code de commerce issues du Décret du 31 juillet 2012 ;
- qu'en conséquence, il n'y pas lieu de faire établir ni de transmettre à Monsieur le Greffier un rapport sur la transformation de la Société en société par actions simplifiée, la Société étant dotée d'un commissaire aux comptes avant sa transformation en société par actions, et
- qu'il convient de procéder sans délai à l'enregistrement de cette formalité.

II- Modifications subséquentes : changement de Président et changement de Directeur général

1. Suite à la transformation de la Société en société par actions simplifiée et aux termes des décisions en date du 22 mars 2018, l'associé unique de la Société a décidé de révoquer [REDACTED] de son mandat de Président et a nommé en remplacement [REDACTED]
2. L'ensemble des pièces relatives au changement de Président de la Société ainsi que le formulaire déclaratif M3-A ont été déposés au Greffe du Tribunal de commerce de Paris le 20 juin 2018 en vue de l'inscription du changement de Président au Registre du Commerce et des Sociétés.
3. Par décisions en date du 24 avril 2018, l'associé unique de la Société a pris acte de la démission de [REDACTED] de son mandat de Directeur Général et a nommé en remplacement [REDACTED]
4. L'ensemble des pièces relatives au changement de Directeur Général de la Société ainsi que le formulaire déclaratif M3-A ont été déposés au Greffe du Tribunal de commerce de Paris le 20 juin 2018 en vue de l'inscription de cette modification au Registre du Commerce et des Sociétés.
5. Par courriers en date du 21 juin 2018, Monsieur le Greffier a refusé de procéder aux inscriptions modificatives au Registre du Commerce et des Sociétés portant sur le changement de Président et le changement de Directeur Général au motif que la forme sociale de la Société n'était pas conforme à la forme sociale déclarée au Registre du Commerce et des Sociétés.
6. Le rejet des deux formalités susvisées résultant du défaut d'inscription au Registre du Commerce et des Sociétés de la transformation de la Société en société par actions simplifiée, nous requerrons qu'il soit ordonné à Monsieur le Greffier de procéder aux deux inscriptions modificatives susvisées sans délai après retranscription au Registre du Commerce et des Sociétés de la transformation de la Société.



Liste des pièces annexées à la requête

1- Concernant la transformation de la Société en SAS

- Dossier de formalités concernant la transformation de la Société (comprenant notamment le procès-verbal enregistré des décisions de l'associé unique de la Société en date du 25 octobre 2017, les statuts mis à jour en date du 25 octobre 2017, la publication légale au journal spécial des sociétés, le pouvoir pour les formalités...);
- Formulaire M2;
- Courrier du Greffe du Tribunal de commerce de Paris du 11 avril 2018;
- Courriel de Me Yasmine Djerrari, [REDACTED], contrôleur en charge de la vérification du dossier de transformation en date du 12 avril 2018;
- Courriel en réponse de [REDACTED] à Me Yasmine Djerrari;
- Courriel de Me Virginie Gaubert Ravoire à M. Maupin en date du 4 mai 2018;
- Courriel en réponse de M. Maupin à Me Virginie Gaubert Ravoire en date du 24 mai 2018;
- Courriel de M. Maupin à Me Virginie Gaubert Ravoire en date du 7 juin 2018;
- Courriel de M. Maupin à Me Virginie Gaubert Ravoire en date du 14 juin 2018;
- Avis du CCRC n°2012-038;
- Bulletin des Greffiers n° 104 de janvier 2017

2- Concernant le changement de président de la Société

- Dossier de formalités concernant la révocation du Président de la Société et son remplacement (Procès-verbal des décisions de l'associé unique de la Société en date du 22 mars 2018, déclaration de non condamnation, copie du passeport et pouvoir du nouveau Président);
- Formulaire M3-A
- Courrier de rejet du Greffe du Tribunal de commerce de Paris en date du 21 juin 2018

3- Concernant le changement de directeur général de la Société

- Dossier de formalités concernant la démission de [REDACTED] en qualité de Directeur Général de la Société et son remplacement (Procès-verbal des décisions de l'associé unique de la Société en date du 24 avril 2018 2017, déclaration de non condamnation, copie du passeport et pouvoir du nouveau président);
- Formulaire M3-A;
- Courrier de rejet du Greffe du Tribunal de commerce de Paris en date du 21 juin 2018.

Bulletin d'actualité des greffiers

La publication du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce

SURVEILLANCE DU RCS

lors d'une cession de parts
dans le cadre du redressement
judiciaire **PAGE 6**

SEUL L'EXCÈS DE RÉMUNÉRATION

constitutif de l'abus
de biens sociaux
doit être réparé **PAGE 7**

GAGE SUR OUTILLAGE ET MATÉRIEL :

le cessionnaire n'est tenu
que des échéances du prêt
non encore exigibles **PAGE 7**

LA COMPÉTENCE

TERRITORIALE des huissiers
est élargie depuis le 1^{er} janvier
2017 **PAGE 9**

LES BIENS REVENDIQUÉS

par plusieurs vendeurs doivent
leur être restitués à proportion
de la quantité livrée
et restant impayée **PAGE 13**

**La Rédaction
du Bulletin d'actualité
des Greffiers
vous présente
ses meilleurs vœux
pour l'année 2017**

Les nouveautés de la loi Sapin 2 qui intéressent la profession de greffier

Zoom
sur...

Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment, le greffier sera chargé lors de l'immatriculation de vérifier l'exactitude des informations relatives aux bénéficiaires effectifs et ceux-ci devront être déclarés au RCS, à compter du 1^{er} avril 2017.

Parmi les apports de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, il faut retenir les nouvelles mesures de lutte contre le blanchiment des capitaux, l'allègement des formalités en cas de cession et d'apport d'un fonds de commerce, la réduction de la durée de la solidarité du loueur d'un fonds de commerce, la simplification du régime de l'EIRL et la clarification de nombreuses obligations relevant du droit des sociétés (♦ L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO, 10 déc.).

Lutte contre le blanchiment

La loi Sapin 2 a introduit dans le code monétaire et financier de nouvelles dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux (♦ C. mon. fin., art. L. 561-46 et L. 561-47, créés par L., art. 139, I). Ces nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1^{er} avril 2017 (♦ L., art. 139, II).

Nouvelles informations à communiquer au RCS

Dès lors qu'elles ont leur siège social sur le territoire français, les sociétés et entités juridiques devront obtenir et conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs (♦ C. mon. fin., art. L. 561-46, al. 1^{er}, créé). Le bénéficiaire effectif s'entend de la ou des personnes physiques soit qui contrôlent en dernier lieu – directement ou indirectement – le client, soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. Un décret doit préciser la définition et les modalités de détermination du bénéficiaire effectif (♦ C. mon. fin., art. L. 561-2-2, mod. par Ord. n° 2016-1635, 1^{er} déc. 2016, art. 2).

Les sociétés et entités juridiques devront communiquer au RCS les informations sur leurs bénéficiaires effectifs lors de leur immatriculation, puis régulièrement afin de les mettre à jour. Un décret en Conseil d'État, à paraître, fixera la liste des informations

Suite p. **2**

Les nouveautés de la loi Sapin 2 qui intéressent la profession de greffier

suite de la page 1

collectées ainsi que les conditions et modalités selon lesquelles ces informations seront obtenues, conservées, mises à jour et communiquées au RCS (♦ C. mon. fin., art. L. 561-46, al. 2 et 3, créés).

Nouvelle mission du greffier

Le greffier du tribunal de commerce devra vérifier les informations relatives aux bénéficiaires effectifs et en accuser réception, dans des conditions qui seront prévues par décret en Conseil d'État. Les informations sur les bénéficiaires effectifs communiquées par les sociétés au RCS feront partie des inscriptions, actes et pièces transmis par le greffier du tribunal de commerce par voie électronique à l'Institut national de la propriété industrielle. Ces informations sur les bénéficiaires effectifs feront également partie des informations qui seront contenues dans le Registre national du commerce et des sociétés. Un décret en Conseil d'État précisera les informations sur les bénéficiaires effectifs qui seront mises à la disposition du public et celles qui ne seront accessibles qu'aux autorités et entités compétentes dans la lutte contre le blanchiment dont il fixera la liste (♦ C. mon. fin., art. L. 541-47, créé).

Nouvelles mesures relatives au fonds de commerce

Suppression du visa des livres de comptabilité en cas de cession

Depuis le 11 décembre 2016, date d'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, au jour de la cession d'un fonds de commerce, le vendeur et l'acquéreur ne doivent plus viser qu'un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice comptable et le mois précédant celui de la vente. Avant cette date, outre ce document, ils devaient viser tous les livres de comptabilité, qui étaient tenus par le vendeur durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente. En contrepartie de cette suppression, la loi Sapin 2 prévoit que le vendeur doit, néanmoins, mettre à disposition de l'acquéreur, à la demande de ce dernier, pendant une durée de 3 ans à compter de l'entrée en jouissance du fonds, tous les livres de comptabilité qu'il a tenus durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente. Toute clause contraire est réputée non écrite (♦ C. com., art. L. 141-2, mod. par L., art. 129, 2^o).

REMARQUE : ces mêmes règles sont applicables en cas d'apport de fonds de commerce à une société.



Le greffier devra vérifier les informations relatives aux bénéficiaires effectifs dans des conditions qui seront prévues par décret »

Cette modification ne devrait pas avoir d'effet sur la jurisprudence rendue en la matière. Jusqu'à présent, le non-respect du visa des livres de comptabilité n'était assorti d'aucune sanction et ne suffisait pas à entraîner le vice du consentement de l'acquéreur (♦ CA Orléans, 7 juill. 1998, n^o 97000851). Il pouvait toutefois justifier une annulation de la cession pour réticence dolosive en cas de dissimulation d'éléments comptables qui aurait une incidence sur le consentement du cessionnaire (♦ CA Caen, 26 sept. 2013, n^o 12/00709).

REMARQUE : rappelons que les documents comptables n'ont aucun caractère confidentiel à l'égard de l'acheteur du fonds. On ne saurait donc reprocher au comptable du vendeur d'avoir commis une faute en communiquant directement les livres à l'acquéreur du fonds (♦ Cass. 1^{re} civ., 27 janv. 1993, n^o 91-12.640).

Allègement des formalités d'apport d'un fonds de commerce

L'apporteur d'un fonds de commerce est tenu d'indiquer, dans l'acte d'apport, certaines informations relatives au fonds (origine de la propriété, état des privilèges et nantissements, énonciation des chiffres d'affaires des trois derniers exercices comptables, etc.). Par ailleurs, l'apport d'un fonds de commerce doit faire l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir les annonces légales et d'un avis au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc)*.

Depuis le 11 décembre 2016, ces obligations sont supprimées par la loi Sapin 2 lorsque l'apport du fonds de commerce est effectué au profit d'une société détenue en totalité par l'apporteur (♦ C. com., art. L. 141-1 et L. 141-21, mod. par L., art. 129, 1^o et 2^o). Cette disposition a pour objet de faciliter le passage de l'entreprise individuelle à la société unipersonnelle (EURL ou SASU).

Réduction du délai de solidarité du loueur avec le locataire-gérant

L'article L. 144-7 du code de commerce prévoit que le loueur du fonds de commerce est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds.

La loi Sapin 2 prévoit désormais que cette solidarité ne peut être mise en jeu que jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, alors qu'auparavant elle jouait non seulement jusqu'à la publication de ce contrat, mais aussi pendant un délai de 6 mois à compter de cette publication (♦ C. com., art. L. 144-7, mod. par L., art. 144).



Le vendeur et l'acquéreur d'un fonds de commerce ne doivent plus viser tous les livres de comptabilité mais le vendeur doit les mettre à disposition de l'acquéreur pendant 3 ans »

Il ressort de l'étude d'impact de la loi Sapin 2 que cette responsabilité solidaire du loueur ne se justifiait pas, le locataire-gérant exploitant le fonds à ses risques et périls (♦ C. com., art. L. 144-1), et les créanciers du locataire-gérant bénéficiant du recours en responsabilité civile de droit commun contre le loueur si les conditions sont réunies. Ces règles étaient, par ailleurs, dissuasives pour l'exploitant souhaitant mettre son fonds en location-gérance, notamment dans la perspective d'une transmission de l'entreprise.

REMARQUE : rappelons que la solidarité du loueur ne joue pas lorsque le fonds a été mis en gérance par un mandataire de justice ou lorsque la location-gérance est conclue dans le cadre d'une procédure collective.

Cette mesure est applicable pour les contrats de location-gérance publiés depuis le 11 décembre 2016.

Sur les modifications apportées à la solidarité fiscale par la loi n° 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, voir « Cession et location-gérance de fonds de commerce : la solidarité fiscale aménagée », page 8.

Simplification du statut de l'EIRL

La loi Sapin 2 a simplifié depuis le 11 décembre 2016 le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

Elle précise que la valeur déclarée des biens affectés au patrimoine professionnel est la valeur vénale ou, à défaut de marché, la valeur d'utilité. En outre, elle prévoit que lorsque l'entrepreneur individuel n'a pas opté pour l'assimilation à une EURL, au sens de l'article 1655 *sexies* du code général des impôts, il déclare soit la valeur nette comptable des éléments constitutifs du patrimoine affecté telle qu'elle figure dans les comptes du dernier exercice clos à la date de constitution du patrimoine affecté, s'il est tenu à une comptabilité commerciale soit la valeur d'origine de ces éléments telle qu'elle figure au registre des immobilisations du dernier exercice clos, diminuée des amortissements déjà pratiqués, s'il n'est pas tenu à une telle comptabilité (♦ C. com., art. L. 526-8, mod. par L., art. 128, 1^o). Par ailleurs, dans ces cas précités, la loi Sapin 2 supprime l'obligation d'évaluation des biens d'une valeur supérieure à 30 000 euros par un commissaire aux comptes, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire (♦ C. com., art. L. 526-10, mod. par L., art. 128, 2^o).

Elle supprime également la possibilité pour l'EIRL de rendre opposable la déclaration d'affectation professionnelle aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt (♦ C. com., art. L. 526-12, mod. par L., art. 128, 3^o).

Enfin, chaque année l'EIRL doit déposer son bilan ou, le cas échéant, les documents résultant des obligations comptables simplifiées au registre où a été déposée la déclaration d'affectation de son patrimoine pro-

fessionnel. Par mesure de simplification, la loi Sapin 2 supprime le double publication du bilan lorsque l'EIRL a déposé sa déclaration au répertoire des métiers ou lorsqu'il est soumis à une double immatriculation (♦ C. com., art. L. 526-14, al. 1^{er}, mod. par L., art. 128, 4^o).



La loi Sapin 2 supprime la double publication du bilan lorsque l'EIRL a déposé sa déclaration d'affectation au répertoire des métiers ou lorsqu'il est soumis à une double immatriculation »

Les nouveautés en droit des sociétés

Dépôt des comptes annuels

Une ordonnance, prise au plus tard le 9 décembre 2017, doit autoriser, dans un délai de 2 ans à compter de sa publication, le dépôt des comptes annuels en annexe au RCS sous une forme dématérialisée automatiquement exploitable par un traitement informatique (♦ L., art. 136, 3^o). Cette possibilité concernera toutes les sociétés commerciales soumises à l'obligation de dépôt.

Lorsque les dirigeants d'une société commerciale transformant des produits agricoles ou commercialisant des produits alimentaires n'ont pas procédé au dépôt des comptes dans les conditions et délais légaux (♦ C. com., art. L. 232-21 à L. 232-23), le président de l'Observatoire de la formation des prix et des marges des produits alimentaires peut, depuis le 11 décembre 2016, saisir le président du tribunal de commerce afin d'enjoindre, sous astreinte, à ladite société de déposer ses comptes à bref délai (♦ C. rur., art. L. 682-1, al. 6, créé par L., art. 98, I, 4^o).

Une ordonnance, prise au plus tard le 9 décembre 2017, doit alléger, pour les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé qui établissent le document de référence de l'AMF, les obligations de dépôt des rapports et informations afférents à chaque exercice prévues, notamment, à l'article L. 232-23 du code de commerce lors du dépôt des comptes au greffe du tribunal (♦ L., art. 136, 2^o).



Une ordonnance doit autoriser le dépôt des comptes annuels en annexe au RCS sous une forme dématérialisée exploitable par un traitement informatique »

REMARQUE : l'ordonnance devrait permettre aux sociétés concernées de ne déposer au greffe que le document de référence, lorsque celui-ci intègre les informations demandées dans les autres rapports obligatoires, notamment le rapport de gestion (♦ Étude d'impact, 30 mars 2016 : NOR : FCPM1605542L).

En outre, les actionnaires des sociétés anonymes (SA) dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé devront, dès l'assemblée générale annuelle 2017 afférente aux exercices clos à compter du 31 décembre 2016 (sous réserve de la publication d'un décret d'application), voter une résolution relative aux conditions d'attribution des éléments de rémunération des mandataires sociaux. Un rapport du conseil d'administration (ou de surveillance) présentant les projets de résolution correspondants sera joint au rapport de gestion et devra être déposé au greffe

selon les mêmes conditions que le rapport de gestion (♦ C. com., art. L. 225-37-2 et L. 225-82-2, créés).

Allègements relatifs à certains rapports

Une ordonnance, prise au plus tard le 9 décembre 2017, doit :

- alléger le contenu du rapport de gestion des sociétés qui relèvent de la catégorie des petites entreprises au sens de la directive européenne 2013/34/UE (♦ L., art. 136, 4^o), soit celles qui, à la clôture du dernier exercice, ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : total du bilan de 4 millions d'euros, chiffre d'affaires net de 8 millions d'euros et effectif moyen de 50 salariés ;
- simplifier et réorganiser tout ou partie des informations du rapport du président du conseil d'administration (ou de surveillance) des sociétés cotées et du rapport de gestion, consolidé ou non, de ces sociétés (♦ L., art. 136, 1^o), l'objectif étant notamment de transférer certaines informations d'un rapport à l'autre pour une meilleure lisibilité.

Tenue des assemblées d'actionnaires ou d'associés

Une ordonnance prise au plus tard le 9 décembre 2017, doit autoriser :

- les sociétés anonymes ou en commandite par actions non cotées à prévoir la tenue de leurs assemblées générales (ordinaires ou extraordinaires) par recours exclusif aux moyens de visioconférence ou de télécommunication, étant précisé que leurs actionnaires pourront demander, dans certaines conditions, la convocation d'une assemblée générale physique (♦ L., art. 141, 1^o) ;
- les associés de SARL, lorsqu'ils représentent, individuellement ou ensemble, une fraction minimale du capital social (possiblement fixée à 5 %, selon le dossier législatif), à déposer des projets de résolutions ou des points à l'ordre du jour des assemblées (♦ L., art. 141, 3^o).

Dispenses de commissaire aux apports

Depuis le 11 décembre 2016, les SARL qui procèdent à une augmentation de leur capital par apports en nature peuvent, par une décision unanime de leurs associés, se dispenser de l'intervention d'un commissaire aux apports à la double condition suivante :

- aucun apport en nature n'a une valeur excédant 30 000 euros ;
- la valeur de l'ensemble des apports en nature n'excède pas la moitié du capital social (♦ C. com., art. L. 223-33, mod. par L., art. 144, I, 2^o).

Par ailleurs, lors de la constitution d'une SAS, les futurs associés pourront se dispenser de l'intervention d'un commissaire aux apports, sur décision

unanime, lorsque cumulativement la valeur d'aucun apport en nature n'excède un montant fixé par décret et la valeur totale des apports en nature n'excède pas la moitié du capital social (♦ C. com., art. L. 227-1, al. 5, créé par L., art. 130, 2^o). L'entrée en vigueur de cette disposition est subordonnée à la publication du décret précité.

Enfin, depuis le 11 décembre 2016, les constitutions d'EURL et de SASU ne donnent plus lieu à la désignation d'un commissaire aux apports à raison des apports, par l'associé unique personne physique, d'éléments qui figuraient dans le bilan du dernier exercice de l'activité professionnelle qu'il exerçait en son nom propre (y compris sous la forme d'une EURL) antérieurement à la constitution de la société (♦ C. com., art. L. 223-9, al. 3, mod. par L., art. 130, 1^o et L. 227-1, al. 6, créé par L., art. 130, 2^o).

Modifications statutaires

Dans les SA, le conseil d'administration (ou de surveillance) peut, depuis le 11 décembre 2016, décider de transférer le siège social sur l'ensemble du territoire français, alors que jusqu'à présent cette possibilité n'était offerte au conseil que pour les transferts réalisés dans le même département ou dans un département limitrophe. Une ratification de la décision de transfert par la prochaine assemblée générale demeure nécessaire. Par ailleurs, sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire, le conseil d'administration (ou de surveillance) peut désormais apporter les modifications nécessaires aux statuts pour les mettre en conformité avec les dispositions législatives et réglementaires, sous réserve de ratification de ces modifications par la prochaine assemblée générale extraordinaire (♦ C. com., art. L. 225-36, mod. et L. 225-65, mod. par L., art. 142, 2^o et 4^o).

Par ailleurs, les clauses statutaires d'une SAS soumettant toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société ne peuvent actuellement être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés (♦ C. com., art. L. 227-19). Il est prévu, par voie d'ordonnance prise au plus tard le 9 décembre 2017, de supprimer la règle de l'accord unanime des associés pour laisser aux statuts le soin d'établir les conditions dans lesquelles la clause d'agrément sera adoptée ou modifiée (♦ L., art. 141, 4^o).

Transformation d'une société en société par actions

Selon l'article L. 224-3 du code de commerce, lorsqu'une société qui n'a pas de commissaire aux comptes se transforme en société par actions, un ou plusieurs commissaires à la transformation doivent être désignés afin d'apprécier la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers. Ce même article précisait, par ailleurs : « Le commissaire aux comptes de la société peut être



Une ordonnance doit autoriser les SA non cotées à tenir leur AG par recours exclusif à la visioconférence et aux moyens de télécommunication

nommé commissaire à la transformation ». Le comité de coordination du RCS a déduit de cette précision une obligation, pour les sociétés dotées d'un commissaire aux comptes (CAC), de faire établir par ce dernier le rapport sur la valeur des biens composant l'actif social qu'un commissaire à la transformation est tenu d'établir en l'absence de CAC (♦ CCRCS, avis n° 2012-038, 25 oct. 2012).

La loi supprime la phrase énonçant la précision litigieuse (♦ L., art. 144, I, 3°). Il en résulte que l'interprétation mentionnée dans l'avis précité du CCRCS devient caduque. Une société dotée d'un CAC se transformant en société par actions est donc dispensée de faire évaluer les biens composant son actif social.

Conventions réglementées

Actuellement, les conventions conclues directement ou par personnes interposées entre une SASU et son président (ou l'un de ses dirigeants, le cas échéant) doivent seulement être mentionnées sur le registre des décisions (♦ C. com., art. L. 227-10). Elles ne donnent donc lieu à l'établissement d'aucun rapport. Par voie d'ordonnance prise au plus tard le 9 décembre 2017, le bénéfice de ces règles de faveur sera étendu aux conventions conclues entre une SASU et son associé unique ou une société le contrôlant (♦ L., art. 141, 2°).

Par ailleurs, s'agissant des sociétés anonymes ou en commandite par actions, la loi clarifie le fait que l'avis des commissaires aux comptes et l'approbation de l'assemblée générale ne sont pas requis pour les

conventions réglementées qui ont été autorisées mais qui ne sont finalement pas conclues (♦ C. com., art. L. 225-40 et L. 225-88, mod. par L., art. 142, 3°).



L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est écartée contre les dirigeants ayant fait preuve d'une simple négligence dans la gestion de la société »

Dispositions diverses

Depuis le 11 décembre 2016 :

- lorsque, dans le délai de 6 mois à dater du jour du premier dépôt des fonds (et non plus du dépôt du projet des statuts au greffe), une société par actions n'est pas constituée (statuts non signés) ou n'est pas immatriculée au RCS, les souscripteurs peuvent, soit demander individuellement en justice la restitution de leurs apports, soit désigner directement un mandataire représentant l'ensemble des souscripteurs, afin qu'il demande au dépositaire la restitution des fonds (♦ C. com., art. L. 225-11, mod. par L., art. 144, I, 4°) ;
- la nomination d'un commissaire aux comptes suppléant n'est plus requise lorsque le commissaire aux comptes titulaire est une société à plusieurs associés (♦ C. com., art. L. 823-1, mod. par L., art. 140) ;
- dans les SA à directoire, l'autorisation préalable du conseil de surveillance n'est plus requise en cas de cession d'immeubles par nature, de cession de participations et de constitution de sûretés (♦ C. com., art. L. 225-68, mod. par L., art. 142, 5°) ;
- l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est écartée lorsque les dirigeants ont fait preuve d'une simple négligence dans la gestion de la société (v. « L'action en insuffisance d'actif revue par la loi Sapin 2 », p. 12).

Catherine Cadic, Stefano Danna,
Edith Dumont et Gael Lesage

Publicité et RCS

Radiation d'office au RCS des mentions relatives aux procédures collectives

Depuis le 1^{er} janvier 2017, la décision de clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour extinction du passif s'ajoute à la liste des décisions permettant la radiation d'office au RCS de cette mention.

De nombreuses décisions, en particulier d'ouverture des procédures collectives, d'arrêté et de résolution des plans, sont mentionnées d'office au RCS (♦ C. com., art. R. 123-122). De même, ces mentions sont radiées d'office en cas de décision de fin de procédure de sauvegarde (♦ C. com., art. L. 622-12), de redressement (♦ C. com., art. L. 631-16) et de constat d'achèvement de l'exécution des plans de sauvegarde et de redressement (♦ C. com., art. L. 626-28). C'est également le cas lorsque le plan de sauvegarde est toujours en cours 3 ans après son arrêté et le plan de redressement toujours en cours 5 ans après son arrêté.

L'article 26 du décret du 23 décembre 2016, relatif à la désignation des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires dans certaines procédures relatives aux entreprises en difficulté et modifiant le code de commerce, ajoute à la liste des décisions permettant la radiation d'office des mentions de l'article R. 123-122 la décision de clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour extinction du passif en application de l'article L. 643-9 (♦ C. com., art. R. 123-135, mod. par D., art. 26). Le texte est applicable au 1^{er} janvier 2017.

♦ D. n° 2016-1851, 23 déc. 2016, art. 26 : JO, 27 déc.

Surveillance du RCS lors d'une cession de parts d'une société en redressement judiciaire

La cour d'appel, se prononçant sur le recours formé contre une décision du juge commis à la surveillance du RCS, a-t-elle le pouvoir de déterminer si le cédant avait la qualité de gérant de fait ?

Un associé majoritaire d'une société, récemment mise en redressement judiciaire, cède la totalité de ses parts à une autre société également associée. La société, associée cessionnaire, procède à la formalité de dépôt de l'acte de cession, mais ce dépôt est refusé par le greffier chargé de la tenue du RCS. Le cessionnaire forme un recours devant le juge commis à la surveillance du registre, qui est rejeté.

La décision est confirmée en appel. Le cessionnaire, dans son pourvoi, soumet un moyen unique divisé en deux branches à la Cour de cassation, lié au motif du refus du dépôt de l'acte de cession.

Tout d'abord, il est reproché au cessionnaire l'absence de pièces justificatives exigées pour le dépôt au greffe. L'associé soutenait qu'il appartenait aux juges d'appel, dans le cadre du principe d'un procès équitable et du caractère contradictoire de la procédure, de l'inviter à s'expliquer sur l'absence des pièces. La Cour de cassation répond que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges, la société cessionnaire a été autorisée à déposer des pièces après la clôture des débats. Dans la

mesure où il est constaté qu'il n'y avait pas été donné suite, la cour d'appel n'était pas tenue, après réception en cours de délibéré d'un dossier de plaidoirie n'impliquant pas en soi la remise de pièces, d'inviter la société à s'expliquer sur l'absence au dossier des pièces concernées. Le moyen n'est donc pas fondé.

Le moyen, pris en sa seconde branche, met l'article L. 631-10 du code de commerce au centre du débat. Sous couvert d'une référence procédurale au principe du contradictoire, la question est de savoir s'il convenait d'appliquer cet article. Il prévoit, en effet, qu'à compter du jugement d'ouverture, les parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale qui a fait l'objet du jugement d'ouverture et qui sont détenus, directement ou indirectement par les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent être cédés, à peine de nullité, que dans les conditions fixées par le tribunal.

Les juges du fond ont estimé qu'il convenait, en l'occurrence, d'en faire application. Ils ont constaté que les sociétés cédante et cessionnaire étaient représentées dans l'acte de cession par un tiers. Ils retiennent, ensuite, que, dans un procès-verbal d'assemblée générale, les deux associés de la société étaient, cette fois-ci, représentés par une autre personne physique dont la qualité n'était pas précisée. L'arrêt en déduit que le premier tiers contrôlait la société débitrice par l'intermédiaire de la cédante majoritaire. Pour les juges, l'existence d'une gestion de fait de la société cédante ne faisant aucun doute, la cession des parts à une autre de ses sociétés ne pouvait donc se faire que dans les conditions fixées par le tribunal conformément à l'article L. 631-10 du code de commerce.

La société cessionnaire oppose, au contraire, le caractère inapplicable de ces dispositions. Elle rappelle qu'en application de cet article, seules les cessions de parts sociales détenues par les dirigeants de droit ou de fait sont soumises aux conditions fixées par le tribunal, la condition posée par le texte étant cumulative. Or, selon elle, en application des règles du droit des sociétés, la détention de la majorité du capital social n'a jamais induit une direction de fait automatique.

Mais surtout, elle considère que l'appréciation d'une direction de fait ne relève ni de la compétence du greffier ni du président du tribunal chargé du recours sur le refus de publication. La société cédante a donc pu céder ses parts sociales sans requérir une quelconque autorisation du juge-commissaire ou information des organes de la procédure. En refusant de répondre à cet argument, la cour d'appel aurait violé ensemble les articles 455 et 458 du code de procédure civile.

La Cour de cassation, sensible à cette argumentation, censure l'arrêt d'appel. Elle précise qu'en retenant l'application de l'article L. 631-10 du code de commerce, sans répondre aux conclusions de la société cessionnaire qui soutenait que la juridiction statuant sur le recours formé contre une décision du juge commis à la surveillance du RCS, n'avait pas le pouvoir de déterminer si la société cédante avait la qualité de dirigeant de la société débitrice, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des articles 455 et 458 du code de procédure civile.

Cette décision rendue au visa des articles 455 et 458 du code de procédure civile se situe sur un plan strictement procédural qui impose aux juges de répondre aux conclusions des parties.

Reste donc la question de fond laissée en suspens. Il appartiendra à la cour d'appel de renvoi de répondre à cette question de fond implicitement posée : le juge commis à la surveillance du RCS a-t-il le pouvoir d'apprécier la présence d'une gestion de fait pour imposer le respect des dispositions de l'article L. 631-10 du code de commerce lors d'une cession des parts dans le cadre d'un redressement judiciaire ? Affaire à suivre.

♦ Cass. com., 29 nov. 2016, n° 15-13.396, n° 1037 P + B + I

Sociétés et dirigeants

Seul l'excès de rémunération constitutif de l'abus de biens sociaux doit être réparé

Un dirigeant reconnu coupable d'abus de biens sociaux, pour s'être octroyé un salaire exorbitant au regard des capacités financières de la société, ne doit réparation à celle-ci qu'à hauteur de l'excès de rémunération perçue.

Est coupable d'abus de biens sociaux le gérant de fait d'une société coopérative qui, d'une part, a perçu, en tant que directeur administratif et financier, des salaires exorbitants au regard des possibilités financières de l'entreprise et, d'autre part, a fait régler par cette société des factures injustifiées émises par une société dont il est actionnaire.

Cette condamnation pour abus de biens sociaux, retenue par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 7 décembre 2016, n'appelle guère de commentaires tant les éléments constitutifs du délit sont usuels. En revanche, la décision, destinée à être publiée au *Bulletin des arrêts de la chambre criminelle*, doit retenir l'attention sur le plan de l'action civile.

Représentant la société coopérative en état de liquidation judiciaire, son mandataire liquidateur avait exercé l'action civile et réclamé réparation du préjudice subi par la société. La cour d'appel avait accueilli cette demande et condamné le prévenu à rembourser à la société l'intégralité des salaires touchés par le dirigeant indélicat. La cassation – au visa des articles 2 et 3 du code de procédure pénale et de l'article 1382 du code civil (devenu l'article 1240 depuis le 1^{er} octobre 2016) – était inéluctable puisque seul était délictueux l'excès de rémunération. A cet égard, la cour a pris soin de préciser en préambule que « le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties », rappelant ainsi que le juge ne peut que condamner à la réparation de l'entier préjudice, ni plus ni moins. Il appartiendra donc à la cour de renvoi de déterminer le trop-perçu par le condamné, qu'il devra reverser à la société lésée.

♦ *Cass. crim.*, 7 déc. 2016, n° 15-86.731, n° 5464 P + B

Absence de transfert à la société absorbante de la responsabilité pénale de l'absorbée

La Cour de cassation continue de refuser que l'absorbante puisse être condamnée pour des infractions commises par l'absorbée avant la fusion, malgré la position contraire adoptée par la CJUE dans un arrêt de 2015.

En cas de fusion, les éléments de passif de la société absorbée se trouvent, en principe, transférés de plein droit à la société absorbante par l'effet de la transmission universelle de patrimoine (♦ *C. com.*, art. L. 236-3). Cependant, en matière pénale, la Cour de cassation a toujours refusé que l'absorbante puisse être condamnée pour des infractions commises par l'absorbée avant la réalisation de la fusion (♦ *Cass. crim.*, 20 juin 2000, n° 99-86.742 ♦ *Cass. crim.*, 14 oct. 2003, n° 02-86.376). Cette position jurisprudentielle constante est justifiée par le principe de personnalité de la responsabilité pénale énoncé par l'article 121-1 du code pénal (nul n'est responsable pénalement que de son propre fait) et par le principe selon lequel la fusion entraîne la disparition de la personnalité morale de l'absorbée.

Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a récemment adopté une position contraire, en consacrant

un principe de transfert de la responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante (♦ CJUE, 5 mars 2015, aff. C-343/13) : selon la CJUE, une fusion au sens de la directive « fusions » entraîne la transmission à l'absorbante de l'obligation de payer une amende infligée après cette fusion pour des infractions commises par l'absorbée avant la fusion. A défaut, une opération de fusion constituerait un moyen, tant pour l'absorbée que pour l'absorbante, d'échapper à toute condamnation pénale.

Pourtant, comme l'illustre le présent arrêt, la Cour de cassation refuse de s'aligner sur la solution de la CJUE et maintient sa position classique en confirmant le principe d'absence de transfert à l'absorbante de la responsabilité pénale de l'absorbée en cas de fusion.

En l'espèce, une société porte plainte contre une société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant la fusion. L'absorbante demande alors la clôture de l'information judiciaire au motif qu'elle ne pouvait être tenue responsable pénalement des infractions commises par l'absorbée avant la réalisation de la fusion. La chambre de l'instruction de la cour d'appel rejette cette demande. S'appuyant sur la solution dégagée par la CJUE, elle juge que la responsabilité pénale de l'absorbée avait bien été transférée à l'absorbante et qu'il n'y avait donc pas lieu à clôture de l'information. Elle observe par ailleurs que les associés de l'absorbante étant en même temps associés de l'absorbée, ils ne pouvaient ignorer les agissements des personnes travaillant au sein de l'absorbée.

Toutefois, cette décision est censurée par la Cour de cassation au visa de l'article 121-1 du code pénal qui interdit que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de l'absorbante pour des faits commis par l'absorbée avant que celle-ci perde son existence juridique. Sur ce point, la cour apporte, par ailleurs, une précision utile concernant la fixation de la date d'extinction de l'action publique : en cas de fusion, l'action publique qui peut être exercée contre l'absorbée s'éteint au jour de la radiation au Registre du commerce et des sociétés de l'absorbée et non à la date de l'assemblée générale approuvant la fusion.

♦ *Cass. crim.*, 25 oct. 2016, n° 16-80.366, n° 5288 P + B

Privilèges et nantissements

Transfert de la charge du gage de l'outillage et du matériel au cessionnaire

Le cessionnaire d'une machine, gagée par le cédant en garantie du prêt ayant permis son acquisition, n'est tenu que du paiement des échéances du prêt non encore exigibles à la date du transfert de la propriété de ce bien.

La Cour de cassation revient sur l'interprétation de l'article L. 642-12, alinéa 4 du code de commerce en précisant que le gage détenu par une banque sur un bien qu'elle a financé ne lui permet pas de réclamer au cessionnaire de ce bien les arriérés d'échéances laissées impayées par le cédant à la date du transfert de propriété du bien grevé.

En effet, l'alinéa 4 de l'article L. 642-12 du code de commerce prévoit que la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un prêt consenti à une entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter, entre les mains du créan-

cier, les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété, sauf accord entre le cessionnaire et le créancier titulaire des sûretés.

La Cour de cassation considère que le cessionnaire ne doit régler que les échéances du prêt non encore exigibles à la date du transfert de propriété du bien gagé et non toutes les échéances restant dues.

En l'espèce, une société contracte un prêt, remboursable en 20 trimestrialités, auprès d'une banque pour financer l'acquisition de machines. Ce prêt est garanti par un gage de l'outillage et du matériel. La société débitrice fait ensuite l'objet d'une procédure collective et bénéficie d'un plan de redressement prévoyant le rééchelonnement de la dette sur 10 ans avec maintien du gage de l'outillage et du matériel. Mais le tribunal de commerce prononce la résolution du plan et la liquidation judiciaire de la société débitrice, avant d'arrêter un plan de cession. La banque, faisant valoir que la société cessionnaire ne s'est pas acquittée des sommes dues au titre des échéances du prêt mises à sa charge, l'assigne en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire du prêt et paiement de son solde.

La cour d'appel juge, sur le fondement de l'article L. 642-12, alinéa 4 du code de commerce, que le cessionnaire devait s'acquitter des échéances restant à échoir, après le transfert à son profit du bien grevé acquis grâce à un prêt, dès lors que les obligations restant dues sont nées instantanément.

Au visa de l'article L. 642-12, alinéa 4 précité, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel. Elle lui reproche de ne pas avoir recherché si les sommes réclamées à la société cessionnaire correspondaient à des échéances du prêt non encore exigibles à la date du transfert de la propriété des outillages et matériels gagés ou à un arriéré dû à cette date sur des échéances laissées impayées par la société cédée.

REMARQUE : bien que les textes retiennent l'expression de nantissement, il est préférable de parler de gage, étant donné que cette expression est celle qui est dorénavant réservée aux biens meubles corporels (♦ C. civ., art. 2333), le nantissement étant quant à lui réservé aux biens meubles incorporels (♦ C. civ., art. 2355). L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés a, en effet, omis de substituer l'expression de gage à celle de nantissement dans le domaine des gages spéciaux.

♦ *Cass. com.*, 29 nov. 2016, n° 15-11.016, n° 1015 P + B

– de l'exercice précédent lorsque la cession est intervenue dans le délai normal de déclaration et qu'ils n'ont pas été déclarés par le cédant avant la date de la cession (♦ CGI, art. 1684, 1, al. 1^{er}).

REMARQUE : en pratique, le prix de cession fait l'objet d'un séquestre, chez un avocat ou notaire, en garantie du paiement des impôts dus à échoir.

Le délai de cette solidarité, actuellement fixé à 90 jours, peut désormais être réduit à 30 jours lorsque trois conditions sont cumulativement remplies :

– l'administration fiscale est avisée de la cession par le dépôt de la déclaration de cession dans le délai légal de 45 jours (♦ CGI, art. 201, 1) ;

– le cédant, qu'il relève du régime réel ou micro, a déposé sa déclaration de résultats dans le délai légal de 60 jours (♦ CGI, art. 201, 3 et 3 bis) ;

– le cédant respecte, au dernier jour du mois qui précède la vente ou la cession du fonds, ses obligations déclaratives et de paiement en matière fiscale.

REMARQUE : l'objectif est d'accélérer le déblocage du prix de vente pour permettre au cédant de réinvestir plus rapidement. Toutefois, si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le délai durant lequel le cessionnaire est solidairement responsable demeure de 90 jours.

Le point de départ du délai (de 30 ou 90 jours) est également modifié. Il commence à courir au jour du dépôt de la déclaration de résultats et non de la déclaration de cession (♦ CGI, art. 1684, 1, mod. par L., art. 25, I).

Cette mesure s'applique aux cessions de fonds de commerce réalisées à compter du 1^{er} janvier 2017 (♦ L., art. 25, II).

Location-gérance d'un fonds de commerce

En cas de location-gérance, le propriétaire du fonds de commerce est solidairement responsable avec l'exploitant du fonds des impôts directs établis à raison de l'exploitation du fonds. Pour les contrats de location-gérance publiés depuis le 11 décembre 2016, cette solidarité cesse à compter de la publication du contrat de location-gérance (♦ CGI, art. 1684, 3, mod. par L. Sapin 2, n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 144, II).

Il est institué une exception à la cessation de la solidarité fiscale entre propriétaire et exploitant du fonds de commerce à la date de publication du contrat de location-gérance en cas de retard ou fraude.

Ainsi, le propriétaire du fonds reste solidairement responsable des impôts directs avec l'exploitant, au-delà de la date de publication du contrat de location-gérance, lorsqu'il a connaissance ou aurait dû connaître :

– le défaut de production, dans les délais, de la déclaration indiquant les éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt et qui entraîne l'application d'une majoration de :

- 40 % lorsque l'exploitant n'a pas déposé la déclaration dans les 30 jours qui suivent la mise en demeure notifiée par pli recommandé (♦ CGI, art. 1728, 1, b),

- 80 % en cas de découverte d'une activité occulte (♦ CGI, art. 1728, 1, c) ;

– les inexactitudes ou omissions dans une déclaration de revenus comportant les éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt et qui entraînent l'application d'une majoration de :

- 40 % en cas de manquement délibéré (♦ CGI, art. 1729, a),

- 80 % en cas d'abus de droit ou de manœuvres frauduleuses (♦ CGI, art. 1729, b et c et 1684, 3, mod. par L., art. 26).

Cette mesure s'applique aux impositions mises en recouvrement à compter du 1^{er} janvier 2017.

♦ *L. fin. rect. 2016 n° 2016-1918*, 29 déc. 2016, art. 25 et 26 : *JO*, 30 déc.

Actions en justice

Cession et location-gérance de fonds de commerce : la solidarité fiscale aménagée

En cas de cession, la durée de la solidarité fiscale entre cessionnaire et cédant est réduite de 90 à 30 jours à certaines conditions.

En cas de location-gérance, une exception à la cessation de la solidarité est instituée en cas de retard de déclaration ou de fraude.

Cession de fonds de commerce

En cas de cession d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou minière (à titre onéreux ou gratuit), le cessionnaire est responsable solidairement avec le cédant du paiement de la taxe d'apprentissage, de l'impôt sur le revenu (IR) ou de l'impôt sur les sociétés (IS) afférents aux bénéfices réalisés par le cédant :

– au cours de l'exercice de la cession jusqu'au jour de cette dernière ou,

Extension de la compétence territoriale des huissiers de justice

Depuis le 1^{er} janvier 2017, les huissiers de justice ont une compétence territoriale élargie au niveau national.

La loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a réformé en profondeur le statut des huissiers de justice et prévu une entrée en vigueur différée de certaines dispositions. Tel est le cas de l'extension de la compétence territoriale des huissiers, mise en œuvre par le décret n° 2016-1875 du 26 décembre 2016. Cette modification du statut des huissiers est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

La compétence territoriale des huissiers de justice est nationale concernant le recouvrement de créances impayées, les prisées et les ventes aux enchères publiques, les constatations et les activités accessoires. Cependant, pour la signification des actes et la mise à exécution des décisions de justice et des titres exécutoires, elle s'exerce dans le ressort de la cour d'appel au sein duquel ils ont établi leur résidence professionnelle (♦ Ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, art. 3, al. 1^{er}, mod. par L. art. 54 ♦ D. n° 56-222, 29 févr. 1956, art. 5 à 5-3 et 15, mod. par D. n° 2016-1875, 26 déc. 2016, art. 1 à 5 et 8). Il est cependant à noter que l'obligation pour l'huissier de justice d'exercer son ministère toutes les fois où il en est requis est limitée au ressort du TGI au sein duquel sa résidence est établie (♦ D. n° 56-222, 29 févr. 1956, art. 15, mod. par D., art. 8).

Le régime des inspections des études d'huissier de justice a été adapté pour tenir compte de cette extension de compétence territoriale (♦ D. n° 56-222, 29 févr. 1956, art. 94-3 à 94-5, 94-7, 94-18, 94-19, 94-23, mod. par D., art. 9 à 16). En effet, les huissiers de justice inspecteurs ne doivent pas avoir leur résidence dans le ressort de la cour d'appel où se trouve l'étude inspectée (♦ D. n° 56-222, 29 févr. 1956, art. 94-3, mod. par D., art. 9). La Chambre nationale des huissiers de justice établit sur la base des listes fournies par les chambres régionales, et sans les modifier, une liste nationale des huissiers de justice inspecteurs (♦ D. n° 56-222, 29 févr. 1956, art. 94-4, mod. par D., art. 10). Cependant, les inspections diligentées entre le 1^{er} janvier et le 28 février 2017 sont menées par les inspecteurs désignés sur la base des listes arrêtées pour l'année 2016 (♦ D., art. 19).

♦ D. n° 2016-1875, 26 déc. 2016 : JO, 28 déc.

Reconnaissance des qualifications professionnelles de professions réglementées

L'ordonnance du 22 décembre 2016, qui transpose la directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, complète de façon transversale les dispositions relatives notamment à la carte professionnelle européenne et au guichet unique.

Faciliter la mobilité professionnelle en Europe par la reconnaissance des qualifications professionnelles, tel est l'objectif de l'ordonnance du 22 décembre 2016 qui transpose la directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et complète de manière transversale les dispositions relatives à la carte professionnelle européenne, la coopération administrative, le mécanisme d'alertes et le guichet unique.

En France, on ne compte pas moins de 230 professions réglementées dont l'accès et l'exercice sont soumis à des qualifications professionnelles par les États membres de l'Union européenne (UE) et de l'Espace économique européen (EEE). Les modifications apportées par la directive 2013/55/UE modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles visent à renforcer le marché inté-

rieur et à promouvoir la libre circulation des professionnels, notamment en réduisant les charges administratives liées à la reconnaissance des qualifications professionnelles par les États membres de l'UE et de l'EEE.

L'ordonnance du 22 décembre 2016 comporte des dispositions transversales qui visent à faciliter la mobilité des professionnels en Europe, comme la reconnaissance des qualifications professionnelles par voie électronique, l'établissement de la carte professionnelle européenne, améliore la coopération administrative et renforce la sécurité des patients et des consommateurs par des mécanismes d'alertes. Prise sur le fondement le 2^o du I de l'article 216 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, l'ordonnance comprend également des dispositions sectorielles portant sur quatorze catégories de professions réglementées et dont, selon les cas, les conditions de recevabilité des demandes sont assouplies, la durée de l'expérience professionnelle réduite à 2 ans lorsque le professionnel vient d'un État membre où la profession n'est pas réglementée. Au titre des dispositions générales, on relèvera les suivantes :

Une carte professionnelle européenne dématérialisée

Un procédé plus simple et plus rapide pour la reconnaissance des qualifications professionnelles est mis en place : la carte professionnelle européenne (CPE). Introduite profession par profession, c'est en réalité un certificat électronique qui va permettre à chaque professionnel de prouver soit qu'il satisfait à toutes les conditions nécessaires pour fournir des services dans un État membre de façon temporaire et occasionnelle, soit qu'il possède les qualifications professionnelles pour s'y établir de façon permanente. Elle est valable 18 mois.

C'est également par voie électronique que les titulaires de qualifications professionnelles qui souhaitent effectuer une prestation temporaire et occasionnelle ou s'établir de manière permanente, en France ou dans un autre État membre de l'UE ou partie à l'accord sur l'EEE, peuvent demander la CPE auprès de l'autorité compétente concernée.

REMARQUE : leur demande donne alors lieu automatiquement à la création d'un dossier électronique individuel, dénommé dossier IMI, dans le système d'information du marché intérieur (IMI).

Une coopération administrative bilatérale afin de vérifier le statut du demandeur

En cas de doutes justifiés, les autorités compétentes peuvent demander aux autorités de l'État d'origine des informations sur les sanctions disciplinaires ou pénales liées à l'exercice des activités professionnelles du demandeur qui souhaite s'établir durablement ou effectuer une prestation de services temporaire et occasionnelle, ainsi que sur la légalité de l'établissement et la bonne conduite du demandeur qui souhaite effectuer une prestation de services temporaire et occasionnelle.

Lorsqu'elles procèdent à une vérification des qualifications professionnelles du demandeur, les autorités compétentes françaises peuvent également demander des informations sur les qualifications professionnelles du demandeur afin de déterminer s'il existe des différences substantielles avec les qualifications professionnelles requises en France.

REMARQUE : en l'absence de transmission par le demandeur ou l'autorité de l'État d'origine des documents nécessaires pour se prononcer sur la délivrance de la CPE l'autorité compétente française peut refuser de délivrer cette carte.

Un mécanisme d'alertes permettant la diffusion de l'identité d'un professionnel

Un mécanisme d'alertes permet également à la France d'informer les autres États membres de l'UE ou parties à l'accord sur l'EEE sur les interdictions et restrictions d'exercer touchant certains professionnels (vétérinaire, professions réglementées ayant

des implications en matière de sécurité des patients, ou un lien avec l'éducation des mineurs), ainsi que sur les condamnations pour utilisation de faux diplômes dans le cadre d'une demande de reconnaissance des qualifications professionnelles.

Une reconnaissance des qualifications professionnelles *via* le guichet unique

L'information des citoyens qui demandent la reconnaissance de leurs qualifications professionnelles devrait être améliorée grâce à un accès à l'information en ligne *via* les guichets uniques mis en place dans le cadre de la directive 2006/123/CE relative aux services. L'accomplissement des procédures de reconnaissance sera quant à lui facilité par l'introduction de procédures électroniques permettant de remplir ou de suivre, à distance et par voie dématérialisée, *via* le guichet unique approprié ou les autorités compétentes, les exigences, procédures et formalités.

Les connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice en France de la profession envisagée

Quant aux connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice en France de la profession envisagée, ces dernières sont vérifiées par les autorités compétentes françaises lorsque ces activités ont des implications en matière de sécurité des patients. Ces vérifications sont également faites si elles estiment qu'il existe un doute sérieux et concret sur le niveau suffisant des connaissances linguistiques des ressortissants au regard des activités professionnelles qu'ils entendent exercer. Ces contrôles ne peuvent être réalisés qu'après que les ressortissants se sont vus délivrer la CPE ou reconnaître leurs qualifications professionnelles.

◆ *Ord. n° 2016-1809, 22 déc. 2016 : JO, 23 déc.*

◆ *Rapp. au Président de la République : JO, 23 déc.*

Conditions de la présomption de fiabilité de la copie papier ou électronique

Depuis le 7 décembre 2016, les conditions du procédé garantissant la fiabilité des copies électroniques, c'est-à-dire leur fidélité à l'original et leur incorruptibilité, sont précisées par voie réglementaire.

L'article 1379 du code civil établit, depuis le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations, une présomption de fiabilité pour toutes les copies qui résultent d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Ce décret, particulièrement attendu par le système bancaire, a été publié au *Journal officiel* du 6 décembre 2016.

La réglementation bancaire et financière a organisé un dispositif reposant sur l'échange d'« image chèques » destiné à mettre fin à la présentation des vignettes de chèques en chambre de compensation pour les besoins de leur encaissement. Les établissements bancaires assujettis à ce système ne peuvent y recourir que s'ils sont en mesure de mener toute vérification nécessaire au paiement ou au rejet du chèque. A ce titre, ils sont tenus d'une obligation de résultat quant à la production, pendant 10 ans, de l'original du chèque ou de sa copie *in recto verso*. Le nouveau dispositif en matière de présomption de fiabilité des copies ne devrait pas modifier les règles relatives à la sécurité, au contrôle et à la présentation des chèques au paiement.

Cependant, la numérisation des originaux des chèques sur support papier devrait s'en trouver facilitée et sécurisée. En effet, pour être présumée fiable, conformément à l'article

1379, alinéa 2 du code civil, l'article 1^{er} du décret pose que la copie peut suivre deux voies :

– soit le procédé de reproduction entraîne une modification irréversible du support de la copie ;

– soit le procédé de reproduction par voie électronique répond aux exigences de fiabilité prévues aux articles 2 à 6 du décret, c'est-à-dire, sa fidélité à l'original et son incorruptibilité.

Information relative à la copie

Aux termes de l'article 2 du décret, le procédé de reproduction par voie électronique doit produire les informations liées à la copie et destinées à l'identification de celle-ci. De plus, les informations doivent préciser le contexte de la numérisation, notamment la date à laquelle la copie a été créée. Toutefois, la qualité du procédé doit être établie au moyen de tests sur des documents similaires à ceux reproduits et vérifiée par des contrôles.

Conditions d'intégrité de la copie

L'intégrité de la copie constitue la prescription la plus importante édictée par le dispositif réglementaire en matière de sécurité. Pour garantir cette qualité, les utilisateurs doivent disposer d'une empreinte électronique pour s'assurer que toute modification ultérieure de la copie à laquelle elle est attachée est détectable. L'intégrité de la copie sera présumée lorsqu'il est utilisé un horodatage, un cachet ou une signature électronique qualifiés au sens du règlement (UE) n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

Conservation des copies

En vertu de l'article 4 du décret, la copie doit être conservée dans des conditions permettant d'éviter toute altération de sa forme ou de son contenu. En outre, les opérations requises pour garantir la lisibilité de la copie électronique dans le temps ne constituent pas une altération de son contenu ou de sa forme dès lors qu'elles sont tracées et donnent lieu à la génération d'une nouvelle empreinte électronique.

◆ *D. n° 2016-1673, 5 déc. 2016 : JO, 6 déc.*

Conditions de la signification de l'ordonnance autorisant des constatations

L'huissier, qui ne peut exécuter sa mission de constatation en raison du refus opposé par la personne visée, n'a pas à lui notifier la copie de la requête et de l'ordonnance l'autorisant à réaliser cette mesure d'instruction.

Dans le cadre de constatations ordonnées en justice, la copie de la requête et de l'ordonnance missionnant l'huissier doit être notifiée à la personne à laquelle l'ordonnance est opposée (◆ C. pr. civ., art. 495, al. 3). La Cour de cassation juge que cette notification n'est pas exigée si l'huissier ne peut exécuter sa mission du fait du refus opposé par la personne visée par la mesure d'instruction.

En l'espèce, en exécution d'une ordonnance sur requête le désignant pour réaliser des mesures d'instruction (◆ C. pr. civ., art. 145), un huissier de justice se rend au domicile de la partie à laquelle cette ordonnance est opposée, où doit s'effectuer la mesure d'instruction. Dans un premier temps, le portail de la propriété ne lui est pas ouvert, ensuite, le propriétaire des lieux contre qui devait être exécutée la mesure le reçoit en adoptant une attitude menaçante et vindicative. Il refuse d'obtempérer et exige que lui soit remise la copie de la requête et de l'ordonnance. L'huissier de justice se retire sans rien lui remettre.

La cour d'appel rétracte cette ordonnance en retenant que la copie de la requête et de l'ordonnance n'a pas été remise à l'intéressé antérieurement à l'exécution des mesures d'instruction.

La Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement et casse cet arrêt au visa de l'article 495, alinéa 3 du code de procédure civile.

REMARQUE : dans ce type de litige, le récit précis des faits dans le procès-verbal de difficultés dressé par l'huissier de justice est essentiel pour démontrer que manifestement l'intéressé s'oppose à toute mesure et qu'il ne souhaite pas seulement connaître le contenu de l'ordonnance avant de coopérer.

◆ Cass. 2^e civ., 30 nov. 2016, n^o 15-15.035, n^o 1839 P + B

Conditions permettant à l'acte de signification de faire courir le délai d'appel

La signification d'un jugement rendu en premier ressort doit comporter l'indication précise des avocats admis à représenter les parties devant la cour d'appel compétente, pour faire courir le délai d'appel.

Le seul fait que l'acte de signification n'indique pas précisément les modalités d'appel le rend irrégulier et cause un grief à son destinataire, entraînant ainsi sa nullité.

En l'espèce, un jugement est signifié. La partie destinataire de l'acte forme un appel, hors délai, plus de 3 mois après cette signification. Elle invoque alors la nullité de la signification. En effet, l'acte de l'huissier de justice, indique bien que pour former un recours, l'appelante doit charger un avocat d'accomplir pour son compte les formalités nécessaires avant l'expiration des délais de rigueur, mais ne précise pas que cet avocat doit obligatoirement appartenir à l'un des barreaux du ressort de la cour d'appel compétente nommément désignée. L'appelante précise que cette violation des règles posées par l'article 680 du code de procédure civile lui a causé grief.

En défense, il est soutenu que l'indication que, pour exercer la voie de recours, l'appelante doit recourir aux services d'un avocat, sans indication du rattachement de ce dernier au ressort de la cour d'appel dans laquelle la décision contestée a été rendue, remplit suffisamment les conditions d'information exigées à l'article 680 précité. En effet, tout avocat peut interjeter appel, que ce soit dans son propre ressort ou dans un autre, en procédant par l'intermédiaire d'un confrère postulant ; l'essentiel étant que l'appelante sache que la voie de recours ne peut être exercée que par un professionnel habilité et non par elle-même directement. De plus, selon l'intimé, l'appelante ne peut se plaindre d'aucun grief au sens de l'article 114 du code de procédure civile, car si elle avait effectivement saisi un avocat dans les délais impartis qui lui étaient indiqués, ce dernier aurait agi pour elle dans son intérêt et fait en sorte de relever appel dans les délais. La cour d'appel suit ce raisonnement.

Ce n'est pas le cas de la Cour de cassation qui casse cet arrêt au visa de l'article 680 du code de procédure civile.

REMARQUE : dans cette affaire, l'erreur de l'huissier de justice provient de la nouveauté, à l'époque, de la représentation devant la cour d'appel suite à la suppression de la profession d'avoué depuis le 1^{er} janvier 2012 (◆ L. n^o 2011-94, 25 janv. 2011 : JO, 26 janv.). On ne devrait plus rencontrer ce genre d'erreur. Il est intéressant de noter, dans cet arrêt, l'appréciation « in abstracto » du grief par la Cour de cassation. L'irrégularité dans l'acte provoque un grief, sans que le demandeur à la nullité ait à le démontrer.

◆ Cass. 2^e civ., 10 nov. 2016, n^o 15-24.490, n^o 1624 D

Constat d'huissier : inopposabilité du secret des affaires et du secret professionnel

Le secret des affaires et le secret professionnel ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à la réalisation par un huissier d'une mesure d'instruction ordonnant la conservation sous séquestre de documents informatiques.

La Cour de cassation juge qu'une mesure d'instruction ordonnée en France, sur le fondement de l'article 145 du code de

procédure civile empêche l'application des dispositions de la loi américaine relatives au secret professionnel et au secret des affaires.

En l'espèce, le président d'un tribunal de commerce, saisi par voie de requête dans le cadre d'un litige relatif à l'exploitation d'un brevet, ordonne à un huissier de justice de se faire remettre et de conserver sous séquestre des documents sur support informatique, permettant à une société ayant son siège social aux États-Unis de faire valoir ses droits à l'encontre de trois sociétés, une domiciliée aux États-Unis et les deux autres en France. Ces sociétés assignent la société demanderesse en rétractation de l'ordonnance, laquelle sollicite, par une demande reconventionnelle, la communication des pièces séquestrées.

La cour d'appel confirme la mesure d'instruction, rejette la demande en rétractation de l'ordonnance et ordonne la communication des documents séquestrés.

Devant la Cour de cassation, les sociétés soutiennent que ne constitue pas une mesure d'instruction légalement admissible l'appréhension de correspondances de conseils internes et externes soumis au droit américain, travaillant aux États-Unis pour des sociétés américaines, dès lors que de telles correspondances sont protégées par un privilège de confidentialité résultant de la loi américaine sous l'empire de laquelle elles ont été échangées. En outre, elles soutiennent que si, lorsqu'un litige présente un caractère international, la mise en œuvre de l'article 145 du code de procédure civile ne préjuge pas de la loi qui sera applicable devant la juridiction éventuellement saisie au fond, seule une mesure de mise sous séquestre des éléments qui pourraient s'avérer couverts par un secret professionnel résultant de la loi étrangère potentiellement applicable, permet d'assurer un équilibre entre les intérêts des parties et de prévenir une atteinte irréversible au secret professionnel tel qu'il est protégé par cette loi étrangère. Le maintien de la mesure de séquestre s'impose alors jusqu'à l'introduction de l'instance au fond et donc jusqu'à la détermination de la loi applicable au fond.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en confirmant l'arrêt d'appel qui énonce que le secret des affaires et le secret professionnel ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile et relève que la seule réserve à la communication des documents séquestrés tient au respect du secret des correspondances entre avocats ou entre un avocat et son client édicté par l'article 66-5 de la loi n^o 71-1130 du 31 décembre 1971.

◆ Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2016, n^o 15-20.495, n^o 1200 P + B

Difficultés des entreprises

Contribution à l'accès au droit et à la justice

Le Conseil constitutionnel invalide les dispositions relatives à la contribution à l'accès au droit et à la justice.

L'article 113 de la loi n^o 2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, prévoyait la création, à l'article 1609 *octotricies* du code général des impôts, d'une nouvelle taxe dont devaient être redevables les commissaires-priseurs judiciaires, les greffiers des tribunaux de commerce, les huissiers de justice, les notaires, les administrateurs et mandataires judiciaires intitulée « contribution à l'accès au droit et à la justice ». Cette taxe devait alimenter le fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice (FIADJ) mis en place par la loi Macron n^o 2015-990 du 6 août 2015. Ce fonds interprofession-

nel est destiné à distribuer des aides à l'installation et au maintien de l'activité dans des zones géographiques éligibles pour les commissaires-priseurs judiciaires, les huissiers de justice et les notaires.

La nouvelle taxe avait déjà fait l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel en raison du fait que les règles relatives à son assiette ne devaient pas être fixées par voie réglementaire (♦ Cons. const., déc., 5 août 2015, n° 2015-715 DC). Le nouveau texte prévoyait donc une contribution assise sur le montant total hors taxes des sommes encaissées en rémunération des prestations réalisées par les professionnels. Le taux de la taxe s'élevait pour les personnes physiques à 0,5 % sur la fraction de l'assiette comprise entre 300 000 euros et 800 000 euros et à 1 % au-delà. Pour les personnes morales, ces seuils étaient multipliés par le nombre d'associés exerçant, en son sein, l'une des professions visées.

Le Conseil constitutionnel invalide les dispositions de l'article 1609 *octotricies* du code général des impôts qui méconnaissent le principe d'égalité. En prévoyant que le barème d'imposition dépend, pour les personnes morales, du nombre de leurs associés, le troisième alinéa du paragraphe IV de l'article 1609 *octotricies* du code général des impôts, créé par l'article 113 de la loi de finances rectificative pour 2016, instaure une différence de traitement entre les assujettis selon qu'ils exercent à titre individuel ou à titre collectif et, dans ce dernier cas, selon le nombre d'associés. En effet, le Conseil constitutionnel juge que le fait de ne pas tenir compte de l'éventuel recours à des professionnels salariés accomplissant les mêmes tâches que les associés est susceptible de permettre à des personnes exerçant à titre individuel ou à des sociétés d'atteindre le même niveau d'activité qu'une société comprenant un plus grand nombre d'associés.

La censure de ce seul alinéa aurait eu pour effet d'augmenter la contribution due par les sociétés exerçant les professions qui y sont soumises. Compte tenu de ces conséquences, qui ne correspondent pas à l'intention du législateur, l'ensemble des dispositions de l'article 113 est déclaré contraire à la Constitution.

♦ Cons. const., déc., 29 déc. 2016, n° 2016-743 DC : JO, 30 déc.

Désignation en qualité de liquidateur des huissiers et commissaires-priseurs judiciaires

Depuis le 1^{er} janvier 2017, les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires peuvent exercer les fonctions de liquidateur dans le cadre de petites liquidations judiciaires et de procédures de rétablissement professionnel.

La loi Macron a prévu la désignation en justice, à titre habituel, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires en qualité de liquidateur dans le cadre des procédures de liquidation judiciaire ou d'assistant du juge commis dans des procédures de rétablissement professionnel. Pour cela, les débiteurs ne doivent employer aucun salarié et réaliser un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur ou égal à 100 000 euros (♦ L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 64).

L'ordonnance n° 2016-727 du 2 juin 2016 a modifié les articles du code de commerce applicables aux mandataires judiciaires, afin de les adapter aux statuts et règles professionnelles propres aux huissiers de justice et aux commissaires-priseurs judiciaires. Elle a maintenu les mêmes exigences en termes d'indépendance et de prévention des conflits d'intérêts qui sont potentiellement plus importants puisque les huissiers de justice et les commissaires-priseurs n'exercent pas les fonctions de mandataire judiciaire à titre exclusif. Elle a déterminé, en outre, les modalités de rémunération de ces fonctions et d'application aux huissiers de justice et aux commissaires-priseurs judiciaires

les exerçant ainsi que les dispositions relatives à la discipline, au contrôle et à la comptabilité des mandataires judiciaires et à la représentation des fonds.

Le décret d'application du 23 décembre 2016 complète ce dispositif. Il définit les modalités à respecter par le tribunal, mais aussi par les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires afin que ces derniers puissent être désignés à titre habituel pour exercer la mission d'assistant du juge commis dans le cadre d'une procédure de rétablissement professionnel (♦ C. com., art. R. 645-5 et s., mod. par D., art. 4 à 10), ainsi que la mission de liquidateur dans certaines procédures de liquidation judiciaire (♦ C. com., art. R. 641-8, mod. par D., art. 2).

Le décret précise, en outre, les modalités de désignation des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires siégeant au sein de la Commission nationale d'inscription et de discipline des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (♦ C. com., art. R. 814-2-1, mod. par D., art. 16).

Il fixe les règles relatives au contrôle (♦ C. com., art. R. 814-42 et s., mod. par D., art. 20 à 25) et à l'inspection des officiers publics ou ministériels se livrant à cette nouvelle activité (♦ C. com., art. R. 811-14 et s., mod. par D., art. 34 à 38) et leur étend les règles relatives à la tenue d'une comptabilité spéciale et au dépôt des fonds applicables aux mandataires judiciaires (♦ C. com., art. R. 814-41-1, créé par D., art. 19).

Il modifie par ailleurs les dispositions réglementaires relatives à leur statut afin de les adapter à leurs nouvelles missions et précise le contenu de l'obligation de formation continue en matière de droit des entreprises en difficulté qu'ils devront respecter (♦ D. n° 73-541, 19 juin 1973, art. 7, mod. par D., art. 51 ♦ D. n° 75-770, 14 août 1975, art. 21, mod. par D., art. 49).

Ces nouvelles dispositions sont en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017, à l'exception des dispositions de l'article 30 qui sont relatives à la désignation des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires pour siéger au sein de la Commission nationale d'inscription et de discipline des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires qui entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2017.

♦ D. n° 2016-1851, 23 déc. 2016 : JO, 27 déc.

L'action en insuffisance d'actif revue par la loi Sapin 2

La responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut être engagée en cas de simple négligence du dirigeant dans sa gestion.

Le Conseil constitutionnel a validé l'essentiel de la loi Sapin 2 n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (♦ Cons. const., déc., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC : JO, 9 déc.). Cette loi s'intéresse aussi à certains aspects du droit des affaires et du droit des entreprises en difficulté. Le texte, marqué par une certaine sévérité, fait preuve d'une apparente mansuétude dans le domaine des sanctions applicables aux dirigeants. La loi Sapin 2 se propose de simplifier le régime de la faute de gestion dans le cadre de l'action en insuffisance d'actif, « afin de faciliter le rebond du dirigeant de bonne foi d'une société mise en liquidation judiciaire... » (exposé des motifs). Le premier alinéa de l'article L. 651-2 du code de commerce est complété par une phrase ainsi rédigée : « Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée. » (♦ C. com., art. L. 651-2, al. 1^{er}, mod. par L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 146).

Ces nouvelles dispositions immédiatement applicables excluent désormais la mise en œuvre de l'action en insuffisance d'actif en cas de faute de « simple négligence ». Mais, cette nouveauté laisse en suspens la question de savoir quel contenu recouvrira la notion de « simple » négligence.

Faute de « simple négligence » : pas d'action en insuffisance d'actif

Les dispositions de l'article L. 651-2 du code de commerce donnent au juge un large pouvoir d'appréciation. Il peut écarter la condamnation du dirigeant poursuivi en l'exonérant. Il peut, également, décider que le montant de l'insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal a la possibilité, par décision motivée, de les déclarer solidairement responsables.

Les exemples sont nombreux dans lesquels le juge peut exercer son pouvoir de modulation et, plus rarement, son pouvoir d'exonération.

Avec le nouveau texte, il apparaît que la présence d'une « simple négligence » dans la gestion de la part du dirigeant empêche l'action d'« être engagée » par les personnes habilitées par la loi, c'est-à-dire le liquidateur ou le ministère public.

Par ailleurs, il convient de noter la nouvelle rédaction du texte qui évoque la simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion « de la société » alors que l'article L. 651-2 évoque les dirigeants d'une « personne morale ». Maladresse de rédaction ou intention du législateur, on pourrait en déduire que seuls les dirigeants de société profitent de cette nouvelle aubaine tandis que les autres dirigeants visés n'en seraient pas bénéficiaires.

Contenu de la notion de « simple négligence »

Lorsqu'on se réfère à la jurisprudence qui a construit la notion de faute de gestion, force est de constater que l'appréciation du juge va s'avérer délicate pour cerner le contenu de la « simple négligence ». Les cas de négligence reprochés sont, en effet, légions dans les décisions jurisprudentielles.

Le plus souvent, ils ne sont, à titre isolé ou associé à d'autres faits, sanctionnés que parce qu'ils sont à l'origine de l'aggravation du passif. La faute de gestion peut ainsi voir sa qualification varier au gré des circonstances. Et, en fonction de ces circonstances, la condamnation peut être atténuée ou aggravée.

Ainsi, les fautes qualifiées, *a priori*, de négligence, jusqu'à présent, ne sont devenues génératrices de responsabilité qu'en raison de leurs conséquences redoutables sur le montant du passif. Il est, en effet, aisé pour le juge, *a posteriori*, d'établir dans ce cas le lien de causalité qui les unit au résultat constaté, puisque le juge statue après l'échec de gestion.

La question est de savoir quel contenu le juge retiendra de la faute de « simple négligence ». Il peut s'en tenir à une approche qui prend essentiellement en considération le lien de causalité unissant un fait à l'ampleur du préjudice issu de l'importance du passif. Ou bien, il peut faire prévaloir la notion de « bonne foi » du dirigeant, ce qui serait conforme à l'esprit du texte qui justifie cette nouvelle disposition par la volonté de faciliter le rebond du dirigeant de bonne foi d'une société mise en liquidation judiciaire.

La sanction serait, alors, réservée à des faits conscients et intentionnels qui ont provoqué la dégradation de l'entreprise. Si ce critère tiré de la bonne foi s'impose, les cas dans lesquels la responsabilité du dirigeant a occasionné une sanction atténuée dans le passé, déboucheraient sur une exonération fondée sur l'irrecevabilité de l'action en insuffisance d'actif. Resterait donc à condamner les diri-

geants de mauvaise foi dont les actes sont révélateurs d'une négligence active ou d'une intention caractérisée.

◆ L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 146 : JO, 10 déc.

Réserve de propriété : concours entre vendeurs revendiquant les mêmes biens fongibles

Lorsque plusieurs vendeurs avec réserve de propriété revendiquent les mêmes biens fongibles, la restitution, qui ne peut avoir lieu avant l'expiration du délai pour revendiquer, doit être faite à proportion de la quantité livrée et restant impayée.

C'est la première fois que la Cour de cassation se prononce sur un conflit opposant des vendeurs avec réserve de propriété qui revendiquent les mêmes biens fongibles détenus par un débiteur faisant l'objet d'une procédure collective. On sait que l'article L. 624-16 du code de commerce autorise la revendication en nature de biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur. Mais ce texte ne propose pas de règle de résolution de conflit entre plusieurs propriétaires qui revendiquent, dans le délai légal, les mêmes biens fongibles. A cette difficulté s'ajoute celle résultant de la procédure de revendication elle-même qui accorde un délai d'un mois à l'administrateur judiciaire ou au liquidateur pour répondre à une demande de revendication. Il peut donc être amené à acquiescer à une demande avant que le délai légal de 3 mois pour revendiquer ne soit expiré. Faut-il privilégier le créancier le plus diligent et n'acquiescer à la demande des autres propriétaires revendiquants qu'à concurrence des biens restants ? Ou faut-il attendre l'expiration du délai de l'action en revendication pour procéder à la restitution ? Dans cette dernière hypothèse, quelle doit être alors la clé de répartition des biens fongibles entre les différents propriétaires ?

La question est posée à la Cour de cassation, saisie d'une affaire dans laquelle une société de transport est mise en sauvegarde le 8 mars 2012. A cette date, la débitrice détenait 80 000 litres de carburant dans ses cuves. Dès le lendemain, un fournisseur en carburant, vendu avec réserve de propriété, revendique 65 000 litres restés impayés. Le 19 mars 2012, l'administrateur acquiesce à cette demande, tandis que le 4 avril suivant deux autres vendeurs de carburant avec réserve de propriété agissent en revendication. La cour d'appel règle le concours entre ces fournisseurs en décidant que celui ayant revendiqué en premier peut prétendre à la restitution des 65 000 litres tandis que le solde de 15 000 litres restant doit être réparti entre les deux autres qui ont revendiqué concomitamment en proportion de leur créance impayée. Ainsi, la cour d'appel a semblé considérer que l'acquiescement donné au premier revendiquant emportait attribution à ce dernier des quantités revendiquées, de sorte que les autres, ayant présenté leur demande postérieurement à cet acquiescement, ne pouvaient pas venir en concours.

On peut se demander si cette solution ne porte pas atteinte à la règle selon laquelle l'existence en nature des biens revendiqués s'apprécie à la demande du jugement d'ouverture et non à la date de la demande en revendication. Surtout, elle présente un double inconvénient : d'abord, en donnant priorité au créancier le plus diligent, elle porte atteinte au droit de propriété des autres alors même qu'ils ont revendiqué dans le délai légal. Ensuite, en proposant une répartition à proportion du montant de la créance, elle avantage le fournisseur le plus cher.

Aussi, très logiquement, cette solution est censurée par la Cour de cassation. Dans un attendu de principe, elle rappelle que l'existence en nature des biens pouvant être revendi-

qués s'apprécie au jour de l'ouverture de la procédure collective. Elle énonce, ensuite, que lorsque plusieurs vendeurs avec réserve de propriété revendiquent, dans le délai légal, les mêmes biens fongibles, ceux-ci doivent leur être restitués à proportion de la quantité livrée par chacun d'eux et restant impayée à la date du jugement d'ouverture. Elle en déduit que si l'administrateur judiciaire peut acquiescer dans le délai qui lui est imparti, il ne peut procéder à la restitution des biens avant l'expiration du délai de revendication.

◆ *Cass. com., 29 nov. 2016, n° 15-12.350, n° 1045 P + B + R + I*

Action en résolution du bail pour paiement tardif

La demande de résolution du contrat de bail pour défaut de paiement d'une somme d'argent est soumise à l'arrêt des poursuites individuelles. Celle-ci ne peut plus être poursuivie en invoquant de simples retards de paiement.

La situation du bailleur lorsque son locataire est soumis à une procédure collective est régie par des dispositions particulières, aussi bien lors de la sauvegarde que du redressement et de la liquidation judiciaires, dans un même objectif de protection de ce contrat qui est essentiel à la continuation de l'activité ou qui est souvent l'une des seules valeurs de l'entreprise.

Un bailleur a introduit une demande en résiliation du contrat de bail en se fondant sur les retards systématiques de paiement du locataire avant que ce dernier ne soit placé en redressement judiciaire.

La cour d'appel a considéré, certes en visant un texte erroné, l'article L. 621-40 du code de commerce qui n'était pas applicable à cette procédure ouverte en janvier 2010, que la demande de résiliation n'était pas recevable.

Cette décision est attaquée par le bailleur devant la Cour de cassation qui décide que l'action en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent à son échéance est une action fondée sur le défaut de paiement d'une somme d'argent, au sens de l'article L. 622-21 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008. La cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à des conclusions inopérantes, a, à bon droit, sans se contredire ni méconnaître l'objet du litige et en dépit du visa erroné de l'article L. 621-40 du code de commerce, déclaré irrecevable la demande du bailleur tendant à la résiliation du contrat de bail pour paiement tardif des loyers antérieurs au jugement d'ouverture.

La confusion quant au texte n'a eu pas de conséquence dans cette affaire, la renumérotation opérée par la loi de sauvegarde n'ayant pas modifié la règle légale. La question qui se posait concernait l'interprétation de la formule légale « résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent », qui se retrouve à l'identique dans les textes successifs. En effet, le bailleur se plaignait de retards de paiement, mais non d'un défaut de paiement au sens strict du terme. Il prétendait donc que son action était recevable car il s'agissait d'un manquement distinct. La Cour de cassation se prononce en faveur d'une interprétation large de la formule légale en excluant que la résiliation du bail puisse être poursuivie après l'ouverture du redressement judiciaire en invoquant de simples retards de paiement.

La position relève du bon sens. Si le législateur a bloqué la rupture du contrat alors que des défauts de paiement sont constatés, il serait peu cohérent de l'admettre pour des simples retards de paiement. De plus, il faut rappeler que la résiliation du contrat de bail après l'ouverture de la procédure obéit à un régime spécifique particulièrement contraignant pour le bailleur qui ne peut être contourné en s'appuyant sur

les règles générales applicables à tous les créanciers. Ainsi, la décision de la Cour de cassation s'inscrit dans la logique de la protection du bail des locaux de l'entreprise placée en procédure collective. Il faut toutefois souligner la rédaction générale de l'attendu qui permettra assurément de retenir la même solution pour les demandes de résolution de tout autre contrat lorsque le cocontractant aura subi des retards de paiement avant l'ouverture de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaires.

◆ *Cass. com., 15 nov. 2016, n° 14-25.767, n° 986 P + B + I*

Redressement judiciaire d'un gérant d'une SARL d'exploitation agricole

Le gérant de SARL agissant pour le compte et au nom de la société qu'il représente, mais non en son nom personnel, n'exerce pas une activité indépendante.

Sur assignation de la caisse de mutualité sociale agricole (MSA), une SARL d'exploitation de vignobles est mise en redressement judiciaire et un plan de redressement est adopté. La MSA assigne le gérant redevable au titre des cotisations sociales du régime de protection sociale des non-salariés. Il est également mis en redressement judiciaire.

Confirmant la décision, l'arrêt d'appel retient que le gérant exerçait une activité professionnelle, en qualité de chef d'exploitation, participant aux travaux agricoles, laquelle est indépendante de l'activité de gérant.

La Cour de cassation, au visa de l'article L. 631-2 du code de commerce, casse et annule l'arrêt d'appel. Le gérant de SARL, qui agit pour le compte et au nom de la société qu'il représente mais pas en son nom personnel, n'exerce pas une activité indépendante au sens de l'article précité.

Pour prononcer le redressement judiciaire, les juges devaient donc rechercher si la participation aux travaux agricoles du gérant résultait de l'exercice individuel d'une activité distincte de l'exploitation de la SARL.

◆ *Cass. com., 15 nov. 2016, n° 14-29.043, n° 974 P + B*

Recours contre l'état des créances : respect impératif des délais

L'état de créances litigieux ne peut être remis en question en contestant l'ordonnance de fin de mission du représentant des créanciers.

Une société en nom collectif (SNC) est mise en redressement judiciaire, le 23 février 1998, et cette procédure est étendue à une autre société. Le tribunal arrête un plan de redressement des deux sociétés. Par une ordonnance du 26 novembre 2004, le juge-commissaire met fin à la mission du représentant des créanciers et, en 2006, le commissaire à l'exécution du plan dépose un rapport constatant l'exécution du plan. Mais, en 2007, la SNC est condamnée à payer à l'AGS une certaine somme au titre des créances de remboursement de ses avances déclarées au passif des sociétés entre avril 1998 et juin 2004.

La société prétend qu'elle n'avait pas été appelée à vérifier ces créances. Elle engage une action en responsabilité personnelle à l'encontre du représentant des créanciers et elle fait appel de l'ordonnance du 26 novembre 2004 ayant mis fin à la mission de ce dernier. Elle est déboutée de ses demandes.

Il apparaît que le débiteur n'avait pas été appelé aux opérations de vérification des créances et que les déclarations de créances de l'AGS étaient sinon tardives du moins contestables.

La SNC soulevait la nécessaire remise en cause préalable de l'ordonnance du juge-commissaire ayant mis fin aux fonctions du représentant des créanciers, puisqu'elle n'avait pas été appelée aux opérations de vérification des créances par le représentant des créanciers, et entendait contester l'état des créances signé par le juge-commissaire. De surcroît, la société estimait que le juge-commissaire ne pouvait mettre fin aux fonctions du représentant des créanciers lorsque ce dernier n'a pas procédé régulièrement à la vérification des créances, notamment, lorsqu'il n'a pas respecté son obligation de convocation du débiteur aux opérations de vérification des créances.

Dans cette logique, la contestation de cette ordonnance constituait donc un préalable essentiel qui lui ouvrirait, pensait-elle, un recours contre l'état des créances.

A cet argument, les juges d'appel ont opposé le caractère définitif de l'état des créances. Le débiteur ne peut pas en contestant la fin de mission du représentant des créanciers remettre en question l'état des créances admettant des créances pourtant irrégulièrement déclarées par l'AGS, puisqu'il était devenu définitif. Ce que confirme la Cour de cassation en faisant prévaloir, notamment, la suprématie des délais légaux qui organisent le recours contre l'état des créances.

La Cour de cassation rappelle qu'aux termes de l'article 88, alinéa 2 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, le juge-commissaire met fin à la mission du représentant des créanciers après avoir constaté l'achèvement de la vérification des créances. En ayant constaté que les états de créances avaient été déposés en 1998 et les 12 et 26 avril 2004 et publiés respectivement au *Bodacc* les 20 octobre 1998, 19 mars et 20 avril 2004, la cour d'appel n'était pas tenue d'apprécier la régularité des déclarations des créances inscrites sur les états de créances et des opérations de vérification. Elle en a exactement déduit que les opérations de vérification étaient achevées et qu'il pouvait être mis fin à la mission du représentant des créanciers.

Ensuite, si le débiteur peut faire appel de l'état des créances comportant les décisions d'admission ou de rejet du juge-commissaire à condition qu'il démontre n'avoir pas été mis en mesure de participer à la vérification des créances, le délai de 10 jours dans lequel il doit former ce recours a pour point de départ la publication au *Bodacc* de l'insertion indiquant que l'état des créances est constitué et déposé au greffe. Or, en l'occurrence, les états de créances ont été déposés et publiés et la société n'en a pas fait appel, ne serait-ce que pour soulever l'absence de contradiction à son égard des opérations de vérification. Par conséquent, les états de créances litigieux ne peuvent plus être remis en question en contestant la fin de mission du représentant des créanciers.

♦ *Cass. com.*, 15 nov. 2016, n° 15-12.610, n° 963 P + B

Cumul entre action en reddition de comptes et action en insuffisance d'actif

Le liquidateur est recevable à agir en paiement contre le débiteur sur le fondement d'une action de droit commun dans la mesure où elle a un objet différent de l'action en insuffisance d'actif.

Un liquidateur assigne le gérant d'une société en liquidation judiciaire en paiement d'une somme que celui-ci

reconnaissait avoir détournée au préjudice de la société. Le liquidateur lui reproche d'avoir gardé cette somme, versée en espèces, à titre personnel, lorsqu'il était gérant, alors qu'elle devait revenir à la société. En l'espèce, il s'agissait d'un paiement fait par un client. Le liquidateur met en cause la responsabilité civile du dirigeant. Il fonde son action en paiement sur l'article 1993 du code civil relatif à l'obligation qu'a tout mandataire de rendre des comptes. La demande du liquidateur est déclarée irrecevable.

Les juges d'appel reprochent au liquidateur de fonder son action sur l'article 1993 du code civil, alors qu'il s'agit de sanctionner une faute de gestion du gérant ayant contribué à l'insuffisance d'actif de la société, de sorte que seules les dispositions spéciales de l'article L. 651-2 du code de commerce devraient s'appliquer.

Cependant, le liquidateur soutient dans son pourvoi que s'il ne peut pas exercer, sur le fondement du droit commun, une action ayant le même objet que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, il peut tenter une action ayant un objet différent, visant à l'exécution forcée d'un contrat ayant lié la société au dirigeant. En jugeant que le liquidateur pouvait uniquement exercer l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif qui était prescrite et qu'il était irrecevable à exercer une action contre le dirigeant sur le fondement de l'article 1993 du code civil, la cour d'appel a violé cet article et les articles L. 641-4 et L. 651-2 du code de commerce.

La Cour de cassation confirme l'analyse du liquidateur et censure la décision d'appel. Elle rappelle que l'action en reddition de compte (♦ *C. civ.*, art. 1993) n'a pas le même objet que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (♦ *C. com.*, art. L. 651-2). En outre, le liquidateur, sans faire référence à une insuffisance d'actif, ne réclamait que le remboursement d'une somme payée par un client de la société, que le dirigeant de celle-ci avait conservée entre ses mains.

Selon la jurisprudence, les dispositions spéciales d'ordre public de l'article L. 651-2 du code de commerce, applicables aux procédures collectives, excluent toute action concurrente ou subsidiaire du liquidateur fondée sur les dispositions du droit commun. L'action en paiement diligentée par le liquidateur judiciaire, fondée sur les dispositions du code civil, ne saurait donc avoir pour effet de contourner la prescription acquise au profit du dirigeant lui permettant d'éviter une action en comblement. C'est ce qui implicitement était redouté par les juges d'appel.

La Cour de cassation rappelle que le régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'interdit pas au liquidateur de procéder au recouvrement des créances de la société en liquidation judiciaire, y compris celles qui peuvent exister entre la société et son dirigeant. En l'espèce, l'action exercée par le liquidateur était une action en exécution forcée de l'obligation contractuelle du mandataire de rendre des comptes et le risque de concurrence ne semblait donc pas permis.

Toutefois, le liquidateur, sans doute pour éviter toute ambiguïté, avait pris le soin de préciser dans ses conclusions qu'il « importait peu que le dirigeant ait ou non commis une faute » et que l'action n'avait « pas pour objet de combler l'éventuelle insuffisance d'actif de la société... ». Précaution judicieuse, dans la mesure où dans sa motivation la Cour de cassation reprend, elle aussi, cette précision en rappelant que le liquidateur ne faisait « pas référence à une insuffisance d'actif » !

♦ *Cass. com.*, 15 nov. 2016, n° 15-16.070, n° 957 P + B

Zoom sur...

Les nouveautés de la loi Sapin 2 qui intéressent la profession de greffier p. 1

A retenir

Publicité et RCS

- Radiation d'office au RCS des mentions relatives aux procédures collectives p. 6
- Surveillance du RCS lors d'une cession de parts d'une société en redressement judiciaire p. 6

Sociétés et dirigeants

- Seul l'excès de rémunération constitutif de l'abus de biens sociaux doit être réparé p. 7
- Absence de transfert à la société absorbante de la responsabilité pénale de l'absorbée p. 7

Privilèges et nantissemets

- Transfert de la charge du gage de l'outillage et du matériel au cessionnaire p. 7

Actions en justice

- Cession et location-gérance de fonds de commerce : la solidarité fiscale aménagée p. 8
- Extension de la compétence territoriale des huissiers de justice p. 9
- Reconnaissance des qualifications professionnelles de professions réglementées p. 9
- Conditions de la présomption de fiabilité de la copie papier ou électronique p. 10
- Conditions de la signification de l'ordonnance autorisant des constatations p. 10
- Conditions permettant à l'acte de signification de faire courir le délai d'appel p. 11
- Constat d'huissier : inopposabilité du secret des affaires et du secret professionnel p. 11

Difficultés des entreprises

- Contribution à l'accès au droit et à la justice p. 11
- Désignation en qualité de liquidateur des huissiers et commissaires-priseurs judiciaires p. 12
- L'action en insuffisance d'actif revue par la loi Sapin 2 p. 12
- Réserve de propriété : concours entre vendeurs revendiquant les mêmes biens fongibles p. 13
- Action en résolution du bail pour paiement tardif p. 14
- Redressement judiciaire d'un gérant d'une SARL d'exploitation agricole p. 14
- Recours contre l'état des créances : respect impératif des délais p. 14
- Cumul entre action en reddition de comptes et action en insuffisance d'actif p. 15

■ Ce bulletin est réalisé par les Dictionnaires Permanents

Droit des affaires, Difficultés des entreprises, Recouvrement de créances et procédures d'exécution.

■ Comité scientifique : Maîtres Didier OUDENOT, greffier associé à Marseille, président honoraire • Corinne SCHMITZ, greffier associée à Versailles • Francis LÉGER, greffier associé à Caen, membres du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce

■ Directrice des rédactions : Sylvie FAYE

■ Directrice de la rédaction Droit des affaires et Fiscalité : Marie-Laure HILLION LÉCUYER • Rédactrice en chef adjointe : Edith DUMONT

■ Rédactrice en chef technique : Sophie-Charlotte CAMPET-JOURNET

Avec la participation de :

■ Stefano DANNA et Gaël LESAGE, rédacteurs en chef du Dictionnaire Permanent Droit des affaires

■ Cécile THIERCELIN-BASTIDE, chef de rubrique et Mehdi ZOUARI, rédacteur spécialisé du Dictionnaire Permanent Droit des affaires

■ Catherine CADIC, rédactrice en chef adjointe et Olfa BARDI-RENÉ-BAZIN, rédactrice spécialisée du Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises

■ Stéphanie BOURDIN, rédactrice spécialisée du Dictionnaire Permanent Recouvrement de créances et procédures d'exécution

© 2017 – Editions Législatives

SAS au capital de 1 920 000 € • SIREN 732 011 408 RCS NANTERRE

80, avenue de la Marne • 92546 Montrouge Cedex • Tél. Service Relations Clientèle 01 40 92 36 36 • Télécopie 01 46 56 00 15 • Site Internet : www.editions-legislatives.fr

■ Président, Directeur de la publication : Laurent CHERUY ■ Directrice générale : Sylvie FAYE ■ Principal associé : ÉDITIONS LEFEBVRE SARRUT

Imprimerie Jouve, 53100 Mayenne. Dépôt légal : janvier 2017. Imprimé en France.

Commission paritaire 0120 T 89334 – Abonnement annuel 2017 : 60 € HT ; prix au numéro : 25 € HT