



ASA Avocats – Newsletter

Lettre d'information trimestrielle sur l'actualité juridique
Aktuelles zu Gesetzgebung und Rechtsprechung

Droit des affaires (I) • Droit général (II) • Droit international et européen (III)

Juin 2007

- ▶ Droit commercial
- ▶ **Droit bancaire**
- ▶ **Droit des sociétés**
- ▶ **Droit des faillites**
- ▶ **Droit fiscal**
- ▶ Droit immobilier
- ▶ **Droit des transports**
- ▶ **Droit social**
- ▶ Propriété intellectuelle
- ▶ **Droit civil**
- ▶ **Droit communautaire**
- ▶ **Droit allemand**
- ▶ Droit administratif
- ▶ **Droit pénal**

I.

▶ **Droit bancaire : Responsabilité des banques : obligation non seulement d'informer, mais de veiller à l'adéquation du produit proposé**

Par un arrêt abondamment commenté du 02.03.2007, la Cour de cassation, en sa plus haute formation (assemblée plénière), a décidé, à propos de prêts consentis à un agriculteur, garantis par des assurances-crédit couvrant uniquement le risque d'invalidité totale et définitive, que la banque *"est tenue d'éclairer (l'emprunteur) sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation"*. En l'espèce, la notice remise à l'emprunteur était claire et précise. Le respect de cette formalité est toutefois insuffisant : la banque doit veiller à l'adéquation du produit proposé à la situation personnelle de l'emprunteur ; à tout le moins doit-elle attirer l'attention de l'emprunteur sur les insuffisances ou limites éventuelles du produit, sous peine d'engager sa responsabilité. Il est permis de penser que cette décision, prise à propos d'assurances-crédit insuffisantes pour la couverture d'un agriculteur, vaut pour tous les produits proposés par les banques : financements, montages financiers, placements... (P. Lutz)

▶ **Droit bancaire : La cession des loyers à titre de garantie d'un prêt invalidée par la Cour de cassation !**

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 19 décembre 2006 (Cass. Com. 19 déc. 2006, n° 05-16.395) que la cession de créance consentie à titre de garantie, dans les formes du droit commun, devait être requalifiée en nantissement. Statuant à propos de la clause prévoyant la cession à la banque, en garantie d'un prêt immobilier, des loyers rapportés par l'immeuble financé, la Cour de cassation affirme *« ...qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créances... »* Cet arrêt de principe condamne contre toute attente la possibilité de céder une créance à titre de garantie, et en particulier des loyers en garantie d'un prêt, alors que la pratique bancaire recourt largement à cette technique qui paraissait avoir l'aval de la doctrine et des tribunaux. Ne sont pas remises en cause les cessions de créances effectuées dans les formes de la loi Dailly.

La requalification en nantissement restreint sensiblement l'efficacité des clauses de cession des loyers insérées dans les actes de prêt en cours : la validité même de ces nantissements fait difficulté, surtout pour ceux conclus avant la réforme des sûretés résultant de l'ordonnance du 23 mars 2006, qui doivent satisfaire aux conditions de forme posées par l'ancien article 2075 du code civil exigeant un acte enregistré, puis signifié par exploit d'huissier au locataire, ou la comparution de ce dernier devant notaire.

Leur mise en œuvre en cas de défaillance de l'emprunteur soulève également des difficultés. L'arrêt du 19 décembre 2006 paraît exclure la possibilité pour le créancier nanti d'assigner en paiement le débiteur de la créance nantie lorsque l'emprunteur est en redressement judiciaire. En cas de procédure collective de l'emprunteur, la sûreté doit en tous cas être désormais mentionnée par la déclaration de créance (L.622-25 c. com.), faute de quoi elle n'est pas opposable à la procédure collective. (M.-P. Wagner)

► **Droit bancaire / Droit des faillites : Des précisions sur la réalisation des actifs en cas de liquidation judiciaire**

Lorsque, en cas de liquidation judiciaire, un immeuble est vendu de gré à gré, les créanciers hypothécaires conservent leur droit de surenchère. C'est ce que rappelle un arrêt de la Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile du 17.01.2007 sous l'empire de l'ancien droit des faillites (article L 622-16 Code de commerce et article 140 du décret). Cette solution reste valable sous l'empire des nouveaux textes (L 642-18 Code de commerce et article 291 du décret). (P. Lutz)

► **Droit bancaire / Fiducie : La loi du 21.02.2007 institue le "trust" à la française : la fiducie**

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants – nécessairement des personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'IS – transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires – nécessairement des établissements de crédit ou d'assurance – qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. La fiducie est établie par la loi ou par contrat soumis à la formalité de l'enregistrement. Le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires peut être le constituant lui-même ou le fiduciaire.

La fiducie présente un intérêt pour opérer des transmissions de patrimoine, soit pour gérer les éléments d'un patrimoine, soit pour financer les entreprises, soit enfin pour garantir des créances.

En matière de transmission, le constituant confie à un tiers, le fiduciaire, la gestion d'un bien ou d'un ensemble de biens afin qu'à une date déterminée, les biens placés dans le patrimoine fiduciaire soient transférés, à titre onéreux, à un bénéficiaire.

En matière de gestion, le fiduciaire s'engage, le cas échéant moyennant rémunération, à gérer le bien qui lui est transmis pour le compte du fiduciaire, et à le lui rétrocéder à une date déterminée.

En matière financière, l'entreprise constituante transmet au fiduciaire une dette du passif de son bilan, afin de diminuer son endettement. Pour garantir le remboursement de cette dette, l'entreprise constitue parallèlement un portefeuille d'obligations d'Etat ou garanties par l'Etat. Ce portefeuille est également transmis au fiduciaire qui assurera le service de la dette. Cette opération d'ingénierie financière est connue sous le nom "*d'in-substance defeasance*".

Enfin, en matière de garantie, le fiduciaire s'engage à rétrocéder le bien transféré au constituant de la sûreté lorsque cette garantie n'a plus lieu de jouer à raison de la disparition de la créance.

La loi n°2007-211 du 21.02.2007 et le dossier législatif, plus particulièrement le très instructif rapport RICHEMONT, sont consultables sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>. (J. Schaeffer)

► **Droit des sociétés : Le gérant de SARL peut-il prendre part au vote portant sur sa propre rémunération ?**

Les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants doivent être soumises au contrôle des associés, le gérant intéressé ne pouvant pas prendre part au vote (C. com. art. L 223-19, al. 1). Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales (C. com. art. L 223-20). La Cour d'appel de Paris a jugé que la fixation de la rémunération du gérant constitue une opération courante, de sorte que le gérant associé peut valablement prendre part au vote de ces résolutions (CA Paris 25 janvier 2007 n° 05-24853, 3e ch. B Chabot c/ SARL In Time). (M.-P. Wagner)

► Droit des sociétés : Conditions de l'action des créanciers d'une société civile en liquidation judiciaire contre les associés

L'article 1858 du Code civil dispose que les créanciers d'une société civile de droit commun (donc à l'exclusion des sociétés civiles professionnelles et des sociétés civiles de construction-vente) peuvent agir contre les associés "après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale".

La condition des vaines poursuites préalables donne lieu à des flottements jurisprudentiels : faut-il que le créancier ait engagé contre la société civile des mesures d'exécution qui resteraient infructueuses ? En cas de liquidation judiciaire, le créancier, surtout s'il bénéficie d'une sûreté, doit-il attendre la clôture de cette procédure ? Quid en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire ?

Un arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte, du 18.05.2007 précise qu'en cas de *liquidation judiciaire* de la société civile, *il suffit* que le créancier ait déclaré sa créance pour qu'il puisse agir contre les associés. (P. Lutz)

► Droit fiscal : Une instruction fiscale du 13.02.2007 commente les dispositions concernant le crédit d'impôt dirigeant

La loi du 02.08.2005 en faveur des PME a instauré un crédit impôt pour les entreprises qui exposent des dépenses pour la formation de leur dirigeant.

Le crédit d'impôt s'applique aux formations suivies par les dirigeants au cours des exercices clos à compter du 26.08.2006 et est égal au *nombre d'heures passées par le dirigeant à se former*, dans la limite de *40 heures maximum par année civile et par entreprise, multiplié par le taux horaire du SMIC* (instr. fisc. n°25 13.02.2007, BOI 4 A-3-07 consultable sur le site <http://doc.impots.gouv.fr>) (J. Schaeffer)

► Droit fiscal : L'abus de droit n'existe pas si la charge fiscale ne se trouve en réalité pas modifiée

Un contribuable avait fait apport d'une officine de pharmacie qu'il exploitait à titre individuel à une SELARL créée en décembre 1993, et dont il était l'unique associé. Par un acte rectificatif, présenté à l'enregistrement en janvier 1995, deux ans après l'apport initial, la valeur de l'officine a été multipliée par deux. Deux mois après, le contribuable cédait ses parts de la SELARL pour un prix sensiblement égal à l'apport rectifié. L'objectif du contribuable était évidemment de minorer la plus-value.

L'administration y a vu un abus de droit et a recalculé cette plus-value à partir de la valeur initiale d'apport, estimant que l'acte rectificatif n'avait eu d'autre but que d'éluider l'impôt.

Le Conseil d'Etat a observé que l'augmentation de la valeur de l'actif net de la SELARL impliquée par la rectification effectuée en janvier 1995 du traité d'apport de 1993 n'a pu que majorer à due concurrence son bénéfice imposable au taux ordinaire de l'exercice en cours, de sorte que l'administration pouvait imposer au taux normal l'écart entre la valeur primitive de l'officine et celle que lui reconnaissait l'acte rectificatif.

Par suite, le Conseil d'Etat en a conclu que l'acte rectificatif ne pouvait être qualifié d'abus de droit. Moralité : même si le contribuable a conclu un contrat dans l'unique but d'atténuer ses charges fiscales, on ne pourra conclure à un abus de droit avant de vérifier si sa charge fiscale ne s'en trouve en réalité pas modifiée (CE, 8^{ème} et 3^{ème} sous-section, 05.03.2007 consultable sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>). (J. Schaeffer)

► Droit du transport : La responsabilité pénale du dirigeant d'une entreprise de transport n'est plus une fatalité.

L'article 3 de l'ordonnance du 23 décembre 1958 autorise le Ministère public à poursuivre le dirigeant de l'entreprise de transport qui laisse commettre par ses employés des infractions à la législation routière ou à la législation des transports. Depuis quelques années, la jurisprudence avait tendance à condamner le dirigeant de façon systématique. Mais la tendance pourrait s'inverser. Ainsi, dans deux décisions

récentes, le dirigeant a-t-il été purement et simplement relaxé, ou dispensé de peine, le Tribunal ayant retenu son sérieux et sa bonne foi (TGI CARPENTRAS 16.01.2007 ; Tribunal de Police ORANGE 29.01.2006). Il est vrai que dans ces deux cas, le dirigeant avait notamment pris la précaution de faire dispenser une formation interne à ses chauffeurs, et de leur remettre un manuel rappelant les règles essentielles de sécurité et l'impérieuse nécessité de les respecter. (G. Kowalik)

► **Droit du transport : Les chargeurs doivent désormais veiller à la légalité des horaires convenus**

Le 11 avril 2007, le nouveau règlement communautaire 561/2006 est entré en vigueur. Ce règlement est notamment relatif à la durée de conduite des chauffeurs et la mise en place du chronotachygraphe électronique. Le texte ne prévoit pas de changement significatif par rapport à l'ancien régime. Quelques nouveautés méritent toutefois attention. Il convient ainsi de noter l'apparition de la définition de la « pause », ainsi que l'émergence d'une nouvelle obligation de vigilance mise à la charge des chargeurs, lesquels doivent désormais veiller à ce que les horaires de transport convenus par contrat soient conformes aux prescriptions réglementaires. Le règlement prévoit également la mise en place par les Etats membres d'un système de sanctions proportionné. La prudence est donc de mise. A suivre... (G. Kowalik)

► **Droit social : Un nouveau code du travail**

Le code du travail issu d'une loi du 02.01.1973 a été refondu par une ordonnance du 13.03.2007. Le nouveau code du travail fait l'objet de nombreux et substantiels ajouts et modifications qui ont un *impact direct sur sa structure, son contenu et sa logique*. Il entrera en vigueur après publication de la partie réglementaire, au plus tard le 01.03.2008 (ordonnance n° 2007-329 du 12.03.2007 sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>). (E. Pointet)

II.

► **Droit civil : Cession de cabinet de chirurgien-dentiste : l'indemnité de non-concurrence versée au cédant est causée même s'il prend sa retraite**

Pour la Cour de cassation, *"l'activité de chirurgien-dentiste, exempte de limite d'âge ou de durée, exige seulement la réunion des conditions de diplôme et de nationalité prévues au Code de la santé publique et l'absence d'une interdiction légale ou disciplinaire d'exercice, de sorte que la renonciation du cédant à une activité qu'il lui eût été loisible de continuer ou reprendre plus tard"*, était causée (Cass. 1^{ère} civ. 03.04.2007 n°05-11.405) (E. Pointet).

► **Droit civil : Limites de l'obligation de loyauté dans la vente**

L'article 1602 du C. civil dispose que *"le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige"*. L'article L 111-1 du C. de la consommation dispose que *"tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service"*. Quid des obligations de l'acheteur dans l'hypothèse où celui-ci, professionnel, aurait sur le bien vendu des informations que le vendeur ne connaîtrait pas ? A l'occasion d'un compromis de vente immobilière conclu entre un vendeur, profane, et un acheteur agent immobilier qui détenait une *"information essentielle sur le prix de l'immeuble..."*, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 17.01.2007 que *"l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis..."*. L'obligation de loyauté a donc des limites. Du côté de l'acheteur, elle ne porte pas sur la valeur du bien acquis (mais serait susceptible de porter sur des éléments substantiels tels que la constructibilité, la pollution du sous-sol...). Bien mal acquis peut profiter. (P. Lutz)

► **Droit civil** : Les restitutions réciproques consécutives à l'annulation d'un contrat ne constituent pas, en elles-mêmes, un préjudice réparable

Suite à l'annulation d'un contrat de cession de parts sociales, entraînant une obligation de restitution réciproque du prix et des titres cédés, les cessionnaires ont agi contre le rédacteur de l'acte, réclamant réparation à hauteur du prix de cession. Constatant la faute du rédacteur, la cour d'appel de Rennes fit droit à la demande. Mais l'arrêt est cassé (Cass. 1re civ. 27 févr. 2007, n° 05-21.677, P+B) au motif que "les restitutions réciproques consécutives à l'annulation du contrat instrumenté ne constituent pas, en elles-mêmes, un préjudice indemnisable que le rédacteur d'actes peut être tenu de réparer". La solution doit être approuvée, car en contrepartie des parts restituées, les cessionnaires récupèrent le prix, de sorte qu'il s'agit *a priori* d'une opération sans conséquence sur leur patrimoine. Il peut toutefois en être autrement. Les juges précisent en effet que les restitutions réciproques ne constituent pas «en elles-mêmes» un préjudice. Il appartient alors aux demandeurs de prouver en quoi la restitution réciproque leur serait préjudiciable : ils pourraient par exemple faire valoir que, depuis la date de la cession, les parts sociales aient perdu de leur valeur. (O. Berg)

► **Droit pénal** : Responsabilité pénale des experts comptables et commissaires aux comptes

Les experts comptables et commissaires aux comptes sont responsables à l'égard de l'entreprise contrôlée et des tiers des fautes commises dans l'exécution de leur mission. Pour les experts comptables, la responsabilité est fondée sur le droit commun. Pour les commissaires aux comptes, elle est fondée notamment sur l'article L 225-235 du Code de commerce. Mais leur responsabilité peut également être pénale. Ainsi, par deux arrêts du 01.01.2007 et du 31.01.2007, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que "se rendent complices de l'escroquerie commise par une société, le commissaire aux comptes et l'expert comptable qui, en certifiant pendant plusieurs années les comptes dont ils connaissaient le caractère fictif, ont permis à cette société de commettre l'infraction". Ces décisions ont été rendues à propos de fraudes à la TVA à l'appui de factures fictives, que les experts comptables et commissaires aux comptes, qui ne sont certes tenus que d'une obligation de moyens (en procédant à des vérifications par sondages), ne pouvaient pas avoir ignorées compte tenu de leur ampleur. (P. Lutz)

► **Organisation de la justice** : Compétence territoriale des huissiers : dorénavant le ressort du TGI

Par un décret n° 2007-813 du 11.05.2007, la compétence territoriale des huissiers de justice pour la signification et l'exécution des actes ainsi que les constats et ventes aux enchères a été étendue au *ressort du TGI de leur résidence*. Disparaissent ainsi de multiples monopoles locaux. Un autre décret (n° 2007-774) du 10.05.2007 modifie le tarif des huissiers. (P. Lutz)

III.

► **Droit communautaire** : La portée des clauses attributives de juridiction intracommunautaires

Le règlement CE n° 44/2001 du 22.12.2000 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale prévoit en son article 23 la possibilité pour les parties "dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat membre" de convenir "d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat membre pour connaître de (leurs) différends". Il est admis que, pour un contrat transfrontalier, une clause attributive de juridiction peut être valablement convenue sur le fondement du texte précité entre *parties mêmes civiles* (à la différence du droit interne français, qui ne l'autorise qu'entre commerçants). Il était également admis que ces clauses ne pouvaient que définir la compétence *territoriale*. Par un arrêt du 09.01.2007, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation décide au contraire qu'une clause attributive de juridiction peut également définir la compétence *d'attribution*. Ainsi, pour un contrat conclu entre une société commerciale ayant son siège au Luxembourg et un Français, non commerçant, résidant à Londres, la clause attributive de juridiction en faveur du Tribunal *de commerce* de Paris a été reconnu valable. (P. Lutz)

► **Droit communautaire : Compétence internationale en droit civil et commercial**

Par une décision du 3 mai 2007 (C-386/05), la CJCE a décidé qu'en cas de pluralité de livraisons en des lieux différents situés dans un même Etat membre, le tribunal du lieu de la livraison principale est compétent pour toutes les livraisons litigieuses. Le lieu de la livraison principale se détermine par des « critères économiques ». Si le lieu de la livraison principale n'est pas déterminable, le demandeur peut choisir parmi les lieux de livraison. La décision concernait des achats de biens meubles. (K. Hauptmann-Nickliss)

► **Droit des faillites / Droit allemand : Effets de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire en France sur des sûretés réelles en Allemagne avant l'entrée en vigueur du règlement 1346/2000 CE**

Une décision de la Cour d'appel de Stuttgart du 15 janvier 2007 (Aff. 5 U 98/06) concerne des faits antérieurs au règlement 1346/2000 CE, facilitant le traitement des procédures de redressement et de liquidation judiciaires transfrontalières en Europe. Le débiteur en "faillite" en France avait, avec le soutien de l'administrateur judiciaire français, assigné en Allemagne une banque allemande en paiement des sommes reçues lors d'une saisie immobilière effectuée en Allemagne. La banque avait omis de déclarer sa créance au passif. Le débiteur se prévalait de la forclusion résultant de l'écoulement du délai de déclaration.

Le Tribunal de 1^{ère} instance avait rejeté la demande. La Cour a confirmé cette décision. Elle affirme que la forclusion résultant de l'écoulement du délai de déclaration des créances est contraire à l'ordre public allemand et constitue une sanction injustifiée à l'égard d'un créancier étranger ; la banque allemande ne pouvait pas être obligée de lire le BODACC. En outre, il convient d'appliquer la *lex rei sitae*, qui régit non seulement le droit réel, mais également le droit de réalisation qui s'en suit.

L'article 5 du règlement 1346/2000 CE selon lequel la procédure collective « n'affecte pas » les droits réels grevant des biens situés dans un autre Etat membre et qui confie aux créanciers le droit de réaliser la sûreté et de recevoir le prix paraît justifier le maintien de cette solution. (K. Hauptmann-Nickliss)