

Numéro du document : **RECUEIL/CHRON/2007/0235**
Publication : Recueil Dalloz 2007, p. 1303
Type de document : Chronique
Décision commentée : Cour de cassation, com., 29-11-2005 n° 04-17.792
Décision commentée : Cour de cassation, com., 04-01-2006 n° 04-19.868
Décision commentée : Cour de cassation, com., 07-03-2006 n° 04-20.252
Décision commentée : Cour de cassation, com., 04-04-2006 n° 04-19.637
Décision commentée : Cour de cassation, com., 16-05-2006 n° 05-16.668
Décision commentée : Cour de cassation, com., 23-05-2006 n° 05-11.989
Décision commentée : Cour de cassation, com., 27-06-2006 n° 05-16.200
Décision commentée : Cour de cassation, com., 13-02-2007 n° 05-20.126
Décision commentée : Cour de cassation, com., 28-11-2006 n° 04-17.486
Décision commentée : Cour de cassation, com., 12-12-2007 n° 05-15.619
Décision commentée : Cour de cassation, com., 19-12-2006 n° 05-17.802
Décision commentée : Cour de cassation, com., 23-01-2007 n° 05-10.264
Décision commentée : Cour de cassation, com., 20-03-2007 n° 05-21.526
Décision commentée : Cour de cassation, com., 20-03-2007 n° 06-14.259

Indexation

CASSATION

1. Jurisprudence de la Cour de cassation
2. Chronique de jurisprudence 2007
3. Chambre commerciale

Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation - Chambre commerciale

Marie-Laure **Béval**, *Conseiller référendaire à la Cour de cassation*

Renaud **Salomon**, *Conseiller référendaire à la Cour de cassation, Professeur associé à l'Université de Paris XII*

1 - L'examen d'office par la Cour de cassation des dispositions transitoires de la loi de sauvegarde des entreprises

La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, pourtant entrée en vigueur le 1er janvier 2006, n'a pas tardé à occuper la Cour de cassation. Ce texte a tout d'abord constitué une occasion de mettre en oeuvre un dispositif novateur de veille juridique sous l'égide du service de documentation et d'études, consistant à émettre sans forme des avis « spontanés » dans le cadre de la « mission d'uniformisation et d'application de la loi » de la Cour de cassation¹.

La Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a suivi, en outre, une méthode singulière et peut-être surprenante pour se prononcer d'office, dès le 29 novembre 2005 et sans interruption depuis, sur les dispositions transitoires de la loi contenues dans ses articles 190 à 192. Les arrêts rappelés ci-dessus, dont les solutions sont désormais bien connues, car largement commentées par les auteurs les plus éminents, ne seraient pas spécialement remarquables, en dehors de l'intérêt des questions de fond qu'ils tranchent, s'ils ne présentaient pas une réelle originalité dans leur façon d'appréhender l'office du juge de cassation et de

bousculer le processus d'élaboration de la jurisprudence, en prenant le risque de porter atteinte - du moins en apparence car nous verrons qu'il n'en est rien - aux règles de procédure les plus fermement établies comme le principe de la contradiction.

La Cour de cassation était saisie de pourvois qui concernaient tous des procédures collectives ouvertes sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, à l'exception toutefois de l'arrêt pionnier du 29 novembre 2005 qui constitue en tous points un cas isolé et qui était relatif à une procédure ouverte sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967.

Les débiteurs étaient des sociétés mises en liquidation judiciaire dont les liquidateurs judiciaires avaient demandé l'application de sanctions à l'égard de leurs dirigeants. Selon les cas, les cours d'appel avaient :

- soit prononcé des mesures de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer (cf. les arrêts des 29 nov. 2005, 4 avr. et 23 mai 2006) ;

- soit mis les dirigeants eux-mêmes en redressement ou liquidation judiciaires à titre de sanction sur le fondement de l'article L. 624-5 du code de commerce (cf. les arrêts des 4 janv., 7 mars et 16 mai 2006 et l'arrêt du 13 févr. 2007).

L'arrêt du 27 juin 2006 concernait quant à lui les associés d'une société en nom collectif qui, indéfiniment et solidairement responsables du passif social, avaient été eux-mêmes mis en redressement judiciaire par application de l'article L. 624-1 du code de commerce.

Dans tous les cas, l'objet du litige relatif à des sanctions de dirigeants de sociétés en liquidation judiciaire méritait sans doute, en raison de son importance et de sa gravité, un examen particulièrement « attentif » de la part de la Cour de cassation. Il faut souligner que le législateur du 26 juillet 2005 lui-même invitait la Cour suprême à se montrer vigilante puisqu'en opérant une révolution tranquille mais déterminée des sanctions, il a fait porter une part significative des dispositions transitoires de la loi de sauvegarde, contenues dans ses articles 190 à 192, sur cet aspect du droit des procédures collectives. En effet, l'article 190 comporte notamment deux dispositions visant à limiter et réduire, dès la publication de la loi, les mesures de faillites personnelles et d'interdictions de gérer déjà prononcées avant son entrée en vigueur ; l'article 191 organise, par exception spéciale au principe général de survie de la loi ancienne, l'applicabilité à la date de son entrée en vigueur des chapitres I et II du titre V relatifs à la responsabilité pour insuffisance d'actif et à l'obligation aux dettes sociales, et de certaines modifications affectant le régime de la faillite personnelle ; l'article 192 vient rappeler que les procédures collectives ouvertes contre les associés indéfiniment et solidairement responsables du passif social ou contre les dirigeants, en vertu des dispositions de l'ancien code de commerce, ne sont pas affectées par l'entrée en vigueur de la loi.

Dès lors, il est apparu clairement qu'il convenait d'étudier d'office, y compris au stade du pourvoi, la portée des dispositions transitoires pour le dirigeant concerné par cette instance. Pour ce faire, une méthode unique a été suivie. Pour chaque pourvoi concernant des sanctions affectées par la loi de sauvegarde, que celle-ci les ait supprimées ou abrogées comme la mise en redressement ou liquidation judiciaire personnelle du dirigeant, ou les ait aménagées comme la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer, la Cour de cassation s'est livrée à un examen d'office systématique des dispositions transitoires de la loi de sauvegarde de manière à déterminer si la sanction considérée, prononcée ou pas par l'arrêt attaqué, pouvait être demandée, mise en oeuvre, jusqu'à quand et dans quelles conditions.

Ainsi, à l'occasion de l'arrêt de non-lieu à statuer du 29 novembre 2005, la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi à l'encontre d'un arrêt ayant rejeté une demande de

réhabilitation et d'amnistie présentée par une personne dont la faillite personnelle avait été prononcée plus de quinze ans auparavant, a examiné d'office l'impact de l'article 190, b), de la loi de sauvegarde sur la situation personnelle du demandeur au pourvoi pour en déduire que sa faillite personnelle avait pris fin et que, dès lors, le pourvoi était devenu sans objet. Elle a fait de même pour l'article 190, a), dans son arrêt du 23 mai 2006 pour en conclure qu'en dépit du rejet du pourvoi formé par le dirigeant, sa faillite personnelle valablement prononcée pour une durée de trente ans ne durerait en réalité que quinze ans à compter du jugement assorti de l'exécution provisoire qui l'avait condamné.

Pour déterminer le sort à réserver à un pourvoi formé par un dirigeant mis en redressement judiciaire à titre de sanction en application de l'article L. 624-5 du code de commerce le 24 février 2004, la Cour de cassation, dans son arrêt du 4 janvier 2006, a examiné d'office si cette procédure ouverte avant le 1er janvier 2006, date de l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, continuait ou pas d'être régie par les dispositions de l'ancien code de commerce. Dans cette hypothèse la réponse apportée a été positive de sorte qu'il a pu être répondu au fond sur le pourvoi en le rejetant.

En revanche, alors qu'elle était invitée à se prononcer sur un pourvoi dirigé contre un arrêt ayant infirmé le jugement de condamnation du dirigeant, la Cour de cassation, soucieuse de vérifier si ce dirigeant relevait encore des dispositions de l'ancien code de commerce a décidé, dans son arrêt du 7 mars 2006, qu'il n'en était rien, que l'instance concernant ce dirigeant ne pouvait plus être poursuivie et a donc dit n'y avoir lieu à statuer sur le pourvoi.

L'arrêt du 4 avril 2006, quant à lui, a soumis la réponse au pourvoi qui attaquait un arrêt ayant prononcé à l'encontre de dirigeants une interdiction de gérer pour avoir commis un des faits prévus à l'article L. 624-5 du code de commerce dans sa rédaction antérieure, abrogé par la loi de sauvegarde, à la vérification préalable de ce que cet article pouvait encore servir de fondement au prononcé d'une telle sanction à l'égard du dirigeant d'une personne morale dont la procédure collective était en cours.

De la même manière, a été préalablement vérifiée l'incidence du mode de saisine du tribunal (16 mai 2006).

L'arrêt du 13 février 2007 est venu apporter une innovation supplémentaire. Après avoir cassé l'arrêt ayant ouvert le redressement judiciaire d'un dirigeant, la Cour de cassation s'est interrogée sur les pouvoirs de la cour d'appel de renvoi. Constatant que le dirigeant qui n'avait pas été valablement mis en procédure collective à titre de sanction avant le 1er janvier 2006 ne pouvait plus être poursuivi, elle a opté pour une cassation sans renvoi, tirant elle-même les conclusions de son interprétation des dispositions transitoires telle qu'elle l'avait déjà dégagée dans ses précédents arrêts.

Pour le moment, rien de véritablement révolutionnaire. L'adaptation d'une espèce à l'état du droit, évolutif par essence, relève à l'évidence de l'office du juge. L'impression de « *hold up* » judiciaire pourrait être ailleurs et se résumer en deux points : l'absence apparente de contradiction, et l'inversion du processus d'élaboration de la jurisprudence.

L'absence de contradiction se manifeste dans ces arrêts par la mise en oeuvre positive d'un examen d'office des dispositions transitoires non seulement sans que les parties et leurs conseils ne s'y soient livrés avant le juge - ce qui reviendrait à relever d'office un moyen (de pur droit ?) conformément à l'article 12 du nouveau code de procédure civile - mais encore sans que les parties et leurs conseils n'aient été à même de présenter leurs observations par application de l'article 16 du même code.

Si ce constat peut paraître choquant surtout de la part de la juridiction suprême

dont la mission consiste notamment à veiller au respect de ces règles par les juges du fond, il convient toutefois de tempérer fortement le propos. L'examen des arrêts étudiés ici révèle qu'en aucun cas, la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation n'a relevé d'office un moyen de cassation ni justifié un arrêt attaqué par des motifs substitués, toutes hypothèses qui auraient d'ailleurs exigé la délivrance d'un avertissement conformément à l'article 1015 du nouveau code de procédure civile.

Il s'est plutôt agi de procéder à un examen préalable, non contradictoire mais transparent puisqu'intégralement retracé dans l'arrêt, y compris lorsque cela n'aurait pas été formellement nécessaire, de l'environnement législatif applicable afin de déterminer, au préalable, s'il y avait lieu de statuer sur le pourvoi ou pas (une réponse négative a été donnée dans les arrêts du 29 nov. 2005 et du 7 mars 2006), ou s'il y avait lieu d'ordonner un renvoi après cassation (arrêt du 13 févr. 2007) ou encore pour donner une indication sur la durée d'une sanction après rejet du pourvoi (arrêt du 23 mai 2006).

Quant à l'inversion du processus d'élaboration de la jurisprudence qui, classiquement, mobilise les parties, mais aussi les juges du fond - « une jurisprudence ne se décrète pas, elle s'élabore, à plusieurs et par longueur de temps, l'arrêt apériteur venant souvent en point d'orgue d'un concert juridictionnel »² - il est ici patent. Plutôt que de passer sous silence le résultat de ses recherches et de taire son opinion sur l'applicabilité de la loi de sauvegarde à la situation qu'elle avait à examiner - car il faut bien parler d'une opinion tant son expression est déconnectée du débat judiciaire au sens strict - ce qui était parfaitement envisageable dans la plupart des cas, la Cour de cassation a choisi d'exprimer cette opinion, dans un arrêt, et d'en faire ainsi un précédent jurisprudentiel dont l'autorité dépendra toutefois de sa réception par l'ensemble des acteurs du monde judiciaire.

Plutôt que d'attendre que des pourvois la saisissent de ces importantes questions, la Cour de cassation a choisi d'anticiper, de délivrer le message de sa jurisprudence avant même d'y être contrainte. Mais pourquoi tant de hâte ? Pourquoi céder à la « soif de réponse immédiate »³ de la société moderne ?

Répondant à la double interrogation posée par la jurisprudence - Qui fait la jurisprudence ? La jurisprudence est-elle une source de droit ? - M. Tricot, alors conseiller à la Cour de cassation, rappelait dans un article encore d'actualité que « *la réflexion des membres de la Cour de cassation était imprégnée de deux soucis permanents, celui de la pédagogie et celui de la cohérence* »⁴. Tout est dit. Souci de pédagogie d'abord, tant il est vrai que l'ajout d'une explication facultative à la motivation obligatoire ne peut poursuivre d'autre but. Confrontée aux interprétations de ses propres arrêts auxquelles se livrent la doctrine, les conseils des parties, les juges du fond, la Cour de cassation apparaît ici soucieuse de préciser la portée de ses décisions. Il n'était en effet pas forcément superflu de révéler que les incidences de la modification législative et de ses dispositions transitoires avaient été étudiées, sans s'en remettre à l'implicite. Souci de cohérence ensuite, dans la recherche de l'articulation la plus fine entre les lois successives concernant les entreprises en difficulté et prévoyant des sanctions différentes, tant par leur nature que par leur régime, à l'égard des commerçants ou des dirigeants, et dans le souhait de construire une jurisprudence cohérente des cours et tribunaux dans cette matière sensible.

Reste que l'utilisation par la Cour de cassation de l'outil que constitue l'examen d'office des dispositions transitoires de la loi de sauvegarde ne doit pas être interprétée comme la manifestation d'un désir, d'ailleurs voué à l'échec, de se montrer toujours plus rapide et réactive, plus visible et directrice mais comme le souci d'anticiper, de suggérer les réponses à réserver aux contentieux futurs ou de mettre

immédiatement un terme à ceux qui ne devraient plus avoir lieu.

Dire au dirigeant qui sollicite une réhabilitation ou une amnistie de la faillite personnelle dont il a fait l'objet que la mesure a pris fin par la seule volonté de la loi nouvelle ou déterminer la date à laquelle la mesure qu'il exécute prendra fin ou encore signifier qu'en l'état de la procédure, tel dirigeant ne peut plus être poursuivi aux fins de redressement ou liquidation judiciaires personnels et doit bénéficier immédiatement de l'abrogation de cette mesure sans passer par la case de la cour d'appel de renvoi, ce n'est pas forcément manifester une tentation pour le pouvoir en cherchant à régir le futur. Affirmer explicitement alors que personne ne le demande qu'un juge peut encore faire application de la loi ancienne dans le cas considéré, et par voie de conséquence dans tous les cas similaires, ce n'est pas nécessairement faire preuve d'activisme. Ne serait-ce pas plutôt améliorer la compréhension des décisions en évitant les aléas de leur interprétation et assumer la mission d'uniformisation et d'application de la loi de la Cour de cassation ?

M.-L. B.

2 - Sociétés : les dividendes, s'ils participent de la nature des fruits, n'existent qu'à compter de la décision de l'assemblée générale de les distribuer

Si les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable, sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés, participent de la nature des fruits, ces dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé.
- **Com. 28 nov. 2006, pourvoi n° 04-17.486, FS-P+B+I+R, (rejet)** : D. 2006. AJ. 3055, obs. Lienhard.

Cet arrêt est l'occasion pour la Chambre commerciale de préciser tout à la fois la nature juridique des dividendes et le moment de leur existence juridique.

Dans l'affaire qui lui était soumise, l'administration fiscale avait notifié au cédant de parts d'une société en nom collectif un redressement sur les modalités de calcul des droits acquittés à l'occasion de l'enregistrement de l'acte de cession, au motif que la valeur des parts exprimée dans l'acte de cession du 17 octobre 1997 n'était pas représentative de leur valeur réelle, dans la mesure où elle devait inclure la quote-part de bénéfices arrêtée au 31 juillet 1997 et affectée au cédant. Le demandeur au pourvoi faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que la part des bénéfices attribuée au cédant des parts sociales au jour de son retrait de la société constituait un élément du prix de cession, alors, selon lui, que les bénéfices participent de la nature des fruits et que les associés peuvent convenir de les distribuer lorsqu'ils le souhaitent en cours d'exercice, l'acquisition au jour de l'assemblée générale qui décide de les attribuer ne se faisant qu'à défaut d'une telle convention.

La Cour de cassation va rejeter cette analyse par deux propositions complémentaires.

a - Les dividendes sont des fruits

La Chambre commerciale précise tout d'abord que « *les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés, participent de la nature des fruits* ». Cette précision vient ainsi dissiper toute incertitude qui aurait pu subsister sur la nature juridique des dividendes, qui a fait l'objet d'évolutions jurisprudentielles. Au départ, ces derniers ont été

analysés comme des fruits civils, s'acquérant, conformément aux dispositions de l'article 586 du code civil, « *jour par jour* » au cours de l'exercice social (Civ. 21 oct. 1931, DP 1933. Jur. 100 ; 7 juill. 1941, D. 1941. Jur. 370). Dans un deuxième temps, la Cour de cassation a abandonné la qualification de fruits civils (Com. 23 oct. 1984, Bull. Joly sociétés 1985. 97). Mais un arrêt du 5 octobre 1999 est revenu à la qualification de fruits, sans pour autant préciser leur nature exacte (Com. 5 oct. 1999, n° 97-17.377, Bull. civ. IV, n° 163 ; D. 1999. AJ. 69, obs. Boizard, et D. 2000. Jur. 552, note Morris-Becquet ; Rev. sociétés 2000. 286, note Le Nabasque ; RTD com. 2000. 138, obs. Storck ; Juris-Data n° 1999-003368 ; JCP E 2000. 612, note Besnard-Goudet ; Dr. sociétés 1999. Comm. 183, note Hovasse ; RD bancaire et fin. 1999. 249, obs. Germain et Frison-Roche ; JCP E 2000. 29, obs. Viandier et Caussain ; Defrénois 2000. 40, obs. Le Cannu ; Bull. Joly sociétés 1999. 1104, note Couret), solution reprise depuis lors (Com. 5 déc. 2000, Dr. sociétés 2001, n° 45, note Lucas ; 19 sept. 2006, Dr. sociétés 2006, n° 185, note Monnet).

Cette solution est réaffirmée avec force dans l'arrêt du 28 novembre 2006. Même si l'arrêt ne le dit pas expressément, la qualification de fruits civils est à l'évidence écartée, dans la mesure où les dividendes, dont la distribution est soumise à un aléa, ne présentent pas les caractères de périodicité et de fixité requis (Monnet, note sous Com. 19 sept. 2006, préc. ; 28 nov. 2006, D. 2006. AJ. 3055, obs. Lienhard).

b - Les dividendes prennent naissance à compter de la décision de leur mise en distribution

La distribution de dividendes est strictement encadrée par les articles L. 232-11 à L. 232-20 du code de commerce. Ainsi, l'article L. 232-11 dispose que « *le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire* ». De son côté, l'article L. 232-12 précise qu'« *après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes* ».

Comme le souligne le conseiller rapporteur, le droit comptable tient précisément compte de ces modalités de détermination des dividendes : il est prévu que l'affectation du résultat d'une société de personnes ne peut être comptabilisée qu'après l'approbation de ce résultat par l'assemblée générale, et non dès la clôture de l'exercice, même en cas de clause prévoyant dans les statuts l'affectation systématique des résultats aux associés (*Mémento Pratique Francis Lefèbvre Comptable*, 2006, n° 2992) ; pour les sociétés de capitaux, la distribution de dividendes doit être comptabilisée au jour même de l'assemblée générale décidant cette distribution (*op. cit.*, n° 2993).

Sauf exception légale, les dividendes n'existent donc pas juridiquement avant approbation des comptes annuels par l'assemblée générale qui constate ensuite l'existence de sommes distribuables, et détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes. L'associé n'a donc jusqu'à cette date aucune créance à ce titre sur la société, et seuls les associés présents au jour de la décision de distribution des dividendes par l'assemblée générale ont droit à ceux-ci (Com. 9 juin 2004, Bull. Joly 2004. 1403, note Le Nabasque ; Dr. sociétés 2004, n° 204, note Trébulle ; Dr. et patr. 2005. 132, note Poracchia).

C'est donc tout naturellement que la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu que les sommes mises conventionnellement à la charge du cessionnaire au titre des bénéfices réalisés par la société jusqu'au jour de la cession constituaient en réalité un élément du prix de cession.

Cette analyse est en harmonie avec celle de la Chambre criminelle lorsqu'elle est amenée à définir la notion de « répartition » de dividendes fictifs, visée aux articles L. 242-6, 1°, et L. 241-3, 3°, du code de commerce. Cette dernière, constituant l'élément matériel du délit comptable, est caractérisée dès qu'il y a mise à disposition du dividende au profit des actionnaires. Cette mise à disposition peut être bien entendu le fait de l'assemblée générale, lorsqu'elle vote les modalités de mise en paiement des dividendes.

Mais, la Chambre criminelle juge que la décision du conseil d'administration dans les sociétés anonymes ou des gérants dans les sociétés à responsabilité limitée de mettre les dividendes en paiement peut également réaliser, du point de vue pénal, la répartition (Crim. 28 mars 1936, Bull. crim. n° 39 ; DH 1936. 270 ; Gaz. Pal. 1936. 2. 9 ; Journ. sociétés 1937. 653). Cette solution est généralement justifiée par le fait qu'à partir de cet instant, le bénéfice n'est plus un revenu social mais un revenu personnel, propre à chaque actionnaire (Salomon, *Précis de droit commercial*, PUF, 2005, p. 275). En conséquence, le délit n'est pas constitué si le conseil d'administration ne donne pas suite à la décision de répartition d'un dividende voté par l'assemblée générale (Trib. corr. Seine, 20 déc. 1933, Gaz. Pal. 1934. 1. 331). L'assemblée générale, tant que la mise en paiement du dividende n'a pas été ordonnée par le conseil d'administration, peut revenir sur sa décision et ajourner la date du paiement (Crim. 21 mai 1935, Rev. sociétés 1935. 474).

R. S.

3 - Sociétés : solidarité entre société apporteuse et société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif

Viole les articles L. 236-20, L. 236-21 et L. 236-22 du code de commerce la cour d'appel qui rejette la demande en paiement à l'encontre d'une société ayant procédé à un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, alors que, dans le cas d'un tel apport, la société apporteuse reste, sauf dérogation prévue à l'article L. 236-21, solidairement obligée avec la société bénéficiaire au paiement des dettes transmises à cette dernière. - Com. 12 déc. 2007, pourvoi n° 05-15.619, FS-P+B+I+R (cassation) : D. 2007. AJ. 27, obs. Lienhard.

Il ressort des dispositions des articles L. 236-20 et L. 236-21 du code de commerce que les sociétés bénéficiaires d'apports résultant d'une cession sont solidairement tenues des dettes de la société scindée, sauf stipulation contraire du traité d'apport. Dans ce dernier cas, les créanciers des sociétés participantes peuvent former opposition à la scission, dans la mesure où cette opération a pour effet de réduire leur droit de gage.

La question posée à la Chambre commerciale était de savoir si la solution dégagée par ces textes, conçus pour la scission, était transposable à l'apport partiel d'actif à l'issue duquel subsiste la société apporteuse.

En répondant par l'affirmative, la Chambre commerciale semble revenir sur la solution dégagée par son arrêt *Coignet* du 5 mars 1991 (pourvoi n° 88-19.629, Bull. civ. IV, n° 100). Mais ce revirement est plus apparent que réel dans la mesure où l'arrêt du 19 décembre 2006 s'efforce davantage de préciser que de contredire la solution précédemment dégagée. Si l'arrêt de 1991 avait censuré les juges du fond pour avoir affirmé que la société apporteuse restait obligée, dès lors que la dette n'avait pas été mentionnée dans le traité d'apport, il ne s'était pas prononcé sur le point de savoir si la société apporteuse restait tenue à une obligation *in solidum*.

L'extension d'une telle obligation à la charge de la société apporteuse avait été

largement appelée de ses vœux par la doctrine (Le Cannu, *Droit des sociétés*, 2e éd., Montchrestien, 2003, n° 1587). Il a été notamment souligné que le créancier a, avant l'opération, un gage qui portait sur l'ensemble des éléments d'actif du patrimoine de l'apporteuse et que l'apport partiel d'actif ne doit, pas plus que la scission, altérer la consistance de ce gage qui doit donc continuer à peser sur les éléments conservés par la société apporteuse, ce que permet la solidarité (Le Nabasque, *La solidarité des sociétés dans les opérations d'apport partiel d'actif soumises au régime des scissions*, in *Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 271).

L'affirmation de la solidarité entre la société apporteuse et la société bénéficiaire dans le cadre d'un apport partiel d'actif se justifie doublement. Elle découle tout d'abord naturellement des dispositions de l'article L. 236-22 du code de commerce (« *la société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21* »), qui applique à l'apport partiel d'actif le régime des scissions défini aux articles L. 236-20 et L. 236-21 du code de commerce. Elle répond en outre à l'impératif de sécurité juridique du droit des affaires : il s'agit d'assurer la protection des intérêts des créanciers de la société apporteuse par une solidarité entre cette dernière et la société bénéficiaire.

R. S.

4 - Sociétés : la fusion-absorption par une société par actions simplifiée requiert le consentement unanime des associés de la société absorbée

Aux termes de l'article L. 227-3 du code de commerce, la décision de transformation d'une société en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés. Il en va de même en cas de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée. - Com. 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-17.802, FS-P+B+I+R (cassation) : D. 2007. Jur. 630, note Godon.

Selon l'article L. 236-2 du code de commerce, la fusion-absorption, qui peut être réalisée entre des sociétés de forme différentes, est décidée « *par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts* ». En revanche, l'article L. 227-3 du même code dispose que « *la décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés* ».

La question posée par le premier moyen du pourvoi était de savoir si cette dernière disposition était transposable à l'opération de fusion-absorption d'une société anonyme par sa filiale constituée sous forme de société par actions simplifiée.

Comme dans l'arrêt précédemment commenté du 12 décembre 2006 (pourvoi n° 05-15.619), la Chambre commerciale vient pallier la carence du législateur en étendant la règle de l'unanimité du consentement des associés applicable à la transformation d'une société en société par actions simplifiée à la fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée.

L'arrêt attaqué avait soutenu le contraire, au motif qu'« *une absorption n'emporte pas transformation de la société absorbée qui se trouve, au contraire, dissoute dès la décision de fusion ; que la simple constatation qu'une telle opération revient à faire passer les actionnaires d'une société anonyme de type classique à une société par actions simplifiée sans leur consentement n'est pas de nature à rendre applicables les dispositions de l'article L. 227-3 du code de commerce qui ne visent que la transformation et à rendre exigible, sur le fondement de ce texte, un vote unanime,*

ajoutant par là au pacte social de l'absorbée une condition supplémentaire que ne prévoit pas le texte auquel les appelants se réfèrent ».

A première vue, cette position des juges du fond était parfaitement justifiée en droit. En premier lieu, l'article L. 227-3 du code de commerce ne vise que la « *transformation* » des sociétés. Or la fusion-absorption, qui fait disparaître la personnalité morale de la société absorbée, ne peut être assimilée à la transformation, de sorte qu'une application par analogie de l'article L. 227-3 du code de commerce n'est pas *a priori* possible. Par ailleurs, toute exception au principe de la majorité gouvernant la prise de décision au sein des sociétés commerciales est d'interprétation stricte, comme l'a rappelé un arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1937 (DP 1937. 1. 73).

Pour conjurer tout risque de détournement de la fusion-absorption visant à surmonter un refus de transformation en société par actions simplifiée de la part des actionnaires minoritaires, une partie de la doctrine avait mis en avant plusieurs armes dissuasives, telles que l'abus de majorité ou la fraude à la loi (Bert et Lakhdari, L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption, D. 2005. Chron. 1636 ; Caussain, Deboissy et Wicker, note ss. Versailles, 27 janv. 2005, JCP E 2005. 1046).

Pendant, force est de constater que fusion-absorption et transformation tendent toutes les deux au passage vers une nouvelle forme sociale comprenant d'autres modes de gestion (Godon, note préc.). Or, la société par actions simplifiée, point d'arrivée des deux opérations, qui a été instituée par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994, correspond à une structure très souple, dominée par l'idée d'une société-contrat (Salomon, *Précis de droit commercial*, PUF, 2005, p. 319), « *laissant aux associés une grande liberté dans l'organisation de sa gestion interne et leur permettant aussi de contrôler étroitement la composition et les évolutions du capital, afin de préserver l'intuitus personae animant ceux qui l'ont créée pour collaborer* » (Mestre, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 2006, n° 638).

Or, cette grande souplesse de gestion et de fonctionnement peut comporter un certain nombre de risques pour les associés et les actionnaires minoritaires, qui, par des clauses statutaires de la société par actions simplifiée « d'accueil », peuvent se trouver soudainement écartés du processus de prise de décision de cette dernière. C'est, au demeurant, cette moindre protection des associés au sein d'une société par actions simplifiée qui justifie des mesures particulièrement protectrices de leurs intérêts: non seulement l'unanimité requise pour la transformation d'une société en société par actions simplifiée ou l'adoption de clauses concernant l'actionnariat d'une telle société (art. L. 227-19 C. com.), mais encore l'interdiction, pénalement sanctionnée, qui lui est faite de faire appel public à l'épargne (art. L. 227-2 C. com.) ou la réglementation minimale des pouvoirs de ses associés (art. L. 227-9, al. 4, C. com.).

Aussi, par la solution adoptée, la Chambre commerciale s'est efforcée, au risque de s'écarter quelque peu de la lettre de l'article L. 227-3 du code de commerce, de respecter l'esprit du législateur de 1994 consistant à protéger le consentement des associés entrant dans une société par actions simplifiée, afin d'en préserver le fort *intuitus personae* : nul ne peut être contraint de se trouver associé à une société par actions simplifiées sans l'avoir décidé.

R. S.

5 - Agent commercial : l'article L. 134-6, alinéa 2, du code de commerce ne s'applique pas seulement lorsqu'une

exclusivité est accordée à l'agent commercial

Il résulte de l'article L. 134-6 du code de commerce que, lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a droit, sauf convention contraire, à commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe. - Com. 23 janv. 2007, pourvoi n° 05-10.264, FS-P+B+I+R (cassation) : D. 2007. AJ. 439, obs. Chevrier.

Selon l'article L. 134-6, alinéa 2, du code de commerce : « *lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe* ».

Cette disposition résulte de la transposition en droit interne de l'article 7, § 2, de la directive CEE du Conseil n° 86/653 du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, aux termes de laquelle : « *Pour une opération conclue pendant la durée du contrat d'agence, l'agent commercial a également droit à commission :*

- soit lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminées,

- soit lorsqu'il jouit d'un droit d'exclusivité pour un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminées,

et que l'opération a été conclue avec un client appartenant à ce secteur ou à ce groupe ».

Par un arrêt du 12 décembre 1996, la Cour de justice des Communautés européennes, répondant à une question préjudicielle, a précisé à l'égard de ce texte que lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique, l'agent commercial a droit à la commission afférente aux opérations conclues avec des clients appartenant à ce secteur, même si elles l'ont été sans son intervention (aff. C-104/95 *Kontorgeorgas*, Rec. CJCE, p. 6656).

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a repris ce principe dans un arrêt du 28 novembre 1998 (pourvoi n° 96-22.582). Par un autre arrêt du 5 octobre 2004 (pourvoi n° 02-17.231), la Chambre commerciale a sanctionné l'analyse d'une cour d'appel qui avait rejeté une demande d'indemnisation présentée par un agent commercial, alors que « *le mandant qui ne respecte pas la clause d'exclusivité dont bénéficie l'agent et qui ne lui verse pas les commissions pour toute opération conclue pendant la durée du contrat avec une personne appartenant au secteur exclusif dont il bénéficie, crée les circonstances qui lui rendent imputable la rupture du contrat à l'initiative de l'agent* ».

La Chambre commerciale devait ici se déterminer sur la question inédite de savoir si l'article L. 134-6, alinéa 2, du code de commerce s'applique seulement lorsqu'une exclusivité est accordée à l'agent commercial, ainsi que l'a affirmé la cour d'appel, ou si cette exclusivité, qui n'est pas énoncée par le texte, n'est pas nécessaire.

Jusqu'à présent, les décisions rendues par la Cour en application de l'article L. 134-6, alinéa 2, du code de commerce ne visaient que des situations dans lesquelles l'agent commercial bénéficiait d'une exclusivité. Mais ici, la Chambre commerciale va plus loin en jugeant qu'un agent commercial auquel a été confié un certain secteur géographique a droit à une commission, lorsque son mandant traite directement ou

par l'intermédiaire d'autres mandataires, avec un client situé sur le territoire confié à cet agent, alors même qu'aucune exclusivité ne lui est accordée.

La Chambre commerciale a, à l'évidence, relevé que l'article 7, 2, de la directive CEE du Conseil n° 86/653 du 18 décembre 1986 laissait le choix aux Etats membres entre, d'un côté, réserver le droit à commission au cas où l'agent commercial bénéficie d'une exclusivité, de l'autre, l'étendre aux cas où l'opération a été conclue avec un client situé sur une zone géographique ou appartenant à un groupe de personnes dont l'agent est chargé. Or, le législateur français, en adoptant l'article L. 134-6, alinéa 2, du code de commerce, qui ne fait aucune mention à l'existence d'une exclusivité, a délibérément opté pour l'option la plus large qui lui était proposée.

Si cette solution est conforme à la lettre et à l'esprit du texte, elle peut être rigoureuse pour les mandants qui choisissent de ne pas recourir à une représentation exclusive. Cette sévérité est néanmoins atténuée par le rappel que les dispositions de l'article L. 134-6 du code de commerce, dans la mesure où elles sont supplétives de la volonté des parties (Com. 5 oct. 2004, pourvoi n° 02-17.231 ; 1er oct. 2002, pourvoi n° 01-03.901), peuvent être écartées par convention contraire.

R. S.

6 - Obligations : constitue un terme, et non une condition, un événement incertain non seulement dans sa date mais aussi quant à sa réalisation

Viola l'article 1185 du code civil la cour d'appel qui relève qu'une dette constituée par une indemnité de résiliation était certaine au décès du de cujus, alors que l'existence de l'obligation au paiement de cette indemnité était subordonnée à la vente d'une propriété, événement incertain non seulement dans sa date mais aussi quant à sa réalisation, de sorte qu'il s'agissait d'une condition et non d'un terme. - Com. 20 mars 2007, pourvois n° 05-21.526 (cassation) et n° 06-14.259 (cassation), deux arrêts FS-P+B+I+R : D. 2007. AJ. 1013, obs. Delpech.

La question posée par le moyen était celle de savoir si une dette, objet d'un litige entre un redevable à l'impôt de solidarité sur la fortune et l'Administration, était assortie d'un terme suspensif ou d'une condition suspensive. De cette question dépendait la déductibilité de cette dette de l'actif successoral en application des dispositions de l'article 768 du code général des impôts.

Les deux arrêts rendus ont été l'occasion pour la Chambre commerciale, saisie d'un litige de droit fiscal, de clarifier une question de droit des obligations en affirmant sa nette préférence pour un critère de distinction objectif entre condition et terme.

Certes, il ressort des dispositions des articles 1168 et 1185 du code civil que ces deux modalités essentielles de l'obligation sont en apparence bien distinctes : le terme est une échéance, certaine dans son principe et, soit déterminée, soit déterminable ; la condition consiste pour les parties à un contrat de faire dépendre son existence d'un événement futur de réalisation incertaine. La condition se distingue ainsi du terme à un double titre (Malinvaud, *Droit des obligations*, Litec, 2005, n° 425). D'une part, le terme affecte seulement la durée du contrat en précisant son point de départ ou sa fin. Quelle que soit sa durée, le contrat existe. En revanche, la condition subordonne l'existence même du contrat : suivant que la condition se réalisera ou non, le contrat conclu existera ou sera censé n'avoir jamais existé. D'autre part, le terme est toujours une certitude parce qu'il s'agit d'une date précise ou d'un événement qui va se réaliser. En revanche, étant un événement futur de réalisation incertaine, la condition

prévue au contrat peut, soit se réaliser, soit défaillir.

Mais la jurisprudence a opté pendant un temps pour une définition subjective de ces deux notions, qualifiant de terme - à échéance incertaine - des événements dont la certitude n'existait que dans l'esprit des parties (Civ. 1re, 21 juill. 1965, Bull. civ. I, n° 496). Selon cette approche, l'incertitude du terme ne rendrait pas nécessairement conditionnelle l'obligation soumise à un événement futur, s'il résulte de la commune intention des parties, souverainement appréciée par le juge, que, pour celles-ci, l'obligation était certaine dans son principe. Comme le relève M. l'avocat général Sainte-Rose (concl. sur Civ. 1re, 13 juill. 2004, JCP G 2004. II. 10155), « *l'évolution jurisprudentielle s'est faite autour de la notion de certitude de l'événement. Délaissant une manière d'aborder le sujet purement objective, la Cour de cassation a adopté une conception subjective du terme, s'attachant à établir si l'événement érigé en modalité, quoique objectivement incertain dans son principe, était certain dans l'esprit des parties* ».

Toutefois, la conception objective présente l'avantage, comme le relève M. l'avocat général Main, « *d'être moins sujette à variation au gré des espèces* ». En effet, si le terme envisagé par les parties est constitué par un événement dont la réalisation même est incertaine, il s'agit d'une condition et non d'un terme. C'est dans cette direction que s'est engagée la première Chambre civile en affirmant que « *l'événement étant incertain non seulement dans sa date mais aussi quant à sa réalisation, il s'agissait d'une condition* » (13 avr. 1999, Bull. civ. I, n° 131 ; JCP 2000. II. 10309, note Barthez). Il résulte de cette jurisprudence que lorsque l'événement érigé par les contractants en modalité de leur obligation est indépendant de leur volonté, qu'il n'est pas en leur pouvoir d'influer sur sa réalisation, ni de la provoquer, ni de l'en empêcher, la qualification de terme doit être écartée au profit de celle de condition (Mazeaud, Defrénois 1999. 1002). Plus récemment, la première Chambre civile va affirmer que « *le terme est un événement futur et certain auquel est subordonné l'exigibilité ou l'extinction de l'obligation* » (13 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 204 ; D. 2005. Jur. 1009, note Bories ; JCP G 2004. II. 10155, concl. Sainte-Rose).

En définitive, comme le souligne Mme Anouk Bories, « *le retour à une conception strictement objective de la certitude du terme priverait donc désormais l'obligation soumise à une modalité potestative de tout sauvetage. L'interprétation souveraine des juges du fond ne viendra plus au secours d'une clause mal rédigée : en présence d'un aléa objectif, il n'y a plus lieu à ambiguïté. La clause autrefois soumise à interprétation devient claire et précise, privant le juge de la quête de l'intention des parties, critère désormais inopérant. La certitude objective constitue aujourd'hui un élément essentiel à la qualification de terme, que la volonté des parties ne peut suppléer. En déniant aux juges du fond leur pouvoir d'interprétation, la Cour de cassation restaure en la matière son pouvoir de contrôle de la dénaturation* ».

R. S.

7 - Sociétés : l'associé de la société civile et le droit au juge

Le droit effectif au juge implique que l'associé d'une société civile immobilière, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre du jugement ouvrant la liquidation judiciaire de la SCI. - Com. 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-14.816, FS-P+B+I+R (cassation).

V., *infra*, p. 1321, le commentaire signé Isabelle Orsini, conseiller référendaire à la Cour de cassation.

- 1 Canivet et Molfessis, La politique jurisprudentielle, n° 25, *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, La création du droit jurisprudentiel, Dalloz, 2007, p. 79.
- 2 Cornu, La jurisprudence aujourd'hui. Libre propos sur une institution controversée, RTD civ. 1992. 342.
- 3 Gobert, La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, RTD civ. 1992. 344.
- 4 Tricot, L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui », RTD civ. 1993. 87.

- Fin du document -