

**FNDP**

Fédération  
Nationale  
Droit du  
Patrimoine

# La Lettre de la FNDP

Numéro 22 - Décembre 2021

Numéro 22



## Édito

Et voici que 2021 s'achève sur une note qui, en apparence, est de même tonalité que celle qui a résonné tout au long de l'année précédente. Faut-il donc désespérer de tout ? Entre les variants qui imposent leur mutation à une société fragilisée et le climat qui sort de l'ordinaire, il y a pour l'honnête citoyen des raisons de s'abandonner à la mélancolie.

Mais celle-ci n'est pas bonne conseillère. C'est un état d'esprit qui aveugle et travesti la réalité. Car à prendre un peu de recul tout ne va pas si mal. La catastrophe économique que certains redoutaient n'a pas eu lieu et des actions fortes sont prises en matière climatique, en particulier par l'Union Européenne. Plus important encore, des changements profonds s'opèrent sous nos yeux, dans la société, qui la transforme sans bruit mais irrévocablement : chaque jour nous constatons plus de déplacements par des modes de transports, alliant élégance et efficacité, plus de télétravail également, en général plus de sobriété dans les comportements.

C'est la nuit qu'il est beau de croire à la lumière et j'en suis certain la première s'achève et laisse entrevoir à l'horizon une nouvelle clarté

## Sommaire

Assurance-Vie	4
Droit fiscal patrimonial	5
Personnes vulnérables	6
Obligations professionnelles	7
Droit de sociétés	8
Protection et responsabilités patrimoniales de l'entrepreneur	11
Droit des biens	14



Michel LEROY

## Rédaction

### Rédacteurs en chef :

**Michel Leroy**, Maître de conférences HDR et Directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine et directeur de la Formation à Distance (FOAD) - Université de Toulouse.

**Nicolas Esplan**, Docteur en droit, Directeur Juriscampus, Co-Directeur du Master 2 Ingénierie du patrimoine - Université de Toulouse.

### Auteurs :

**Jean-François Desbuquois**,  
Avocat Associé Fidal.

**Éric Fongaro**, Professeur des universités, Université de Bordeaux et Co-Directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine - Université de Bordeaux,

**Nadège Jullian** - Professeur de droit privé - Université de Toulouse.

**Nicolas Kilgus**, Professeur des universités agrégé des facultés de droit à l'Université de Strasbourg, Co-Directeur du Master 2 Ingénierie Juridique et Fiscale du patrimoine - Université de Strasbourg

**Céline Kuhn**, Maître de conférences HDR - Co-Directrice du Master 2 Droit du patrimoine - Université de la Réunion.

**Sandie Lacroix-De Sousa** - Maître de conférences HDR - Directrice du Master 2 Droit et Ingénierie du Patrimoine - Université d'Orléans

**Cécile Lisanti**, Professeur des universités - Directrice du Master 2 Droit et fiscalité du patrimoine - Université de Montpellier. Présidente du Comité juridique de la FNDP

**Benjamin Mathieu** - Maître de conférences - Directeur du Master 2 Droit et Ingénierie du Patrimoine - Université d'Orléans

**Renaud Mortier**, Professeur des universités agrégé de droit privé, Co-Président de la FNDP, Directeur du Centre de Droit des Affaires

(CDA) et Directeur du Master II Ingénierie Sociétaire et Patrimoniale (ISP) - Université de Rennes

**Estelle Naudin**, Professeur des universités agrégé de droit privé - Co-Directrice du Master 2 Ingénierie Juridique et Fiscale du patrimoine à - Université de Strasbourg.

**Jean-Marie Plazy**, Professeur des universités agrégé de droit privé - Co-Directeur du Master 2 Droit et gestion du patrimoine - Université de Bordeaux

**Jean Prieur**, Professeur émérite des Universités, Président d'honneur de la FNDP.

**Sophie Schiller**, Professeur des universités agrégé des facultés de droit - Directrice du M2 223 - Université Paris Dauphine. Co-Présidente de la FNDP.

**Anne-Françoise Zattara**, Maître de conférences-Co-Directrice du Master 2 Droit du patrimoine - Vice-Présidente de l'Université de la Réunion.

## Demande de paiement de la garantie décès et prescription de droit commun

**Cass. 2e civ., 16 sept. 2021, no 20-10013 , F-B**

Il est toujours difficile pour celui qui, désigné un temps en qualité de bénéficiaire connaissait sa bonne fortune, découvre lors du décès de l'assuré, que sa bonne étoile a pali. C'est ce qui arriva au conjoint d'un souscripteur, qui eut la mauvaise surprise, au décès de son époux, de constater le rejet de sa demande de règlement de la garantie, en raison d'un avenant rédigé quinze ans après la désignation initiale et attribuant la garantie aux enfants de l'assuré. Pour le conjoint déconfit, cet avenant n'était qu'un faux. Il assigna par conséquent les enfants et la banque par l'intermédiaire de laquelle le contrat avait été souscrit afin d'obtenir le paiement de la garantie décès.

Sa demande fut rejetée en 1ère instance pour cause de prescription. Décision confirmée en appel, au motif l'époux a pu avoir connaissance de l'existence de l'avenant à compter du 26 mars 2008, date constituant par conséquent le point de départ de la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil. Or, la demanderesse n'avait assigné la banque qu'après l'expiration du délai de prescription.

La motivation était curieuse puisqu'aux termes de l'article L. 114-1 du Code des assurances, les actions dérivant d'un contrat d'assurance sont soumises à une courte prescription de deux ans, laquelle est allongée à 10 ans pour les contrats d'assurance-vie, lorsque le bénéficiaire est une personne distincte du souscripteur

La demande du conjoint ne pouvait donc pas être, valablement, rejetée pour cause de prescription.

C'est donc à juste titre que la Cour de cassation censura l'arrêt d'appel : « En statuant ainsi, alors que par son action, Mme [T] revendiquait la qualité de bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie dont le bénéficiaire n'était pas le souscripteur et sollicitait la condamnation de la banque et de l'assureur au paiement de sommes en exécution de ce contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».



Michel Leroy

## L'apport-réduction de capital assimilé à un apport-cession au regard de l'abus de droit

Pour le Conseil d'Etat (CE, 5 novembre 2021, n° 437996), l'apport par un contribuable de titres lui appartenant au profit d'une autre société qu'il contrôle, en sursis d'imposition des plus-values, est, au même titre que l'apport-cession, constitutif d'un abus de droit s'il est suivi rapidement du rachat de ses titres par la société émettrice, et que liquidités retirées du rachat ne sont pas réinvesties à bref délai par la société bénéficiaire de l'apport dans une activité économique.

Mr X avait apporté les titres d'une société X au profit des sociétés A et B, qu'il contrôlait, respectivement à hauteur de 1276 parts et de 1784 parts ; ces apports étant placés sous le régime du sursis d'imposition de l'article 150-0 B du CGI. Quelques jours plus tard, la société X procédait au rachat de ses propres titres auprès de la société A pour un montant de 800.052 €, et auprès de la société B pour 1.118.568 €. La société A acquérait ensuite un fonds de commerce, tandis que la société B investissait les sommes reçues lors de la réduction de capital dans une maison à usage d'habitation et des immeubles de rapport.

L'administration fiscale estimant que l'opération d'apport-réduction de capital au profit de la société B avait eu pour unique but de permettre à Mr X de bénéficier du sursis d'imposition, tout en conservant indirectement les liquidités, avait remis en cause cette partie de l'opération au titre de l'abus de droit.

Le conseil d'Etat confirme que l'apport de titres de la société X au profit de la société B, suivi de leur rachat par la société X, est constitutif d'un abus de droit, dès lors que la société B n'avait pas réinvesti à bref délai les liquidités en provenant dans une activité économique. L'analyse est donc similaire à celle applicable à un apport-cession.

Il précise également que lorsque, comme en l'espèce, le redevable apporte des titres à plusieurs sociétés, l'objectif de chaque apport doit être apprécié distinctement.



Jean-François Desbuquois

## L'assurance-vie, encore et encore ...

L'assurance-vie et les majeurs protégés est un thème désormais classique pour la Cour de cassation. L'affaire (Cass. civ. 1ère, 17 nov. 2021, n°20-12-711) n'est pas sans rappeler une précédente décision en date du 27 janvier 2021 (n°19-22.508). En l'espèce, une personne avait souscrit deux contrats d'assurance sur la vie et avait désigné comme bénéficiaire son fils et sa fille, prévoyant qu'en cas de prédécès de l'un d'eux, le survivant serait bénéficiaire des deux contrats. La fille de la souscriptrice décède en 2011, laissant pour lui succéder deux filles. Ultérieurement, la souscriptrice est placée sous tutelle et l'une de ses petites-filles est nommée tutrice. Par ordonnance du juge des tutelles, elle est autorisée à modifier la clause bénéficiaire au profit des « héritiers selon la dévolution légale ». Après le décès de la protégée souscriptrice, survenu en 2017, son fils fait appel de l'ordonnance du juge des tutelles, le 15 janvier 2018. La cour d'appel ayant déclaré l'appel recevable, les deux filles de la prédécédée se pourvoient en cassation et obtiennent satisfaction.

Pour rendre sa décision, la Cour de cassation vise trois textes essentiels :

- l'article 1230 du C. p. c. aux termes duquel la décision du juge est notifiée au requérant, à la personne chargée de la protection ainsi qu'à tous ceux dont elle modifie les droits et les obligations résultant de la mesure de protection ;
- l'article 1239 du C. p. civ. qui permet au fils, qui fait partie des personnes visées par l'article 430 du Code civil, d'interjeter appel de la décision du juge des tutelles ;
- l'article 132-9 du C. ass. qui dispose que seule l'acceptation du bénéficiaire du contrat d'assurance sur la vie par le bénéficiaire, avant sous dénouement, a pour effet de rendre irrévocable ladite désignation.

La conclusion est alors inéluctable : en l'absence d'acceptation par le fils des contrats d'assurance sur la vie, il n'avait aucun droit acquis au capital et l'ordonnance autorisant le changement de bénéficiaire n'avait pas à lui être notifiée.

Si la solution retenue n'emporte, sur le fond du droit, aucune surprise, elle n'en appelle pas moins plusieurs remarques.

D'abord, la décision du juge interroge. On insiste, ici et ailleurs, sur le nécessaire respect de la volonté du majeur et sur la neutralité du juge des tutelles à ne pas interférer dans ce qu'a voulu le majeur protégé avant la mise en place de la mesure de protection (cf. dernière lettre de la FNDP). En l'espèce, le juge des tutelles remet purement et simplement en cause ce qu'avait décidé la majeure. Il faut espérer qu'il ait pu recueillir les souhaits de la majeure ou, à tout le moins, que sa décision soit spécialement motivée.

Ensuite, force est de constater, en l'espèce, l'existence d'une opposition d'intérêts qui ne pouvait qu'interroger.

Enfin, et plus largement, on ne peut que déplorer un droit des

assurances qui ne connaît que des régimes traditionnels de tutelle et de curatelle et ignore tant l'habilitation familiale que le mandat de protection future. Quant à l'annulation de l'acceptation du bénéficiaire, visée par l'article L 132-4, al. 4 elle ne concerne que des contrats conclus dans les deux ans de la publicité de l'ouverture du régime de tutelle ou de curatelle. Il serait peut-être temps que le délai de deux ans ne concerne que l'acceptation ...

Une fois n'est pas coutume, une décision sur le mandat de protection future ...

On renverra à un arrêt intéressant de la Cour de Paris (CA Paris, 8 sept. 2021, n°20/12766) relevé et commenté par I. Maria (Dt. fam. 2021, comm.162) relativement à la révocation d'un mandat de protection future. En l'espèce, les très mauvaises relations entre la mandataire –concubine du majeur- et les enfants du majeur ont conduit la juridiction à révoquer le mandat et à ouvrir une mesure de tutelle, la concubine étant nommée cotutrice à la personne. L'arrêt est intéressant puisqu'il donne au juge des tutelles la marche à suivre : faire prévaloir le principe de subsidiarité tant qu'il permet de protéger les intérêts du majeur ; procéder à un débat contradictoire et à l'audition du majeur avant toute révocation ; motiver très précisément les causes de la révocation ; respecter le choix du majeur en nommant le mandataire -qui par ailleurs n'aurait pas démerité- à la protection de la personne.



Jean Marie Plazy

## Un devoir de vigilance accrue face à la réorientation publicitaire vers la promotion des unités de compte en assurance-vie et vers la finance durable

Dans le cadre de la veille en matière de vérification des communications publicitaires, réalisé par les régulateurs, l'AMF et l'ACPR veillent tout particulièrement à la clarté et à l'équilibre des communications, qui sont essentiels à la fourniture d'une information loyale au client et ce quel que soit les modes de diffusions (la presse, médias digitaux, courriers électroniques, bannières, sites internet et réseaux sociaux).

Force est de constater tout d'abord l'accroissement des incitations à la diversification en faveur des unités de compte dans le domaine de l'assurance vie. La vigilance s'inscrit ici en particulier dans le contexte de réorientation des politiques commerciales en faveur des unités de compte. Avec la persistance de taux bas, cette incitation toujours plus forte à la diversification est favorisée notamment par l'apparition de nouveaux produits composés intégralement d'unités de compte et par la persistance d'offres promotionnelles dont le bénéfice est soumis à une condition d'investissement en unités de compte. L'ACPR a ainsi constaté que 90 % des offres de primes financières étaient soumises à une telle condition en cette période de COVID-19, tandis que la part des offres de réduction ou de gratuité temporaire des frais impliquant de tels versements est passée de 60 % à plus de 90 %. Par conséquent, il est indispensable de rester attentif à ce que les communications publicitaires ne soient pas de nature à induire les clients en erreur : les risques inhérents aux supports doivent être présentés de manière équilibrée. La grande tendance actuelle concerne évidemment la progression significative des communications en faveur de la finance durable. Ainsi est apparue une augmentation des publicités mettant en avant des arguments liés à la finance durable, elle fait écho aux préoccupations croissantes des épargnants en la matière. Dans le domaine de l'assurance vie, les communications utilisent souvent des arguments généraux et comportent des visuels évocateurs d'une prise en compte des problématiques de finance durable. Les régulateurs tâchent donc de suivre les pratiques dans ce domaine et d'identifier, le cas échéant, les risques de « verdissement de façade » (greenwashing). La clarté et la proportionnalité des arguments sont des principes essentiels à mettre en œuvre afin de respecter l'obligation d'une publicité claire, exacte et non trompeuse, y compris dans le domaine de la finance durable.

Si le nombre de fonds labélisés ISR n'était que de 58 en 2016, il a été plus que quintuplé depuis.

Il convient ici de rappeler le règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, ainsi que le règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables.

Cela a permis l'émergence d'un nouveau groupe de travail commun sur la finance durable, en effet l'urgence climatique et l'émergence d'une finance durable constituent des enjeux clés pour les marchés financiers, la stabilité financière et la protection des épargnants. Le Plan d'action pour la finance durable de la Commission européenne, publié au printemps 2018, s'est traduit par des modifications significatives du cadre réglementaire et a créé de nouvelles incitations pour faciliter la réorientation des flux de capitaux vers des activités économiques plus durables. Dans le même temps, l'appétence des investisseurs pour les placements verts ou durables ne fait que croître, comme le traduisent notamment la montée des encours de placements bénéficiant d'un label et l'intensification du discours commercial des acteurs des services

Les superviseurs ont un rôle important à jouer pour accompagner et encourager ce développement, en veillant à préserver les conditions de la confiance dans l'industrie financière, en favorisant la transparence des acteurs et en prévenant les risques de « verdissement de façade » (greenwashing). Ils doivent aussi accompagner la mise en œuvre du nouveau cadre réglementaire adopté au niveau européen (règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, règlement sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables, modifications des règles sur la prise en compte des préférences des clients, etc.).

Ces modifications touchent l'ensemble des acteurs des services financiers et rendent nécessaire une coopération étroite entre l'AMF et l'ACPR. À ce titre, ces dernières développeront les axes de coopération suivants : Partager au sujet de la mise en œuvre des textes européens et de leur interprétation ; Partager l'expertise sur l'appréciation des communications mettant en avant des caractéristiques vertes, durables ou responsables des acteurs des services financiers en lien avec leurs produits financiers (communications commerciales) ou leur communication générale (ou pour le suivi des engagements des acteurs) ; Examiner les possibilités de construire une approche commune d'appréciation des pratiques de communication et de commercialisation des produits financiers, autant que les spécificités sectorielles le permettent.

Enfin il est à noter la poursuite de l'intégration de nouvelles mesures d'interdiction de commercialisation. En complément des interdictions de publicité en vigueur en France, l'AMF a pris le relais des mesures temporaires de l'Autorité européenne des marchés financiers (European Securities and Markets Authority – ESMA) et a intégré en droit national, les interdictions de commercialisation des options binaires et les restrictions de commercialisation des CFD (Contracts for difference : instruments financiers spéculatifs pariant sur des variations à la hausse ou à la baisse d'un « actif sous-jacent », comme un indice ou une action, non détenu par l'investisseur), destinées à protéger davantage les investisseurs particuliers. Les établissements doivent afficher un avertissement sur leurs publicités en faveur de CFD indiquant la part d'investisseurs particuliers ayant souscrit ces produits et perdu de l'argent durant l'année écoulée. On constate que 98 % des publicités détectées en faveur de ces produits étaient autorisées. Néanmoins les rares publicités non conformes détectées ont été diffusées par des établissements opérant essentiellement en libre prestation de services. Elles ont fait l'objet de signalements aux autorités concernées ce qui a permis de mettre fin aux manquements constatés. Ces signalements ont abouti au retrait de ces publicités ou aux modifications nécessaires afin qu'elles comportent les mises en garde adéquates pour le public français. Ainsi, les régulateurs observent ici une baisse du nombre de publicités interdites, témoignant d'une compréhension générale des mesures de restriction de la part de l'ensemble des établissements.



Nicolas Esplan

## SAS - Directeur général - Révocation abusive (non) - Absence à l'entretien (oui) - Mise en mesure de présenter ses observations (oui).

Les statuts d'une société par actions simplifiée (SAS) créée en France par une société de droit brésilien donnaient à son président le pouvoir de révoquer le directeur général dans un document valant procès-verbal et ce sans motifs ni dommages-intérêts. Après un premier entretien tenu au Brésil d'un commun accord entre le président et le directeur général (Mme M.) le 27 décembre 2017, ce dernier fut convoqué à un second entretien tenu en France le 16 janvier 2018, auquel il ne se présenta pas. Sa révocation lui ayant été notifiée le lendemain, il réclama à la SAS des dommages-intérêts, arguant de sa révocation abusive pour avoir été, selon lui, faite brutalement, dans des circonstances injurieuses et vexatoires, prétendument lors de l'entretien tenu au Brésil et non lors de celui organisé en France, présenté par lui comme un simulacre de révocation destiné à régulariser la situation.

La cour d'appel de Paris rejette sa demande, jugeant d'abord non apportée la preuve de la révocation dès le premier entretien, et ensuite ni brutale, ni soudaine, ni empreinte de déloyauté la révocation intervenue en janvier 2018. À cette fin, les magistrats parisiens soulignent que le directeur général avait été informé dès décembre 2017, notamment au cours de l'entretien au Brésil, des griefs formulés à son encontre, puis régulièrement convoqué à l'entretien de janvier 2018. Le délai de cinq jours entre la date de sa convocation et celle de l'entretien lui avait laissé le temps de présenter ses observations et la société n'avait pas à reporter l'entretien du fait de son absence, « alors que l'accusé de réception de la lettre de convocation ne lui permettait pas de douter de [sa] connaissance » de la convocation. Enfin, la révocation n'a pas revêtu un caractère injurieux ou vexatoire, les employés de la SAS en ayant été informés par un e-mail soulignant l'engagement et le dévouement du directeur général et le remerciant pour sa contribution et pour les résultats atteints.

### A NOTER :

Dans le silence de la loi, les statuts de SAS fixent librement les conditions de révocation des dirigeants. En l'espèce, les statuts écartaient le principe de l'indemnisation du dirigeant, de sorte que pour obtenir une telle indemnité, il lui incombait de démontrer avoir été révoqué abusivement. Selon une jurisprudence constante, la révocation abusive est celle faite en des circonstances portant atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant, ou décidée brutalement, sans respecter l'obligation de loyauté dans l'exercice du droit de révocation. L'élément le plus notable de la présente affaire concerne l'obligation de loyauté, dont on rappellera qu'elle implique que le dirigeant, même révocable à tout moment, ait eu communication des motifs de sa révocation avant qu'elle ne soit décidée, et ait été mis en mesure de présenter ses observations. Sur ce tout dernier point, la cour d'appel affirme que mettre en mesure le dirigeant de présenter ses observations n'impose pas sa présence à l'entretien au cours duquel est décidée sa révocation, ainsi qu'avait déjà pu le décider tant la Cour de cassation (Cass. com., 15 mai 2007, no 05-19.464, FS-PB) que la cour d'appel de Paris elle-même (CA Paris 30 oct. 2007, no 06/14260 ; CA Paris 17 sept. 2013, no 12/11615). La solution est de bon sens car en décider autrement autoriserait tout dirigeant à obtenir indemnisation de sa révocation en se rendant volontairement absent.

CA Paris 7 sept. 2021 no 19/18733, M. c/ Sasu Granado France



Renaud Mortier

## Application de la garantie d'actif et de passif malgré la connaissance d'irrégularités de l'audit par le cessionnaire

Cass. com. 12 mai 2021, n°19-14059, F-D

*Le fait qu'un audit préalable à une cession d'actions alerte le cessionnaire sur des imprécisions comptables n'exclut pas la mise en œuvre de la convention de garantie d'actif et de passif. Au-delà de la connaissance par le cessionnaire de ces anomalies, la Cour d'appel aurait dû s'attacher à sa connaissance de la nature exacte et de l'ampleur de ces irrégularités.*

Les garanties légales de la vente s'appliquent avec difficulté aux cessions de droits sociaux (CA Aix-en-Provence, 27 février 2020, n°17/09825, BMIS 2020, n°6, p. 26, J.-M. Moulin). C'est en réalité au prix d'une tolérance jurisprudentielle faisant fi de l'écran de la personnalité morale que les juges acceptent l'application de la garantie des vices cachés et de la garantie d'éviction aux cessions de parts sociales (Cass. com. 23 janvier 1990, Rev. sociétés 1990, p. 290, note Y. Guyon). C'est pourquoi, les garanties conventionnelles se sont largement répandues en pratique, à tel point qu'elles sont aujourd'hui quasi-systématiques dans ce type d'opération. Une grande variété de clauses, appelées de manière générique « garantie d'actif et de passif » et abrégées sous l'acronyme « GAP », se sont ainsi développées. Pour une meilleure lisibilité, la doctrine essaie de les catégoriser en les regroupant en « garantie de valeur » ou « garantie de reconstitution », profitant dans le premier cas au seul cessionnaire et dans le second, à la société cible elle-même (B. Dondero « Les relations entre les garanties contractuelles et les garanties légales pesant sur le cédant de droits sociaux », GP 21 décembre 2012, n°256, p. 12). Mais en réalité, ces garanties imaginées par les praticiens pour les besoins d'une cession particulière demeurent profondément plurielles tant leur régime dépend de leur rédaction. Visant principalement à prémunir le cessionnaire contre les conséquences financières de la révélation d'un passif non déclaré ou de la diminution de la valeur d'un actif, elles ont ce point commun de prendre appui sur les documents comptables élaborés par des experts du chiffre. La présente décision revient sur la question de l'application de ces garanties conventionnelles lorsque les rapports comptables sur lesquels elles s'appuient comportent des irrégularités.

En l'espèce, la société Iti cède à la société Frégate la totalité des actions qu'elle détient dans la société Efitam pour un prix payable en partie le jour de l'acte et le solde en trois annuités, par billets à ordre. L'acte de cession est assorti d'une convention de garantie d'actif et de passif. Les billets à ordre n'ayant pas été honorés, la société Iti assigne, plus d'un an après la cession, la société Frégate en paiement. Celle-ci demande, à titre reconventionnel, la mise en œuvre de la garantie d'actif et de passif en invoquant des erreurs commises dans la valorisation des stocks. Les juges du fond, en première instance comme en appel (CA Grenoble, 15 novembre 2018, rectifié le 17 janvier 2019) rejettent sa demande en refusant la mise en œuvre de la convention de garantie d'actif et de passif. La société Frégate se pourvoit alors en cassation en s'appuyant sur un moyen unique articulé en cinq branches. Pour revendiquer l'application de la garantie conventionnelle, elle invoque les travaux de l'ancien et du nouveau commissaire aux comptes de la société cédée ainsi que sur le rapport d'un expert judiciaire. Mais précisément, les juges du fond rejettent cette demande au motif que les travaux de l'expert judiciaire, fondés sur des éléments comptables parcellaires, l'ont conduit, non pas à présenter des conclusions étayées, mais à émettre des hypothèses, à formuler de simples interrogations et déductions, et qu'ils privent ainsi son avis de toute efficacité. Pour rejeter la mise

en œuvre de la garantie d'actif et de passif, les juges du fond considèrent encore que les méthodes comptables retenues pour établir les comptes de référence n'étaient pas bonnes et qu'il en résultait une très significative révision à la baisse de la valorisation des stocks et des encours. Dès lors, est-il possible de refuser l'application de la convention de garantie d'actif et de passif au seul motif que l'audit préalable à la cession comportait des imprécisions et que le cessionnaire en avait été informé ? La réponse de la chambre commerciale est négative. Au visa de l'article 1134 alinéa 1er du Code civil, dans sa version applicable avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la Cour casse l'arrêt d'appel et retient qu'« en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'examen des comptes de la société cédée et l'audit que la société cessionnaire avait fait pratiquer avaient été suffisants pour porter à la connaissance de celle-ci, au moment de la cession, la nature exacte et l'ampleur des irrégularités constatées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

La chambre commerciale considère qu'en rejetant de la sorte la mise en jeu de la garantie d'actif et de passif, les juges du fond ont « dénaturé les termes clairs et précis » de la convention qui leur était soumise (sur l'appréciation des caractères clairs et précis, v. Cass. civ. 3ème, 17 sept. 2020, n°19-18435). Le motif de censure, particulièrement sévère, vient sanctionner la mauvaise interprétation de la convention par les juges du fond. En l'espèce, si l'ancien commissaire aux comptes de la société cédée avait opté pour une certification pure et simple des comptes, son successeur, nouvellement désigné, émettait des réserves expresses sur les corrections apportées par rapport à la situation comptable antérieure, tout en reconnaissant une inexactitude de la valeur des stocks et encours. Mais cette divergence d'appréciation ne suffit pas à faire échec à la mise en œuvre de la garantie d'actif et de passif. Non seulement, les experts reconnaissent, tous deux, l'existence d'une situation comptable erronée mais le cessionnaire n'avait aucune précision sur l'origine et le montant de ces irrégularités. En d'autres termes, la Cour de cassation entend ici protéger le cessionnaire diligent qui, de lui-même, a cherché à se renseigner sur la valorisation des actifs en faisant procéder à des audits sans se limiter aux informations délivrées par le cédant. Cette solution rappelle le soin à apporter à la rédaction de la garantie d'actif et de passif et surtout l'importance pour les parties d'exclure expressément du champ de la garantie tous les éléments dont le bénéficiaire aurait eu connaissance au jour de la conclusion de la cession. En tout état de cause, pour faire échec à l'application de la garantie conventionnelle, il est indispensable de rapporter la preuve du défaut de sincérité des comptes (article L. 123-14 du Code de commerce).



Sandie Lacroix-De Sousa

## De la qualification de dirigeant de fait à l'interdiction de gérer : les conséquences multiples pour l'associé qui a un rôle de décideur

Cass.com., 2 juin 2021, n° 20-13.735, M. P, Mme C c/ Proc. gén. C.A. Paris, MJA SELAFA ; Rejet C.A. Paris, 7 janv. 2020; M. Ré-mery, prés. ; SARL Cabinet Briard, av.

Mots clé : Dirigeant de fait ; Décideur ; Interdiction de gérer.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu le 2 juin 2021 un arrêt digne d'attention en matière de direction de fait. En l'espèce, une société avait été mise en liquidation judiciaire. Dans le cadre de cette procédure, le procureur de la République avait requis que soit prononcée une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer à l'encontre de la dirigeante de droit de la société et l'un des associés de celle-ci. En première instance et appel, les juges du fond ont prononcé l'interdiction de gérer à l'encontre de ces derniers, pour la première en sa qualité de dirigeante de droit et pour le second en sa qualité de dirigeant de fait. Ce dernier a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel pour manque de base légale. S'appuyant sur l'article L. 653-1 du code de commerce dans sa rédaction applicable en la cause, ensemble les articles L. 653-5, 5° et L. 653-5, 6° du même code, il a argué de ce qu'il n'avait pas accompli d'acte positif de gestion et de direction engageant la société en toute liberté et en toute indépendance, et ce de façon continue et régulière. La Chambre commerciale s'abrite derrière l'arrêt d'appel pour rejeter le pourvoi. Constatant que l'associé avait eu un rôle de décideur, elle conclut à la qualification de dirigeant de fait.

L'on sait que la notion de dirigeant de fait n'est pas définie par la loi. La doctrine qualifie ainsi de dirigeant de fait celui qui en toute souveraineté et indépendance exerce une activité positive de gestion et de direction. Inspirée par cette définition, la jurisprudence retient trois critères pour que la qualification opère : l'exercice d'une activité de direction ou de gestion, l'exercice d'une telle activité en toute indépendance et liberté, l'exercice d'une telle activité de façon continue et régulière.

Dans l'arrêt présent, deux éléments semblent être déterminants de la qualification : l'absence de subordination de l'associé à la dirigeante de droit et le fait pour celui-ci de se présenter aux yeux des tiers comme dirigeant, que l'on retrouve derrière une liste d'indices qui sont la consultation de l'associé par la gérante de droit sur toutes les décisions importantes, les consignes données pour effectuer des virements, les interventions auprès des salariés et prestataires extérieurs le faisant apparaître comme un décideur. Ainsi, les critères retenus par la Haute Cour pour procéder à la qualification de dirigeant de fait ne sont pas formellement ceux traditionnellement utilisés. C'est le premier enseignement qu'il faut tirer de l'arrêt présent.

Le second, c'est que l'associé qui a eu un rôle de décideur s'expose à de lourdes conséquences en cas de procédure collective ouverte contre la société dont il est dirigeant de fait. Comme le dirigeant

de droit, le dirigeant de fait peut, en cas de liquidation judiciaire, engager sa responsabilité en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, être soumis à des sanctions pénales comme celle de banqueroute ou être sanctionné par une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer. Le présent arrêt en fournit une dernière illustration. L'associé, sans mandat social qui a participé activement à la prise de décisions importantes à la vie d'une société, a été déclaré par les juges de cassation interdit de gérer. Ce faisant, la Chambre commerciale de la Haute Cour rappelle l'application large de l'article L. 653-8 du code de commerce et attire l'attention sur les risques encourus plus largement par le dirigeant qui ne serait pas régulièrement investi de pouvoirs de fait en pareille situation.



Anne-Françoise ZATTARA

- 1-Rives-Lange, La notion de dirigeant de fait, D. 1975, Chr., 41 ; D. TRICOT, Les critères de la gestion de fait, Dr. et patr., 1/1996, 24.
- 2-Com., 12 juill. 2005, n° 03-14.045, D. 2005, AJ 2071, obs. A. Lienhard.
- 3-Com., 25 janv. 1994, n° 91-20.007, inédit.
- 4-C. com., art. L. 651-1 et s.

## Projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante

Après une annonce du Président Macron, le Ministère de l'économie a rendu public en septembre 2021 le « Plan indépendants » et un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante a été déposé au Sénat le 29 septembre. L'examen parlementaire de ce projet est supposé s'achever à la fin de l'année 2021. A ce jour, après un certain nombre d'amendements, le texte a été adopté en première lecture par le Sénat et transmis à l'Assemblée nationale.

Différentes mesures sont envisagées dans le projet de loi : la transmission universelle du patrimoine de l'entrepreneur individuel, l'option possible de l'entrepreneur individuel à l'IS, et surtout la création d'un statut unique et protecteur pour l'entrepreneur individuel qui en constitue la mesure phare. L'idée est ici, d'organiser une insaisissabilité automatique du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel. C'est en quelque sorte, une forme de « généralisation » de l'EIRL qui en résulterait. Plus concrètement, le projet de loi prévoit de scinder le patrimoine de l'entrepreneur en deux : d'une part, le patrimoine professionnel, d'autre part le patrimoine personnel. Par principe, les créanciers professionnels ne pourraient donc appréhender que les actifs professionnels et dans un même temps, les créanciers personnels ne pourraient exercer leurs droits que sur les actifs personnels.

Le texte parachèvera une évolution déjà très largement amorcée vers une protection du patrimoine privé de l'entrepreneur individuel. L'entrepreneur aura désormais deux patrimoines : l'un pour son activité professionnelle, l'autre pour la sphère privée. Dans la version votée par le Sénat, il ne serait, en revanche, pas permis de diviser le patrimoine professionnel en plusieurs sous-patrimoines professionnels. Ainsi, tant l'EIRL que la DNI deviendront inutiles car par l'effet de la loi, les actifs non professionnels resteront en dehors du droit de gage des créanciers professionnels. La simplification qui en résultera pour l'entrepreneur, conséquence de l'automatisme de la protection, contribuera à son efficacité.

Toutefois, l'on comprend que les impératifs du crédit imposent quelques atténuations à la séparation des patrimoines. L'on peut en effet penser que les banques sollicitent des garanties autres que le patrimoine professionnel. L'une des questions essentielles faisant débat est donc la question de la renonciation à la séparation des patrimoines et de la constitution de sûretés sur le patrimoine privé. En l'état actuel des discussions, renonciation et constitution de sûretés seront possibles, et ce principe ne sera pas remis en cause. Il reste toutefois à savoir dans quelles conditions et c'est précisément ce qui semble au cœur du débat au Parlement. Au-delà du droit de gage des créanciers professionnels, cette question suscite en effet des difficultés d'articulation avec les mécanismes existants (en particulier l'insaisissabilité de la résidence principale) et interroge sur les pouvoirs de l'entrepreneur, notamment au regard des régimes matrimoniaux. Autant de questions qui ne semblent pas pour l'heure clairement réglées en l'état actuel du projet.



Cécile LISANTI

## Vers une nouvelle cession de patrimoine à titre universel ?

Un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante a été déposé devant le Sénat le 29 septembre dernier. Ce projet ambitionne de créer un système de patrimoine professionnel pour l'entrepreneur individuel, patrimoine créé automatiquement et non par une déclaration d'affectation comme l'était le patrimoine EIRL, issu de la loi du 15 juin 2010. Ce mode d'exercice de l'activité individuelle devrait d'ailleurs devenir le mode d'exploitation automatique de l'entreprise individuelle non sociétaire si le texte est adopté.

Pour celui qui s'intéresse à l'entreprise individuelle, ce projet est surprenant. En effet, le législateur français a multiplié ces dernières années les mesures en faveur du maintien du statut de l'EIRL, par l'intervention de la loi Sapin 2 d'abord, puis par la loi Pacte, et cela alors même que la doctrine critique ce dispositif et que très peu d'entrepreneurs ont choisi cette forme. Pourquoi abandonnerait-il finalement ce dispositif ? Le législateur, conscient de l'imperfection du dispositif de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, mais persuadé des vertus de l'autonomie patrimoniale, aurait-il réfléchi et choisirait-il de faire table rase afin de construire un nouveau régime de l'entreprise individuelle à patrimoine spécifique répondant aux critiques et aux besoins de l'entrepreneur individuel ? Tel ne semble pas être le cas, car ce texte préfigure une réforme qui présentera dans ses grandes lignes les mêmes fragilités, les mêmes défauts, que le dispositif précédent.

Obnubilé par son objectif de protection de l'entrepreneur individuel et sa famille, le législateur oublie une fois encore que le droit de l'entreprise individuelle ne peut être construit dans une totale ignorance du droit civil, et tout particulièrement du droit des biens et du droit patrimonial de la famille. La précipitation et le manque de soin apporté au texte à ce jour sont ainsi regrettables et il faut espérer que le texte soit amélioré lors de son examen par l'Assemblée nationale.

S'agissant plus particulièrement du transfert entre vifs de ce patrimoine, le texte adopté en première lecture au Sénat prévoit l'introduction d'une sous-section 2 « du transfert universel du patrimoine professionnel » comportant 5 articles. Un premier article présente le transfert universel du patrimoine et ses effets. Un 2ème détaille le projet de transfert universel de patrimoine, les mesures de publicité et le droit d'opposition offert aux cocontractants et créanciers de l'entrepreneur. Un 3ème article envisage les hypothèses où l'entrepreneur individuel reste solidairement tenu à l'égard de ses créanciers. Puis, les derniers articles apportent des précisions quant aux règles applicables au transfert des éléments contenus et quant aux hypothèses où il ne sera pas possible de recourir à cette transmission.

De prime abord, le projet semble complet. Malheureusement, certains points demeurent flous et suscitent des questionnements, nous reviendrons ici sur deux de ces difficultés.

À ce titre, se posent des questions quant à l'application des règles relatives aux éléments contenus dans le patrimoine, objet du transfert. Le principe en présence d'un transfert universel est en effet la neutralisation des règles relatives au transfert de chaque élément contenu, c'est le cas en matière de fusion de sociétés notamment. Il demeure toutefois, en matière de transmission universelle, des incertitudes que le projet prend le soin de dissiper. Par exemple, l'article L. 526-1 I du projet écarte le droit de préemption de l'indivisaire sur un bien contenu ainsi que le droit de retrait litigieux sur une créance contenue. Cependant, le texte écarte également l'application des articles L. 141-14 à L. 141-22 du code de commerce. Ce choix surprend. Pourquoi n'écarte-t-il pas l'application de toutes les règles applicables à la cession du fonds de commerce ? Est-ce parce qu'il est évident que les articles L. 141-2 et suivants sont exclus ou bien est-ce au contraire parce qu'ils s'appliquent ? Le doute est d'autant plus permis que l'article L. 526-1 F du texte, dans son troisième alinéa, dispose que « sous réserve de la présente sous-section, les dispositions légales relatives à la vente, à la donation ou à l'apport en société de biens de toute nature sont applicables, selon le cas. Il en va de même des dispositions légales relatives à la cession de créances, de dettes, et de contrats ». Cela signifie-t-il que ces règles sont toutes écartées, ou seulement dans la mesure où elles sont incompatibles avec la présente sous-section ?

Autre incertitude, devra-t-on appliquer l'article 1424, alinéa 1er, du Code civil pour le fonds de commerce contenu dans le patrimoine lorsqu'il est un bien commun car le cédant s'est marié sous le régime légal avant le début de son activité professionnelle ou bien l'universalité fait-elle obstacle à son application ? L'article L. 526-1 FA du présent projet semble apporter une solution. Ce dernier dispose que « la présente sous-section s'entend sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leur bien commun et en disposer ». L'article 1424 du Code civil devrait donc s'appliquer. Toutefois, cet article se situe dans la sous-section 1 relative à la consistance du patrimoine. Rien ne permet donc d'affirmer que cet article s'applique pour un élément contenu lors du transfert du patrimoine et, si d'aventure l'article 1424 était bel et bien neutralisé par la nature universelle de la transmission, une question demeure : le patrimoine n'est-il pas lui-même un bien, et à ce titre n'est-il pas soumis aux qualifications et aux règles de pouvoir du droit des régimes matrimoniaux ?

Enfin, le texte voté par le Sénat prévoit une sous-section 3, intitulée « De la cessation d'activité et de la succession de l'entrepreneur individuel ». Il y est prévu qu'en cas de décès, le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis. La succession au patrimoine professionnel comme universalité est donc impossible.

Cela surprend quand on connaît les dispositions actuelles, prévues à l'article 1526-16 du code de commerce, pour l'EIRL. Cet article permet le maintien de l'affectation dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit manifeste son intention de poursuivre l'activité du défunt. Pourquoi rendre dans ce projet impossible le maintien du patrimoine au décès de l'entrepreneur comme universalité ? Est-ce une sanction pour celui qui n'a pas été prévoyant ? Pour son héritier, potentiel repreneur ? Ce choix nous semble d'autant plus regrettable que l'entrepreneur soumis à ce futur régime sera par nature l'entrepreneur peu prévoyant, celui qui n'a pas consulté en amont un professionnel du droit, car s'il avait été conseillé il est plus que probable que son activité soit exploitée sous forme sociétaire... Les coups du sort seront alors fatals à son activité, le patrimoine disparaissant avec lui irrémédiablement.

Il reste donc à ce jour à espérer que le texte soit amélioré et amendé, car si l'objectif du législateur est comme l'a annoncé l'exécutif de garantir un environnement plus juste, simple et protecteur pour le développement de l'activité des entrepreneurs individuels le but n'est pas atteint s'agissant de la transmission de leur activité.



Nadège Jullian

## Indivision et prise en charge des primes d'assurance

À propos de Civ. 1re, 20 oct. 2021, FS-B, n° 20-11.921

Suite à la l'acquisition d'un bien immobilier, ce d'autant plus lorsque ce dernier est financé à l'aide d'un emprunt, les polices d'assurance – et les primes qu'elles impliquent – tendent à se multiplier : assurance-emprunteur et assurance-habitation étaient, dans le cas présent, en cause.

En effet, en l'espèce, des concubins avaient acquis un immeuble en indivision. Suite à la séparation du couple, voilà que surgissent les « comptes d'apothicaire », chacun n'ayant d'autre crainte que d'avoir trop payé, tout le moins un peu davantage que son ex-concubin ! Au cœur de cette comptabilité minutieuse figuraient divers montant en lien avec les assurances précitées.

D'une part, l'assurance-habitation. Monsieur, qui a joui un temps du bien, avait pris à sa charge les primes relatives à celle-ci. De manière classique, il demandait à l'indivision remboursement des sommes exposées, invoquant l'article 815-13 du Code civil. Pour rappel celui-ci dispose : « Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des dépenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés ». La logique mise en œuvre est assez simple puisque l'assurance-habitation vise effectivement à garantir la conservation, tout le moins indirecte, de l'immeuble. Lorsque surgit un dégât, c'est l'assureur qui prendra en charge les frais nécessaires à sa réparation. En d'autres termes, c'est grâce aux primes payées à ce propos que la conservation du bien pourra être (sereinement) envisagée puisque prise en charge par l'assureur. La jurisprudence antérieure témoigne de cette logique lorsqu'elle retient que l'assurance habitation, qui tend à la conservation de l'immeuble, incombe à l'indivision, en dépit de l'occupation privative (Civ. 1re, 20 janv. 2004, n° 01-17.124 : JCP 2005, I, 128, n° 15, obs. Tisserand-Martin ; AJ fam. 2004, 103, obs. Deis-Beauquesne ; Civ. 1re, 5 mars 2008, n° 07-14.729 : AJ fam. 2008, 215, obs. Hilt).

La cour d'appel avait cependant mis en œuvre un raisonnement plus subtil, approuvée par la Cour de cassation, distinguant les divers risques garantis par la police envisagée. Si les primes ont été mises à la charge de l'indivision, c'est déduction faite « de la fraction correspondant aux garanties couvrant les dommages subis personnellement par le titulaire du contrat et sa responsabilité civile » (§ 6). Ce motif appelle un constat et deux remarques. D'abord, il est vrai que les offres d'assurance en matière d'habitation visent souvent des risques multiples : outre la prise en charge des dégâts éventuellement subis par l'immeuble, il n'est pas rare que la police envisage également une protection des occupants, par exemple au titre des accidents ménagers, ainsi que plus largement la responsabilité civile du souscripteur. Partant, et ensuite, la solution mérite d'être approuvée. Seul ce qui concerne l'immeuble doit être pris en charge par l'indivision et non les autres garanties profitant exclusivement à l'assuré, ici l'ex-concubin. Enfin, pour finir sur une note critique, il n'est pas certain que cette distinction soit aisément praticable. La police d'assurance est un tout et le coût

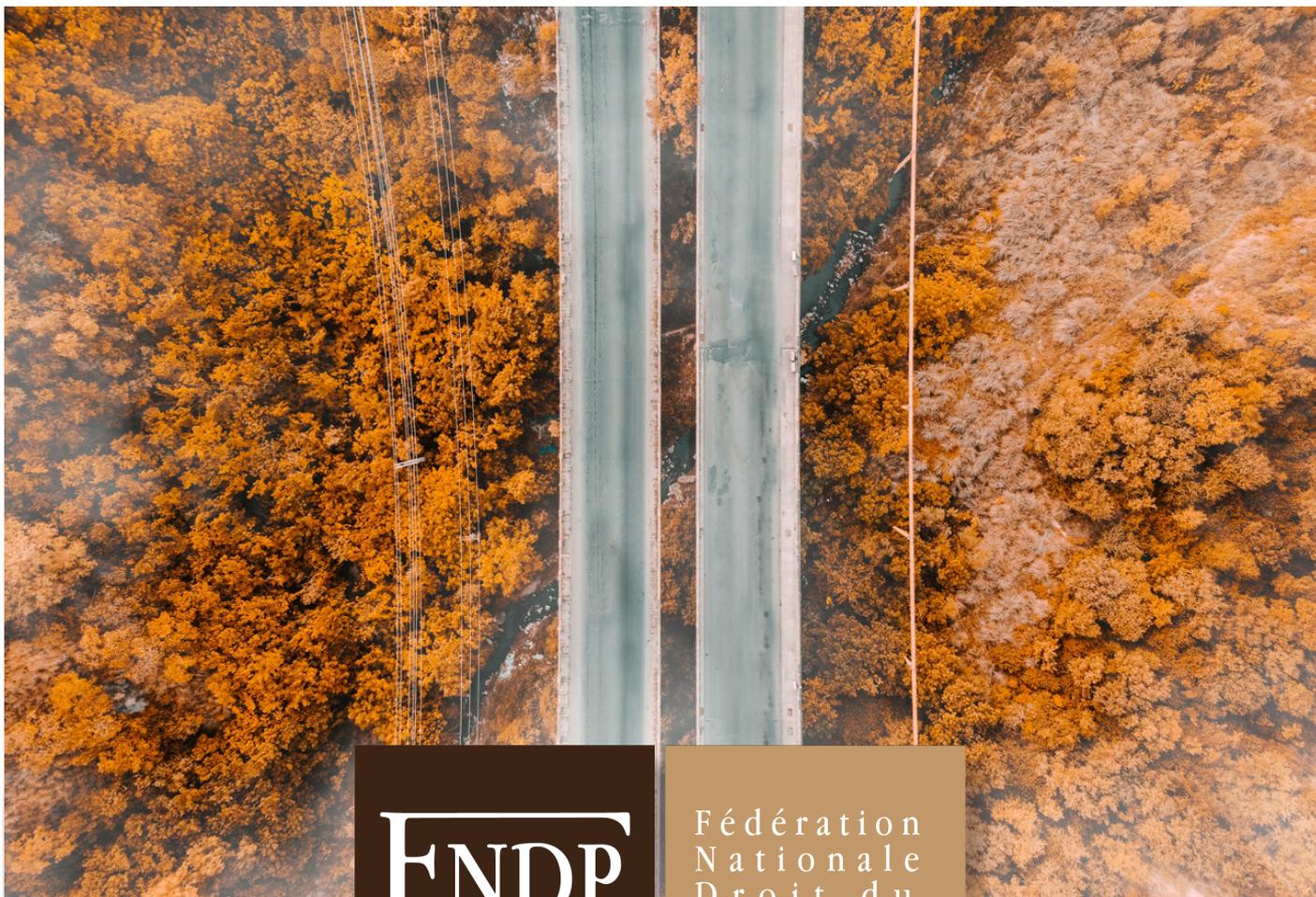
exact des diverses garanties envisagées n'est pas toujours précisé dans le détail. De plus, et plus sournoisement (!), ne pourrait-on pas affirmer que l'assurance responsabilité civile de l'occupant de l'immeuble est intimement liée à l'assurance de l'immeuble en tant que tel au point que les primes versées au second titre permettent, d'une certaine manière, à la première garantie de prendre effet ! Les indivisaires soucieux d'avoir entre eux une comptabilité « parfaite » prendront soin de multiplier les contrats d'assurance : à chaque risque une police et le partage sera plus facile ! En tout les cas, les « packages » assurantiels sont à proscrire.

La seconde difficulté tranchée par l'arrêt tient ensuite à l'assurance-emprunteur. Suite à un accident de Monsieur, l'assureur a pris à sa charge quelques mensualités de l'emprunt, réglant directement la banque. Soucieux de ne faire aucun « cadeau » à son ex-concubine, celui-ci a alors considéré que cette dernière devait rembourser l'économie qu'elle a ainsi pu réaliser : grâce à l'intervention de l'assurance-emprunteur, elle a économisé la moitié des échéances envisagées ! Or, l'adage est connu, qui économise s'enrichit ! En ce sens, il a pu être jugé que les règlements d'échéances d'emprunts immobiliers effectués par un époux au moyen de ses deniers personnels au cours de l'indivision post-communautaire constituent des dépenses nécessaires à la conservation de l'immeuble indivis et donnent lieu à indemnité sur le fondement de l'article 815-13, alinéa 1er (Civ. 1re, 7 juin 2006, n° 04-11.524 : JCP 2006, I, 193, n° 23, obs. Tisserand-Martin ; Com., 10 févr. 2015, n° 13-24.659).

La Cour de cassation ne partage pas l'analyse du demandeur et se fonde sur un « détail » essentiel : pour solliciter un remboursement, encore convient-il qu'une dépense ait été exposée. Or, en l'espèce, tel n'est pas le cas. Certes, Madame a fait l'économie des échéances prises en charges par l'assurance. Néanmoins, Monsieur ne s'est pas non plus acquitté desdites sommes. Comme le résume parfaitement un auteur, « pas d'appauvrissement, pas d'indemnisation » (M. Jaoul, « Précisions sur la mise en œuvre de l'article 815-13 du Code civil », Dalloz actualité, 7 nov. 2021, citant dans le même sens Civ. 1re, 23 janv. 2001, n° 96-16.782). En d'autres termes, là encore, la séparation doit être source de révision des polices d'assurance pour les parties sensibles au sort des deniers de chacun. À défaut, voilà que l'assurance-emprunteur, dont les primes sont payées par l'un (la question n'a pas été soulevée en l'espèce, mais, à notre sens, le remboursement de ces primes pourrait toutefois être envisagé puisqu'en garantissant le paiement des échéances du contrat de prêt, c'est effectivement la conservation de l'immeuble qui est assurée au jour où le débiteur n'est plus en état de faire face à ses obligations) pourrait profiter à l'autre lorsque le risque garanti se réalise ! Quelle horreur !



Nicolas Kilgus



**FNDP**  
Fédération  
Nationale  
Droit du  
Patrimoine

# La Lettre de la FNDP

Numéro 22 - Décembre 2021

# Numéro 22