

Magazine d'actualités juridiques

Produit par la Faculté de Droit Virtuelle de l'Université Jean Moulin - Lyon 3
Sous la direction du Professeur Hervé Croze et de Maître Bérangère Dalloz

Novembre 2012

Auteurs :

Stéphanie ARIAGNO PRACCA
Carine COPAIN
Camille KUREK
Patrick LAVALEE
Pierre-Alexandre LEY
Aurélien ROCHER
Fanélie THIBAUD

Table des matières

I - Actualités jurisprudentielles.....	p. 2
Procès de l'Erika : une condamnation totale.....	p. 2
Corrida et QPC : les militants anti-taoumachie perdent le combat.....	p. 3
L'impartialité de l'arbitre à l'épreuve de l'obligation de révélation.....	p. 4
La fixation de la rémunération du gérant dans une SARL.....	p. 5
Le débiteur dessaisi par la liquidation judiciaire ne peut plus agir en tant que créancier à titre personnel.....	p. 6
II - Actualités législatives.....	p. 8
Etrangers sans papiers : un projet de loi nécessaire mais incomplet.....	p. 8
Enfin une transparence de l'information financière sur les instruments dérivés à dénouement monétaire !.....	p. 9

I - Actualités jurisprudentielles

Procès de l'Erika : une condamnation totale

Cass. crim., 25 septembre 2012, n°10.82-938

Une décision de 319 pages, des juges qui ne suivent pas l'avis de l'avocat général... un vent de révolution aurait-il soufflé ce 25 septembre 2012 sur la Cour de Cassation lors du rendu de la décision sur l'affaire de l'Erika ? Rien de tout cela en vérité, mais des juges qui ont su se montrer pragmatiques, conscients des enjeux attachés à leur décision. C'est une décision particulièrement technique et argumentée qui a été rendue par la Chambre criminelle. Le point de vue développé par l'avocat général était parfaitement valable. Les juges de la chambre criminelle ont du faire preuve d'audace pour sanctionner le comportement pour le moins désinvolte des affréteurs de ce « *navire-poubelle* » qui ont pris un risque délibéré d'atteinte à l'environnement dans le but de générer quelques profits supplémentaires. Nous proposons ici de reprendre les éléments majeurs de la décision.

Commençons par un rappel des faits. Le 12 décembre 1999, un navire à coque simple battant pavillon maltais, affrété par Total, et vieux de 25 ans s'échoue au large des côtes bretonnes, provoquant une des plus graves marées noires de l'histoire. 400 kilomètres de côtes sont touchées, des milliers d'espèces sont mazoutées.

Deux points de droit étaient principalement au cœur de la décision de la Cour. D'une part, la question de la compétence des juridictions françaises et d'autre part la notion de préjudice écologique.

Le naufrage s'est produit en dehors des eaux territoriales françaises mais les dommages causés par ce naufrage ont eu lieu à l'intérieur de la zone économique exclusive (ZEE) française. Selon l'avocat général, lorsque le fait générateur – le naufrage – a lieu dans les eaux internationales c'est à l'Etat d'immatriculation du navire que revient la charge de mener les poursuites. En l'espèce, Malte aurait donc dû poursuivre l'affréteur Total et la France aurait dû nettoyer ses côtes en silence. Suivre l'avis de l'avocat général, si pertinent soit-il, ouvrirait la porte à un gigantesque déni de justice, Malte n'ayant jamais eu l'intention d'intenter quelque action que ce soit contre Total et les autres responsables de cette catastrophe écologique. En effet, l'île de Malte n'a pas spécialement souffert des conséquences de la marée noire provoquée par l'Erika, son intérêt pratique à agir était des plus limité.

En s'appuyant sur plusieurs dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Cour de Cassation justifie la compétence des juridictions françaises afin de sanctionner un rejet involontaire d'hydrocarbures dans sa ZEE par un navire étranger et causant un dommage grave dans sa mer territoriale et sur son littoral. La Cour estime que « *lorsque des poursuites ont été engagées par l'État côtier en vue de réprimer une infraction aux lois et règlements (...) visant à prévenir, réduire et maîtriser la pollution par les navires, commise au-delà de sa mer territoriale par un navire étranger, la compétence de cet État est acquise lorsqu'elle porte sur un cas de dommage grave* ».

Ces dispositions combinées avec la Convention internationale Marpol de 1973 « *[la Convention] interdit les rejets à tout « navire », entité qui n'a pas la personnalité morale, qu'aucune personne physique n'est visée dans le texte même de la convention et qu'il convient donc d'en déduire que les parties signataires n'ont pas entendu imposer une liste limitative au législateur nationale chargé d'introduire les règles de ladite convention dans le droit national positif et de définir les catégories de personnes pénalement responsables* » permettent de retenir la responsabilité de Total. En d'autres termes, le droit international pose un cadre de responsabilité a minima et le droit national peut parfaitement mettre en place un système plus répressif. Les juridictions françaises sont donc compétentes et Total peut être déclaré responsable de l'ensemble des dommages graves causés par la marée noire, y compris la réparation du préjudice écologique.

Le caractère particulièrement grave du dommage tient probablement une part importante dans l'audace interprétative des juges de la Cour de Cassation. A cet égard, la consécration de la notion de préjudice écologique est peut-être l'élément fondamental. Moins qu'une question de procédure, la Cour s'est saisie d'une question de responsabilité et de réparation du préjudice causé à l'environnement.

C'est la Cour d'Appel de Paris dans son arrêt du 30 mars 2010 (en appel du procès de l'Erika - Paris, pôle 4, 11e ch., 30 mars 2010, RG n° 08/02278) qui a posé les bases de la notion de préjudice écologique. En introduisant la notion de préjudice écologique dans le droit français, la Cour d'Appel fait voler en éclat le caractère personnel du préjudice. C'est

bien la réparation du préjudice causé à l'environnement en tant que tel qui est visé, à l'exclusion de toute victime, personne physique ou morale. La Cour de Cassation définira le préjudice écologique comme « *l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement et découlant de l'infraction [en l'espèce une faute de témérité].* ». La faute de témérité reprochée à Total consiste en un contrôle laxiste du navire. A l'issue du contrôle, le représentant de Total ne pouvait pas ignorer les risques encourus pour l'environnement en autorisant le navire à effectué le transport d'hydrocarbures. La Cour de Cassation valide la notion de préjudice écologique « *pur* » par opposition au préjudice écologique par ricochet, classiquement reconnu par les juridictions. Dans le préjudice écologique « *pur* », le préjudice n'est pas personnel alors même que, selon le droit commun de la responsabilité, tout dommage doit être certain, direct et personnel pour être réparé par le droit de la responsabilité civile. Il est difficile de prouver le caractère personnel des atteintes à l'environnement et c'est justement là, l'une des originalités juridiques de cette décision de la Cour de Cassation.

Cette décision marque une avancée significative pour le droit de l'environnement, discipline qui s'appuie énormément sur des décisions prétorienne. Le principe du pollueur-payeur trouve dans cette affaire son expression parfaite. La notion de préjudice écologique pourrait même être intégrée au Code civil, une proposition de loi ayant été déposée au Sénat en mai 2012.

En déclarant qu'il n'y avait pas lieu à renvoi, la Cour de Cassation clôt définitivement un dossier vieux de 13 années. Définitivement ? Pas si sûr, l'avocat de Total a dit se réserver la possibilité de saisir la CEDH...

Stéphanie ARIAGNO PRACCA
Doctorante en Droit des Affaires
Chargée d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Corrida et QPC : les militants anti-taoumachie perdent le combat

Décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012

La décision QPC du 21 septembre 2012 du Conseil Constitutionnel vient mettre en échec une nouvelle tentative des militants anti-taoumachie, en considérant que le fait justificatif de l'article 521-1 alinéa 7 n'est pas contraire à la Constitution.

En septembre 2011, le CRAC (Comité Radicalement Anti Corrida) et l'association DDA (Droit Des Animaux) ont saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours en annulation contre un arrêté pris en 2011 par le ministère de la Culture. Cet arrêté a inscrit la corrida au patrimoine immatériel de la France, déclenchant ainsi la fureur des militants anti-taoumachie, qui n'ont pas hésité à soulever une question prioritaire de constitutionnalité.

L'article 521-1 alinéa 1er du Code pénal dispose que. « *Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende* », tandis que l'alinéa 7 ajoute : « *Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée* ». Le principe est alors clair : l'interdiction des sévices et des actes de cruauté envers les animaux est de rigueur, assortie d'une exception pour les régions où l'on peut constater une « *tradition locale ininterrompue* ». Fortes de ce constat, les associations militantes ont invoqué un manque de clarté de la loi pénale, ainsi qu'une atteinte au principe d'égalité devant la loi: pourquoi permettre une différence de traitement concernant des agissements de même nature, sous prétexte qu'ils ont lieu dans des zones géographiques différentes ? Le principe d'égalité ne permet-il pas un traitement identique, selon les mêmes règles ? Les Sages ne voient pas les choses de cette manière : « *s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire* » (décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012). En clair, le fait justificatif de l'article 521-1 alinéa 7 du Code pénal n'est pas contraire au principe d'égalité, justifiant ainsi l'irresponsabilité pénale. En un sens, la décision du Conseil constitutionnel relève de la logique. Le législateur a pris soin de préciser que ce fait justificatif est applicable uniquement dans les régions où une tradition ininterrompue est établie, et seulement pour les actes relevant de cette tradition. Le Conseil constitutionnel en a donc déduit que le législateur n'a nullement voulu remettre en cause la corrida à travers le premier alinéa de cet article. Donc ce que les militants qualifient de « *rupture d'égalité* » est en fait l'objet même de la loi, et il appartient aux juges du fond d'apprécier quelles espèces entrent dans ce champ d'application. Le Conseil ajoute d'ailleurs que l'alinéa 7 a pour objectif de ne pas remettre en cause « *certaines pratiques traditionnelles qui ne portent atteinte à aucun droit constitutionnellement garanti* ». Le principe d'égalité implique en effet le droit à un traitement identique, mais en l'espèce, qui serait titulaire de ce droit ?

Toutefois, certaines critiques pourraient être formulées à l'encontre de ce raisonnement. A s'en tenir à l'article 122-4 du Code pénal, « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Le texte est clair, le fait justificatif repose sur la loi ou le règlement. Or la tradition, aussi ininterrompue soit-elle, ne s'apparente ni à l'un, ni à l'autre. La Cour de cassation va également en ce sens en considérant que « l'usage contraire ne peut prévaloir sur un texte de loi » (Civ. 1ère, 13 avril 1897). Cependant, cette tradition locale ininterrompue étant l'objet de la loi elle-même, le fait justificatif repose dans tous les cas sur celle-ci. Quoiqu'il en soit, le principe d'égalité n'a jamais empêché le législateur de régler des situations différentes de manière différente, tant que le rapport direct avec l'objet de la loi est respecté. La République implique en effet une diversité des pratiques, entraînant inévitablement des exceptions culturelles dans son sillage. Les associations militantes porteront-elles le combat dans l'arène de la Cour européenne des droits de l'homme ? Affaire à suivre.

Camille KUREK

Doctorante et chargée d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3

L'impartialité de l'arbitre à l'épreuve de l'obligation de révélation

Cass. civ. 1ère, 10 octobre 2012, n° 11-20.299

Selon la cour de cassation, un arbitre qui n'a pas révélé ses liens d'affaires avec le conseil de l'une des parties au litige duquel il statue, pourrait conserver son impartialité. Cela ne serait pas nécessairement suffisant pour lui retirer cette qualité essentielle à l'arbitrage.

En l'espèce, la société Neoelectra Group a résilié le contrat conclu avec la société Tecso, qui a dès lors mis en œuvre la clause compromissoire. La sentence rendue par le tribunal arbitral le 4 juin 2009 a condamné la société Neoelectra Group à verser diverses sommes à la société Tecso. En conséquence, cette dernière a formé un recours en annulation de la sentence arbitrale. La société Tecso prétend que l'arbitre a rendu impossible l'exercice de son droit de récusation. Selon la demanderesse, l'arbitre n'a pas exécuté son obligation de révélation relative à son devoir d'impartialité. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 2011 a retenu que l'arbitre n'avait pas révélé qu'il ait été "of counsel" de février 1989 à octobre 2000 dans le cabinet d'avocats Freshfields, où le conseil de la société défenderesse était le collaborateur. De plus dans les dix dernières années, l'arbitre avait eu l'occasion de donner des consultations juridiques à deux ou trois reprises. Même si le principe de précaution impose certaines nuances, in concreto il apparaît que l'arbitre avait eu une relation d'affaire non remise en cause en l'espèce pendant plus de dix ans. Par la suite, il poursuivait de façon ponctuelle une collaboration avec le cabinet d'avocats où le conseil de la société défenderesse était un collaborateur. Ainsi, la déterminabilité de la fin de cette collaboration s'avère bien délicate. La Cour de cassation a rendu un arrêt de cassation. Selon la première chambre civile, ces seuls éléments ne permettent pas de préciser en quoi " ils étaient de nature à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur l'impartialité de l'arbitre et son indépendance ".

La décision a été rendue sur le fondement de l'article 1484, 2° du Code de procédure civile dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret du 13 janvier 2011. Cet article dispose que lorsque « *les parties ont renoncé à l'appel, ou qu'elles ne se sont pas expressément réservées cette faculté dans la convention d'arbitrage, un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale peut néanmoins être formé (...) 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné* ».

Dès lors, une relation d'affaire suivie pendant plus de vingt ans au sein du cabinet où le conseil de l'une des parties y était un des collaborateurs ne serait pas nécessairement suffisante pour rendre irrégulière la désignation de l'arbitre. L'impartialité de l'arbitre ne serait pas affectée, alors même que celui-ci n'a apparemment pas exécuté son obligation de révélation. Autrement dit, le devoir d'impartialité de l'arbitre semble prévaloir sur son obligation de révélation. L'exécution de cette obligation par l'arbitre n'est plus le corollaire de son impartialité. Ainsi, cette jurisprudence semble se placer à l'opposé d'arrêts plus anciens, notamment rendu par la cour d'appel de Paris (CA. Paris, 1ère Ch. 12 févr. 2009, Avax SA c/. Tecnimont SPA). Le 12 février 2009, les juges du fond avaient retenu le conflit d'intérêt, alors que les faits du litige présentent certains points communs. En l'espèce, le président du tribunal arbitral avait omis d'indiquer que le cabinet d'avocats où il travaillait, conseillait depuis déjà plusieurs années la société demanderesse. Par ailleurs au moment de la sentence, le cabinet d'avocats la comptait toujours parmi ses clients. Dans le cas de l'arrêt du 10 octobre 2012, l'arbitre n'a pas donné de précision sur l'état de ses intérêts d'affaires ni passé, ni présent. A défaut, il a permis à la société demanderesse de ne pas exclure cette éventualité. A la lumière de cette jurisprudence de la cour d'appel de Paris de 2009, la durée des relations d'affaires avec le cabinet de la partie défenderesse pourrait provoquer un doute raisonnable sur l'impartialité et

l'indépendance de l'arbitre pour la société demanderesse. En qualité de commentateur de cet arrêt de la cour d'appel de Paris, le Doyen Thomas Clay rappelle avec raison, qu'à l'impossible nul n'est tenu. Aussi, il paraît bien difficile de reprocher à l'arbitre des faits que lui-même pourrait ignorer. Selon l'auteur, l'examen de l'analyse de l'indépendance de l'arbitre est une véritable « chimère ». Le juge n'aurait pas d'autre solution que de se réfugier vers l'exécution de l'obligation de révélation à la charge de l'arbitre. Le Doyen Thomas Clay va plus loin et prétend que cette obligation serait destinée à se substituer à l'indépendance. Cette obligation de révélation serait plus facilement identifiable pour les juges eu égard à son caractère objectif. Si l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2009 annule la sentence pour non exécution de l'obligation de révélation par l'arbitre, l'arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation du 10 octobre 2012 semble au contraire sacrifier cette obligation sur l'autel de l'impartialité et de l'indépendance de l'arbitre. La non exécution de l'obligation de révélation ne suffit plus à censurer une sentence, sous réserve que l'atteinte à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre ne soit pas dument démontrée. Avec les limites que cela implique, cette décision est largement favorable à une approche institutionnelle de l'arbitrage en garantissant l'impartialité de l'arbitre uniquement par son statut.

Pierre-Alexandre LEY

Chargé d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3

La fixation de la rémunération du gérant dans une SARL

Cass. com., 25 septembre 2012, n° 11-22.754

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation fixe les règles relatives à la rémunération du gérant de société à responsabilité limitée (SARL). En l'espèce, le cessionnaire de l'intégralité des parts sociales de la société conteste les prélèvements opérés par l'ancien gérant cédant, dans le cadre de sa rémunération. A ce titre, la contestation porte sur d'importantes sommes prélevées au cours du dernier exercice. Le cessionnaire invoque le défaut d'autorisation de l'assemblée.

Selon l'article L.223-18 du Code de commerce « *la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée est déterminée soit par les statuts, soit par une décision collective des associés* ». Dans la pratique, pour éviter le gel de la rémunération du gérant, la décision de la collectivité des associés est retenue. Par ailleurs, cette disposition est également retenue dans les SARL unipersonnelles (C. com., art. L.223-31) en tenant compte du particularisme de cette société et d'un formalisme simplifié. On remarquera que le Code de commerce ne prévoit aucune disposition concernant la rémunération du gérant de SARL. Le texte nous indique que le mode de rémunération du gérant est laissé à l'appréciation des associés dans le cadre des statuts, ou bien, dans le cadre d'un acte postérieur pris en assemblée générale.

Les juges du second degré rejettent la demande du cessionnaire. L'arrêt de la Cour d'appel retient que Monsieur et Madame GARREAU étant seuls associés de la société cédée, il est sans intérêt de s'attacher à déterminer si les prélèvements critiqués ont été ou non autorisés par l'assemblée générale. En d'autres termes, la Cour d'appel rend sa décision en mettant en avant la particularité d'une société où seuls le gérant et son conjoint seraient associés. Cette argumentation ne satisfait pas le cessionnaire qui forme un pourvoi faisant grief à l'arrêt infirmatif attaqué de l'avoir débouté de sa demande tendant à être remboursé du surplus de rémunération perçu par Monsieur GARREAU au titre de l'année 2007, ainsi que les cotisations sociales qui y étaient liées.

Les magistrats du quai de l'Horloge poursuivent au contraire une analyse formaliste des règles relatives à la détermination de la rémunération du gérant de la société à responsabilité limitée (SARL). Sous forme d'un attendu de principe la cour régulatrice sanctionne la cour d'appel comme si la règle résultait de l'article L. 223-18 du code de commerce : « *Attendu que pour rejeter cette demande (...) Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Le même jour, la Cour de cassation a rendu un arrêt (Com. 25 sept. 2012, n° 11-22.337) concernant une SARL unipersonnelle avec une solution qui découle de l'article L. 223-31 du code de commerce : « *La décision fixant la rémunération du gérant associé unique d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée doit être répertoriée dans le registre prévu au troisième alinéa de l'article L. 223-31 du code de commerce et une telle décision, prise en violation de cette disposition, peut être annulée à la demande de tout intéressé* ».

La question essentielle était de savoir si le gérant, qui souhaite augmenter sa rémunération, doit convoquer l'assemblée générale des associés. Celui-ci ne peut, unilatéralement, procéder à l'augmentation de sa rémunération. D'ailleurs, cette pratique peut être, le cas échéant, qualifiée d'abus de biens sociaux. Il convient de noter que toute décision prise par un dirigeant dans son intérêt personnel et qui porte atteinte à l'intérêt de l'entreprise entre dans ce cadre. Selon l'article L. 241-3, alinéa 4 du code de commerce : « *Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou des crédits de la société,*

un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser (...) ou indirectement », est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 €. En l'espèce, un protocole d'accord signé le 7 octobre 2007 dispose que les bénéfices réalisés au titre de l'exercice clos du 31 décembre 2007 resteront acquis aux cessionnaires. Enfin, selon la thèse des cessionnaires, la valorisation des parts arrêtée par les parties tenait compte de l'intéressement du gérant. Finalement, la mauvaise foi du gérant peut être recherchée et l'abus de biens sociaux consommé. Même lorsque deux époux sont les seuls associés d'une société à responsabilité limitée, la rémunération du gérant doit répondre à l'article L.223-18 du code de commerce. Le défaut d'autorisation entraîne de facto la restitution des sommes prélevées à la SARL.

Patrick LAVALLEE

Doctorant et chargé d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Le débiteur dessaisi par la liquidation judiciaire ne peut plus agir en tant que créancier à titre personnel

[Cass. com., 18 septembre 2012, pourvoi 11-17.546](#)

Lors de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, l'article L.641-9 du Code de commerce prévoit de plein droit le dessaisissement du débiteur de la liquidation de l'administration et de la disposition de ses biens jusqu'à la clôture de la procédure.

Ce principe entraîne de nombreuses conséquences à l'égard du débiteur. Il conserve uniquement le droit propre d'agir pour contester son passif et se constituer partie civile. Il peut également intervenir si les droits et actions exercés n'entrent pas dans la mission du liquidateur désigné. Ses droits et ses actions sont donc strictement limités par la loi pendant toute la procédure de liquidation judiciaire.

La portée de cette règle a été de nouveau précisée par un arrêt de la Cour de cassation rendu par la Chambre commerciale le 18 septembre 2012 (pourvoi n° 11-17.546). En effet, la Cour a statué sur la question relative à la poursuite par le débiteur en son nom propre d'une action qu'il a engagée avant l'ouverture de la liquidation judiciaire, alors que le liquidateur s'était désisté de l'instance.

Par application de l'article L.641-9 du Code de commerce, après avoir déterminé que l'action engagée par le débiteur relevait de la mission du liquidateur en ce qu'elle tendait au recouvrement d'une créance sur les biens du débiteur, les juges ont pu constater que le débiteur ne pouvait poursuivre lui-même cette action en raison du désistement du liquidateur.

En l'espèce, deux ventes d'un immeuble et d'un fonds de commerce ont été consenties à des époux, respectivement à Madame et à Monsieur. Les époux ont agi en paiement de dommages intérêts à l'encontre du vendeur en ce qu'il a dissimulé l'obligation administrative d'effectuer des travaux. Or, suite à l'ouverture de la liquidation judiciaire à l'encontre de Monsieur pendant cette instance, le liquidateur s'est désisté de l'action en dommages intérêts. Le débiteur a alors repris l'instance en son nom personnel.

La Cour d'appel d'Amiens a débouté le débiteur de ses demandes en les déclarant irrecevables en raison de son dessaisissement suite à l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire. Un autre moyen procédural était soulevé à l'encontre des demandes de Madame mais ne constitue pas l'objet du présent commentaire.

La Cour de cassation a confirmé la position de la Cour d'appel concernant l'irrecevabilité des demandes du débiteur mais a cassé partiellement l'arrêt sur la question procédurale.

Les juges ont donc fait une stricte application de la règle de dessaisissement du débiteur en cas de liquidation judiciaire pour une action engagée avant l'ouverture de la procédure collective.

Ils ont en effet précisé que l'action tendant au paiement de dommages intérêts suite à la vente d'un fonds de commerce, engagée avant l'ouverture de la liquidation judiciaire, est une action par laquelle le débiteur de la liquidation a la qualité de créancier. Or, le dessaisissement du débiteur porte sur l'administration et la disposition de ses biens. Il n'a donc plus de droit propre à exercer une action contre le vendeur dans la mesure où cela concerne l'administration de son fonds de commerce.

Le débiteur ne pouvait donc plus agir à titre personnel. Seul le liquidateur, en tant que représentant du débiteur, pouvait exercer une telle action. Le liquidateur s'étant désisté de l'instance, le débiteur n'avait aucun moyen d'action concernant ses demandes de dommages intérêts à l'encontre du vendeur du fonds de commerce.

La Cour a rappelé que le seul droit propre dont dispose le débiteur pendant la procédure de liquidation judiciaire est celui tenant à la contestation de son passif.

Cet arrêt met donc en exergue les limites des droits et actions du débiteur en son nom propre une fois la procédure de liquidation judiciaire ouverte, le dessaisissement s'étendant aux actions du débiteur qui avaient été engagées avant l'ouverture de la procédure, dès lors que ces actions concernent l'administration et la disposition des biens du débiteur.

Cette application stricte du dessaisissement des droits et actions du débiteur entre dans la logique des procédures collectives voulue par le législateur. Pourtant, ces limitations à l'égard du débiteur apparaissent sévères et attentatoires à ses droits sur ses biens, la liquidation judiciaire pouvant alors apparaître comme une sanction à son encontre.

Fanélie THIBAUD

Avocat au Barreau de Valence

Chargée d'enseignement à la Faculté de droit de Valence et à l'Université Jean Moulin Lyon 3

II - Actualités législatives

Etrangers sans papiers : un projet de loi nécessaire mais incomplet

Projet de loi n° 789 du 28 septembre 2012

A la suite des décisions de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012, le gouvernement a déposé devant le Sénat, le 28 septembre dernier, un projet de loi relatif à « *la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées* ». Bien que nécessaire ce projet de loi, soumis à la procédure d'urgence, apparaît incomplet.

I- Un projet de loi nécessaire

Le 3 avril 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation a saisi la Chambre criminelle de la Cour de cassation pour avis. La question était de savoir si le ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne peut être placé en garde à vue sur le fondement du seul article L.621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et ce, tant au regard de l'article 63 du Code de procédure pénale (CPP) dans sa version antérieure à la loi n°2011-392 du 14 avril 2011 qu'au regard des articles 62-2 et 67 du CPP dans leur rédaction actuelle, ainsi qu'à « *la lumière des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 28 avril 2011 (El Dridi) et du 6 décembre 2011 (Achughbadian)* ». Dans ces deux affaires, la CJUE a, en effet, estimé que la directive 2008/15/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite directive « *retour* », « *s'oppose à une réglementation d'un Etat membre réprimant le séjour irrégulier par des sanctions pénales pour autant que celle-ci permet l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers qui, tout en séjournant irrégulièrement sur le territoire dudit Etat membre et n'étant pas disposé à quitter ce territoire volontairement n'a pas été soumis aux mesures coercitives visées à l'article 8 de cette directive et n'a pas, en cas de placement en rétention en vue de la préparation et de la réalisation de son éloignement, vu expirer la durée maximale de cette rétention* ».

Dans ses trois arrêts du 5 juillet 2012, la première chambre civile de la Cour de cassation suit l'avis de la chambre criminelle. Elle affirme « *qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêts du 28 avril 2011, C-61/PPU, et du 6 décembre 2011, C-329/11) que la directive 2008/115/CE s'oppose à une réglementation nationale réprimant le séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement, en ce que cette réglementation est susceptible de conduire, pour ce seul motif, à l'emprisonnement d'un ressortissant d'un pays tiers, lorsque ce dernier, non disposé à quitter le territoire national volontairement, soit n'a pas été préalablement soumis à l'une des mesures coercitives prévues à l'article 8 de cette directive, soit, a déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure* ». Au regard de l'interprétation européenne de la directive « *retour* », l'article L.621-1 du CESEDA, sanctionnant le seul séjour irrégulier d'une peine d'emprisonnement, paraît contraire au principe européen de proportionnalité malgré la position adoptée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 3 février 2012. En application de la primauté du droit de l'Union européenne, le juge interne est, dès lors, tenu d'écarter la loi nationale non conforme. Les gardes à vue ordonnées sur ce seul fondement sont ainsi privées de base légale, la condition relative à la peine encourue n'étant pas caractérisée. Aussi, la première chambre civile de la Cour de cassation souligne-t-elle qu'une personne en situation irrégulière sur le territoire français n'ayant fait l'objet d'aucune mesure coercitive d'éloignement au préalable ne peut être placée en garde à vue dans le cadre d'une procédure de flagrant délit. La chambre criminelle a, quant à elle, souligné, dans son avis du 5 juin 2012, que cette interdiction doit prévaloir « *lorsque l'enquête est menée selon d'autres formes procédurales* ».

La première chambre civile a fait, de manière traditionnelle, une application immédiate de cette solution. Elle n'a pas modulé dans le temps sa décision comme l'a fait la chambre criminelle en matière de garde à vue à l'automne 2011. Dès lors, deux circulaires du 6 juillet 2012 (Circ. min. int., n° NOR : INTK1207284C, 6 juill. 2012. - Circ. min. just., n° 11-04-C39, 6 juill. 2012) demandaient au Parquet et aux Préfets de s'assurer du recours non à la garde à vue, mais à d'autres mesures telles que vérification d'identité, audition libre ou rétention administrative.

II- Un projet de loi incomplet

Le 28 septembre dernier, un projet de loi tirant les conséquences de ces décisions de la Cour de cassation a été présenté en Conseil des ministres et déposé au Sénat. L'exposé des motifs estime le cadre de la vérification d'identité, d'une durée maximale de quatre heures, insuffisant à assurer le respect des droits de la personne retenue ni « *l'examen sérieux de sa*

situation ». Aussi, est-il proposé la création d'une procédure ad hoc de retenue administrative dont l'objet est « l'examen du droit de séjour d'une personne qui ne peut en justifier ou refuse de le faire et, le cas échéant, l'instruction et la notification des décisions applicables relevant de la compétence de l'autorité administrative ». Cette mesure, d'une durée maximale de seize heures pouvant s'imputer sur une éventuelle garde à vue consécutive, est placée sous le contrôle du procureur de la République. La personne dispose du droit à un interprète, du droit à un entretien avec un avocat pendant trente minutes, du droit d'être examiné par un médecin et du droit de contacter ou faire contacter un membre de sa famille ou toute personne de son choix.

En outre, le projet de loi propose la suppression du délit de séjour irrégulier sur le territoire français. En revanche, est envisagée la création d'un délit de maintien irrégulier sur le sol français « alors que l'autorité administrative aura mis effectivement en œuvre à l'égard de l'individu toutes les procédures prévues par la loi permettant l'exécution d'office de la mesure d'éloignement » puni d'un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende. Prenant également acte des revendications associatives, le projet de loi annonce l'extension des immunités pénales en matière d'aide à l'entrée et au séjour irrégulier.

Toutefois, le projet de loi ne prend pas acte de l'avis du Conseil d'Etat quant à la procédure administrative rendu le 21 mars 2011 et soulignant le non-respect de la directive « retour » (CE avis du 21 mars 2011 n°345978 et 346612). Les travaux parlementaires tireront-ils complètement les leçons de la directive « retour » ?

Carine COPAIN

Docteur en droit, chargée d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Enfin une transparence de l'information financière sur les instruments dérivés à dénouement monétaire !

[Arrêté du 27 septembre 2012, Journal Officiel 30 Septembre 2012](#)

Le problème des instruments dérivés à dénouement monétaire » a enfin été pris « à bras le corps » (S. Torck, Vents de réforme sur le régime des déclarations de franchissements de seuils : Dr. sociétés 2012, comm. 30). Cette meilleure appréhension de ces instruments financiers controversés a été effectuée en deux temps, par le biais tout d'abord de l'article 25 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, dite loi Warsmann II (V., pour une étude approfondie : B. Zabala, Le traitement des instruments dérivés à dénouement monétaire : le choix de la transparence par assimilation : Bull. Joly Sociétés 2012, p. 207), puis, plus récemment, par le biais d'un arrêté du 27 septembre 2012 publié au Journal officiel du 30 septembre 2012 (A. 27 sept. 2012 : Journal Officiel 30 Septembre 2012) et qui modifie le règlement général de l'Autorité des marchés financiers portant sur les déclarations de franchissement de seuils et d'intention.

Rappelons tout d'abord brièvement la nature de ces instruments dérivés et les enjeux en termes de contrôle des sociétés cotées qu'ils peuvent poser avant de mettre en avant les nouvelles solutions juridiques en vigueur à compter du 1er octobre 2012.

Les instruments dérivés à dénouement monétaire tels que les equity swaps ou contract for difference (CFD) sont des contrats financiers d'un genre particulier qui s'opposent aux instruments dérivés à dénouement physique en ce que les premiers donnent lieu à règlement en numéraire et confèrent à leur détenteur un effet économique similaire à la détention des actions existantes ou des droits de vote sous-jacents (C. com., art. L. 233-9, I, 4° bis nouv.) là où les seconds donnent lieu à règlement physique se traduisant par l'attribution d'actions sous-jacentes de l'émetteur (C. com., art. L. 233-9, I, 4°). Ainsi, si les premiers ne font que répliquer l'avantage économique résultant de la détention des actions sous-jacentes sans pouvoir conférer une participation voire un contrôle de la société cotée en cause, les seconds donnent lieu à l'attribution d'actions de l'émetteur et des droits afférents. Or, ce système a été instrumentalisé en permettant la mise en place de schémas de prises de participation ou de prises de contrôle rampantes dans les sociétés cotées sur un marché réglementé. Effectivement, le contrat initialement stipulé à dénouement monétaire pouvait être nové en instrument dérivé à dénouement physique et permettre la montée surprise au capital d'une société de certains actionnaires. Le résultat est similaire lorsque l'instrument financier se voit bien dénoué en numéraire, mais de manière anticipée, avec acquisition consécutive du sous-jacent.

En conséquence, pour mettre fin aux abus qui ont pu en résulter, une réforme a été menée avec effet au 1er octobre 2012 et qui a pour conséquence :

- l'inclusion des instruments dérivés à dénouement monétaire dans le calcul lié aux déclarations éventuelles de franchissement de seuils légaux (excluant toutefois le seuil spécifique dictant les offres publiques obligatoires) ;
- l'inclusion des instruments dérivés à dénouement monétaire dans les déclarations d'intentions, mention devant être donnée publiquement des intentions du détenteur de ces instruments ;
- le renouvellement de la déclaration en cas de modification, au sein de la détention globale du déclarant, de la répartition entre les actions possédées et les actions assimilées (RG AMF, art. 223-11-1 I), ce qui vise ainsi les cas où les dénouements physiques en actions interviennent effectivement.

Un équilibre, probablement précaire tant la matière financière est mouvante, semble donc avoir été trouvé en matière d'assimilation aux actions et droits de vote des instruments dérivés à dénouement monétaire.

Aurélien ROCHER

*Elève-Avocat, Diplôme de Juriste Conseil d'Entreprise
Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de Lyon 3*