

DSCG 1

Gestion juridique, fiscale et sociale

MANUEL ET APPLICATIONS

Jean-Michel DO CARMO SILVA
Laurent GROSCLAUDE

2011/2012

- Cours complet
- 160 exemples d'illustration
- 42 applications corrigées

 EDITIONS
FRANCIS
LEFEBVRE
La solution juridique

DUNOD

DSCG 1

Gestion juridique, fiscale et sociale

MANUEL ET APPLICATIONS

Corrigés inclus

Jean-Michel DO CARMO SILVA

Docteur en droit
Professeur associé
à Grenoble École Management

Laurent GROSCLAUDE

Maître de conférences
à l'université de Toulouse 1 Capitole
et à l'IAE de Toulouse

Avec la collaboration de
Madeleine Sanchez

2011/2012

5^e édition mise à jour

Les auteurs remercient Madeleine Sanchez d'avoir accepté de rédiger le chapitre 3,
« La responsabilité pénale de l'entreprise et ses acteurs ».

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage. Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements	d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée. Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).
	

© Dunod, Paris, 2011
ISBN 978-2-10-057114-7
ISSN 1269-8792

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Sommaire

Pour réussir le DCG et le DSCG	VII
Manuel, mode d'emploi	VIII
Programme de l'épreuve n° 6 DCG	XI
Abréviations	XIV

PARTIE 1	L'activité de l'entreprise	1
CHAPITRE 1	Les contrats conclus par l'entreprise	3
	Section préliminaire	3
	Section 1	7
	Section 2	12
	Section 3	35
	Section 4	39
	Section 5	45
	Section 6	47
	Section 7	56
	Fiche 1	85
	Applications	87
CHAPITRE 2	L'entreprise et ses concurrents	95
	Section 1	95
	Section 2	101
	Section 3	110
	Section 4	115
	Fiche 2	122
	Applications	124
CHAPITRE 3	La responsabilité pénale de l'entreprise et ses acteurs	127
	Section 1	127
	Section 2	139
	Fiche 3	154
	Applications	156
CHAPITRE 4	Les relations de l'entreprise avec l'administration fiscale	159
	Section 1	159
	Section 2	171
	Fiche 4	176
	Applications	178

PARTIE 2	Le fonctionnement de l'entreprise	181
CHAPITRE 5	Constitution et transformation de l'entreprise	183
	Section 1 Les règles de constitution	183
	Section 2 La transformation	192
	Fiche 5 L'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)	199
	Fiche 6 Le statut d'auto-entrepreneur (loi du 4 août 2008)	201
	Fiche 7 Statuts types EURL	203
	Fiche 8 La société à responsabilité limitée (SARL)	205
	Fiche 9 La société anonyme (SA)	208
	Application	211
CHAPITRE 6	La direction de l'entreprise et les relations entre ses acteurs	213
	Section 1 Les organes de direction	213
	Section 2 Les relations dirigeants/associés	224
	Applications	242
CHAPITRE 7	L'utilisation des NTIC par l'entreprise	245
	Section 1 La gestion des données informatiques	245
	Section 2 Le commerce électronique	248
	Application	253
CHAPITRE 8	La fiscalité des échanges internationaux de l'entreprise	255
	Section 1 Les principes généraux	255
	Section 2 Applications aux principales impositions	262
	Application	274
PARTIE 3	Le financement de l'entreprise	277
CHAPITRE 9	Le financement par fonds propres	279
	Section 1 Les titres représentatifs de fonds propres	279
	Section 2 Les opérations sur capital social	291
	Section 3 L'ouverture aux marchés : offre au public et cotation des titres financiers	302
	Fiche 10 La « catégorisation » des droits sociaux : illustrations et impacts	306
	Fiche 11 Les stock-options et les attributions d'actions gratuites	307
	Applications	309
CHAPITRE 10	Le financement par compte courant	311
	Section 1 La convention de compte courant	311
	Section 2 La fiscalité du compte courant	313
	Application	314
CHAPITRE 11	Le financement par le crédit	315
	Section 1 L'emprunt classique	315
	Section 2 L'emprunt obligataire	318

Section 3	Le crédit-bail	329
Section 4	Les garanties du crédit	332
Fiche 12	Le coût du crédit	340
Applications		342
CHAPITRE 12	Le financement par la mobilisation de créances	345
Section 1	L'escompte des effets de commerce	345
Section 2	L'affacturage	347
Section 3	La cession et le nantissement de créances professionnelles	350
Application		354
CHAPITRE 13	Les nouveaux instruments de financement	355
Section 1	Les titres complexes	355
Section 2	Les titres subordonnés	362
Fiche 13	Crédits <i>subprimes</i> et titrisation de créances douteuses	365
Application		366
PARTIE 4	Les restructurations et groupes d'entreprises	369
CHAPITRE 14	La notion de groupe et ses structures	371
Section 1	La notion de groupe et sa réalité	371
Section 2	Les structures des groupes	375
Applications		386
CHAPITRE 15	Les modalités de constitution des groupes	389
Section 1	Les structures sociétaires des groupes	389
Section 2	Les prises de participations et de contrôle	394
Section 3	Les fusions et scissions	420
Fiche 14	L'autorité des marchés financiers, gendarme de la bourse	445
Fiche 15	Les pactes d'actionnaires	446
Fiche 16	Les actions traçantes ou reflet	447
Fiche 17	Rendement, capitalisation et PER	449
Fiche 18	La société par actions simplifiée (SAS)	450
Fiche 19	La société civile (SC)	453
Fiche 20	La société en commandite par actions (SCA)	456
Fiche 21	La société en nom collectif (SNC)	459
Applications		462
CHAPITRE 16	Le cadre juridique des groupes	465
Section 1	Les aspects juridiques et sociaux	466
Section 2	Les aspects fiscaux	480
Fiche 22	OPA et salariés	484
Fiche 23	Le montage SCI/société d'exploitation	485
Application		487
CHAPITRE 17	Les autres modes de coopération interentreprises	489
Section 1	Les structures juridiques de coopération	489
Section 2	Les contrats de coopération	499

PARTIE 5	Les mutations de l'entreprise	505
CHAPITRE 18	La transmission de l'entreprise	507
Section 1	La transmission à titre onéreux de l'entreprise	507
Section 2	La transmission à titre gratuit de l'entreprise	535
Fiche 24	La transmission de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée	555
	Applications	557
CHAPITRE 19	L'entreprise en difficulté	559
Section 1	Prévention et traitement non judiciaires des difficultés de l'entreprise	559
Section 2	La sauvegarde de l'entreprise	569
Section 3	Le redressement judiciaire de l'entreprise	596
Section 4	La liquidation judiciaire de l'entreprise	603
Section 5	Les sanctions des dirigeants	613
Fiche 25	La faillite internationale	617
	Applications	619
CHAPITRE 20	La fin de l'entreprise	621
Section 1	La cessation de l'activité de l'entreprise individuelle	621
Section 2	La dissolution de la société	626
	Application	633
PARTIE 6	Les associations et les fondations	635
CHAPITRE 21	Les associations loi 1901	637
Section 1	Aspects juridiques	637
Section 2	Aspects fiscaux	650
Section 3	Aspects sociaux	658
	Applications	662
CHAPITRE 22	Les fondations	665
Section 1	La notion de fondation	665
Section 2	Les fondations abritées	666
Section 3	Les fondations reconnues d'utilité publique	667
Section 4	Les fondations d'entreprise	669
ANNEXES		
	Corrigés des applications	673
	Index	713
	Table des matières	721

Pour réussir le DCG et le DSCG

Le cursus des études conduisant à l'expertise comptable est un cursus d'excellence, pluridisciplinaire, vers lequel se dirigent, à raison, de plus en plus d'étudiants.

Dunod dispose depuis de très nombreuses années d'une expérience confirmée dans la préparation de ces études et offre aux étudiants comme aux enseignants une gamme, complète d'ouvrages de cours, d'entraînement et de révision qui font référence.

Ces ouvrages sont entièrement adaptés aux épreuves, à leur esprit comme à leur programme, avec une qualité toujours constante. Ils sont tous régulièrement actualisés pour correspondre le plus exactement possible aux exigences des disciplines traitées.

La collection Expert Sup propose aujourd'hui :

- des manuels complets mais concis, strictement conformes aux programmes nouveaux, comportant des exemples permettant l'acquisition immédiate des notions exposées, complétés d'un choix d'applications permettant l'entraînement et la synthèse ;
- des livres de cas pratiques originaux, spécialement conçus pour la préparation des épreuves ;
- la série « Réussir », spécifiquement dédiée à l'entraînement à l'examen.

Elle est complétée d'un ensemble d'outils pratiques de révision, avec la collection Express DCG, ou de mémorisation et de synthèse avec les « Petits » (*Petit fiscal, Petit social, Petit Compta, Petit Droit des sociétés...*).

Ces ouvrages ont été conçus par des enseignants confirmés ayant une expérience reconnue dans la préparation des examens de l'expertise comptable.

Ils espèrent mettre ainsi à la disposition des étudiants les meilleurs outils pour aborder leurs études et leur assurer une pleine réussite.

Jacques Saraf
Directeur de collection

Clair et bien structuré, le cours présente **toutes les connaissances au programme** de l'épreuve DSCG1.
Plus de 100 tableaux et schémas de synthèse illustrent le cours.
Les **160 exemples** de l'ouvrage permettent de comprendre et mémoriser immédiatement.

Clair et bien structuré, le cours présente **toutes les**
 Plus de 100 tableaux et schémas de synthèse illustrent le cours.
 Les **160 exemples** de l'ouvrage permettent de comprendre et mémoriser immédiatement.

Le cours

Les contrats conclus par l'entreprise

SECTION PRÉLIMINAIRE	Présentation générale
SECTION 1	La négociation des contrats
SECTION 2	Les conditions de formation et de validité des contrats
SECTION 3	La sanction des conditions de formation et de validité des contrats : la nullité
SECTION 4	La force obligatoire des contrats
SECTION 5	Les sanctions de l'inexécution des contrats
SECTION 6	Les règles spécifiques à certains contrats
APPLICATIONS	

Le contrat est un outil juridique à la disposition, notamment, des entreprises pour accomplir son activité économique.

SECTION PRÉLIMINAIRE

1. Contrats et obligations

public (dans le cadre de marchés publics),
lières qui ne seront pas envisagées dans cet ouvrage.



Les **schémas**
et **tableaux** présentent
une synthèse visuelle
des connaissances

Un **mini-sommaire** précise le plan du chapitre

Les **focus en hors-texte** approfondissent certaines notions

Toutes les références
aux **textes officiels**
et **articles de loi** —

Les **encadrés** en couleur
mettent l'accent
sur les définitions et les
notions importantes

De nombreux **exemples**
d'illustration

Les clauses statutaires

■ **Les clauses statutaires**
Il est fréquent qu'à l'intérieur même de l'objet social, les statuts brident la liberté de gestion du dirigeant en lui imposant des contrôles et procédure d'autorisation.

SUMMARY

EXEMPLE
Clause prévoyant que le directeur général ne peut emprunter une somme supérieure à 100 000 € sans avoir obtenu l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Ces clauses ne sont valables qu'à l'intérieur de la société. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, un emprunt contracté pour 150 000 € au support de cette clause, engage valablement la société. La violation de la clause constituera toutefois un acte de gestion déloyale à l'égard de la société.

POURQUOI DES DURABLES ET LE RÔLE DU COMPTABLE DES ACTES PASÉS	
SARL - SAS - SA	
Acte contraire intérêt social	- Acte non annulable - Est tenu par sa responsabilité et son auteur - Puis est comblée la déduction de son auteur
Acte sans objet social	- Acte non annulable sauf circonstance particulière de l'opération d'apport - Est tenu par la responsabilité civile et non du point de vue de l'acte - Puis est comblée la déduction de son auteur
Acte dans l'objet social mais ultra vires sans autorisation	- Acte non annulable - Puis est comblée la déduction et responsabilité de l'auteur
Acte dans l'objet social et est valable aucune objection	Acte pleinement valable sans complications internes
	SNC - Société civile
	- Acte non annulable - Est tenu par sa responsabilité et de l'auteur - Puis est comblée la déduction de son auteur
	- Acte non annulable - Puis est comblée la déduction et responsabilité de l'auteur
	- Acte non annulable - Puis est comblée la déduction et responsabilité de l'auteur
	Acte pleinement valable sans complications internes

2. Les règles spéciales

es règles spéciales

2.1 Société anonyme

Le tableau (voir pages suivantes) présente les principaux traits du statut des organes de gestion dans les trois formules de gouvernance envisageables : CA + PDG/CA + P + DG/directoire + Conseil de surveillance.

Pour le cas, fréquent, où le PCA est en même temps DG (il est alors PDG), les conditions relatives au statut et les pouvoirs décrits dans le tableau ci-après doivent se combiner.

Intérêts amicaux	Observations
Intérêts légaux	Il s'agit d'intérêts dont le taux est fixé par la loi (2,1 % en 2006) en l'appliquant à défaut d'accord contractuel sur ce taux. En principe, il couvre le compte d'épargne d'une mise en demeure (C. civ., art. 1153) ou le compte d'une <i>fiducie</i> (C. civ., art. 1153-1).
Intérêts conventionnels	Ce sont des intérêts dont le taux est fixé librement par les parties, être stipulés en vertu d'une convention de prêt ou d'un contrat de crédit. Ils peuvent aussi venir compenser la perte (dans l'indication de ces obligations par le débiteur - voir par exemple des intérêts moratoires (de retard)).
Migrations	Ce terme englobe les mouvements fiscaux ou les migrations économiques sanctionnées par un retard dans le paiement des cotisations sociales. Il s'applique aussi aux pénalités de retard liées par exemple au paiement des cotisations sociales.

REMARQUE

REMARQUE
La règle arrêtant le cours des intérêts ne s'applique qu'aux intérêts qui courent à compter du jour de l'ouverture et concernant une créance antérieure à ce jugement. Les intérêts ayant couru antérieurement à la date du jugement ne sont pas affectés par la procédure.

CAUTIONS ET COORDIGES

CAUTIONS ET COBILIGES

Les personnes physiques ayant consenti une caution ou une garantie autonome au créancier, en garantie de la dette contractée par l'entreprise en difficulté, ainsi que les coobligés de celle-ci, bénéficient de l'arrêt du cours de leur dette, dès lors que la caution ou la garantie autonome est constituée en faveur de la personne physique. Les personnes morales (telle une banque) ne sont donc pas concernées par la loi.

Comme la règle antécédente les poursuites individuelles, celle stoppant le cours de la dette profite surtout aux dirigeants qui se portent caution des engagements de la société qu'ils dirigent.

Cas des crédits d'un an et plus. Ne sont pas soumis à l'arrêt du cours des intérêts, ceux résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. On l'aura compris, le législateur veut décourager le crédit à moyen et long terme.

entend par là ne pas décourager le crédit à moyen terme.

b) Créanciers postérieurs au jugement d'ouverture

professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance.

b) - Lorsque ces créances ne sont pas payées au sinistre, à l'expiration de celles garanties par les autres assurances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-13 du Code du travail, de celles garanties par le privilège des frais de justice et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 631-11 du présent code (...).

(...). Les créances dont la créance trouve son origine dans un fait générique d'assurance (...) ont droit au privilège de procédure.

leur donnant droit à être payés à l'échéance et, à défaut de fonds suffisants, à être payés en priorité

mais son intensité dépend des personnes en présence et des circonstances propres à chaque

EXAMPLES

- L'erreur commise par la caution sur la capacité du débiteur principal à exercer une activité commerciale est excusable parce qu'il n'est pas d'usage de réclamer la production d'un casier judiciaire lors de la conclusion d'un tel contrat.
- En revanche est inexcusable le tailleur qui achète du velours d'ameublement pour confectionner des vêtements.

La minimisation de l'erreur

Moment d'appréciation de l'erreur. L'erreur n'est une cause de nullité que si elle a été commise au moment de la formation du contrat et non postérieurement.

EXAMPLE

EXEMPLE Une personne achète un terrain, situé en bordure d'un cours d'eau, afin d'y construire une maison. Elle obtient le permis de construire lui-même et l'autorité compétente délivre le permis de construire. Deux mois plus tard, à la suite d'une décision de justice, la municipalité retire le permis de construire et décide par arrêté que le terrain est classé en zone inconstructible. Le contrat n'est pas annulé pour erreur des lors que le terrain était bien constructible au jour de l'acte. Et, selon la Cour de cassation, il importe peu que l'arrêté municipal ait eu un effet rétroactif.

c) Les sanctions de l'erreur

g) Les sanctions de l'erreur La sanction de l'erreur est la nullité du contrat. Cette nullité n'opère pas de plein droit, elle n'est pas automatique, mais doit être demandée au juge qui la prononcera (voir C. civ., art. 1117). Il est donc préférable de dire que le contrat entaché d'erreur est annulable ; on dira qu'il est nul si le juge a prononcé la nullité.

Programme de l'épreuve n° 1 du DSCG

Gestion juridique, fiscale et sociale*

DURÉE DE L'ENSEIGNEMENT	NATURE DE L'ÉPREUVE	DURÉE	COEFFICIENT
(à titre indicatif) 180 heures 20 crédits européens	Épreuve écrite portant sur l'étude d'un cas ou de situations pratiques pouvant être accompagnées de commentaires d'un ou plusieurs documents et/ou d'une ou plusieurs questions	4 heures	1,5

THÈMES	SENS ET PORTÉE DE L'ÉTUDE	NOTIONS ET CONTENUS
1. L'entreprise et son environnement (50 heures)		
1.1 Éléments généraux sur les contrats	L'activité de l'entreprise a une traduction juridique usuelle par le biais des contrats. Le contrat est un outil d'organisation de la vie des affaires.	Principes fondateurs du droit des contrats La formation du contrat – conditions de formation – clauses contractuelles particulières – sanctions des conditions de formation L'exécution du contrat – les obligations à exécuter (voulues par les parties, imposées par le juge) ; interprétation du contrat – effet relatif au contrat – sanctions de l'inexécution en distinguant celles visant à l'exécution du contrat, celles visant à l'anéantissement du contrat et celles visant à la réparation de l'inexécution (responsabilité contractuelle)
1.2 La diversité des contrats	Le contrat est le support juridique de la relation qui lie l'entreprise à son client. Le transfert des risques liés à l'activité et au patrimoine de l'entreprise vers les compagnies d'assurance est une pratique largement répandue. Sont examinés les risques usuellement assurés, résultant d'actions de l'entreprise ou d'événements qu'elle subit. L'assurance-vie constitue un élément de gestion patrimoniale en tant que tel, également utilisé comme garantie de crédit. Elle répond sur le plan juridique à des règles particulières, en premier lieu du fait de son quadripartisme (assureur, souscripteur, assuré et bénéficiaire).	Le contrat de vente, le contrat d'entreprise : formation et effets Les contrats de distribution : concession et franchise Les contrats de consommation : – achat de biens ou de prestations de services : protection du consommateur, formation et exécution du contrat – le contrat de crédit à la consommation : formation et effets Le contrat d'assurance : mécanisme, formation, effets – la couverture des risques de l'entreprise par les contrats d'assurances – la gestion patrimoniale de l'entrepreneur par les contrats d'assurance-vie : conclusion, gestion et dénouement du contrat

(1) Arrêté du 8.03.2010.

THÈMES	SENS ET PORTÉE DE L'ÉTUDE	NOTIONS ET CONTENUS
1.3 Droit pénal	Dans le cadre de ses activités, l'entreprise peut mettre en cause sa responsabilité pénale. Cette dernière a pour objet l'infraction et pour but la défense sociale. La mise en œuvre de la responsabilité pénale de l'entreprise doit être entourée de nombreuses garanties tant en terme de droit substantiel qu'en terme de droit processuel. Un certain nombre d'infractions spéciales sont destinées à protéger les actionnaires mais aussi les tiers contre certains comportements des dirigeants de la société, dirigeants de droit ou dirigeants de fait.	Le droit pénal général : – les éléments constitutifs de l'infraction – la classification des infractions – l'identification de la personne responsable (l'auteur, le complice) – la peine La procédure pénale : – les actions : l'action publique, l'action civile – l'instruction préparatoire : juge et chambre d'instruction – le jugement et les voies de recours Le droit pénal spécial des affaires et des sociétés : – abus de biens sociaux – distribution de dividendes fictifs – présentation ou publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle – infractions relatives à la constitution et à la dissolution de la société, aux assemblées, au contrôle de la société, ainsi qu'aux droits sociaux et aux modifications du capital social
1.4 L'entreprise et la concurrence	L'activité de l'entreprise doit composer avec les règles de fonctionnement du marché et particulièrement le respect d'un certain équilibre entre les concurrents, de façon à assurer d'une part, la protection du marché et d'autre part, la protection des concurrents.	Le contrôle des concentrations en droit communautaire et en droit interne La réglementation des pratiques anticoncurrentielles : entente et abus de position dominante en droit communautaire et en droit interne La surveillance des comportements : action en concurrence déloyale, réglementation en matière de prix et de facturation Le droit des pratiques restrictives : revente à perte, prix imposés et pratiques discriminatoires
1.5 L'entreprise et l'administration fiscale	Dans le cadre de son activité, l'entreprise, qui est par ailleurs contribuable, doit respecter la réglementation fiscale. L'administration se réserve la possibilité de contrôler l'application de la règle par le biais des contrôles fiscaux.	Les relations avec l'administration fiscale : agrément et rescrit Les différentes formes de contrôle fiscal La vérification de comptabilité L'issue du contrôle fiscal Le contentieux et la procédure fiscale Notions sur le contentieux communautaire
1.6 L'entreprise et la dimension environnementale	L'entreprise ne peut exercer son activité en faisant abstraction, tant dans son mode de fonctionnement qu'au travers des produits ou services qu'elle commercialise, de la dimension environnementale.	Les obligations de communication des entreprises en matière d'environnement
2. Le développement de l'entreprise (20 heures)	L'entreprise qui se développe peut être confrontée à des problèmes d'adaptation de sa structure juridique à son niveau d'activité. Cette adaptation peut être de nature juridique. Le développement de l'entreprise peut nécessiter une évolution de sa gouvernance, c'est-à-dire des modes de direction de l'entreprise et des relations avec les associés ou actionnaires. On aborde ainsi la problématique du gouvernement d'entreprise. Le développement de l'activité de l'entreprise conduit celle-ci à développer ses moyens de communication mais aussi d'élaboration ou d'émission d'informations notamment sous forme numérique. L'outil informatique occupe souvent une place centrale dans la vie quotidienne de l'entreprise. L'entreprise peut également se développer hors du cadre strictement national. Cette dimension comporte de multiples retombées pour l'entreprise notamment dans la domaine fiscal.	Droit et fiscalité de : – la constitution des sociétés – la transformation des sociétés Les relations entre les dirigeants et les associés Le conseil d'administration, le directoire et le conseil de surveillance : rôle et attributions Les dispositifs permettant d'améliorer la transparence du fonctionnement des sociétés Notions essentielles de droit de l'informatique Les principales règles juridiques régissant l'utilisation de l'Internet (sites, transactions et signature électronique) Les règles d'imposition des affaires internationales : règles de territorialité, principes de traitement de la double imposition, détermination et imposition du résultat, TVA et échanges internationaux ou intracommunautaires



THÈMES	SENS ET PORTÉE DE L'ÉTUDE	NOTIONS ET CONTENUS
3. Le financement de l'entreprise (20 heures)	Les modalités de financement de l'entreprise sont multiples. Les conditions juridiques et fiscales d'obtention et d'utilisation d'une source de financement donnée font partie des paramètres de la décision de choix.	Le régime juridique et fiscal des augmentations et réductions de capital Les pactes d'actionnaires Le financement par compte courant Le financement par recours aux marchés financiers : la société cotée Le régime juridique et fiscal du financement à long et moyen terme (emprunts obligatoires, contrats de financement) Les garanties du crédit
4. De l'entreprise au groupe (40 heures)		
4.1 Les implications juridiques, fiscales et sociales de l'existence d'un groupe	L'entreprise peut être amenée à se développer par des prises de participations dans d'autres entreprises. Les entreprises concernées font alors partie d'un groupe. Le droit donne un cadre à cette réalité économique.	Droit du travail appliqué aux groupes Régimes fiscaux de groupe et traitement fiscal des opérations internes aux groupes Droit des sociétés applicable aux prises de participations et à la détention de participations dans le capital d'autres sociétés ou groupements Règles juridiques, fiscales et sociales gouvernant certains modes de coopération inter-entreprises : GIE, GEIE, location gérance, contrats d'intérêts communs
4.2 La restructuration de l'entreprise	L'entreprise est souvent partie prenante dans des opérations de restructuration qui visent à rationaliser l'organisation d'activités au sein d'un groupe ou à organiser de manière différente les activités de l'entreprise. Compte tenu des enjeux, ces opérations sont étroitement réglementées.	Le régime juridique, fiscal et social des opérations de : – fusions de sociétés – scissions de sociétés – apports partiels d'actifs – transmission universelle de patrimoine
5. La pérennité de l'entreprise (40 heures)		
5.1. L'entreprise en difficulté	Nombreuses sont les difficultés qui peuvent menacer la pérennité de l'entreprise. Le droit, en cherchant à préserver les intérêts des différents partenaires de l'entreprise, va encadrer de manière spécifique la vie de l'entreprise durant cette période.	La prévention des difficultés Le traitement des difficultés : – les procédures collectives – les sanctions Aspects de droit communautaire
5.2 La transmission de l'entreprise	L'entreprise peut être cédée, qu'elle soit exploitée sous forme d'entreprise individuelle ou sous forme sociétaire. De même, l'entreprise est un élément d'un ou plusieurs patrimoines et, à ce titre, entre dans le cadre des opérations affectant un patrimoine.	La transmission à titre onéreux de l'entreprise : – la cession de l'entreprise individuelle (vente du fonds de commerce) – la cession de droits sociaux La transmission à titre gratuit de l'entreprise : – les conséquences du décès de l'associé ou du dirigeant de l'entreprise individuelle – la donation de l'entreprise ou des droits sociaux
5.3 La disparition de l'entreprise	L'entrepreneur ou les associés peuvent décider de mettre un terme à la vie de l'entreprise.	La cessation d'activité de l'entreprise individuelle : régime juridique et fiscal La dissolution de la société : régime juridique et fiscal
6. Les associations et autres organismes à but non lucratif (10 heures)	Les associations sont présentes dans tous les domaines et certaines d'entre elles ont une activité équivalente à celle d'entreprises. La constitution et le fonctionnement des associations et des autres organismes à but non lucratif soulèvent de nombreuses questions juridiques, fiscales et sociales.	Aspects juridiques, fiscaux et sociaux des associations et autres organismes à but non lucratif

Indications complémentaires

2.1 Dans la couverture des risques de l'entreprise sont à étudier : IARD : assurance dommages, RC produits, RC exploitation, pertes d'exploitation, responsabilité du chef d'entreprise, assurances hommes-clés.

La gestion du contrat d'assurance-vie permet d'aborder les rachats et avances. Les aspects fiscaux sont à exposer.

2 Lors de l'étude du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance, on s'intéressera en particulier au rôle de chacun de ces organes en matière de qualité de l'information comptable et financière.

4.2 On étudiera, dans le cadre des opérations de restructuration, le recours à la société européenne.

5.2 Il s'agit d'aborder les aspects juridiques, fiscaux et sociaux liés à la transmission de l'entreprise. La situation familiale de la personne faisant l'opération (présence ou absence d'enfants, mariage, PACS) doit être prise en compte.

Abréviations

<i>BODACC</i>	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
<i>Cass. 1^{re} civ.</i>	Cour de cassation, première Chambre civile
<i>Cass. com.</i>	Cour de cassation, Chambre commerciale
<i>Cass. crim.</i>	Cour de cassation, Chambre criminelle
<i>C. assur.</i>	Code des assurances
<i>C. civ.</i>	Code civil
<i>C. consom.</i>	Code de la consommation
<i>C. com.</i>	Code de commerce
<i>C. trav.</i>	Code du travail
<i>CGI</i>	Code général des impôts
<i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
<i>CMF</i>	Code monétaire et financier
<i>CP</i>	Code pénal
<i>CPCE</i>	Code des postes et des communications électroniques
<i>CPI</i>	Code de la propriété intellectuelle
<i>CPP</i>	Code de procédure pénale
<i>EIRL</i>	Entreprise individuelle à responsabilité limitée ou Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
<i>EURL</i>	Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
<i>IR</i>	Impôt sur le revenu
<i>IS</i>	Impôt sur les sociétés
<i>RCS</i>	Registre du commerce et des sociétés
<i>SA</i>	Société anonyme
<i>SARL</i>	Société à responsabilité limitée
<i>SAS</i>	Société par actions simplifiées
<i>SNC</i>	Société en nom collectif
<i>SRP</i>	Seuil de revente à perte

1

PARTIE

CHAPITRE 1

CHAPITRE 2

CHAPITRE 3

CHAPITRE 4

L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE

Les contrats conclus par l'entreprise

L'entreprise et ses concurrents

La responsabilité pénale de l'entreprise et ses acteurs

Les relations de l'entreprise avec l'administration fiscale

1

CHAPITRE

Les contrats conclus par l'entreprise

SECTION PRÉLIMINAIRE	Présentation générale
SECTION 1	La négociation des contrats
SECTION 2	Les conditions de formation et de validité des contrats
SECTION 3	La sanction des conditions de formation et de validité des contrats : la nullité
SECTION 4	La force obligatoire des contrats
SECTION 5	L'inexécution des contrats
SECTION 6	Les sanctions de l'inexécution du contrat
SECTION 7	Les règles spécifiques à certains contrats
FICHE • APPLICATIONS	

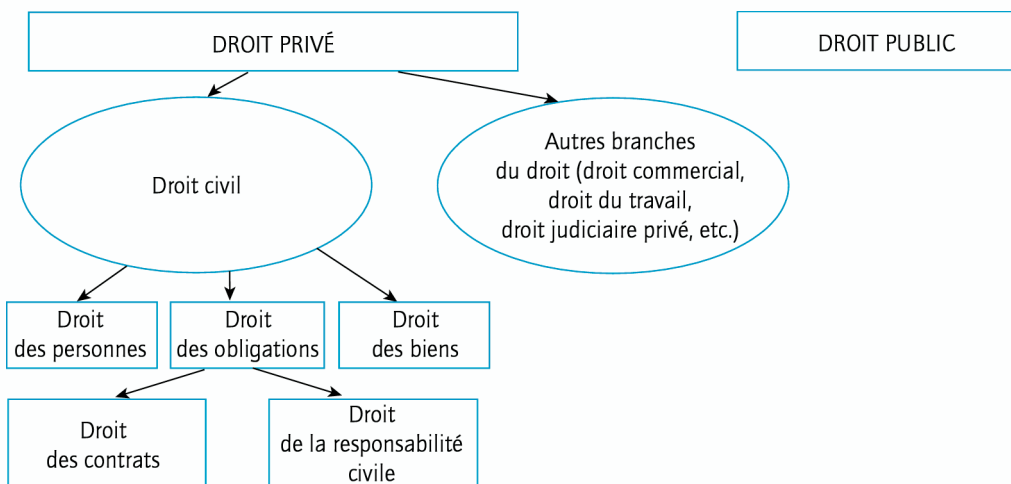
Le contrat est un outil juridique à la disposition, notamment, des entreprises. C'est par des contrats que l'entreprise accomplit son activité économique.

SECTION PRÉLIMINAIRE

PRÉSENTATION GÉNÉRALE

1. Contrats et obligations

Les règles juridiques qui gouvernent les contrats sont une partie d'un ensemble plus vaste que l'on appelle le **droit des obligations**. Le droit des obligations est une branche du droit civil, lequel constitue lui-même une branche du droit privé. Il existe des contrats de droit public (dans le cadre de marchés publics par exemple). Ils obéissent à des règles particulières qui ne seront pas envisagées dans cet ouvrage.



Définition de l'obligation. Dans un sens large, le terme « **obligation** » désigne tout ce que la loi commande de faire ou de ne pas faire. Mais, lorsque l'on dit que le droit des contrats est une partie du droit des obligations, c'est dans un sens bien spécifique, plus étroit, qu'il faut entendre le mot obligation.

Dans un sens étroit, celui évoqué lorsque l'on parle de droit des obligations, l'obligation désigne un lien de droit de nature patrimoniale entre deux personnes, en vertu duquel l'une, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une certaine prestation (payer un prix, un loyer, réparer un dommage, etc.) ou une certaine abstention (cesser de troubler les voisins, ne pas faire concurrence à son ex-employeur, etc.). L'obligation est alors un élément du patrimoine du créancier (c'est un actif pour lui), comme du débiteur (c'est un élément du passif).

Acte juridique. Le contrat est un acte juridique. Dans l'acte juridique les effets de droit sont voulus, à la différence du fait juridique. Le contrat est un accord de volonté en vue de produire des effets de droit ; il a vocation à créer des obligations civiles.

2. Définition du contrat

Article L. 1101 du Code civil. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Définition. Le contrat est un accord de volonté conclu afin de créer des obligations juridiques.

Un accord de volonté. C'est un accord de volonté, ce qui le distingue d'un acte juridique unilatéral lequel naît par la manifestation d'une seule volonté. Un contrat est donc toujours conclu entre au moins deux personnes.

En vue de créer des effets de droit. L'accord de volonté est formé dans le dessein de créer des effets de droit. Le plus souvent ces effets sont des obligations juridiques. Celles-ci sont contenues dans des clauses ; l'ensemble des clauses (ou stipulations) constitue le contrat.

3. Classification des contrats et des obligations contractuelles

3.1 Classification des contrats

Il y a plusieurs façons de classer les contrats. On ne présentera que quelques classifications, certaines énoncées par le Code civil, d'autres communément admises.

Classification	Définition
Contrat nommé et contrat innommé	Le contrat nommé est un contrat préétabli par la loi qui le régit spécialement (exemples : vente, mandat, dépôt, prêt). Le contrat innommé est celui qui ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale par la loi.
Contrat unilatéral et contrat synallagmatique	Le contrat unilatéral crée une obligation à la charge d'une partie, l'autre ne devant rien (exemples : prêt, cautionnement). Dans le contrat synallagmatique, ou bilatéral, les deux parties ont des obligations l'une envers l'autre ; les obligations sont réciproques (exemple : vente).



Classification	Définition
Contrat à titre gratuit et contrat à titre onéreux	Le contrat à titre gratuit est celui dans lequel l'une des parties fournit un avantage à l'autre sans rien attendre en retour (exemples : donation, prêt sans intérêt). Le contrat à titre onéreux est celui dans lequel une partie fournit un avantage en retour (exemple : vente, bail).
Contrat commutatif et contrat aléatoire	Le contrat est commutatif lorsque les prestations sont définitivement, et de façon certaine, déterminées au moment de la conclusion du contrat (exemple : vente, bail). Dans le contrat aléatoire, il y a une idée de jeu : une chance de gain et un risque de perte. Les prestations, ou l'une d'elles, dépendent d'un événement aléatoire (exemples : contrat d'assurance).
Contrat à exécution instantanée et contrat à exécution successive	Le contrat à exécution instantanée s'exécute en une fois, en un trait de temps (exemple : vente). Dans le contrat à exécution successive, les prestations se renouvellent dans le temps (exemples : bail, contrat de travail).
Contrat consensuel, contrat solennel et contrat réel	Le contrat consensuel est formé dès l'échange des consentements, sans qu'une quelconque formalité, comme un écrit, ait à être respectée. Le contrat solennel est un contrat formaliste : son existence et sa validité supposent, outre l'échange des consentements, l'accomplissement d'une formalité (voir <i>infra</i> , section 2). Le contrat réel est soumis à un formalisme particulier : le contrat n'est formé que lorsque la chose est remise (exemple : prêt). La catégorie des contrats réels est aujourd'hui contestée.

EXEMPLE

La vente d'un bien meuble, par exemple une voiture, est un contrat nommé, synallagmatique, à titre onéreux, commutatif, à exécution instantanée, et consensuel.

3.2 Classification des obligations contractuelles

Classification selon le contenu. Le Code civil distingue les obligations de donner, de faire et de ne pas faire (C. civ., art. 1101 et 1136 et suivants). L'obligation assumée par le vendeur de délivrer la chose est une **obligation de donner**, comme celle du locataire de payer le prix. L'obligation de l'entrepreneur de construire un immeuble constitue une **obligation de faire**, comme celle du salarié d'accomplir son travail. L'obligation de non-rétablissement stipulée dans la vente d'un fonds de commerce et à la charge du vendeur, est une **obligation de ne pas faire**.

Classification selon l'exécution attendue par le créancier. On distingue entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Cette distinction a été proposée par la doctrine puis adoptée par la jurisprudence.

Comme son nom l'indique, l'**obligation de résultat** a pour objet un résultat déterminé. L'obligation n'est considérée comme correctement exécutée que si le résultat est atteint, par exemple, dans le contrat de transport de chose, faire parvenir la chose transportée sans avarie. L'**obligation de moyens** est celle par laquelle le débiteur s'engage seulement à employer les moyens appropriés dans une tâche à accomplir, à faire de son mieux. Il est tenu de rechercher le résultat mais pas d'obtenir ce résultat. Il en est ainsi dans le contrat de soins : le médecin n'est pas tenu de guérir, mais de mettre tous les moyens existants en l'état de la science pour guérir.

4. Droit commun des contrats et droits spéciaux

Article 1107 du Code civil. Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

Le droit des contrats est composé de règles communes à tous les contrats de droit privé. C'est ce que l'on appelle le droit commun des contrats. Il figure dans le Code civil et sera expliqué dans les cinq prochaines sections du présent chapitre.

Le droit des contrats est aussi composé de règles spécifiques à tel ou tel contrat. Par exemple le contrat de vente fait l'objet de règles qui lui sont propres inscrites dans le Code civil. Lui sont donc applicables les règles communes et les règles spéciales. Si les deuxièmes dérogent aux premières, ce sont les règles spéciales qui priment. Les règles propres aux contrats de vente, d'entreprise, de consommation et d'assurance feront l'objet d'une étude dans la sixième section du présent chapitre.

5. Principes généraux gouvernant les contrats

L'autonomie de la volonté. Nombre de juristes estiment que la création du contrat et les effets qu'il produit reposent sur un principe philosophique, le principe de l'autonomie de la volonté. La volonté individuelle serait la seule source possible du contrat parce que cette volonté serait autonome, c'est-à-dire suffisamment puissante pour se créer sa propre loi, sa propre règle. Le dogme de l'autonomie de la volonté se traduirait par certains principes que l'on trouve dans le Code civil : le principe du consensualisme, le principe de la liberté contractuelle, celui de la force obligatoire du contrat et le principe de l'effet relatif des contrats.

Le consensualisme. Un contrat est valablement formé par le seul échange des consentements, sans que l'accomplissement de formalités ne soit nécessaire. C'est la règle (voir *infra*, section 2).

La liberté contractuelle. Nul ne peut être contraint de contracter. Toute personne est libre de choisir son contractant comme de fixer le contenu du contrat.

Les atteintes à cette liberté se sont multipliées. Elles émanent de la loi et s'expliquent par l'existence, en pratique, de contrats d'adhésion où seule une partie (celui qui est économiquement le plus puissant) est véritablement libre. L'autre ne fait qu'adhérer à un contrat préétabli qui, le plus souvent est un contrat type. En pareille hypothèse, la volonté ne permet pas l'équilibre, d'où l'intervention de la loi. C'est le cas pour des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

La force obligatoire du contrat. Dès lors que les conditions de validité sont réunies, le contrat a une force comparable à une loi : il s'impose aux parties comme, du reste, au juge (voir *infra*, section 4).

L'effet relatif du contrat. Le contrat ne produit des effets qu'entre les parties qui l'ont conclu. Il n'oblige que ces parties. Son effet est relatif en ce sens que les tiers ne sont pas tenus par les obligations contenues dans le contrat (voir *infra*, section 4).

SECTION 1

LA NÉGOCIATION DES CONTRATS

Définition. Les négociations, ou pourparlers, désignent un échange entre deux ou plusieurs personnes de propositions et contre-propositions tendant à la conclusion d'un contrat définitif. Il s'agit donc d'une période de discussion, orientée vers la conclusion d'un contrat, mais sans que cette conclusion soit certaine.

Pratique. La grande majorité des contrats ne sont pas négociés, notamment lorsqu'ils sont conclus entre un professionnel et un consommateur, celui-ci ne faisant qu'adhérer à un acte pré-rédigé par celui-là. Entre professionnels les négociations sont fréquentes.

FORMES DE NÉGOCIATIONS

On distingue en pratique deux types de négociations. Soit aucun cadre conventionnel n'est fixé et les négociations sont libres. Soit les discussions relatives à la conclusion d'un contrat futur sont encadrées par des conventions de négociation. Ces conventions préparatoires fixent les règles de négociations, notamment la confidentialité des informations échangées ou encore l'exclusivité de la négociation avec le seul partenaire. Parfois, lorsque les négociations sont longues, les intéressés notent les points sur lesquels ils sont tombés d'accord, sous la forme de lettre d'intention ou de protocole d'accord.

Difficultés. Cette période d'élaboration d'un contrat qui n'existe pas encore pose plusieurs questions juridiques. On s'intéressera à deux d'entre elles, les plus importantes en pratique : l'auteur de la rupture de pourparlers engage-t-il sa responsabilité civile ? À quel moment le contrat négocié devient-il contrat définitif, créateur d'obligations ?

Le Code civil ne donne pas de réponses puisqu'il ne prévoit pas de dispositions relatives aux négociations. On se référera alors à la jurisprudence.

1. La rupture unilatérale des négociations

1.1 Le principe : la liberté de rupture unilatérale des négociations

Liberté. Les parties n'ont pas l'obligation de conclure le contrat négocié, même lorsque les pourparlers sont encadrés par des conventions préparatoires. Dans cette dernière hypothèse, l'obligation n'est que de moyens.

Le principe est donc la liberté de rupture des négociations. Une partie peut seule sortir des pourparlers sans avoir à obtenir l'accord de son partenaire. La règle découle directement du principe de la liberté contractuelle et, plus précisément, de la liberté de ne pas contracter.

Liberté contrôlée. Cependant, le juge contrôle cette liberté. Il la surveille, que les pourparlers soient encadrés par des contrats préparatoires ou en dehors de tout encadrement. Le contentieux relatif à la rupture unilatérale des négociations concerne surtout la responsabilité civile de l'auteur de la rupture.

1.2 Les conditions de la responsabilité civile de l'auteur de la rupture

Une faute. La rupture des négociations est libre. Aussi, le demandeur n'obtiendra indemnisation que s'il rapporte la preuve d'une faute de son partenaire. La faute est évidente lorsque l'auteur de la rupture a eu l'intention de nuire à celui qui la subit, par exemple dans le dessein de l'empêcher de négocier avec autrui et lui faire, de la sorte, manquer un marché.

La faute est aussi constituée lorsque la rupture n'est pas loyale. La rupture ne doit pas être abusive c'est-à-dire être exercée de mauvaise foi. Il ressort des décisions de justice que cela se traduit par le devoir de mener les négociations avec transparence, sincérité, persévérance et sérieux.

EXEMPLE

Un commerçant demande au titulaire d'une marque l'obtention d'une licence d'exploitation en lui proposant d'y associer un sous-traitant. Après quatre mois de négociations, le concédant adresse au commerçant un projet de contrat comptant 40 pages. Puis, le concédant décide de conclure directement avec le sous-traitant présenté par le commerçant, sans en avertir ce dernier et en lui faisant croire, pendant un mois, que le contrat de licence allait être conclu. La rupture des pourparlers par le concédant a été jugée fautive car déloyale. Le concédant a été condamné à réparer le préjudice subi par le commerçant qui, pendant un mois, a continué à déployer ses efforts inutilement ; préjudice évalué à 30 000 euros.

Un préjudice. La victime qui souhaite obtenir réparation par l'allocation de dommages et intérêts doit démontrer un préjudice direct et certain. Le préjudice peut être moral, lorsque par exemple la réputation commerciale de la victime est atteinte. Le plus souvent le préjudice invoqué est matériel. La victime souhaite obtenir le remboursement des frais de négociation qu'elle a engagés (études préalables, frais de déplacement...).

LA VICTIME DE LA RUPTURE PEUT-ELLE OBTENIR INDEMNISATION DU GAIN MANQUÉ ?

La jurisprudence traduit le gain manqué par la perte d'une chance soit de conclure des contrats dans l'avenir du fait d'une atteinte à la réputation, soit de négocier et conclure avec un tiers. C'est un préjudice indemnisable. La perte d'une chance de réaliser des bénéfices escomptés de la conclusion du contrat négocié est-elle indemnisable aussi ? La Cour de cassation répond par la négative en l'absence « d'accord ferme et définitif ». Elle juge qu'un tel gain manqué est sans **lien de causalité** avec la rupture. La décision est parfaitement justifiée puisque le préjudice invoqué ne découle pas de la faute commise, mais du refus de contracter lequel ne constitue pas une faute.

2. Le moment de formation définitive du contrat négocié

Problématique. Les négociations consistant en une discussion basée sur des propositions et contre-propositions, à partir de quel moment doit-on considérer que le contrat négocié devient définitif, conclu ? Pareille question revient à s'interroger sur le **processus contractuel** ou, dit autrement, à la **genèse du contrat**.

Le Code civil ne répond pas à la question, de sorte qu'il n'existe pas de loi commune à tous les contrats. La loi pour la confiance en l'économie numérique, du 21 juin 2004, a introduit dans le Code civil quelques dispositions relatives à la formation des **contrats sous forme**

électronique, mais ces textes sont propres aux contrats conclus par voie électronique (voir *infra*, chapitre 7, section 2).

La réponse ressort alors de la jurisprudence. À partir de quel moment doit-on considérer que le contrat négocié devient définitif, conclu ?

Solution. Le contrat est définitivement formé lorsqu'une offre a rencontré une acceptation à propos des éléments essentiels du contrat négocié.

2.1 Les éléments essentiels du contrat négocié

Éléments objectifs. Les éléments essentiels dépendent d'abord de la nature du contrat dont est recherchée la conclusion. Par exemple, dans la vente les éléments essentiels sont la chose et le prix. C'est la loi qui le prévoit (C. civ., art. 1583). Ce sont des éléments objectivement essentiels : les mêmes pour toutes les ventes.

Toutefois, la loi n'édicte pas toujours les éléments essentiels de tel contrat. Ils ne peuvent pas, par ailleurs, être définis par la loi s'agissant de contrats innomés. Aussi, c'est la jurisprudence qui, le plus souvent, précise les éléments objectivement essentiels de tel ou tel contrat.

Éléments subjectifs. Les éléments essentiels du contrat en pourparlers peuvent aussi être subjectifs, c'est-à-dire dépendre de la volonté d'au moins l'une des parties. Ce sont les éléments qui apparaissent importants aux yeux de l'une des parties, et non pas simplement accessoires. Ils doivent être considérés comme essentiels dès lors que l'autre partie en a eu connaissance. Par exemple, les modalités de paiement du prix peuvent être importantes pour l'une des parties ; la rencontre de l'offre et de l'acceptation sur ce point sera alors nécessaire dès lors que l'autre partie en aura eu connaissance.

2.2 L'offre

Définition. L'offre, appelée aussi pollicitation, consiste en une proposition ferme de conclure un contrat à des conditions déterminées, de telle sorte que son acceptation suffit à la formation de celui-ci. L'offre doit être précise et ferme dans ses éléments essentiels. À défaut, il ne s'agit que d'une invitation à entrer en négociation.

Une offre ferme et précise. L'offre est précise lorsque ses éléments sont déterminés. La fermeté désigne l'absence de réserves.

Forme de l'offre. L'offre peut être expresse, émanant d'un écrit ou de la parole, ou tacite, résultant alors du comportement (par exemple, exposer des produits en vitrine d'un magasin).

Révocation de l'offre. Une fois émise, l'offre peut-elle être révoquée par son auteur, dès lors qu'elle n'a pas fait l'objet d'une acceptation ?

Dans l'hypothèse où l'offre prévoit elle-même sa durée de vie, elle prend fin au terme de cette durée et le pollicitant ne peut pas la révoquer par anticipation. La jurisprudence est ancienne et constante. Dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a jugé que, si l'auteur de l'offre s'engage à ne pas la retirer avant une certaine date, sa rétractation durant le délai stipulé, même avant l'acceptation, n'a aucune valeur juridique (Cass. 3^e civ., 7 mai 2008, pourvoi n° 07-11.690). Il semble en ressortir que l'acceptation dans le délai aurait pour effet de former définitivement le contrat, malgré la rétractation.

Si, au contraire, aucune durée n'est prévue, les tribunaux jugent que l'offre ne vaut que dans la limite d'un délai raisonnable, qu'elle soit adressée semble-t-il au public ou à une personne précise. Elle ne peut donc être révoquée qu'au terme de ce délai. Celui-ci dépend des circonstances.

EXEMPLES

A été jugé tardive l'acceptation 15 jours après l'offre de vente d'un fonds de commerce. A été jugé non tardive l'acceptation dans les cinq semaines suivant l'offre compte tenu de la nature du bien (un immeuble) et de la qualité de l'acquéreur qui devait consulter son conseil d'administration pour obtenir le consentement à l'acquisition.

2.3 L'acceptation

Définition. L'acceptation est l'expression de l'intention définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant, et à ces conditions seulement. La formation du contrat suppose ainsi une concordance exacte entre l'offre et son acceptation.

a) La forme de l'acceptation

Le silence ne vaut pas acceptation. L'acceptation, comme l'offre, peut être expresse ou tacite. Le silence gardé par une personne à une offre ferme et précise formulée par le pollicitant vaut-elle acceptation ? En principe le silence ne vaut pas acceptation. En droit, « qui ne dit mot, ne consent pas » parce que le silence est équivoque.

EXEMPLE

Il a été jugé que l'expédition répétée d'une publication périodique ne pouvait donner naissance à un abonnement même si l'expéditeur avait indiqué qu'à défaut de refus, le destinataire serait considéré comme abonné. Du reste, cette pratique, dénommée vente par envoi forcé est aujourd'hui une infraction pénale (contravention).

Exceptions. Le principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation supporte plusieurs exceptions. La première est liée à la volonté : les parties peuvent prévoir que le silence vaudra acceptation (cas de la tacite reconduction).

Il existe enfin une exception jurisprudentielle. La Cour de cassation juge que le silence vaut acceptation dès lors que les circonstances lui confèrent la signification d'un consentement sans équivoque. Elle admet ainsi le silence valant acceptation du fait de certaines circonstances.

EXEMPLE

Un propriétaire demande un permis de construire sur sa parcelle. Le préfet lui enjoint de faire réaliser préalablement aux travaux une opération préventive de fouilles archéologiques. Le propriétaire demande un devis à l'Association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN). Il n'a jamais retourné, ni signé ce devis. Les travaux sont malgré tout réalisés par l'AFAN, mais le propriétaire refuse de payer le prix affirmant ne pas avoir accepté le devis. Il est jugé que son silence vaut acceptation au motif, notamment, qu'il n'avait pas d'autre choix que de faire réaliser l'opération de fouille préventive et que l'arrêté enjoignant la réalisation desdites fouilles avait été signé au visa d'une convention conclue par l'État et l'AFAN.

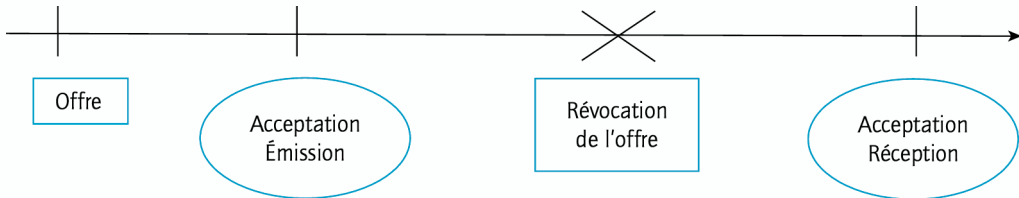
b) Les effets de l'acceptation

■ Le moment de conclusion des contrats conclus à distance

Présentation. La distance qui peut séparer les parties pose deux questions : en quel lieu et à quel moment le contrat se forme-t-il ? Pour répondre à ces questions, il faut en poser une autre qui permet de préciser le problème juridique : l'accord de volonté (ou échange des consentements) se réalise-t-il par l'émission de l'acceptation ou par la réception de cette acceptation par l'offrant ?

Intérêts de la question. Les intérêts sont multiples. On n'en dira qu'un exemple : l'efficacité de la révocation de l'offre. Le pollicitant a la possibilité de révoquer son offre tant que celle-ci n'a pas été acceptée (voir *supra*). L'hypothèse est celle où la révocation a lieu entre l'émission de l'acceptation par l'acceptant et la réception de cette acceptation par l'offrant. Si l'on retient l'émission comme moment de la conclusion du contrat, il en résulte que la révocation n'est pas efficace : elle est tardive, postérieure à la formation de l'acte. À l'inverse, si l'on retient la théorie de la réception, la révocation est efficace.

Illustration de l'hypothèse :



Solution. Le Code civil ne donne pas de solution commune à tous les contrats. Il est donc conseillé de prévoir dans l'offre que la formation aura lieu, par exemple, à réception de l'acceptation. Lorsque rien n'est prévu par le pollicitant, la solution est jurisprudentielle. Après quelques hésitations, la Cour de cassation s'est prononcée clairement en faveur du système de l'émission (Cass. com., 7 janv. 1981, pourvoi n° 79-13.499).

■ Le report du moment de conclusion définitive du contrat

Principe. En principe, une fois l'acceptation émise, le contrat est conclu et l'acceptant ne peut se désister.

Faculté de dédit. Les parties peuvent déroger à ce principe en stipulant dans leur accord une clause de dédit. Pareille clause autorise l'une des parties à se dédire, généralement en contrepartie d'une somme d'argent (appelée arrhes dans la vente).

Protection des consommateurs. Le législateur est venu déroger au principe précité dans le but de protéger le consommateur acceptant, lorsque l'offre émane d'un professionnel. Dans certains cas, limitativement énumérés par le Code de la consommation, le consommateur dispose d'un délai de réflexion ou d'un délai de rétractation (voir *infra*, section 6).

SECTION 2

LES CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DES CONTRATS

Article 1108 du Code civil. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

- Le consentement de la partie qui s'oblige ;
- Sa capacité de contracter ;
- Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
- Une cause licite dans l'obligation.

Nullité. Un contrat qui est né par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, mais dont les conditions énoncées à l'article 1108 du Code civil ne sont pas réunies encourt la nullité, c'est-à-dire l'anéantissement (voir *infra*, section 3). C'est dire qu'il s'agit de conditions de validité du contrat.

1. La capacité de contracter

Article 1123 du Code civil. Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

Article 1124 du Code civil. Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :

- Les mineurs non émancipés ;
- Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code.

Article 1125 du Code civil. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté.

Définition. La **capacité** désigne l'aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à exercer ceux-ci. Elle constitue l'un des attributs fondamentaux de la personnalité juridique. L'incapacité à être titulaire de droit est appelée **incapacité de jouissance** ; l'incapacité à exercer soi-même les droits dont on est titulaire est appelée **incapacité d'exercice**.

Principe de capacité. Le principe est clairement affirmé par l'article 1123 du Code civil : toute personne a la capacité de contracter.

Dérogations au principe. Les dérogations au principe, que l'on appelle incapacités, s'expliquent, soit par le statut de la personne concernée (personne mineure par exemple), soit par la particularité d'une situation ou la nature du contrat en cause.

En général, les dérogations fondées sur le statut de la personne sont des incapacités d'exercice, tandis que celles fondées sur la particularité d'une situation contractuelle sont des incapacités de jouissance.

1.1 Les incapacités d'exercer le droit de contracter

Notion. L'incapacité d'exercice désigne l'incapacité d'une personne à exercer elle-même son droit de contracter. Cette personne est titulaire du droit de contracter mais ne peut pas l'exercer elle-même, de sorte qu'elle doit être soit assistée d'une tierce personne, qui agira à ses côtés, soit représentée par un tiers, qui agira en son nom et à sa place.

Le plus souvent, ces incapacités s'expliquent par le souci du législateur de protéger l'incapable contre lui-même en raison de sa faiblesse supposée ou établie, due à son jeune âge ou à l'altération de ses facultés.

Les mineurs. La personne mineure, c'est-à-dire de moins de dix-huit ans et non émancipée (l'émancipation résulte soit du mariage, soit d'une décision du juge des tutelles à partir de seize ans), est incapable de conclure elle-même tout contrat. Elle ne peut passer contrat que par l'intermédiaire d'un représentant. Ce dernier peut être l'administrateur légal, c'est-à-dire la mère et/ou le père du mineur, ou le juge des tutelles lorsque les parents sont décédés ou déchus de l'autorité parentale. Pour plus de clarté on distinguera selon l'importance du contrat en cause :

- les contrats de la vie courante, ce que l'on passe tous les jours, portant donc sur une somme modeste, peuvent être conclus par le mineur seul. L'usage contredit ici son incapacité d'exercice. Toutefois, ces contrats encourent la nullité s'ils ont été conclus à des conditions lésionnaires pour le mineur non émancipé (C. civ., art. 1305) ;
- les contrats passés pour entretenir un bien (actes de conservation) ou en effectuer la gestion courante (actes d'administration, par exemple la location du bien), de même que les actes d'aliénation de meubles d'usage courant (C. civ., art. 456) peuvent être conclus par l'un des parents seul, en cas d'administration légale, ou par le juge des tutelles, en cas de tutelle. Si pareils contrats sont passés par le mineur seul, ils encourent la nullité en cas de lésion du mineur ;
- les contrats portant aliénation d'un bien du mineur (actes de dispositions), autres qu'un meuble d'usage courant, doivent être conclus par les deux parents, en cas d'administration légale. Si l'un des parents n'est pas d'accord, l'autre peut demander l'autorisation au juge des tutelles. En cas de tutelle, ces actes doivent être conclus par le juge des tutelles avec l'accord du conseil de famille. L'inobservation de ces règles est sanctionnée par la nullité du contrat, quand bien même ne serait-il pas lésionnaire pour le mineur ;
- enfin, la conclusion d'actes de disposition graves, dont la liste est fournie à l'article 389-5 du Code civil, notamment l'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, doivent toujours être autorisés par le juge des tutelles, même si les parents sont d'accord.

Actes à conclure	Système de représentation		
	Administration légale	Tutelle	Sanction
Contrats de la vie courante	Par le mineur seul	Par le mineur seul	Nullité si lésion
Contrats pour la conservation et l'administration des biens	Par l'un des parents seul	Par le juge des tutelles seul	Nullité si lésion (si acte passé par le mineur seul)
Contrats de disposition des biens	Par les deux parents ou l'un des parents avec l'autorisation du juge des tutelles	Par le juge des tutelles avec l'autorisation du conseil de famille	Nullité
Contrats de disposition grave	Avec l'autorisation du juge des tutelles	Par le juge des tutelles avec l'autorisation du conseil de famille	Nullité

Les majeurs incapables. Est protégé par la loi le majeur « dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés

mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté » (C. civ., art. 425). Le Code civil prévoit plusieurs régimes de protection :

- la **tutelle** concerne les majeurs les plus atteints. La représentation par un tuteur est nécessaire ;
- la **curatelle** permet au majeur de conclure des actes de disposition dès lors qu'il est assisté d'un curateur. Il peut en revanche passer seul les actes de la vie courante et ceux d'administration ;
- le majeur mis provisoirement sous **sauvegarde de justice**, avant que d'être placé éventuellement en tutelle ou curatelle, peut conclure des contrats seul. Il n'est pas incapable puisqu'il conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, le contrat conclu peut être rescindé en cas de lésion subie par le majeur ou réduit en cas d'excès. Seul le majeur protégé est en droit d'exercer ces actions, lesquelles se prescrivent par cinq ans (C. civ., art. 435).

1.2 Les incapacités de jouir du droit de contracter

Notion. L'incapacité de jouissance désigne l'inaptitude d'une personne à être titulaire de droits. Une telle personne ne peut donc pas contracter, ni seule ni avec l'assistance ou la représentation d'un tiers. De l'incapacité de jouissance découle l'incapacité d'exercice, puisqu'une personne ne peut pas exercer des droits qu'elle ne possède pas. Les incapacités de jouissance sont toujours spéciales, ce qui signifie qu'elles ne portent que sur certains contrats ou certaines situations contractuelles.

Le législateur n'entend pas ici protéger la personne frappée d'incapacité mais, au contraire, celle avec laquelle elle entendrait conclure.

EXEMPLES

- Interdiction de consentir une libéralité à un ancien tuteur tant que le compte de la tutelle n'a pas été préalablement rendu et apuré (C. civ., art. 907).
- Interdiction pour les personnels de maison de retraite d'acquérir un bien d'un pensionnaire, sauf autorisation de justice (C. civ., art. 1125-1).
- Interdiction pour les commissaires aux comptes de conclure un contrat de travail avec une entreprise qu'ils ont été chargés de contrôler dans un passé récent (voir C. pén., art. 432-12).

2. La forme du consentement

Le contrat se conclut par le seul échange des consentements. C'est le principe du consensualisme. Il ne présente pas toujours que des avantages, c'est pourquoi notre droit n'a jamais totalement exclu le formalisme.

2.1 Le principe du consensualisme

Notion. Un **contrat consensuel** est un acte juridique qui peut être conclu sous une forme quelconque. Est consensuel, un contrat pour la conclusion duquel la loi n'exige pas l'accomplissement de formalités ; c'est une autre façon de le dire.

C'est à partir du ^{xv}e siècle, avec l'influence du droit canonique (droit élaboré par des religieux), que va s'imposer l'idée selon laquelle le contrat peut être valablement formé par le seul échange des consentements, sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire. Loysel traduisait le **principe du consensualisme** dans une formule célèbre : « On lie les bœufs par les cornes et

les hommes par la parole ». Il faut donc récuser l'opinion courante selon laquelle il n'y a pas de contrat sans écrit ou encore selon laquelle on ne conclut pas un contrat, on le signe. Cette opinion est fausse. On peut même se passer du verbe, le comportement peut suffire.

Avantages et inconvénients

- *Avantages* : Triomphe du respect de la parole donnée, donc de la morale ; sur le plan économique, c'est un gain de temps.
- *Inconvénients* : Difficultés de preuve ; risque de s'engager à la légère ; absence de protection des tiers, des créanciers notamment. Ce sont ces inconvénients qui expliquent les limites du consensualisme que l'on appelle le formalisme.

2.2 Les limites au consensualisme : formalisme

Notion. Le **formalisme** désigne l'exigence légale de formalité pour la formation du contrat, par exception au principe du consensualisme. Seul un texte spécial peut donc imposer une exigence de forme.

Les objectifs poursuivis par le législateur, qui crée un texte spécial, doivent être distingués parce qu'ils montrent l'existence de plusieurs types de formalisme. Il peut s'agir de faire prendre conscience aux parties de l'importance de l'acte qu'elles vont conclure ou encore de véhiculer certaines informations. En ce cas le formalisme touche directement le consentement de contractant. L'objectif peut être uniquement probatoire. L'exigence de forme devient nécessaire pour pouvoir prouver. Il peut s'agir enfin de protéger les tiers : l'accomplissement de formalités permettra de les informer de l'existence d'un acte.

a) Les contrats solennels

Définition. Les **contrats solennels** sont ceux dont le formalisme, imposé par un texte spécial, constitue une condition de validité. La sanction est la nullité du contrat. On parle aussi de **formalisme substantiel**.

C'est l'exigence légale d'une forme particulière (à titre de validité) qui permet de dire qu'un contrat est solennel. Si les parties décident d'établir un écrit, alors que la loi ne leur impose pas, il s'agit d'un contrat consensuel.

Acte notarié ou acte authentique. Pour les contrats que le législateur estime particulièrement graves, le formalisme se traduit par l'exigence d'un acte écrit passé devant notaire, c'est-à-dire un acte notarié, dit aussi authentique. Il s'agit de faire prendre conscience aux parties de l'importance du contrat qu'elles vont conclure.

EXEMPLES

- La donation est un contrat qui doit être passé devant notaire, à peine de nullité (C. civ., art. 931). La jurisprudence admet toutefois, dans une certaine mesure, la validité des dons manuels, c'est-à-dire effectués de la main à la main, de même que les donations déguisées et celles indirectes.
- Le contrat de mariage est également soumis, à peine de nullité, à l'exigence d'un acte notarié (C. civ., art. 1394), de même que la vente d'immeuble à construire (CCH, art. L. 261-11) ou le contrat de location-accession à la propriété (L. 12 juill. 1984, art. 4).

Acte sous seing privé. Pour d'autres contrats, la loi exige, à peine de nullité aussi, un écrit non notarié, c'est-à-dire un acte sous seing privé (écrit établi et signé par les parties elles-mêmes, sans intervention d'un notaire).

EXEMPLE

Un écrit ordinaire est exigé, à peine de nullité, pour la convention d'indivision (C. civ., art. 1873-3), le contrat d'apprentissage (C. trav., art. L. 6222-4) ou encore la cession de brevet d'invention (CPI, art. L. 613-8).

Formalisme informatif. À partir de la deuxième moitié du XX^e siècle, l'exigence d'un écrit est le plus souvent accompagnée d'une exigence de **mentions obligatoires** devant figurer dans le contrat. L'objectif est d'informer l'un des cocontractants, que le législateur estime en position de faiblesse (le consommateur par exemple), afin d'éclairer son consentement.

EXEMPLES

Vente d'immeuble à construire ; location-accession à la propriété ; vente de fonds de commerce (C. com., art. L. 141-1) ; contrat de promotion immobilière (CCH, L. 222-3) ; contrat d'enseignement à distance (C. éduc., art. L. 444-7 et L. 444-8) ; contrats conclus par voie de démarchage à domicile (C. consom., art. L. 121-23) ; crédit mobilier (C. consom., art. L. 311-10 et s.) ou immobilier (C. consom., art. L. 312-7 et s.) ; contrat d'assurance-vie (C. assur., L. 132-5-1) ; contrat de travail à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-12).

Sanctions. Le plus souvent la sanction de l'exigence d'un écrit est la nullité du contrat (exemple, CPI, art. L. 613-8, pour la cession de brevet) et c'est dans ce cas que l'on parle de contrat solennel. Mais il existe des sanctions particulières, plus adaptées à la situation illicite. Par exemple le contrat de travail à durée déterminée qui n'est pas établi par écrit sera réputé conclu à durée indéterminée.

La nullité, comme sanction de l'exigence d'un écrit, est souvent indiquée par la loi. C'est aussi parfois le cas dans l'hypothèse de défaut de mentions obligatoires pourtant exigées (formalisme informatif). D'autres fois cependant, une loi exige un écrit pour tel contrat et/ou des mentions devant obligatoirement être stipulées, mais n'indique pas la sanction. La nullité s'impose-t-elle ? Si l'exigence légale est celle d'un écrit, se pose la question de savoir, dans le silence du texte, si l'écrit est exigé uniquement à titre de preuve (*ad probationem*) ou comme condition de validité (*ad validitatem*). Si l'exigence légale est celle de mentions informatives, la question est de savoir si la sanction est la nullité automatique ou s'il est encore nécessaire de démontrer un vice du consentement. Ce sont les tribunaux qui tranchent.

EXEMPLE

À propos du contrat d'assurance, il est de jurisprudence constante que l'écrit exigé par le Code des assurances (art. L. 112-3) n'est qu'une condition de preuve, de sorte que le contrat n'encourt pas la nullité à défaut d'écrit.

b) Les contrats réels

Aujourd'hui la catégorie des contrats réels est contestée par une partie de la doctrine. Mais la Cour de cassation continue, dans l'ensemble, à appliquer la notion traditionnelle de contrat réel. Ces contrats ne se forment pas par le simple échange des consentements mais exigent la remise de la chose objet de l'obligation (voir *supra*, section préliminaire).

c) Le formalisme probatoire

Atténuation au principe du consensualisme. Lorsqu'un écrit n'est pas exigé par la loi à titre de validité, mais à titre de preuve, il ne s'agit pas d'une exception au principe du

consensualisme, mais d'une atténuation. Pour autant, il ne faudrait pas négliger l'importance de la preuve : un droit valable qui ne pas être prouvé est inefficace. Il est vrai cependant que le problème de la preuve ne surgit qu'en cas de contestation.

Preuve des actes juridiques. Il est de principe que la preuve des actes juridiques doit être rapportée par un écrit constitué avant la contestation. C'est dire qu'à défaut d'écrit, le contrat ne peut pas être prouvé par témoignage ou présomption, quand bien même serait-il valable.

Ce principe supporte des exceptions, dont on ne donnera qu'un exemple ici, car l'étude de la preuve relève de la théorie générale du droit. La preuve est libre – ce qui veut dire qu'elle peut être rapportée par tous moyens et pas seulement un écrit – lorsque le montant sur lequel porte le contrat est inférieur à une somme fixée par décret (C. civ., art. 1341). Depuis un décret du 20 août 2004, ce seuil est de 1 500 euros.

d) Le formalisme de publicité

Atténuation au principe du consensualisme. Le législateur exige parfois l'accomplissement de formalités afin d'assurer la publicité d'un acte, de sorte que ce dernier soit porté à la connaissance des tiers et qu'il soit opposable à ces personnes. Ici, le formalisme n'est pas une condition de validité, mais une condition d'opposabilité du contrat aux tiers. Autrement dit, en cas de non-respect de l'exigence formelle, le contrat demeure valable entre les parties, mais il est inefficace à l'égard des tiers. Il ne s'agit donc pas d'une véritable exception au principe du consensualisme, mais d'une atténuation.

Inopposabilité. L'inopposabilité de l'acte aux tiers signifie que les contractants ne peuvent pas se prévaloir de l'existence du contrat à l'égard des tiers, notamment des créanciers. Ces derniers peuvent ignorer l'acte et ses effets.

EXEMPLE

Le contrat de vente portant sur un immeuble est consensuel, mais son opposabilité aux tiers est conditionnée par la publicité de cette vente à la conservation des hypothèques (on parle de publicité foncière), ce qui suppose au préalable l'établissement d'un acte notarié. À défaut, l'acheteur ne pourra pas se prévaloir à l'égard des tiers de sa qualité de propriétaire. Et, si le vendeur, indélicat, a vendu une deuxième fois le même immeuble, le second acquéreur prévaudra sur le premier dès lors qu'il aura effectué les formalités de publicité.

3. La qualité du consentement

Article 1109 du Code civil. Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

Article 1117 du Code civil. La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre.

Si la rencontre d'une offre et d'une acceptation constitue le schéma de la création du contrat, il faut encore, pour que cette création puisse produire des effets de droit, que les consentements échangés soient intègres c'est-à-dire non viciés. La loi exige un minimum d'intégrité et non des consentements totalement intègres. Elle prévoit trois vices du consentement pouvant donner lieu à la nullité du contrat : l'erreur, le dol et la violence.

3.1 L'erreur

Article 1110 du Code civil. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

Notion. L'erreur est une appréciation inexacte de la réalité. Elle consiste à croire vrai ce qui est faux ou à croire faux ce qui est vrai. En matière contractuelle, l'erreur commise par l'une des parties sur un élément du contrat lors de la formation de celui-ci, confère à l'*errans* (celui qui a commis l'erreur) une action en nullité. L'erreur doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat.

Erreur et stabilité contractuelle. L'étendue de l'erreur comme cause de nullité du contrat est limitée, de façon à trouver le point d'équilibre entre les impératifs de justice et de sécurité juridique. Le droit essaie d'obtenir cet équilibre en admettant certaines formes d'erreur comme source de nullité – l'erreur obstacle, l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet contractuel, l'erreur sur la cause – et en excluant d'autres – l'erreur inexcusable, l'erreur sur la valeur, l'erreur sur les motifs.

Synthèse. Le droit n'admet que certaines formes d'erreur comme sources de nullité. Il s'agit de l'erreur-obstacle, l'erreur sur les qualités substantielles de l'objet contractuel, l'erreur sur la cause et l'erreur sur la personne dans les contrats conclus *intuitu personae*. Sont exclus les autres types d'erreur que sont l'erreur sur la valeur et l'erreur sur les motifs.

Les formes d'erreur admises comme sources de nullité, doivent encore remplir certaines conditions pour vicier le consentement du cocontractant qui l'a commise. Si elles sont réunies, alors on aura compris que la nullité est la sanction qui frappe le contrat entaché d'erreur.

a) Les erreurs sources de nullité du contrat

■ L'erreur obstacle

L'erreur est une cause de nullité du contrat si elle fait obstacle à la rencontre des volontés. Par exemple, une personne croit vendre tandis que son cocontractant entend uniquement louer la chose (erreur sur la nature du contrat) ; une personne croit vendre son immeuble en copropriété, tandis que son cocontractant entend acheter un autre lot de la copropriété (erreur sur l'objet du contrat).

En pareil cas, le consentement n'est pas véritablement vicié ; la rencontre des volontés n'a pas eu lieu.

■ L'erreur sur la personne

Principe. De l'article 1110 du Code civil, il résulte qu'en principe l'erreur sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter n'est pas une cause de nullité.

Exception. Par exception, le contrat est annulable si la considération de la personne était la cause principale de la convention, c'est-à-dire s'il s'agit d'un contrat *intuitu personae*. La loi n'établit pas de liste de tels contrats. On s'attache généralement à la nature du contrat, pour dire que la considération de la personne est centrale dans les contrats à titre gratuit.

Lorsque le contrat est conclu *intuitu personae*, l'erreur est admise soit qu'elle porte sur l'identité physique du cocontractant, son identité civile (âge, nationalité, sexe, nom...), ou encore ses qualités essentielles (honorabilité, impartialité...). Ces sources d'erreur ne peuvent

conduire à la nullité du contrat que si elles sont essentielles, ce qui dépend des contrats en cause et des circonstances.

Enfin, si le Code civil vise la personne du cocontractant, les tribunaux admettent que l'erreur puisse porter sur une personne autre que le cocontractant mais essentielle dans le contrat.

EXEMPLES

- Il a été jugé qu'encourt la nullité la convention d'arbitrage à la conclusion de laquelle l'une des parties ignorait une circonstance de nature à porter atteinte à l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre choisi.
- La nullité a également été prononcée à propos d'un contrat de cautionnement en raison d'une erreur sur une qualité substantielle de la personne du débiteur principal, en l'occurrence l'interdiction pour ce dernier d'exercer une activité commerciale.

■ L'erreur sur l'objet

Prestation attendue ou fournie. L'erreur sur l'objet du contrat est celle qui porte sur la prestation promise. C'est la plus fréquente en pratique. Elle donne lieu à un contentieux important. Généralement, l'erreur porte sur la prestation que l'on attend de l'autre partie. Mais il est de jurisprudence constante, que l'erreur peut être source de nullité lorsqu'elle tombe sur la prestation fournie par l'*errans*.

Erreur sur les qualités substantielles. L'article 1110 du Code civil prévoit que l'erreur portant sur l'objet du contrat n'est une cause de nullité que si elle tombe sur la substance de la chose. Comment entendre le mot « substance » ? De façon objective ? Cela signifierait alors que l'erreur doit porter sur la matière même de la chose. Par exemple, une personne croit acheter un vase en porcelaine fine, alors qu'il s'agit de céramique. Une telle conception de la substance réduit sensiblement le champ de l'erreur source de nullité. De façon subjective alors ? Dans l'affirmative, la substance désignerait la qualité substantielle attendue par celui qui commet l'erreur, c'est-à-dire une qualité qui a déterminé son consentement, de telle sorte qu'elle n'aurait pas contracté, ou à des conditions différentes, si elle ne s'était pas trompée. Conceptions objective et subjective donnent parfois lieu à une solution identique, par exemple si c'est la fausse croyance que le vase était en porcelaine qui a déterminé le consentement de l'acheteur. En revanche, la conception retenue est fondamentale lorsque la solution est différente, par exemple si la porcelaine n'avait aucune importance pour l'acquéreur, lequel a été décidé par l'ancienneté du vase ou par le prestige de son fabricant. La conception objective ne permet pas d'annuler le contrat, la conception subjective l'autorise.

Les tribunaux retiennent une conception subjective de la substance : ce sont les qualités pour lesquelles une personne entend contracter ou sans lesquelles elle n'aurait pas contracté. Il peut s'agir bien sûr de la matière, dès lors que celle-ci était substantielle pour l'*errans*, mais aussi des qualités immatérielles. Enfin, les qualités sont substantielles si elles ont été déterminantes du consentement à contracter.

EXEMPLE

- Peuvent constituer des qualités substantielles la constructibilité d'un terrain, l'authenticité d'une peinture de maître, l'ancienneté d'un meuble, le montant des loyers produits par un immeuble de rapport, la possibilité pour une société de poursuivre son activité (à propos de la cession de parts sociales).

- L'erreur sur les qualités substantielles a été retenue à propos de la vente d'un cheval, dès lors que les acquéreurs qui croyaient acheter une pouliche de course et non une jument de reproduction, se voient livrer une jument en gestation.
- En revanche, la vente d'un terrain que l'acquéreur croyait faussement constructible n'encourt pas la nullité s'il ne l'a pas acheté pour construire.

Erreur sur une qualité convenue. Pour entraîner la nullité du contrat, faut-il que le cocontractant ait eu connaissance du caractère substantiel de la qualité à propos de laquelle l'autre contractant s'est mépris ? En pratique, la question ne se pose guère lorsque la qualité est substantielle dans l'opinion commune. En revanche, son importance pratique surgit quand la qualité n'était substantielle que pour celui qui s'est trompé.

La réponse apportée par la jurisprudence n'est pas nette. Il semble se dégager des décisions de justice que l'erreur n'est une cause de nullité que si la qualité attendue est entrée dans le champ contractuel, c'est-à-dire est convenue entre les parties.

EXEMPLE

Prenons l'exemple d'un contrat de vente d'une peinture dans lequel il est stipulé la mention « attribué à Picasso ». Si l'acquéreur s'est mépris sur cette formule, croyant à tort que l'œuvre était de Picasso, le contrat n'encourt pas la nullité parce que l'authenticité de la peinture n'était pas entrée dans le champ contractuel. La formule marque un aléa sur cette qualité, substantielle pour l'acheteur. Ce qui a fait dire à un auteur que l'aléa chasse la nullité pour erreur.

b) Les erreurs non prises en compte par le droit

■ L'erreur sur la valeur

Fondement de l'indifférence du droit. Depuis longtemps, les tribunaux refusent de retenir l'erreur sur la valeur de la prestation attendue ou fournie comme cause de nullité de la convention. Cette jurisprudence peut s'expliquer par le caractère inexcusable d'une telle erreur : il appartient à tout contractant de mesurer la valeur de l'objet qu'il convoite ou qu'il entend fournir.

Étendue de l'indifférence du droit. Toutefois, le domaine de l'erreur sur la valeur est entendu étroitement par la jurisprudence. Pareille erreur ne rend pas le contrat annulable s'il s'agit d'une appréciation économique erronée effectuée à partir de données exactes. En revanche, la nullité est encourue lorsque l'erreur sur la valeur n'est que la conséquence d'une erreur sur les qualités substantielles.

■ L'erreur sur les motifs déterminants

Lien avec la qualité de l'objet ou de la personne. L'erreur est-elle une cause de nullité lorsqu'elle porte sur les motifs qui poussent une personne à conclure ? Les tribunaux distinguent selon les motifs et semblent retenir, comme critère de distinction, le lien avec les qualités de l'objet ou de la personne. Si le motif est en lien direct avec les qualités de la chose, l'erreur déterminante conduira à la nullité du contrat. Dans le cas contraire, le contrat n'est pas annulable, même si l'erreur est déterminante et connue du cocontractant ; la nullité supposerait encore que le motif ait été convenu, incorporé dans le contrat.

EXEMPLES

- L'erreur commise, par l'acquéreur, sur le régime fiscal attaché à un emplacement destiné à l'exploitation commerciale est une erreur sur des motifs, certainement déterminants, mais extérieurs à l'objet du contrat.

- En revanche celui qui achète une maison pour l'habiter et apprend, après la conclusion du contrat, qu'elle doit être détruite pour insalubrité, commet une erreur sur un motif déterminant (habiter la maison) en lien direct avec l'objet du contrat.

c) Les conditions de la nullité du contrat pour erreur

■ Une erreur excusable

Morale. Qu'elle porte sur l'objet ou sur la personne, l'erreur ne rend le contrat annulable que si elle est excusable. C'est un argument d'ordre moral qui fonde cette règle posée par la jurisprudence. Le consentement est certes vicié, mais la faute de l'*errans* ne saurait préjudicier à son cocontractant.

Appréciation. L'**erreur inexcusable** est une erreur grossière, mais son appréciation ne s'effectue pas en référence à un être abstrait, mais en fonction de circonstances concrètes. Par exemple, l'appréciation peut être différente selon que l'*errans* est un professionnel ou un simple particulier. Par ailleurs, les tribunaux posent une obligation de se renseigner, mais son intensité dépend des personnes en présence et des circonstances propres à chaque affaire.

EXEMPLES

- L'erreur commise par la caution sur la capacité du débiteur principal à exercer une activité commerciale est excusable parce qu'il n'est pas d'usage de réclamer la production d'un casier judiciaire lors de la conclusion d'un tel contrat.
- En revanche est inexcusable le tailleur qui achète du velours d'ameublement pour confectionner des vêtements.

■ Une erreur de fait ou erreur de droit

Nul n'est censé ignorer la loi ? L'erreur de droit comme celle de fait sont sources de nullité. Mais ne conviendrait-il pas, alors, d'avancer le caractère inexcusable de l'erreur de droit : « puisque l'*errans* était censé ne pas ignorer la loi, il aurait dû se renseigner » ? Ce raisonnement ne tient pas. L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » n'impose pas aux citoyens de connaître la loi, pas plus qu'il impose de considérer que tout citoyen connaît la loi. Il s'agit d'une fiction juridique, nécessaire à l'ordre social et dont la fonction est limitée à bloquer la prétention d'une personne qui prétendrait ignorer la loi pour échapper à la sanction.

EXEMPLE

A commis une erreur substantielle le vendeur d'un terrain qui croyait faussement que l'acquéreur disposait d'un droit de préemption (c'est-à-dire un droit d'acquisition par préférence à toute autre personne).

■ Une erreur commise au moment de la formation du contrat

Moment d'appréciation de l'erreur. L'erreur n'est une cause de nullité que si elle a été commise au moment de la formation du contrat et non postérieurement.

EXEMPLE

Une personne achète un terrain, situé en bordure d'un cours d'eau, afin d'y construire une maison. Le permis de construire lui est délivré et l'acte authentique signé. Deux mois plus tard, à la suite d'une crue du cours d'eau, la municipalité retire le permis de construire et décide par arrêté que le

terrain est inconstructible. Le contrat n'est pas annulable pour erreur dès lors que le terrain était bien constructible au jour de l'acte. Et, selon la Cour de cassation, il importe peu que l'arrêté municipal ait un effet rétroactif.

d) Les sanctions de l'erreur

Nullité. La sanction de l'erreur est la nullité du contrat. Cette nullité n'opère pas de plein droit, elle n'est pas automatique, mais doit être demandée au juge qui la prononcera (voir C. civ., art. 1117). Il est donc préférable de dire que le contrat entaché d'erreur est annulable ; on dira qu'il est nul si le juge a prononcé la nullité.

Dommmages et intérêts. En revanche, l'*errans* ne saurait obtenir de dommages-intérêts sauf à démontrer une faute de son cocontractant, par exemple une légèreté à ne pas vérifier des informations se révélant inexactes.

3.2 Le dol

Article 1116 du Code civil. Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé.

Définition. Dans la phase de formation du contrat, le **dol** désigne la **tromperie** par laquelle l'une des parties cherche à induire l'autre partie en erreur afin de la pousser à contracter.

a) L'élément matériel

Manœuvres et mensonges. Le Code civil vise les manœuvres pratiquées par l'une des parties (art. 1116). Il s'agira par exemple du fait de trafiquer le compteur kilométrique lors de la vente d'une automobile, ou encore de produire de faux bilans ou comptes de résultats lors de la cession d'une entreprise. Si le terme « manœuvres » traduit une machination, les rédacteurs du Code civil entendaient sanctionner toute espèce d'artifice. Aussi, les tribunaux ont rapidement assimilé le mensonge aux manœuvres, exception faite du *dolus bonus* (bon dol) qui désigne la simple exagération d'usage des qualités d'une prestation.

Silence. Mieux, depuis un arrêt rendu en 1958 par la Cour de cassation, les tribunaux estiment que constitue un dol le simple silence volontairement gardé par un contractant sur un fait intéressant directement son partenaire. On parle de **réticence dolosive**. La réticence n'est plus retenue uniquement lorsque la convention litigieuse suppose, par sa nature, des relations de confiance particulières ou lorsqu'il est impossible au contractant de connaître par lui-même le fait non révélé. La Cour de cassation décide que « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ». Ainsi, la prise en compte de cette réticence met en évidence l'émergence d'une **obligation précontractuelle d'information** et, plus largement, une obligation de contracter de bonne foi.

EXEMPLES

- Lors de la vente d'un immeuble et d'un fonds de commerce, commet un dol par réticence le vendeur qui n'informe volontairement pas l'acquéreur de l'absence d'autorisation d'ouverture de l'hôtel à exploiter et de la non-conformité aux règles de sécurité.

- Lors de la conclusion d'un contrat de cautionnement, commet un dol par réticence le créancier qui tait volontairement la situation irrémédiablement compromise du débiteur principal, ou l'affectation réelle du prêt garanti.
- Lors de la cession de parts sociales d'une société exploitant une pizzeria, commet un dol par réticence le cédant qui a volontairement gardé le silence à propos des nuisances causées par le système d'évacuation des fumées et odeurs.

Provocation ou exploitation de l'erreur ? Traditionnellement, on enseigne que l'acte matériel doit avoir provoqué l'erreur du cocontractant. La question s'est posée de savoir si le dol devait être retenu alors même que l'erreur n'a pas été provoquée par le fait délictueux mais a été exploitée. L'hypothèse la plus fréquente est celle où une personne commet une erreur sur sa propre prestation. Par exemple, le vendeur croit que les photographies qu'il vend sont d'un parfait inconnu alors qu'en réalité elles sont d'un photographe célèbre ; l'acquéreur profite de cette ignorance et l'exploite pour faire ce qu'il appellera une bonne affaire.

Il ressort de la jurisprudence que la seule exploitation d'une erreur ne constitue pas en principe un dol par réticence, au motif qu'aucune information n'est due sur la valeur de la prestation du cocontractant, même si celui qui la retient est un professionnel. Toutefois, pareille information est due dans l'hypothèse où il existait une particulière confiance entre les parties, par exemple lors de la cession d'actions par un associé au dirigeant de la société.

b) Élément intentionnel

Intention de tromper. Les manœuvres, le mensonge ou le silence doivent avoir été réalisés par l'une des parties dans le dessein de tromper l'autre. Cet élément sera facilement établi en cas de manœuvres ou de mensonge, car ces derniers s'expliquent nécessairement par la volonté d'induire le partenaire en erreur ; sauf, si le contractant a délivré des informations inexacts en croyant à leur véracité (mais il n'y a pas alors mensonge).

En cas de réticence dolosive, l'élément intentionnel est plus délicat à établir. Le plus souvent, le juge le déduira de la connaissance de l'information recelée et de son importance pour le partenaire.

c) Une erreur déterminante

Le dol n'est enfin admis que si celui qui en est victime a commis une erreur.

Objet de l'erreur	Peu importe le type d'erreur, sur la substance, sur la valeur ou même sur les motifs.
Caractère déterminant	L'erreur provoquée doit être déterminante : sans l'erreur, la victime du dol n'aurait pas contracté (C. civ., art. 1116).
Erreur excusable ou inexcusable	La Cour de cassation estime que le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée, même s'il a été commis par réticence.

d) Auteur du dol

Cocontractant ou son représentant. Le dol n'est une cause de nullité que s'il émane du cocontractant (C. civ., art. 1116) ou son représentant (un mandataire par exemple).

e) Preuve du dol

Charge de la preuve. Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé, dispose l'article 1116 du Code civil. C'est donc à la victime qu'il appartient de démontrer le dol.

Toutefois, lorsque la victime invoque une réticence dolosive, n'appartient-il pas à son contractant de démontrer qu'il a exécuté son obligation d'information. Une décision récente en a jugé ainsi dans le cas d'un professionnel devant renseigner son client profane (Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2002, pourvoi n° 99-21.521). Si cette preuve n'est pas rapportée, il ne reste plus à la victime qu'à prouver l'élément intentionnel et son erreur déterminante.

f) Sanctions

Nullité. Si le dol est retenu, il entraîne la nullité du contrat. Plus exactement il rend le contrat annulable (voir C. civ., art. 1117 et *infra*, section 3).

Dommmages et intérêts. Par ailleurs, l'auteur du dol engage sa responsabilité civile délictuelle, dès lors que le contractant trompé a subi un préjudice lié à la tromperie (celle-ci constituant la faute). Le préjudice doit être démontré et ne peut pas consister en la seule nullité du contrat.

Choix de la victime. La victime peut ne prétendre qu'à des dommages et intérêts, sans demander la nullité du contrat. Ce qui aboutit indirectement à une réduction du prix.

3.3 La violence

Article 1112 du Code civil. Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

a) Caractère de la violence cause de nullité du contrat

Définition. Dans la phase de formation du contrat, la **violence** est un comportement consistant à impressionner une personne et la pousser ainsi à contracter, par l'inspiration de la crainte d'exposer sa personne, ses proches ou ses biens à un mal d'une certaine gravité. La contrainte ainsi exercée peut être physique, mais aussi morale c'est-à-dire se traduire par des menaces.

EXEMPLES

- Violence physique : menace de mort, de coups, de séquestration, etc.
- Violence morale : menace de divulguer tel ou tel fait contraire à l'honneur (chantage), etc.
- Violence sur les biens : menace de priver une personne de sa profession, de son logement, de ses ressources (exemple : vente d'immeuble à une secte).

Appréciation de la gravité de la menace. La menace doit être suffisamment grave pour vicier le consentement. Le premier alinéa de l'article 1112 du Code civil prévoit que l'appréciation de pareille gravité doit être faite en référence à une personne raisonnable. L'appréciation serait alors abstraite (« *in abstracto* »). Le second alinéa du texte dispose au contraire qu'il faut avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition de la victime. Il s'agit là d'une appréciation concrète (« *in concreto* »).

Les tribunaux font prévaloir l'appréciation *in concreto*. Par exemple il a été tenu compte du déséquilibre nerveux fragilisant une personne, de l'inexpérience dans les affaires.

Personne contre qui est exercée la violence. Bien sûr la violence est une cause de nullité lorsqu'elle est exercée contre le contractant, mais aussi contre l'un de ses proches.

L'article 1113 du Code civil vise son conjoint, ses descendants ou ses ascendants. Dans ces hypothèses en effet, le consentement n'est pas libre. On peut alors penser que la liste émise par le texte n'est pas exhaustive.

Violence illégitime. La violence n'est une cause de nullité de la convention que si elle n'est pas légitime.

La **crainte révérencielle**, inspirée par le respect que l'on a à l'égard de ses père et mère, ne constitue pas une violence illégitime (C. civ., art. 1113). La contrainte est présente certes, mais elle repose sur le respect. En revanche, si des menaces s'ajoutent au respect, alors la nullité est encourue.

N'est pas non plus illégitime, et n'autorise donc pas l'annulation du contrat, la menace d'exercer une voie de droit, par exemple la menace d'exercer des poursuites judiciaires proférées à l'encontre du débiteur afin que celui-ci tienne ses engagements. La Cour de cassation juge cependant que pareille menace devient illégitime lorsqu'elle a pour but d'obtenir la conclusion d'un contrat déséquilibré à son avantage, par exemple sous la menace d'un procès l'obtention du double de la dette.

b) Origine de la violence

Violence émanant d'un tiers. La violence est une cause de nullité même si elle a été commise par un tiers au contrat (C. civ., art. 1111).

Violence résultant des événements. Le capitaine d'un bateau subit une fortune de mer qui le contraint à accepter une assistance maritime aux conditions proposées par son cocontractant ; un médecin obtient des honoraires excessifs d'un malade gravement atteint. L'état de **nécessité** constitue-t-elle une violence ? Les tribunaux n'admettent cette forme de violence, comme cause de nullité, que s'il apparaît que le cocontractant a profité des événements pour imposer des conditions anormales.

Qu'en est-il enfin de l'état de **dépendance économique** forçant un contractant à concéder un avantage excessif ? Un texte spécial, applicable au rapport fournisseur/distributeur, sanctionne l'abus de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2). Mais en droit commun ? La Cour de cassation a jugé que « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement » (Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12-932).

Violence résultant de la création d'un état psychologique. Un arrêt récent de la Cour de cassation a admis la nullité pour violence alors même que celle-ci n'avait pas été directement l'instrument de la conclusion du contrat. Il s'agissait dans cette espèce d'une transaction conclue entre un employeur et une apprentie pour mettre fin au contrat d'apprentissage. La nullité a été prononcée au motif que le l'acte a été signé sous l'empire d'une violence résultant d'un harcèlement sexuel exercé par le premier sur la seconde ayant causé des troubles psychologiques, angoisses et anxiété pour cette dernière (Cass. soc., 30 nov. 2004, pourvoi n° 03-41.757).

c) Sanctions

Nullité et responsabilité civile de l'auteur de la violence. Les sanctions du vice du consentement par violence sont identiques à celles du dol (voir *supra*), à savoir la nullité du contrat et la responsabilité civile de l'auteur du dol.

4. L'objet

Article 1126 du Code civil. Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou ne pas faire.

Notion. En matière contractuelle, l'objet désigne ce à quoi sont tenues les parties, c'est-à-dire les prestations qu'elles se sont engagées à exécuter.

Objet des obligations et objet du contrat. À prendre individuellement chaque obligation contractuelle, on perçoit qu'il peut exister plusieurs objets au sein d'un même contrat. Par exemple, dans un contrat synallagmatique les deux parties sont tenues à des prestations différentes qui sont autant d'objets. On parle d'**objet de l'obligation** ou des obligations. Ainsi, l'objet de l'obligation du vendeur est la chose à transférer. À prendre globalement les obligations contractuelles, on parle d'**objet du contrat**. C'est alors à l'opération contractuelle dans son ensemble que l'on s'intéresse. Cette distinction entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat présente un intérêt particulier dans l'application de l'exigence de licéité de l'objet. Avant que d'envisager pareille condition de validité du contrat, on étudiera celles relatives à l'existence et à la détermination de l'objet.

4.1 Existence de l'objet

Existence au moment du contrat. Le contrat n'est valable que s'il a un objet (C. civ., art. 1108, reproduit *supra*). L'objet peut être une chose, ce qui est le cas dans la vente, le bail ou encore la donation. Ainsi, l'objet de l'obligation du vendeur est une chose, matérielle ou immatérielle, meuble ou immeuble. L'objet peut aussi consister en une prestation (l'article 1126 du Code civil parle d'obligation de faire ou de ne pas faire), par exemple soigner dans le contrat médical, transporter dans le contrat de transport.

En principe, l'objet doit exister au moment de la conclusion du contrat. Si, par exemple en cas de vente, la chose, objet du contrat, est détruite au moment de la formation de celui-ci, la nullité est encourue, de sorte que l'acquéreur n'est pas tenu d'en payer le prix. Si elle est détruite après, le contrat est valablement formé et se pose alors une toute autre question à laquelle il ne sera pas répondu ici, celle de savoir qui doit supporter le risque de perte lorsque la destruction est due à la force majeure (pour une réponse, voir *infra*, section 5).

Choses futures. Par exception, les contrats portant sur des choses futures sont valables (C. civ., art. 1130) : chose à fabriquer, immeuble à construire, animal à naître, etc. Si la chose ne vient pas à exister, sans faute de l'une ou l'autre des parties, alors le contrat est caduc.

Toutefois, la loi interdit certaines cessions de droits futurs, comme la cession de droits successoraux à venir (C. civ., art. 1130, al. 2 qui prohibe les pactes sur successions futures), et en régit d'autres, comme la cession de droits d'auteur sur des œuvres futures (CPI, art. L. 131-1 et L. 132-4).

Possibilité. Est nul le contrat dont l'objet est impossible. Faut-il encore que cette impossibilité soit absolue, c'est-à-dire empêchant *quiconque* de l'exécuter et non pas seulement le débiteur en cause ; par exemple une impossibilité résultant d'une interdiction légale.

Le principal intérêt de cette règle est son autre versant : ne fait pas obstacle à la validité du contrat l'impossibilité relative, c'est-à-dire celle qui ne concerne que le débiteur en cause. Par exemple une personne s'engage à réaliser un ouvrage dans un certain délai alors qu'elle

ne dispose pas du personnel suffisant pour y parvenir. Le contrat est valable parce que l'impossibilité ne concerne que cet entrepreneur. Toutefois, le prestataire engage sa responsabilité contractuelle pour inexécution.

4.2 Détermination de l'objet

Article 1129 du Code civil. Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

Objet déterminé ou déterminable. En principe, l'objet doit être déterminé pour que le contrat soit valable. Il peut s'agir de l'identification précise d'un bien ou d'un droit : non pas « un terrain », mais « ce terrain » (avec numéro cadastral). Pour des choses de genre, il s'agira de désigner la quantité et la qualité.

En réalité, il suffit que l'objet soit déterminable au moment de l'exécution d'après les indications stipulées dans le contrat (C. civ., art. 1129, al. 2) ; par exemple la vente d'une récolte à venir, la cession de toutes les créances qu'on détiendra sur telle personne à telle date.

EXEMPLE

Le propriétaire d'un chalet consent une promesse de vente sur l'appartement situé au premier étage. L'acte ne fait mention ni de la consistance des parties communes, ni de la quote-part de ces parties communes attachée à la propriété de l'appartement vendu. La nullité de la promesse a été prononcée en l'absence de détermination suffisante de l'objet de la vente et dès lors que pareille détermination constituait pour les parties un élément essentiel de la convention.

Prix. Depuis un arrêt important de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, rendu le 31 décembre 1995, il est de jurisprudence que l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix. L'affirmation est étonnante dans la mesure où il était bien acquis auparavant que le prix, comme toute autre chose, faisait partie de l'objet d'obligation. Elle s'explique par une période de trouble jurisprudentiel concernant notamment les contrats de distribution (voir *infra*, section 6).

La solution émise en 1995 ne fait pas échec aux dispositions spéciales à certains contrats, posant comme exigence la détermination du prix. C'est le cas en matière de vente (voir *infra*, section 6) ou de bail d'habitation ou mixte (L. 6 juill. 1989).

4.3 Licéité de l'objet

a) Licéité de l'objet des obligations

Article 1128 du Code civil. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.

Choses dans le commerce. L'objet d'une obligation n'est licite que s'il est conforme à la loi. De l'article 1128 du Code civil, il ressort que l'objet est illicite s'il porte sur une chose hors du commerce. Sont hors du commerce les biens qui relèvent du domaine public, les armes de guerre, la drogue, le corps humain dans une certaine mesure, etc. En revanche, la loi permet le don de sang ou encore le prélèvement d'organe en vue de greffes thérapeutiques sur l'être humain.

Pendant longtemps les clientèles civiles, celles des professions libérales, étaient jugées hors du commerce par les tribunaux, donc incessibles. Seuls étaient possibles les contrats de présentation de telle clientèle au successeur. Aujourd'hui la Cour de cassation décide que la cession de clientèle civile est licite dès lors que la liberté du client est préservée.

Prestations licites. Si l'objet concerne une obligation de faire ou de ne pas faire, la prestation ne doit pas être contraire à la loi, par exemple la réalisation d'une infraction.

Par ailleurs, il faut avoir égard ici aux **libertés fondamentales** de la personne humaine. Certaines de ces libertés sont inaliénables, telle celle de se marier ou de ne pas se marier, de sorte que le contrat qui y porterait atteinte serait nul. D'autres libertés peuvent valablement être limitées par l'objet de l'obligation, mais sans être annihilées. Par exemple, est valable la clause de non-concurrence par laquelle un salarié s'engage à ne pas concurrencer son employeur après l'extinction du contrat de travail, alors même qu'elle porte atteinte à la liberté de travailler. Toutefois, la jurisprudence exige que pareille stipulation soit limitée dans le temps et dans l'espace, proportionnée à l'intérêt de l'entreprise et prévoit une contrepartie pécuniaire.

b) Licéité de l'objet de l'opération contractuelle

Article 6 du Code civil. On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Intérêt de la notion. Il est important de distinguer entre objet de l'obligation et objet de l'opération contractuelle (ou objet du contrat) lorsque l'on s'intéresse à sa licéité. Lorsque l'objet d'une obligation est illicite, cette dernière est nulle et l'obligation réciproque, même si elle est licite en elle-même, encourt la nullité pour absence de cause. L'ensemble du contrat serait nul. Néanmoins, un contrat peut comporter des obligations dont l'objet est licite et, pourtant, encourir la nullité en raison de l'illicéité de l'objet de l'opération contractuelle.

EXEMPLE

Prenons l'exemple de la vente de sang d'une personne humaine. L'objet de l'obligation du propriétaire du sang est licite. Il en est de même de l'objet de l'obligation du cocontractant : le paiement d'une somme d'argent. Toutefois, ce contrat, qui comporte deux obligations licites lorsqu'on les envisage séparément, est illicite. En droit français, seul le don de sang est autorisé.

Ordre public et bonnes mœurs. L'objet de l'opération contractuelle est illicite lorsqu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'ordre public est une norme impérative « qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociale politique, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle) » (Dictionnaire du vocabulaire juridique, sous la direction de Gérard Cornu).

Le caractère d'ordre public d'une règle est parfois édicté expressément par la loi. D'autres fois, c'est la jurisprudence qui l'énonce soit par interprétation soit par création.

EXEMPLE

La société GSD Gestion, habilitée à exercer l'activité de société de gestion de portefeuille, conclut avec Mme X un contrat de travail de gérant de portefeuille à temps partiel. Concomitamment la société GSD Gestion a passé avec la société Éthique et Performances, dont Mme X était l'unique

associée, un contrat d'apport de clientèle. Ce contrat prévoit notamment que la société GSD Gestion reverserait à la société Éthique et Performances 80 % des honoraires perçus de la clientèle apportée par cette dernière, sous déduction des salaires et charges relatifs au contrat de travail de Mme X. La société Éthique et Performances ayant demandé le paiement de sommes dues au titre du contrat d'apport de clientèle, la société GSD Gestion a soutenu que ce contrat était nul. Il a été jugé que l'organisation ainsi délibérément mise en œuvre emportait notamment pour conséquences que la société Éthique et Performances garantissait les coûts salariaux de Mme X, celle-ci ayant en réalité exercé sur la clientèle apportée une activité indépendante de gérant de portefeuille. Il en fut déduit que le contrat d'apport de clientèle avait eu pour objet de permettre à Mme X d'exercer de manière autonome une activité propre de gestion de portefeuille. Or, elle ne disposait pas de l'agrément requis par la loi pour cela. Aussi la nullité de ce contrat a été prononcée en raison du caractère illicite de son objet.

4.4 Objet et équilibre du contrat

Indifférence de principe au déséquilibre contractuel. De façon générale, l'équilibre contractuel n'est pas une condition de validité de celui-ci. Autrement dit, il n'est pas nécessaire qu'une égalité objective existe entre les prestations échangées pour que le contrat soit valable. Le législateur estime que la volonté, sur laquelle repose le contrat, doit suffire à l'équilibre de la convention : dès lors que la volonté est libre, on peut penser que chaque partie contracte en recherchant son intérêt, et qu'en conséquence le contrat sera équilibré. Le droit se contente donc d'une égalité subjective qui repose sur le principe de la liberté contractuelle.

Toutefois, le législateur prend en compte les hypothèses où il est manifeste que les parties ne sont pas réellement libres de négocier et, partant, de vouloir ; en d'autres termes, des hypothèses où la liberté contractuelle n'est pas porteuse d'équilibre. Alors, de façon exceptionnelle, le droit intervient en assurant un minimum d'égalité objective. Ces exceptions sont nombreuses aujourd'hui. On se limitera ici à l'étude des règles relatives à la lésion et aux clauses abusives.

a) La lésion

Article 1118 du Code civil. La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.

Notion. La lésion est le préjudice que subit l'une des parties à un contrat, en raison du déséquilibre entre la prestation fournie et la prestation reçue. La rescision (la nullité) pour lésion sanctionne donc un déséquilibre objectif. La notion de lésion n'intervient que lors de la formation du contrat ; si le déséquilibre apparaît durant l'exécution d'un contrat de durée c'est le problème, différent, de la révision du contrat qui se pose (voir *infra*, section 4).

Caractère exceptionnel. On ne peut annuler toute convention déséquilibrée sous peine de porter atteinte à l'impératif de sécurité contractuelle. De ce fait, en droit français, la lésion n'est pas considérée comme une cause générale de rescision de la convention. Le Code civil ne l'admet que pour la vente d'immeuble.

Il est vrai toutefois que des lois spéciales ont augmenté le nombre des contrats pouvant être sanctionnés pour lésion, même si ce dernier terme n'est pas toujours employé. Exemples : la convention d'assistance maritime, la cession du droit d'exploitation d'une œuvre littéraire ou artistique, le prêt d'argent, les baux ruraux.

De même, les tribunaux se sont reconnu le pouvoir de réduire les honoraires, jugés excessifs, des agents d'affaires, des architectes, avocats, experts comptables, etc. Cette immixtion du juge dans le contrat est bien sûr contraire à la liberté contractuelle. Elle s'explique par la difficulté qu'il y a dans ces contrats de déterminer l'importance et la valeur de la prestation du professionnel avant qu'elle n'ait été exécutée. D'ailleurs, la Cour de cassation n'autorise pas les juges du fond à réviser les honoraires versés en connaissance du travail effectué et après service fait.

Déséquilibre significatif. Quand, dans ces cas exceptionnels, expressément prévus par la loi ou admis par la jurisprudence, la lésion est sanctionnée, il ne suffit pas d'un simple déséquilibre, mais d'un déséquilibre d'une certaine gravité. Par exemple, le Code civil prévoit que le vendeur d'immeuble (et pas l'acheteur) peut demander la rescision du contrat si le prix est inférieur aux 5/12^e de la valeur réelle de la chose (voir *infra*, section 6).

Sanction. L'acte lésionnaire est sanctionné par l'anéantissement du contrat : on parle de rescision pour lésion. Toutefois, la révision est parfois possible, ce qui implique le maintien de l'acte. Par exemple, s'agissant de la vente immobilière, le Code civil permet à l'acquéreur, qui a donc acquis l'immeuble à un prix plus qu'avantageux, de faire obstacle à l'anéantissement de la vente en payant le supplément du juste prix (voir *infra*, section 6). Le contrat est ainsi rééquilibré. D'autres fois la révision est la seule sanction prévue par la loi. Exemple : contrat de vente d'engrais.

L'aléa chasse la lésion. Même dans les hypothèses où la lésion est contrôlée, la rescision n'est pas encourue dès lors que l'acte en cause est aléatoire. Par exemple, la lésion est contrôlée dans la vente d'immeuble. Pourtant, la rescision n'est pas encourue lorsque le transfert de propriété a pour contrepartie une rente viagère car, en pareille situation, la vente est aléatoire.

b) Les clauses abusives stipulées entre un professionnel et un consommateur

Renvoi. La réglementation spéciale des clauses abusives ne concerne que les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Elle sera envisagée, plus loin, dans un paragraphe consacré aux contrats de consommation.

c) Les « clauses abusives » stipulées entre professionnels

Présentation. Le législateur a modifié certaines dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence. Ces pratiques sont réglementées dans le Code de commerce, afin de protéger les concurrents les uns contre les autres. À ce titre, l'article L. 442-6 dudit code mentionne certaines pratiques susceptibles d'engager la responsabilité de son auteur.

La loi dite LME – pour modernisation de l'économie – du 4 août 2008, a introduit une nouvelle interdiction : « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Le texte ne parle pas de « clause abusive », mais le critère – celui du déséquilibre significatif... – est manifestement emprunté à la législation consumériste.

REMARQUE

L'interdiction de cette pratique restrictive de concurrence remplace celle que l'on nommait « abus de dépendance économique » (C. com., art. L. 442-6, I, 2^o, b ancien). Cette dernière était rarement sanctionnée car la jurisprudence retenait une conception très étroite de la dépendance économique. Le texte actuel ne fait pas référence à cette dépendance.

Champ d'application. L'article L. 442-6 du Code de commerce concerne les pratiques mises en œuvre par les producteurs, commerçants, industriels et artisans à l'égard d'autres professionnels. Souvent ces dispositions ont en ligne de mire le secteur de la distribution.

Sanction. Une grande différence apparaît par rapport à la législation consumériste. Celle-ci prévoit que la clause abusive est éradiquée, le contrat étant donc rééquilibré. L'article L. 442-6 ne prévoit que la responsabilité civile de son auteur. L'absence de déséquilibre significatif ne conditionne donc pas la validité du contrat ni de la clause. Toutefois, si la clause est stipulée alors que sa stipulation même constitue une faute, on ne voit pas comment l'auteur de celle-ci pourrait imposer son application. Il y aurait alors inopposabilité.

EXEMPLE

La première application de la notion a été faite par le tribunal de commerce de Lille. Dans cette affaire Castorama avait notamment imposé à ses fournisseurs la modification des modalités de paiements des acomptes de remises différées. Une remise (c'est-à-dire une réduction de prix) est différée lorsque son montant dépend de données qui ne sont pas encore connues au moment de l'acquisition par le distributeur, notamment le volume de revente. Elle donne lieu à un versement par le fournisseur au distributeur. Castorama avait imposé des acomptes mensuels payables en fin de mois. Par la combinaison de ceux-ci avec des délais de paiement de 75 jours, Castorama bénéficiait d'un différentiel de deux à trois mois : la société percevait un acompte du fournisseur deux à trois mois avant de payer le prix à ce dernier. Ces remises différées représentant un volume important du chiffre d'affaires réalisé, le tribunal a jugé que la pratique créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et a condamné Castorama à une amende civile de 300 000 euros (T. com. Lille, 6 janv. 2010).

5. La cause

Notion. La cause désigne la raison pour laquelle les parties contractent et, plus exactement, l'intérêt recherché (cause finale).

Cause de l'obligation et cause du contrat. Traditionnellement on distingue la cause de l'obligation de la cause du contrat. La première correspond au but immédiat recherché par le débiteur de l'obligation. Ce but est le même pour tel type de contrat, quelles que soient les parties qui contractent. Par exemple dans un contrat de vente, l'acheteur paye le prix dans le but, immédiat, d'obtenir la chose due par le vendeur ou, autrement dit, l'obligation de l'acheteur (payer le prix) a pour cause la chose due par le vendeur. Où l'on voit que la cause de l'obligation est une cause abstraite, détachée des parties en présence. Certains auteurs la disent objective.

La cause du contrat, au contraire, est une cause concrète en ce qu'elle s'appuie sur la volonté des parties en présence. Pareille cause diffère à chaque fois parce qu'elle dépend de la psychologie des parties. Elle correspond à un but plus lointain que l'on appelle « mobile ». Certains auteurs la disent subjective.

EXEMPLE

Une personne loue un appartement (contrat de bail) dans le but vivre à proximité de chez ses parents devenus âgés. Le locataire a l'obligation de payer le loyer tandis que le loueur (ou bailleur) a l'obligation de mettre à disposition le local. La cause de l'obligation du locataire réside dans la mise à disposition du local. La cause du contrat, du point de vue du locataire, n'est autre que le rapprochement de ses parents.

La distinction entre cause de l'obligation et cause du contrat est importante car elle détermine le domaine d'application des règles de contrôle légal lequel porte sur l'existence et la licéité de la cause.

5.1 L'existence de la cause

Article 1131 du Code civil. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Article 1132 du Code civil. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Condition de validité. De l'article 1131 du Code civil il ressort que l'obligation contractée doit avoir une cause. C'est dire que l'existence de la cause est une condition de validité des conventions. Pareille condition ne concerne en principe que la **cause de l'obligation** et non la cause du contrat. On affinera donc la notion de cause de l'obligation selon les types de contrat, pour ensuite s'intéresser au contrôle de l'existence de cette cause.

a) Notion de cause dans les différents types de contrats

Contrats synallagmatiques. Dans les contrats synallagmatiques la cause de l'obligation de l'une des parties n'est autre que l'objet de l'obligation de l'autre partie. La cause se ramène alors à la contrepartie attendue. Par exemple, dans un contrat de transport, l'obligation de l'expéditeur de payer le prix a pour cause la prestation de transport attendue du transporteur, tandis que l'obligation de ce dernier a pour cause le prix attendu de l'expéditeur.

EXEMPLES

- Est nulle la cession d'un brevet frappé de déchéance : l'obligation du cessionnaire (payer le prix) avait pour cause le brevet. Or si le brevet est frappé de déchéance, cela signifie qu'il n'était pas nécessaire de l'acquérir pour exploiter l'invention.
- De même, l'obligation de payer le loyer est sans cause si le chalet loué pour les vacances était détruit avant la conclusion de contrat, ce que le propriétaire ignorait par hypothèse.

Contrats unilatéraux. Dans les contrats unilatéraux, la cause de l'obligation ne saurait être la contrepartie attendue puisque, par définition, il n'y en a pas. Cette cause se trouve dans un fait qui est à la base du contrat.

Dans le contrat de prêt, l'obligation de l'emprunteur (restituer la chose) a pour cause la remise de la chose. Ici, la notion de cause de l'obligation n'a pas d'utilité propre : si la chose n'est pas remise le contrat n'est pas formé puisque le prêt est un contrat réel (voir *supra*, section préliminaire). Toutefois, la présentation de cette cause a un intérêt dans le prêt d'argent, lequel est souscrit en vue de réaliser une autre opération. Celle-ci constitue, pour l'emprunteur, le motif du prêt, c'est-à-dire la cause du contrat (ou cause subjective). Son existence n'est pas nécessaire à la bonne formation du contrat. Par exemple, si le bien acquis grâce aux fonds prêtés n'est pas livré, l'emprunteur doit tout de même rembourser ledit prêt avec les intérêts prévus dans l'acte. Des lois spéciales au crédit consenti par un professionnel (une banque) à un consommateur dérogent à cette règle. Le droit de la consommation lie le prêt à l'opération financée, de sorte que si, par exemple, la vente est anéantie le prêt est résilié, ce qui dispensera le consommateur non pas de rembourser le capital, mais de payer les intérêts.

Dans une promesse de payer, appelée plus communément « reconnaissance de dette », la cause de l'engagement du promettant se trouve dans une dette à acquitter. La promesse est

alors nulle si la dette n'existe pas. Ainsi, est dépourvue de cause la promesse de réparer un dommage dont le promettant s'est cru, à tort, responsable.

Contrats aléatoires. Dans les contrats aléatoires, la cause ne pas être la contrepartie attendue puisque, par définition, les parties ne savent pas si cette contrepartie existera, partiellement ou entièrement. Dans un contrat d'assurance, par exemple, si les primes ont été versées alors qu'aucun sinistre n'est intervenu, l'assuré ne peut pas demander le remboursement des primes. La cause se trouve dans l'aléa : dès lors que cet aléa existe, le contrat est causé.

Aussi, si la chose assurée a péri avant la conclusion d'un contrat d'assurance, le contrat est nul pour absence d'aléa, donc de cause.

Contrats à titre gratuit. Dans les contrats à titre gratuit, la cause de l'obligation de celui qui consent l'avantage se trouve dans son intention libérale. La notion de cause de l'obligation n'a pas d'utilité propre parce qu'elle se confond avec le consentement. Si la donation est consentie sans intention libérale, il n'y a pas de consentement de sorte que le contrat encourt la nullité, sans que le recours à l'article 1131 du Code civil précité ne soit nécessaire.

La jurisprudence contrôle cependant les motifs qui ont déterminé l'intention libérale du donateur. Par exemple, est sans cause la donation faite par une personne en croyant faussement que le bénéficiaire lui a sauvé la vie.

b) Contrôle de l'existence de la cause

Formation du contrat. La loi fait de l'existence de la cause une condition de validité du contrat. Cette existence doit donc être observée au moment de la formation du contrat. La disparition de la cause en cours de contrat n'autorise pas l'annulation du contrat. Il importe peu, par exemple, que la chose achetée ait été détruite après l'achat.

Charge de la preuve. Parce que l'article 1132 du Code civil présume l'existence de la cause – présomption simple – la jurisprudence décide que c'est à celui qui invoque l'inexistence de la cause de le démontrer. Par exemple, si un créancier se prévaut devant un tribunal d'une reconnaissance de dette en sa possession, c'est à celui qui a établi la reconnaissance de démontrer que la dette n'existe pas.

L'ÉCONOMIE DU CONTRAT

Il a été écrit plus haut que le contrôle de l'existence de la cause ne porte que sur l'obligation (cause objective) et non sur le contrat (cause subjective). Il faut nuancer ces propos si l'on veut tenir compte de la jurisprudence relative à l'économie du contrat. Le recours par les tribunaux à l'économie du contrat s'explique par une volonté de contrôler l'existence d'une cause plus concrète. Dans un contrat de messagerie rapide, la cause immédiate de l'obligation de l'expéditeur se trouve dans la prestation de transport attendue. Mais il recherche aussi, à n'en pas douter, la rapidité du transport. Cette dernière finalité n'est pas un simple motif (cause subjective) puisqu'elle se retrouve chez tous les expéditeurs qui concluent ce type de contrat. Mais, exiger l'existence d'une telle cause, qui n'est pas immédiate, c'est assurément concrétiser la notion de cause, ce que fait la Cour de cassation. On constate aussi ce phénomène de concrétisation dans la jurisprudence qui autorise, à certaines conditions, l'anéantissement d'un contrat comme conséquence de l'anéantissement d'un contrat qui lui est indivisible. Par exemple, l'achat d'un matériel peut-être indivisible du contrat de crédit-bail, chaque acte étant la cause de l'autre.

Sanction. Les tribunaux ont longtemps jugé que l'absence de cause devait être sanctionnée par la nullité absolue du contrat, au motif que la cause est un élément essentiel du contrat. La solution était critiquable parce que la règle exigeant l'existence d'une cause est protectrice de l'intérêt particulier de l'un des contractants et non de l'intérêt général. Récemment, la Cour de cassation s'est nettement prononcée pour la **nullité relative** du contrat (Cass. 3^e civ., 29 mars 2006, pourvoi n° 05-16.032).

5.2 La licéité de la cause

Article 1133 du Code civil. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Contrôle de la cause du contrat. Le contrôle de la licéité porte sur la cause du contrat, c'est-à-dire des mobiles qui ont déterminé l'une des parties à contracter. En revanche, comme il a été écrit plus avant, l'existence de ces mobiles n'est pas exigée par la loi (exceptée pour les contrats à titre gratuit, voir *supra*), le juge ne devant s'y intéresser que lorsque l'ordre public et les bonnes mœurs sont en jeu.

Contrats à titre onéreux. Dans les contrats à titre onéreux, seule la licéité des mobiles déterminants est contrôlée. Par exemple, la location d'un local encourt la nullité si le preneur l'a loué dans le but d'y établir une maison de tolérance ou un atelier de fausse monnaie. Si le contrôle se limitait à la cause de l'obligation, l'ordre public et les bonnes mœurs ne seraient pas préservés (d'un point de vue contractuel) ; en revanche le contrôle des motifs permet la sanction.

Auparavant, les tribunaux prononçaient la nullité du contrat uniquement si les motifs illicites étaient connus du cocontractant. La solution était contestable : le loueur qui ignorait l'installation d'une maison de tolérance dans son local ne pouvait pas demander la nullité du contrat. Aujourd'hui, cette condition n'est plus nécessaire : « un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat » (Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998, pourvoi n° 96-14.359).

Contrats à titre gratuit. Les motifs qui ont déterminé une personne à consentir un avantage sans contrepartie doivent être licites. Cette règle a fait l'objet d'une application jurisprudentielle évolutive en matière de donation entre concubins. Auparavant, pareille donation était annulée lorsque consentie dans le but d'établir ou de maintenir une relation adultère. Aujourd'hui, la Cour de cassation juge que l'adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs, de sorte que la donation n'encourt pas la nullité. Cette jurisprudence montre que les bonnes mœurs sont une notion évolutive.

Preuve de l'illicéité de la cause du contrat. La cause étant présumée licite, c'est à celui qui invoque l'illicéité de la démontrer. Elle peut être rapportée par tous moyens et résulter d'éléments extérieurs à l'acte (dits extrinsèques).

Sanctions. Lorsque la cause du contrat est illicite, ce dernier encourt la nullité ; et il s'agit là d'une **nullité absolue**. En effet la règle violée ou l'immoralité concerne l'intérêt général ou pas seulement l'intérêt particulier de l'une des parties. En conséquence, même le contractant qui poursuivait le but illicite peut demander la nullité, ce qui peut paraître choquant, mais permet d'augmenter les chances de nullité. Toutefois, quand l'annulation est fondée sur le caractère immoral de la convention, les tribunaux jugent que le contractant qui se prévaut de son immoralité ne peut obtenir la restitution de la prestation qu'il a fournie (voir *infra*, section 3).

SECTION 3

LA SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DES CONTRATS : LA NULLITÉ

Définition. La nullité n'est autre que l'anéantissement du contrat : il s'agit de faire en sorte que le contrat n'existe plus. Elle se définit comme l'anéantissement rétroactif du contrat qui n'est pas valablement formé.

Distinctions. La nullité se distingue ainsi :

- de la caducité qui anéantit un contrat valablement formé mais qui a perdu par la suite un de ses éléments essentiels ;
- de la résolution qui anéantit un contrat valablement formé mais inexécuté ;
- de l'opposition qui n'anéantit pas l'acte mais empêche les parties de se prévaloir de son existence à l'égard des tiers.

Annulation. Puisqu'il manque un élément nécessaire à la formation du contrat, le droit devrait considérer qu'il n'a jamais existé. Or comment anéantir quelque chose qui n'existe pas ? En réalité il faut être plus pragmatique. La mauvaise formation ne peut être sanctionnée que si elle est dénoncée. Un contrat, même irrégulier, pourrait parfaitement être exécuté jusqu'à son terme sans susciter de contentieux. La nullité n'est pas automatique. Une action en justice est nécessaire. C'est la raison pour laquelle on préfère parfois parler d'annulation.

1. La mise en œuvre de la nullité

Article 1304 du Code civil. Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ; et à l'égard des actes faits par un majeur protégé, que du jour où il en a eu connaissance, alors qu'il était en situation de les refaire valablement. Il ne court contre les héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle que du jour du décès, s'il n'a commencé à courir auparavant.

Nullité relative, nullité absolue. Depuis le XIX^e siècle la doctrine distingue la nullité relative de la nullité absolue. La théorie développée, dite théorie moderne des nullités, repose sur l'intérêt protégé par la règle de droit sanctionnée. Elle n'est pas fondée sur la gravité de la violation d'une règle ni, par conséquent, sur l'importance d'une condition de formation du contrat. Le fondement repose sur une différence d'ampleur de l'attribution du droit à agir en nullité :

- si la règle violée tend à protéger un intérêt particulier, celui du cocontractant, la nullité est dite relative. Il en va ainsi des règles concernant la capacité d'exercice, les vices du consentement, la lésion, l'existence de la cause, l'existence de l'objet, le formalisme informatif. Leur but est bien de protéger les intérêts du contractant ;
- à l'inverse, la nullité est absolue lorsque la condition de validité méconnue protège l'intérêt général, c'est-à-dire la société. C'est notamment le cas des règles concernant la licéité de l'objet ou de la cause.

On peut penser que la jurisprudence suit cette théorie dans ses « grandes lignes ». Ainsi, sont sanctionnées par une nullité relative les règles concernant la capacité d'exercice, les vices du consentement, la lésion, l'existence de la cause, ou encore le formalisme informatif. La nullité absolue frappe le manquement aux règles relatives à la licéité de l'objet ou de la cause.

Toutefois, il ressort des décisions que les tribunaux refusent de se laisser enfermer dans cette théorie moderne des nullités. Par exemple il est jugé que le contrat dont l'objet est absent encourt la nullité absolue, alors même que la règle a pour but de protéger un intérêt particulier et non l'intérêt général. Il est également jugé que la vileté du prix, source de nullité de la vente, est sanctionnée par la nullité absolue du contrat, au motif, aux termes d'une décision récente, que la nullité est ici fondée sur l'absence d'un élément essentiel du contrat de vente (Cass. com., 23 oct. 2007, pourvoi n° 06-13.979).

Personnes pouvant se prévaloir de la nullité :

- lorsque la nullité est relative, seules les personnes protégées par la règle violée peuvent agir pour voir sanctionner le manquement à ladite règle ;
- lorsque la nullité est absolue, l'attribution de l'action en nullité doit être plus large : les deux contractants peuvent agir, de même que tout tiers ayant un intérêt.

EXEMPLES

- Le propriétaire d'un local commercial qui subit un dol par le locataire peut seul demander la nullité du contrat de bail. S'il vend son immeuble, sans avoir exercé l'action en nullité, le nouveau propriétaire ne pourra pas agir en nullité pour dol puisqu'il n'en a pas été victime.
- Les créanciers du vendeur sont des tiers au contrat de vente, mais peuvent avoir intérêt à la nullité de la vente pour voir réintégrer le bien vendu dans le patrimoine du vendeur et, ainsi, pouvoir le saisir. Leur action en nullité n'est possible que si la règle transgressée protège l'intérêt général.

Prescription extinctive. La prescription extinctive se distingue de la prescription acquisitive. Elle éteint le droit d'agir en nullité de sorte que le contrat pourtant irrégulièrement formé produit ses effets.

- ***Délai.*** La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ne permet plus la différenciation selon que la nullité est relative ou absolue. Quelle que soit la nature du droit protégé par l'action en nullité, celle-ci se prescrit par cinq ans. Il existe toutefois des exceptions.

- ***Point de départ.*** L'article 2224 du Code civil, issu de la loi du 17 juin 2008, dispose que le point de départ du délai est le « jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». En matière contractuelle, le point de départ de principe n'est donc plus le jour de la conclusion de l'acte. Il est glissant et non pas fixe.

L'article 1304 du Code civil, spécial aux actions en nullités des conventions et inchangé par ladite loi, dispose que la prescription de l'action en nullité d'un acte annulable pour violence ne court que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts (plus exactement, selon les tribunaux, du jour où le vice pouvait être découvert). Il s'agit aussi de points de départ glissants.

- ***Délai butoir.*** La loi du 17 juin 2008 a généralisé le délai butoir, qui n'était qu'exceptionnel auparavant et ne concernait pas le droit commun des contrats. Désormais, l'article 2232

prévoit en substance que le point de départ glissant ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. On peut penser que pareil délai butoir s'applique à l'action en nullité des conventions.

EXEMPLE

Soit un contrat conclu en 1^{er} septembre 1988. La violence ayant affecté le consentement de l'un des contractants, au jour de la conclusion de l'acte, cesse le 1^{er} octobre 2004.

La prescription de l'action en nullité pour vice du consentement commence à courir le 1^{er} octobre 2004. Pour autant l'action n'est pas prescrite cinq ans après, le 30 septembre 2009, mais le 30 août 2008, c'est-à-dire vingt ans après la formation du contrat (date à laquelle le droit de demander la nullité est né).

Exception de nullité. Il existe un cas où le délai pour agir en nullité est infini. C'est l'exception de nullité, que l'on dit perpétuelle. La situation est celle d'un contractant actionné en justice par son cocontractant pour le voir condamner à exécuter le contrat. Le premier peut, pour se défendre, demander la nullité du contrat. De la sorte il n'aura pas à s'exécuter. C'est cette demande en nullité par voie d'exception (c'est-à-dire en défense, par opposition à action) qui n'est pas limitée par le temps. Toutefois, lorsque la nullité invoquée est relative, l'exception de nullité n'est recevable que si le contrat n'a reçu aucun début d'exécution.

EXEMPLE

Le détenteur de parts sociales dans le capital social d'une société charge par contrat une personne d'organiser la cession de ces parts. La cession est réalisée et l'organisateur demande alors paiement au cédant du prix convenu pour la réalisation de sa mission. Le cédant, assigné en justice, invoque la nullité pour dol du contrat d'organisation. Sa demande, exercée par voie d'exception, est-elle recevable au regard des règles de prescription ? Étant donné que le contrat a été exécuté en partie – l'organisateur a réalisé sa mission –, alors que la nullité invoquée est relative, l'exception de nullité ne saurait être perpétuelle, de sorte que le délai de prescription s'applique.

Confirmation. La confirmation est une technique juridique qui permet de consolider un contrat annulable. Elle consiste à renoncer à se prévaloir de la nullité de l'acte et à renouveler le consentement. Elle n'est possible qu'en cas de nullité relative, puisque la nullité absolue est ouverte aux tiers et que la confirmation ne saurait lier ces derniers. Par ailleurs, la confirmation n'est possible que si le vice a disparu (par exemple, le contractant découvre son erreur) et si elle résulte d'une volonté certaine. La confirmation tacite (voir C. civ., art. 1338, al. 2) est possible mais doit être dépourvue d'équivoque.

2. Les effets de la nullité

Effet rétroactif. L'annulation fait disparaître le contrat de façon rétroactive, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre nullité relative et nullité absolue. Le droit, par cette sanction, replace les contractants dans la situation qui aurait été la leur s'ils n'avaient jamais contracté. L'anéantissement remonte jusqu'au jour de la conclusion du contrat. Aussi, lorsque le contrat n'a pas reçu de début d'exécution ou n'a été exécuté qu'en partie, la nullité fait obstacle à toute exécution (de la totalité ou de l'autre partie).

Restitutions. Par ailleurs, si le contrat a reçu un début d'exécution, voire une exécution complète, la rétroactivité de la nullité conduira à des restitutions réciproques. Ainsi, la nullité

de la vente d'un immeuble oblige le vendeur à restituer le prix, tandis que l'acheteur devra rendre l'immeuble.

Seules sont restituables les prestations fournies en exécution du contrat annulé. La remise des parties dans l'état où elles étaient avant le contrat n'implique que la restitution des prestations découlant de l'exécution d'obligations contractuelles. En d'autres termes, la rétroactivité ne peut être que directe.

EXEMPLE

L'acheteur peut demander la restitution du prix – parce que ce prix est une prestation découlant de l'obligation contractuelle de le payer – mais pas une rémunération ou une indemnisation de pertes d'exploitation. Certes, si le contrat n'avait pas été conclu, les pertes ne se seraient pas produites. Mais leur restitution conduirait à décider que, de la même façon, un profit devrait aussi être restitué.

Si le contrat porte sur une chose, le contractant qui a utilisé celle-ci doit-il, au titre des restitutions, verser une indemnité pour cette jouissance ? La Cour de cassation a répondu par la négative, sauf si le propriétaire est de bonne foi et que l'utilisateur a commis une faute (Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, pourvoi n° 02-16.302).

Restitutions matériellement impossibles. Dans certains cas particuliers la restitution réciproque n'est guère possible. Pour autant, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant cette exécution.

- Il en est ainsi des contrats dont l'une au moins des prestations se consomme au fur et à mesure de l'exécution de la convention. Par exemple, si un bail d'habitation est annulé, le propriétaire pourrait restituer les loyers perçus, en revanche le locataire se trouverait dans l'incapacité de restituer la contrepartie des loyers, c'est-à-dire la jouissance de l'immeuble. Pour autant, les juges décident que l'effet rétroactif opère : le bailleur restituera les loyers tandis que le locataire, ne pouvant certes restituer la jouissance du bien, devra une indemnité d'occupation (Cass. 3^e civ., 13 juin 2001, pourvoi n° 99-18.676), c'est-à-dire une restitution en valeur. Si loyer et indemnité se compensent, autant dire que la nullité n'opère que pour l'avenir. Mais le juge apprécie souverainement le montant de l'indemnité d'occupation d'après la valeur locative réelle : il n'est pas tenu par le contrat puisque celui-ci est nul.
- Dans d'autres cas, l'impossibilité de la restitution résulte de la disparition de la chose. Par exemple, l'acquéreur de parts sociales a pu les revendre. La nullité permet tout de même au vendeur d'obtenir la restitution en valeur, estimée au jour de l'acte. Si la restitution en valeur est égale au prix payé, les restitutions réciproques n'ont aucun intérêt. Toutefois, le juge doit rechercher la valeur réelle de la chose, laquelle peut être différente du prix versé.

Restitutions juridiquement impossibles :

- lorsque la nullité est due à l'incapacité d'un contractant, la restitution à laquelle il est tenu du fait de l'anéantissement rétroactif de l'acte ne peut porter que sur ce qui a « tourné à son profit » (C. civ., art. 1312), c'est-à-dire sur ce qu'il a encore entre ses mains ;
- celui qui demande la nullité alors qu'il est à l'origine de celle-ci (par exemple celui qui a acheté un immeuble pour y installer une maison close) ne peut se prévaloir de son **indignité** ou, dit-on, de sa propre turpitude. Il est recevable à demander la nullité, car l'intérêt général le requiert, mais il ne saurait prétendre à restitution de ce qu'il a versé.

Dommmages et intérêts. En elle-même, la nullité ne donne pas droit à des dommages et intérêts. Ceux-ci ne sont dus que si une faute ayant causé un préjudice est l'un des éléments à l'origine de la nullité (exemples : dol, violence).

SECTION 4

LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS

Article 1134 du Code civil. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Article 1135 du Code civil. Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Respect de la parole donnée. Le premier alinéa de l'article 1134 du Code civil pose un principe constituant l'un des piliers de notre droit : celui de la force obligatoire des conventions. Le contrat valablement formé doit recevoir exécution tel qu'il a été convenu par les parties, celles-ci étant donc tenu de respecter leur parole donnée. Il en résulte que l'un des contractants ne saurait rompre seul la convention, ni la modifier. On envisagera d'abord le champ de cette force obligatoire.

1. Le champ de la force obligatoire du contrat

1.1 L'effet relatif du contrat

Article 1165 du Code civil. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.

Définition. L'effet relatif produit par le contrat signifie que celui-ci ne crée des obligations qu'à la charge des personnes qui l'ont conclu. Un tiers ne saurait donc être créancier ou débiteur d'une obligation née d'un contrat auquel il n'est pas partie.

a) Le principe

Parties au contrat. Les parties au contrat sont bien sûr celles qui l'ont conclu. Doivent leur être assimilés les **ayants cause à titre universel**, c'est-à-dire, d'une part, leurs héritiers et, d'autre part, les légataires universels. Ces ayants cause sont en effet réputés continuer la personne du défunt et recueillent alors ses créances mais aussi ses dettes. Il leur est toutefois possible d'échapper à pareille transmission en refusant la succession ou le legs.

Tiers au contrat. Ceux que l'on appelle les tiers absolus au contrat (*penitus extranei*) sont les personnes qui n'ont aucun lien de droit avec les parties. C'est à leur égard que s'applique pleinement le principe de l'effet relatif des conventions tel que défini plus haut.

Les créanciers des parties et leurs ayants cause à titre particulier ne sont donc pas des tiers absolus :

- les premiers ne peuvent certes pas se prévaloir des droits et obligations nés d'un contrat auquel ils ne sont pas parties, mais ils sont en droit d'exercer une action rendant inopposable un tel contrat à leur égard lorsque ce dernier a été conclu en fraude de leurs droits. C'est l'action paulienne (C. civ., art. 1167). Par exemple, ils peuvent demander l'inopposabilité d'une donation consentie par leur débiteur à l'égard de son fils afin

- d'organiser son insolvabilité. En outre, les créanciers ont la possibilité, à certaines conditions, d'exercer les droits de leur débiteur en demandant à l'autre partie d'exécuter ses engagements. C'est l'action oblique (C. civ., art. 1166) ;
- les **ayants cause à titre particulier** sont des tiers qui ont acquis d'une des parties le droit ou le bien faisant l'objet du contrat. Par exemple, en faisant l'acquisition d'un fonds de commerce l'acheteur devient un ayant cause à titre particulier du vendeur. Se pose alors la question suivante : les créances et dettes contractées par le vendeur se transmettent-elles automatiquement à l'acquéreur du fonds ? Ce dernier étant un tiers aux contrats conclus par le vendeur, la réponse de principe est négative. Pourtant, dans d'autres situations il existe des exceptions qui seront envisagées plus loin.

b) Les exceptions

Stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui est une convention par laquelle l'une des parties (le promettant) s'engage à l'égard de l'autre partie qui lui en donne la charge (le stipulant) d'exécuter une prestation au profit d'un tiers (le bénéficiaire). Il s'agit bien d'une exception au principe de l'effet relatif des conventions puisque le tiers, dès lors qu'il aura accepté la stipulation à son profit, pourra se prévaloir de l'exécution d'une obligation stipulée dans un contrat auquel il n'est pas partie.

EXEMPLE

Ce mécanisme est utilisé en matière d'assurance-décès : le souscripteur d'une telle assurance (le stipulant) fait promettre à son assureur (le promettant) de verser le capital décès au profit d'un tiers désigné dans le cas où il viendrait à mourir.

Transmission des contrats attachés à une chose. En principe, en vertu de l'effet relatif des conventions, l'acquéreur d'une chose n'est pas lié par les contrats qui sont attachés à cette chose. Par exemple l'acquéreur d'une maison n'est pas tenu de payer l'entrepreneur qui a effectué des travaux sur ordre du vendeur.

Ce principe supporte toutefois des exceptions. Le législateur prévoit en effet des cas où le contrat suit le bien transféré, du fait du lien étroit entre celui-ci et celui-là. Par exemple le contrat de bail est transmis à l'acquéreur de la chose louée (C. civ., art. 1743). C'est ainsi que le locataire est en droit de rester dans l'immeuble qu'il loue malgré le changement de propriétaire.

Transmission des actions contractuelles. Dans certains cas, le tiers est en droit d'exercer les actions nées d'un contrat auquel il n'est pourtant pas partie :

- **action directe en paiement.** Le législateur autorise parfois un tiers, qui dispose d'un droit contre l'une des parties à un contrat, à exercer une action en paiement contre l'autre partie, alors même qu'il n'a pas contracté avec celle-ci. On parle d'action directe. Par exemple, le sous-traitant peut agir en paiement directement contre le client principal (loi du 31 déc. 1975). Il en est de même du propriétaire à l'égard du sous-locataire (C. civ., art. 1753) ;
- **action directe en responsabilité.** La jurisprudence admet que les actions en responsabilité contractuelle liées à une chose se transmettent avec celle-ci. Aussi le sous-acquéreur d'un bien peut-il agir directement en garantie des vices cachés contre le vendeur initial, avec qui il n'a pourtant pas contracté.

1.2 L'opposabilité du contrat

Présentation. Si le contrat ne produit pas d'effet à l'égard des véritables tiers (ou tiers absolus, voir *supra*), il leur est opposable. Cela signifie qu'à leur égard le contrat est un fait (et non un acte) qu'ils ne sauraient ignorer.

Impossibilité d'ignorer le contrat. Un contrat translatif de propriété, telle une vente, crée à l'égard des tiers une situation nouvelle que ceux-ci ne peuvent ignorer.

EXEMPLE

La victime de l'effondrement d'un bâtiment devra engager la responsabilité de son propriétaire actuel et non de celui qui l'a vendu quelque temps auparavant.

Obligation de ne pas nuire aux contractants. Opposer l'existence du contrat au tiers, consiste d'abord à demander à ce dernier de ne pas venir en troubler l'exécution. À défaut, il engage sa responsabilité délictuelle (ou extracontractuelle) et non pas contractuelle puisqu'il n'est pas partie au contrat.

EXEMPLE

1) Un contrat de franchisage, liant un franchiseur et un franchisé, stipule une clause de non ré-affiliation interdisant au franchisé de s'affilier à un autre réseau concurrent après la rupture du contrat. Le franchisé viole cette obligation. Il a été jugé que le nouveau franchiseur, auprès duquel le franchisé s'est affilié en violation de clause, engage sa responsabilité civile délictuelle. Il lui est reproché ne pas s'être assuré que le franchisé était libre de tout engagement, notamment en demandant une attestation émanant de l'ancien franchiseur ou en se faisant communiquer la clause du contrat de franchise relative à sa durée.

2) L'employeur qui débaucherait un salarié travaillant dans une autre entreprise, et lié à celle-ci par une clause de non-concurrence, est tiers au contrat de travail. Toutefois ce contrat, qui contient la clause de non-concurrence lui est opposable. Il engage alors sa responsabilité délictuelle. Faut-il encore que le nouvel employeur ait eu connaissance de la clause de non-concurrence ? On l'enseigne traditionnellement. Toutefois, l'exemple présenté ci-dessus, laisse penser que l'employeur débauchant un salarié est tenu de s'assurer que le salarié est libre de tout engagement de non-concurrence, du moins lorsque ce type de clause est très fréquemment stipulé pour telle fonction.

INVOCATION DE L'INEXÉCUTION CONTRACTUELLE PAR UN TIERS

Un tiers au contrat peut-il invoquer l'inexécution de ce dernier lorsque celle-ci lui a causé un préjudice ? Par exemple, un locataire gérant, tiers au contrat de bail du local qu'il occupe, peut-il obtenir des dommages et intérêts du bailleur au motif que ce dernier n'a pas respecté ses engagements contractuels à l'égard du locataire du local (celui-ci étant le propriétaire du fonds de commerce loué au locataire gérant) ?

Dans une décision importante, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a mis fin à l'opposition entre les chambres civiles et la chambre commerciale (Cass. ass. plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255). Elle a pu juger qu'un tiers est en droit de se prévaloir de l'inexécution d'un contrat, posant que la seule preuve de cette inexécution suffisait. D'où il faut déduire que la preuve d'une faute détachable du contrat ou d'un manquement un devoir général de comportement n'est pas nécessaire.

Depuis, les trois chambres civiles et la chambre commerciale ont pu juger que le tiers est recevable à invoquer la responsabilité délictuelle de celui qui a manqué à ses obligations contractuelles, dès lors que le manquement lui a causé un dommage.

2. L'interprétation du contrat

Article 1156 du Code civil. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

Terrain de l'interprétation. La question de l'interprétation du contrat se pose lorsque les parties ne sont pas d'accord sur le sens à donner à une ou plusieurs clauses de la convention qu'elles ont conclue. C'est dire qu'elle naît toujours d'un litige entre les parties.

Règles d'interprétation. Ce n'est que lorsqu'un contrat est ambigu que le juge peut l'interpréter. Son rôle consiste alors à rechercher quelle a été l'intention commune des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (C. civ., art. 1156). Le Code civil établit un guide auquel le juge *peut* se conformer pour interpréter un contrat peu clair (C. civ., art. 1157 à 1164).

Chaque interprétation dépendra alors de l'affaire soumise au magistrat. Aussi, la Cour de cassation reconnaît-elle un pouvoir souverain des juges du fonds en cette matière. Cela signifie qu'en cas de pourvoi, elle se refuse à contrôler l'interprétation effectuée par ces juges du fonds. Cependant, elle contrôle que ceux-ci n'ont pas dénaturé le contrat, c'est-à-dire donner un autre sens à un contrat clair et précis.

3. L'irrévocabilité du contrat

Principe. Dès lors que le contrat est correctement exécuté, seul un accord des parties peut y mettre fin. Si le contrat n'est pas correctement exécuté, la rupture doit, en principe, être demandée au juge (voir *infra*, section 5).

3.1 Contrat à durée indéterminée

Révocabilité unilatérale. Ce principe d'irrévocabilité des conventions en cours d'exécution comporte des exceptions. Dans le contrat à durée indéterminée, la résiliation unilatérale (c'est-à-dire par l'une seule des parties sans l'accord de l'autre) est possible. On explique traditionnellement ce droit de résiliation unilatérale par un autre principe, celui de la prohibition des engagements perpétuels : si les parties à un contrat sans terme stipulé ne pouvaient le rompre qu'avec l'accord du cocontractant, leur engagement pourrait devenir perpétuel. Pareil principe de prohibition des engagements perpétuels, contraire à la liberté et à la dignité humaine, n'est pas affirmé par un texte de portée générale, mais seulement par la doctrine laquelle se fonde sur des textes épars.

Anéantissement non rétroactif. Par définition, le contrat à durée indéterminée est un contrat de durée. On parle alors de résiliation (et non de résolution), parce que la rupture unilatérale n'opère que pour l'avenir ; elle ne produit pas d'effet rétroactif.

Contrôle des juges. La mise en œuvre du droit de résiliation d'un contrat à durée indéterminée n'est pas discrétionnaire ; elle fait l'objet d'un contrôle par les tribunaux afin d'éviter les abus. Ce contrôle est fondé sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (cité plus

haut). Celui qui abuse de son droit de rompre, et manque ainsi à son obligation de bonne foi, engage sa responsabilité contractuelle.

Le contentieux concerne essentiellement les contrats de distribution, notamment, les contrats de concession commerciale automobile. La Cour de cassation rappelle régulièrement qu'il n'appartient pas aux juges du fond de contrôler les motifs de la rupture. Le contractant qui prend l'initiative de la rupture n'a pas à indiquer les motifs de sa décision. Les juges ne contrôlent que les circonstances de la rupture :

- un préavis suffisant doit être respecté (même si la convention n'en dit rien) ;
- l'auteur de la rupture ne doit pas avoir laissé croire à son contractant en la poursuite des relations contractuelles ;
- le contractant ne doit pas rompre le contrat après avoir imposé à son cocontractant la réalisation d'investissements importants, tant que ces investissements ne sont pas amortis.

Par ailleurs, le Code de commerce prévoit des règles spéciales de comportement au titre des pratiques restrictives de concurrence. Elles ne s'appliquent que dans les rapports entre professionnels (commerçants, artisans...) :

- engage sa responsabilité civile celui qui menace son cocontractant d'une rupture brutale des relations commerciales afin d'obtenir des conditions manifestement abusives concernant notamment les prix et les délais de paiement (C. com., art. L. 442-6, 4^o) ;
- engage sa responsabilité civile celui rompt brutalement une relation commerciale établie sans préavis écrit (C. com., art. L. 442-6, 5^o).

3.2 Contrat à durée déterminée

Irrévocabilité unilatérale. Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, le principe de l'irrévocabilité unilatérale joue. Toutefois, certains textes spéciaux prévoient des exceptions. Ainsi, le Code civil prévoit que le mandant peut révoquer le mandat quand bon lui semble. Ce texte concerne notamment le dirigeant de société non-salarié, puisque celui-ci est un mandataire. Autre exemple le dépôt qui peut être rompu par le déposant.

Renouvellement du contrat. À la fin de la durée prévue au contrat, celui-ci prend fin. Le renouvellement n'est possible que par l'accord des parties. Une partie, seule, ne saurait exiger le renouvellement de son cocontractant. La règle découle du principe de la liberté contractuelle et, plus précisément, la liberté de ne pas contracter.

Elle comporte toutefois des exceptions légales. Par exemple, le locataire d'un local commercial soumis au statut des baux commerciaux dispose d'un droit au renouvellement du bail (C. com., art. L. 145-10).

Tacite reconduction. L'accord de renouvellement peut résulter tout d'abord du comportement : les parties continuent l'exécution du contrat même après son terme ; on parle de tacite reconduction. La reconduction donne naissance à un nouveau contrat de durée indéterminée.

Clause de tacite reconduction. L'accord de renouvellement peut aussi figurer par anticipation dans le contrat. Une clause stipule qu'à défaut d'accord à l'issue du contrat, ce dernier se renouvellera automatiquement. C'est une clause de tacite reconduction.

- Si la clause n'indique pas pour quelle durée le contrat se renouvelle, le contrat nouveau sera un contrat à durée indéterminée.

- En pratique les parties conviennent souvent d'un préavis avant lequel la manifestation de volonté de ne pas renouveler doit être manifestée expressément. À défaut d'une telle manifestation, le contrat se poursuit.

Depuis une loi du 28 janvier 2005, le Code de la consommation oblige le professionnel prestataire de services à informer le consommateur de la possibilité pour ce dernier de ne pas reconduire le contrat conclu avec une clause de tacite reconduction (voir *infra*, section 6).

Obligation de renouvellement. Par ailleurs, malgré l'absence de clause de renouvellement tacite, les tribunaux ont pu, dans certaines affaires, sanctionner le refus du cocontractant de renouveler le contrat lorsqu'il constitue un abus de droit. Un tel refus n'est donc pas une faute ; il n'est sanctionné que s'il est abusif. C'est le cas par exemple quand celui qui refuse le renouvellement avait exigé de son partenaire des investissements qui n'ont pas été amortis par ce dernier dans le temps du contrat.

4. L'intangibilité du contrat

Principe. Du principe de la force obligatoire des conventions, il résulte que les parties doivent exécuter le contrat tel qu'il a été voulu par elles, sans pouvoir le modifier unilatéralement en diminuant, par exemple, le prix.

Rôle du juge. L'intangibilité concerne aussi bien les parties que le juge. Le juge ne doit pas s'immiscer dans la convention des parties pour la modifier. Son rôle est uniquement de faire respecter ce qui a été valablement conclu.

Modification conventionnelle. Si la modification ne peut pas être unilatérale elle peut en revanche résulter d'un accord entre les parties. Dès la conclusion du contrat, les contractants peuvent stipuler une clause de modification, par exemple pour pallier le changement de circonstances économiques, comme les fluctuations du prix des matières premières. Pareille clause peut également être introduite en cours de contrat : on parle alors d'**avenant** au contrat.

Révision pour imprévision. Le principe de l'intangibilité du contrat s'applique d'abord aux parties qui ne peuvent modifier unilatéralement le contrat, mais aussi au juge qui ne doit pas s'immiscer dans la chose des parties. Cette impuissance du juge doit-elle être maintenue lorsqu'un changement imprévu des circonstances économiques ayant entouré la formation du contrat bouleverse son équilibre initial et rend en conséquence son exécution très onéreuse pour l'une des parties ? C'est la question de l'imprévision, laquelle sera abordée dans le chapitre suivant.

SECTION 5

L'INEXÉCUTION DES CONTRATS

L'inexécution peut consister, soit en un défaut d'exécution, total ou partiel, soit en une exécution défectueuse. Le droit réagit à pareille violation du contrat en édictant des sanctions. Mais dans certaines hypothèses, l'inexécution n'est pas imputable au débiteur pourtant engagé. Il convient de s'y pencher dans le présent chapitre ; d'abord sur l'hypothèse où l'exécution devient plus difficile, puis celle où elle devient impossible.

1. La difficulté d'exécuter : l'imprévision

Théorie de l'imprévision. Lorsque la doctrine parle de théorie de l'imprévision, elle s'intéresse à l'impact sur le contrat d'un changement imprévu des circonstances économiques ayant entouré sa formation qui bouleverse son équilibre initial et rend en conséquence son exécution très onéreuse pour l'une des parties.

La question qui se pose principalement est celle de l'incidence de l'imprévision sur l'obligation du débiteur et, au-delà, sur son engagement. Autrement dit, la première interrogation consiste à se demander si l'imprévision – dès lors que ses conditions, qui restent à définir, sont réunies – libère le débiteur de son obligation, voire de son engagement.

Imprévision et force majeure. Le changement de circonstances économiques qui rend l'exécution de l'obligation plus onéreuse ne constitue pas un événement de force majeure. Certes, ce changement, par hypothèse imprévisible, rend l'exécution plus difficile, mais pas impossible.

Réception de la théorie de l'imprévision. Depuis l'arrêt célèbre du Canal de Craponne de 1876, la Cour de cassation reste inflexible : le changement de circonstances économiques qui rend l'exécution de l'obligation plus onéreuse n'autorise pas la modification unilatérale du contrat, ni n'oblige les parties à la renégociation de l'acte, ni encore ne permet de prononcer sa caducité ou de justifier sa résiliation (judiciaire ou unilatérale).

Un arrêt rendu par sa Chambre commerciale, le 29 juin 2010, oblige à reconsidérer cette position. En substance, il y est jugé que la cour d'appel aurait dû rechercher si l'évolution des circonstances économiques n'avait pas eu pour effet de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par l'une des parties. La portée de cette décision doit être tracée avec précaution, notamment parce que les juges y tranchent une question de procédure, celle de la compétence du juge des référés. Mais il reste permis de se demander si dans sa décision, la haute juridiction estime que l'imprévision est susceptible de libérer le débiteur de son obligation. C'est une possibilité.

2. L'impossibilité d'exécuter

« À l'impossible nul n'est tenu. » Ce dicton populaire a un retentissement en droit : le débiteur n'est plus tenu d'exécuter le contrat – il est libéré de ses obligations – dès lors que cette exécution est devenue impossible du fait d'un événement que l'on dit de force majeure.

2.1 Notion de force majeure

Définition synthétique. La force majeure désigne un événement imprévisible, lors de la conclusion du contrat, et irrésistible c'est-à-dire rendant impossible l'exécution du contrat. L'événement doit également être extérieur au débiteur lorsque l'inexécution à sa source dans la chose objet du contrat ou une chose utilisée pour son exécution.

Critères. Aux termes de la jurisprudence la plus récente : « seul un événement présentant un caractère imprévisible, lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure » (Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, pourvoi n° 04-18.902). Ces critères sont **cumulatifs**.

- **L'imprévisibilité.** L'imprévisibilité doit s'apprécier au moment de la formation du contrat. C'est donc un regard rétrospectif qu'il faut jeter. La notion d'imprévisibilité n'est pas absolue, en ce sens qu'il ne s'agit pas de savoir si l'esprit humain était en mesure d'imaginer tel ou tel événement. Il convient de se référer à une imprévisibilité raisonnable. Les juges usent alors de critères accessoires, tels que l'anormalité, la soudaineté ou encore la rareté.

EXEMPLE

A été jugée prévisible, pour un fournisseur d'eau potable, la pollution de l'eau aux nitrates et aux pesticides résultant d'une agriculture intensive.

- **L'irrésistibilité.** La force majeure ne libère le débiteur que si elle rend totalement impossible l'exécution du contrat. Dès lors qu'il est possible de surmonter l'événement, alors l'exécution doit avoir lieu ; même si cette exécution devient alors plus difficile ou plus onéreuse. Cette impossibilité s'apprécie au regard des stipulations contractuelles, c'est-à-dire des prestations prévues par les parties.

EXEMPLE

Si le contrat prévoit un transport par avion et qu'un événement empêche l'utilisation d'un avion (exemple : fermeture administrative du ciel), l'irrésistibilité est constituée même s'il reste possible d'utiliser un autre moyen de transport.

- **L'extériorité.** Pour la Cour de cassation, l'extériorité de l'événement ne semble pas constituer, en principe, un critère de la force majeure. Ainsi, la maladie d'une étudiante ayant conclu un contrat d'enseignement à distance a été considérée comme un événement de force majeure. Quant à la grève, la jurisprudence n'a jamais été très claire. Une partie de la doctrine perçoit dans cette jurisprudence une distinction selon que la grève trouve sa cause dans l'entreprise (force majeure exclue) ou dans des revendications de politique nationale (force majeure admise). Mais cette interprétation est discutable aujourd'hui.

Toutefois, les tribunaux font de l'extériorité un critère de la force majeure lorsque l'inexécution trouve sa source dans la chose objet du contrat ou une chose utilisée pour son exécution.

EXEMPLE

Un fabricant ne peut livrer une chose à cause de la panne prolongée de sa machine de fabrication. La panne est un événement qui n'est pas extérieur à l'entreprise puisqu'elle touche une machine utilisée pour la fabrication.

2.2 Effets de la force majeure

a) Libération du débiteur

Libération temporaire ou définitive. La force majeure a pour principal effet de libérer le débiteur de ses obligations envers le créancier. Celles-ci sont éteintes, sans que le débiteur ne soit tenu de verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par son cocontractant. Cette libération n'est cependant que temporaire lorsque l'impossibilité d'exécuter l'est elle-même. Le contrat est alors suspendu.

EXEMPLE

La tempête de 1999 endommage la toiture d'un immeuble loué. Le bail n'est pas anéanti. Une fois la tempête terminée, la toiture doit être réparée par le bailleur.

b) Théorie des risques

Problématique. Lorsque la force majeure rend impossible l'exécution d'une obligation stipulée dans un contrat synallagmatique, qu'advient-il de la contrepartie ? Reste-t-elle due ? Le débiteur empêché d'exécuter peut-il néanmoins la réclamer ? Bref, qui supporte le risque de la force majeure ? La théorie des risques apporte une réponse à cette question.

Le principe : res perit debitori. Les tribunaux décident que c'est le débiteur de la chose qui doit supporter la perte fortuite de celle-ci. C'est le principe. Il signifie que le débiteur de la chose ne pourra pas réclamer la contrepartie prévue. Par exemple si, pendant la durée du contrat de bail d'habitation, l'immeuble loué est détruit par cas fortuit, le contrat est anéanti et le bailleur ne pourra pas demander le paiement des loyers. En revanche, il est libéré de l'obligation de mettre à disposition le bien.

L'exception : res perit domino. Par exception, dans les contrats translatifs de propriété (vente, échange...), si la chose périt fortuitement avant la livraison, c'est l'acheteur, en tant que propriétaire (le contrat a bien été conclu), qui supporte cette perte. Il devra payer le prix d'une chose qu'il n'a pas reçue (v. *infra*, section 6).

Suspension du contrat. La théorie des risques ne s'applique qu'en cas de perte totale de la chose. En effet, si la perte est partielle, les tribunaux jugent que le contrat est suspendu (et non rompu) pendant le temps où la force majeure rend impossible l'exécution de l'obligation.

SECTION 6

LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DES CONTRATS

Présentation. Lorsque le contrat n'est pas exécuté, ou mal exécuté, par l'une des parties, le cocontractant peut exiger des sanctions, voire même prendre lui-même l'initiative de la sanction.

1. L'exception d'inexécution

Définition. L'exception d'inexécution consiste pour un contractant à ne pas s'exécuter tant que son cocontractant n'exécute pas son obligation, ce qui suppose que celui-ci soit le premier à devoir s'exécuter.

Justice privée. Le recours au juge n'est donc pas nécessaire. L'exception d'inexécution est certes un moyen de pression – faire en sorte que le cocontractant s'exécute –, mais c'est surtout un moyen de se faire justice soi-même, un moyen de justice privée. C'est pour cette raison qu'elle n'est admise qu'avec prudence par les juges. Les conditions d'application sont strictes.

Conditions. Pour que l'exception d'inexécution soit recevable, il faut tout d'abord que le contrat soit synallagmatique, c'est-à-dire comporte des obligations réciproques.

Surtout, il faut que l'inexécution originelle soit grave. L'exception d'inexécution ne doit pas se transformer en effet en un moyen de chantage. La réaction à l'inexécution doit être proportionnée.

EXEMPLE

La jurisprudence rejette l'exception d'inexécution au bénéfice du locataire qui voudrait suspendre le paiement des loyers, se plaignant de la non-réalisation de travaux, dès lors que ce défaut de réalisation ne l'empêche pas de jouir des lieux loués.

Effet. Lorsque l'exception d'inexécution est recevable, le contrat n'est pas rompu, mais seulement suspendu. Si le cocontractant ne s'exécute pas, ce qui est le plus fréquent en pratique, l'exception d'inexécution apparaît alors comme une étape vers une autre sanction : le créancier pourra agir soit en exécution forcée, soit en responsabilité contractuelle, soit en résolution du contrat.

2. L'anéantissement du contrat

Principe. L'anéantissement est une sanction susceptible de frapper le contrat inexécuté, lequel disparaît alors – on parle de résolution ou de résiliation, selon que l'anéantissement produit ou non un effet rétroactif. La résolution peut emprunter plusieurs voies : elle peut être prononcée par le juge, sur demande à lui faite (3.1), ou bien décidée unilatéralement par le créancier, à ses risques et périls (3.2), ou encore résulter de l'application d'une clause contractuelle (3.3).

2.1 La résolution judiciaire

Article 1184 du Code civil. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

Présentation. L'article 1184 du Code civil, cité ci-dessus, autorise celui envers qui l'engagement n'a pas été exécuté d'en demander en justice la résolution, c'est-à-dire l'anéantissement rétroactif. Il ne faut pas confondre la résolution avec la nullité. La première sanctionne l'inexécution contractuelle, tandis que la seconde sanctionne la mauvaise formation du contrat.

a) Domaine

Contrat synallagmatique. L'article 1184 ne concerne que les contrats synallagmatiques. Lorsque le contrat est unilatéral, son sort est entendu : l'inexécution de l'obligation éteint

le contrat (pas de façon automatique) puisqu'il n'y a qu'une seule obligation dans ce type de contrat.

Quand le contrat est synallagmatique, il faut se préoccuper de ce qui doit advenir de l'obligation dont est tenu celui envers qui l'engagement n'a pas été exécuté. Par exemple, dans un contrat de vente, si le vendeur ne livre pas la chose, il faut se demander ce qu'il doit advenir à l'obligation de l'acheteur (payer le prix). L'article 1184 répond à cette question : il est possible de demander au juge de prononcer la résolution du contrat, de sorte que l'obligation de l'acheteur puisse ne pas être exécutée.

b) Conditions

Une inexécution grave. Le créancier ne peut obtenir la résolution du contrat que si l'inexécution est suffisamment grave. Pareille condition s'explique par l'importance de la sanction, laquelle ne doit être qu'un remède ultime. Le juge du fond appréciera souverainement la gravité. Si le juge estime la gravité insuffisante, il refusera de prononcer la résolution et préférera allouer des dommages-intérêts au créancier (en l'absence de force majeure).

Puisque la résolution doit être demandée au juge, le contrôle de la gravité s'effectue *a priori*, c'est-à-dire avant la rupture.

EXEMPLE

L'altercation entre le locataire et un autre occupant de l'immeuble loué est un manquement insuffisamment grave à l'obligation d'user des lieux en bon père de famille et la résolution n'est pas encourue parce que l'exécution est toujours possible, sauf à démontrer la dangerosité ou le caractère répétitif des agissements du locataire.

Inexécution imputable au débiteur ou due à la force majeure. L'imputabilité de l'inexécution ne conditionne pas la résolution. Il suffit que cette inexécution soit grave. Lorsqu'elle est due à la force majeure, la gravité s'apprécie à l'aune de l'impossibilité. Si celle-ci est partielle ou temporaire, le contrat doit être maintenu.

c) Effets

Effet rétroactif. La résolution produit un effet rétroactif : il convient de replacer les parties comme si aucun contrat n'avait jamais été conclu, ce qui implique des restitutions réciproques.

Contrat à exécution successive. Quand le contrat est à exécution successive, la rétroactivité pose problème : dès lors qu'une partie du contrat a déjà été exécutée, est-il opportun de revenir en arrière ? La résolution ne doit-elle pas, dans ce cas, ne produire d'effet que pour l'avenir ?

La réponse est négative lorsque l'opération pour laquelle il fut passé contrat est d'une utilité globale, c'est-à-dire qui n'a d'intérêt que si elle est totalement exécutée.

Elle est affirmative lorsque l'utilité de l'opération n'est pas globale, mais continue.

Dans un arrêt, la Cour de cassation a jugé que la résolution opérait un effet rétroactif en cas d'absence d'exécution ou d'exécution imparfaite dès l'origine (Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, pourvoi n° 01-14.890). La rétroactivité signifie l'anéantissement au jour de la formation de l'acte.

En dehors de cette hypothèse, la Cour de cassation juge que l'anéantissement ne joue que pour l'avenir. On ne parle plus de résolution, mais de **résiliation**. Reste à savoir de quel avenir il s'agit.

Prise d'effet de la résiliation. Une autre façon de se poser la question est de se demander si la résiliation évince nécessairement tout effet rétroactif ou si, au contraire, la résiliation peut être partiellement rétroactive. Bref, à quel moment la résiliation prend-elle effet ? La jurisprudence n'est pas très claire et précise sur cette question. Certains arrêts posent que la résolution ne joue qu'à partir de l'inexécution. La résiliation produirait donc un effet partiellement rétroactif. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a longtemps jugé que la résiliation ne joue qu'à partir du jour où le juge statue. Plus récemment, cette même chambre a décidé, à plusieurs reprises, que « la résiliation judiciaire des contrats à exécution successive ne prend pas nécessairement effet à la date de la décision qui la prononce ». Ce faisant, elle confère le pouvoir aux juges du fond de décider de la prise d'effet de la résiliation.

EXEMPLE

Soit un bail conclu le 1^{er} janvier. Le 1^{er} avril, le locataire cesse de payer le loyer. Le bailleur l'assigne en justice le 1^{er} mai. La résiliation est prononcée le 1^{er} juin. Le locataire est expulsé le 1^{er} juillet. Si l'on retient la première solution, la résiliation prend effet à compter du 1^{er} avril, de sorte que le locataire devra au bailleur une indemnité d'occupation (et non un loyer puisque le contrat est anéanti) pour les mois d'avril, mai et juin. Si la deuxième solution est retenue, la résiliation joue à partir du 1^{er} mai, de sorte que le locataire sera tenu envers le bailleur du loyer du mois d'avril et d'une indemnité d'occupation pour les mois de mai et juin. Enfin, si l'on retient la troisième solution, la résiliation prend effet à compter du 1^{er} juin, de sorte que le locataire devra les loyers des mois d'avril et mai, ainsi qu'une indemnité d'occupation pour le mois de juin (à propos de la différence entre loyer et indemnité d'occupation, v. *supra*, chapitre 3).

2.2 La résiliation unilatérale

Notion. La résiliation unilatérale pour inexécution consiste pour un contractant à décider seul de rompre le contrat et, de la sorte, de se délier de son propre engagement, à la suite d'un manquement de l'autre partie.

Faculté légale de résiliation unilatérale. Certains textes spéciaux, relatifs à certains contrats et/ou à certains contractants, reconnaissent une faculté de résiliation unilatérale.

EXEMPLE

Vendeur ou prestataire de services professionnel : dans les contrats conclus avec un consommateur, dont le prix excède 500 euros, le Code de la consommation impose au professionnel de mentionner la date de livraison sur le bon de commande. Passé sept jours après ce délai, le consommateur dispose de soixante jours pour résilier unilatéralement le contrat.

Droit commun des contrats. Le code civil, au titre du droit commun des contrats, ne prévoit par cette voie unilatérale. Dans un premier temps, en l'absence de textes spéciaux, la jurisprudence a fait preuve de réalisme quand l'urgence d'une situation commande de se passer de l'intervention du juge.

EXEMPLE

Un spectateur peut être immédiatement expulsé lorsqu'il trouble la représentation théâtrale.

Puis, par deux décisions importantes, en 1998 et 2001, la Cour de cassation est allée plus loin, admettant la résiliation unilatérale même en l'absence d'urgence. Il a été en effet jugé que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie

y mette fin de façon unilatérale et à ses risques et périls. Le contrôle de la gravité n'est effectué qu'*a posteriori*. C'est ce que signifient les termes « à ses risques et périls ».

Caractère supplétif de la règle. Par contrat, les parties sont-elles en droit d'empêcher la résiliation unilatérale pour inexécution ? À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est pas directement prononcée. Cependant, une décision récente implique l'affirmative.

2.3 La clause résolutoire

Présentation. Il existe une troisième voie d'anéantissement ; sa source est contractuelle : dans leur contrat les parties ont la faculté de prévoir la résolution du contrat sans intervention du juge, après mise en demeure ou immédiatement. Il s'agit d'une clause résolutoire.

EXEMPLE

Voici un exemple de clause résolutoire : « Le bailleur pourra résilier le contrat en cas de loyer demeuré impayé trois mois après mise en demeure de le régler ».

Fonction. Lorsqu'elle est mise en œuvre sans difficulté, la clause résolutoire permet de se passer de l'intervention du juge. En ce sens, elle simplifie l'anéantissement du contrat en évitant la procédure judiciaire.

Mais, bien souvent, la mise en œuvre conduit à un différend entre les parties. La clause conserve alors un intérêt important. Le juge qui va intervenir perd en effet son pouvoir de prononcer ou pas la résolution. Il ne peut être saisi que de l'application, ou inapplication, de la clause résolutoire. En ce cas, il ne saurait contrôler la gravité de l'inexécution, mais doit s'en tenir aux termes de la stipulation. Son rôle consiste à constater la résolution ou, au contraire, de déclarer inapplicable la clause.

Mise en œuvre. Le rôle du juge ne se limite pas à l'exercice d'un constat. Il contrôle la mise en œuvre de la clause résolutoire. Le contractant envers qui l'engagement n'a pas été exécuté ne saurait se prévaloir de mauvaise foi de la clause résolutoire sous peine de commettre un abus de droit. En d'autres termes, toute mise en œuvre de la clause qui n'est pas une réaction réelle à l'inexécution du cocontractant est abusive car la lettre du contrat est utilisée contre son esprit.

EXEMPLE

Le contractant qui exige l'exécution de travaux dans un certain délai, en visant la clause résolutoire, tout en sachant que cela est manifestement impossible, eu égard à la nature et à l'importance desdits travaux, ne souhaite pas réellement la bonne exécution du contrat, mais cherche à se débarrasser du débiteur. La mise en œuvre de la clause est alors abusive.

Droit des contrats spéciaux et droits spéciaux du contrat. Certaines lois particulières à certains contrats interdisent la clause résolutoire (exemple : contrat de travail, C. trav., art. L. 1243-1). D'autres atténuent les effets d'une clause résolutoire (exemple : bail commercial).

Elles sont susceptibles d'être déclarées abusives et, par conséquent, réputées non écrites, dans les contrats conclus entre professionnel et consommateur.

3. L'exécution forcée en nature

Définition. Il est de principe qu'un contractant est en droit d'obtenir ce qui a été prévu par le contrat toutes les fois que cela est possible. Par exemple, le vendeur peut contraindre l'acquéreur de payer le prix. On parle d'exécution forcée en nature puisqu'il s'agit pour le créancier d'obtenir l'exécution de ce qui a été prévu au contrat et non d'un équivalent.

Initiative du créancier. L'exécution forcée est une sanction que le créancier peut demander. Il n'est guère possible pour le débiteur d'imposer cette sanction à son créancier plutôt que sa responsabilité civile. Par exemple un architecte qui a failli à ses obligations ne peut pas imposer au maître de l'ouvrage l'exécution des travaux par lui-même (Cass. 3^e civ., 28 sept. 2005, pourvoi n° 04-14.586).

Obligation de faire ou de ne pas faire. Toutefois, le Code civil prévoit qu'en cas d'inexécution d'une obligation de faire et de ne pas faire, la sanction n'est pas l'exécution forcée en nature mais l'exécution par équivalent, c'est-à-dire l'allocation de dommages-intérêts au créancier de l'obligation inexécutée (C. civ., art. 1142). Cette dérogation à l'exécution en nature est cantonnée, par la jurisprudence, aux obligations purement personnelles, par exemple un peintre engagé pour ses qualités, son style.

Effectivité de la sanction. Dès lors que l'exécution forcée en nature est possible, le droit assure l'effectivité de cette sanction en mettant à la disposition du créancier les moyens de recouvrer sa créance : ce sont les voies d'exécution. Quand l'obligation est une obligation de faire ou de ne pas faire, l'exécution en nature peut être effective (lorsqu'elle est permise, ce qui suppose qu'il ne s'agisse pas d'une obligation purement personnelle) grâce à l'astreinte.

4. La responsabilité contractuelle

Article 1147 du Code civil. Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Définition. D'une manière générale, la responsabilité désigne l'obligation de réparer le dommage causé par autrui. La responsabilité contractuelle est la variété de responsabilité civile s'appliquant lorsque ce dommage a été causé à une partie par l'inexécution, la mauvaise exécution ou un retard dans l'exécution du contrat. Lorsqu'elle est retenue, la responsabilité contractuelle donne lieu au versement des dommages et intérêts.

4.1 Conditions

Une inexécution (la faute). Pour obtenir devant les tribunaux que le débiteur engage sa responsabilité, il faut en premier lieu qu'il ait commis un manquement à une obligation contractuelle.

Si l'inexécution est due à cas de force majeure (à propos de sa définition, voir *supra*), le créancier ne pourra pas obtenir des dommages-intérêts. La force majeure libère le débiteur de son obligation.

Enfin, si l'inexécution par le débiteur est due à la faute du créancier, celle-ci exonère le débiteur de sa responsabilité civile. L'exonération est totale si la faute du créancier est la cause exclusive de son préjudice. Elle est partielle, si coexistent le manquement du débiteur et la

faute du créancier, mais à condition que cette dernière soit suffisamment grave. On parle alors de partage de responsabilité.

EXEMPLE

Un client s'adresse à la Poste pour l'envoi d'une lettre recommandée. La Poste remet la lettre mais à une personne autre que le destinataire. Elle invoque alors, afin d'échapper à sa responsabilité, la faute du client qui n'a pas indiqué l'adresse exacte du destinataire. La Cour d'appel qui a accueilli cet argument est censurée par la Cour de cassation, car les juges du fond auraient dû rechercher si la faute du client constituait la cause exclusive de son dommage. Or, on peut penser que la Poste n'aurait pas dû remettre le pli à un tiers mais le retourner au destinataire avec la mention « n'habite pas à l'adresse indiquée », de sorte que le client aurait eu le temps de réitérer son envoi.

Preuve. La question de savoir qui doit prouver est primordiale. Est-ce au créancier de prouver que son cocontractant a commis un manquement ou est-ce au débiteur de démontrer qu'il n'a commis aucun manquement. Pour répondre à cette question, il faut distinguer entre les obligations de moyens et les obligations de résultat (pour une définition, voir *supra*, section préliminaire).

Si le débiteur était tenu d'une obligation de résultat, la seule absence de ce résultat permet de présumer le manquement du débiteur. C'est alors à lui qu'il appartient de démontrer ne pas en être responsable, et encore ne pourra-t-il le faire qu'en démontrant la force majeure ou la faute de la victime. S'il s'agit en revanche d'une obligation de moyens, c'est le créancier qui doit démontrer que le débiteur n'a pas mis tous les moyens en œuvre pour parvenir au résultat.

Dans certains cas, les tribunaux admettent l'existence d'une obligation de résultat atténuée : c'est bien au débiteur qu'incombe la charge de la preuve, mais il n'est pas nécessaire qu'il démontre s'être heurté à un événement de force majeure ou la faute de la victime. Il suffit qu'il prouve l'absence de faute de sa part.

Dans d'autres cas enfin, les tribunaux admettent l'existence d'une obligation de moyens renforcée : c'est au débiteur qu'incombe alors la charge de la preuve ; il a la possibilité de démontrer son absence de faute ou s'être heurté à un événement de force majeure.

	Charge de la preuve	Moyens d'exonération
Obligation de résultat	Débiteur	Force majeure ou faute du créancier
Obligation de résultat atténuée	Débiteur	Absence de faute du débiteur
Obligation de moyens	Créancier	/
Obligation de moyens renforcée	Débiteur	Absence de faute du débiteur ou force majeure

Un préjudice. Outre le manquement du débiteur de l'obligation inexécutée, la responsabilité contractuelle de ce dernier suppose l'existence d'un préjudice (ou dommage) subi par le créancier. Le préjudice peut être matériel, corporel ou moral. Le préjudice matériel couvre la perte subie mais aussi le gain manqué.

EXEMPLE

Le transporteur qui perd les marchandises transportées doit indemniser l'expéditeur non seulement de la valeur de ces marchandises mais encore du bénéfice que ce dernier aurait pu tirer de la vente au destinataire.

Contracter c'est prévoir ; aussi, le préjudice n'est-il indemnisable que s'il a pu être prévu par le débiteur lors de la conclusion du contrat (C. civ., art. 1150). Par exemple, le préjudice résultant de la perte d'un colis contenant des biens précieux n'est pas indemnisable dès lors que le transporteur n'a pas été informé du contenu du colis. Lorsque la faute du débiteur est lourde, le préjudice imprévisible devient indemnisable.

Enfin, si l'obligation inexécutée est de ne pas faire, l'article 1145 du Code civil prévoit que les dommages et intérêts sont dus « par le seul fait de la contravention ». La Cour de cassation juge en conséquence qu'il n'est pas nécessaire qu'un préjudice soit démontré (Cass. 1^{re} civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 05-19.978).

Un lien de causalité. Dernière condition : la victime doit démontrer que le préjudice a été causé par le manquement. Elle ne peut demander que ce qui est la suite immédiate et directe de l'inexécution (C. civ., art. 1151). Reste à savoir ce qu'il faut entendre par lien de causalité direct.

EXEMPLE

Un exemple donné par Pothier (jurisconsulte du XVIII^e siècle) est resté célèbre. L'auteur prend le cas d'une vente d'une vache malade entraînant la contamination du troupeau appartenant à l'acheteur, ce qui ruine celui-ci qui ne peut alors rembourser ses dettes et voit ses biens saisis. Le vendeur doit-il répondre de cette cascade de dommages ? Pothier limitait le dommage réparable au prix de la vache malade et du troupeau contaminé.

La jurisprudence est fluctuante et tout est affaire d'espèce. On peut toutefois noter une certaine tendance à privilégier la théorie de la causalité adéquate, ce qui conduit à ne retenir que le premier dommage. Mais lorsque le dommage est corporel, les tribunaux ont tendance à retenir la théorie de l'équivalence des conditions, ce qui conduit à indemniser l'ensemble des dommages même lointains.

Une mise en demeure ? Voir fiche « La mise en demeure » en fin de chapitre.

4.2 Clauses relatives à la responsabilité contractuelle

Aménagement conventionnel. Il est possible aux parties de modifier, par une clause stipulée dans le contrat, le régime légal de la responsabilité tel qu'exposé ci-dessus.

Clause de non-responsabilité. La clause de non-responsabilité – dite aussi exclusive de responsabilité – décharge le débiteur de l'obligation de réparer le dommage causé au créancier du fait de l'inexécution contractuelle. En pratique, le contrat prévoit souvent que le débiteur n'assume pas ou ne prend pas en charge telle obligation ; par exemple, le transporteur de passagers précise qu'il n'assume pas la surveillance des bagages. Il s'agit d'une clause de non-responsabilité.

Pareille clause est valable en principe. Elle encourt toutefois la nullité dans les cas suivants :

- lorsque l'obligation sur laquelle porte la clause est essentielle au contrat, de sorte que la clause litigieuse vide le contrat de sa substance. Par exemple, le vendeur ne peut pas se décharger de sa responsabilité s'il ne délivre pas la chose vendue. Le caractère essentiel résulte soit de la nature du contrat, comme dans l'exemple qui vient d'être donné, soit de l'intention des parties.

EXEMPLE

Vide le contrat de sa substance la clause suivante : « Malgré la vente ferme des avions, le vendeur conserve la liberté d'exécuter ou non le contrat en fonction de ses intérêts ou des contraintes de la production ».

- lorsque la clause porte sur la faute dolosive, c'est-à-dire intentionnelle du débiteur. Il est impossible de s'exonérer de sa faute intentionnelle ;
- lorsque la clause porte sur éventuel dommage corporel ;
- lorsque la loi le prévoit (exemples : contrat de transport de marchandises ; rupture du contrat de travail) ;
- lorsque la clause est jugée abusive dans les contrats conclus entre professionnel et consommateur, ce qui est souvent le cas. La sanction n'est pas exactement la nullité ; la clause est réputée non écrite (voir *infra*, section 6). Le Code de la consommation prévoit même l'interdiction d'une telle clause (le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation du caractère abusif) stipulée dans un contrat de vente, quelle que soit l'obligation sur laquelle porte la clause (C. consom., art. R. 132-1).

Clause limitative de responsabilité. La clause limitative de responsabilité limite les dommages et intérêts que le débiteur devra payer en cas de manquement à ses obligations. Elle suit le régime des clauses de non-responsabilité : elle est donc valable en principe, sous les mêmes exceptions. Il convient toutefois de préciser, d'une part, que lorsque l'obligation inexécutée est essentielle, la clause n'est écartée que si l'ampleur de la limitation est telle qu'elle vide cette obligation de sa substance (Cass. com, 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11-841). Cette ampleur est le plus souvent appréciée au regard du plafond stipulé, c'est-à-dire du montant de la réparation. Mais, l'ampleur de l'inexécution doit d'abord être prise en compte : si le cas d'inexécution prévue par la clause n'est pas total, on peut dire que celle-ci ne vide pas le contrat de sa substance.

Clause pénale. La clause pénale prévoit par avance et de façon forfaitaire les dommages-intérêts dus par celui qui aura manqué à ses obligations contractuelles. Aussi, le créancier peut s'enrichir dans le cas où la somme stipulée est supérieure au préjudice subi. En ce cas, la clause pénale présente un caractère comminatoire : c'est un moyen de pression incitant le débiteur à exécuter ses obligations, d'autant que le préjudice n'a pas à être démontré.

La clause pénale peut être moratoire (retard d'exécution) ou compensatoire (inexécution). À propos de la première, l'article 1229, alinéa 2 du Code civil précise que le créancier peut poursuivre à la fois le paiement de la pénalité et l'exécution de l'obligation principale, ce qui n'est pas possible si la clause est compensatoire.

La clause pénale est valable à condition que le montant de la pénalité soit déterminé ou déterminable. Par ailleurs, la mise en demeure préalable du débiteur de s'exécuter est de principe (C. civ., art. 1230). Elle n'est pas nécessaire lorsqu'un délai impératif est stipulé dans la convention. Il est possible en outre de prévoir dans celle-ci une clause excluant la mise en demeure comme préalable à la mise en œuvre de la clause pénale.

Enfin, le juge peut réduire la pénalité s'il la considère manifestement excessive, de même qu'il peut l'augmenter s'il la considère manifestement dérisoire (C. civ., art. 1152, al. 2).

5. Le cumul des sanctions de l'inexécution

Les différentes sanctions de l'inexécution contractuelle qui ont été exposées ci-dessus peuvent parfois se cumuler.

	Exécution forcée en nature	Responsabilité contractuelle
Résolution ou résiliation	CI	CP
Exécution forcée en nature	/	CP, mais les DI ne compensent pas l'inexécution elle-même.
Responsabilité contractuelle	CP si simple retard dans l'exécution CI si inexécution	/
CP : cumul de sanctions possible. CI : cumul de sanctions impossible. DI : dommages et intérêts.		

SECTION 7

LES RÈGLES SPÉCIFIQUES À CERTAINS CONTRATS

Le spécial déroge au général. Les cinq premières sections de ce chapitre ont été consacrées aux règles communes à tous les contrats. Il convient maintenant d'envisager les règles spécifiques à certains contrats. Règles communes et spécifiques à un contrat ont vocation à s'appliquer cumulativement audit contrat. Si une règle spécifique (le spécial) déroge à une règle commune (le général), c'est la première qu'il convient d'appliquer. Si le droit spécial ne prévoit rien à propos d'un problème donné, il faut alors se référer aux règles communes.

1. Le contrat de vente

Article 1582 du Code civil. La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.

Caractères. À se référer aux classifications des contrats décrites au début de ce chapitre (voir *supra*, section préliminaire), on peut caractériser la vente de la façon suivante :

- un contrat consensuel. La vente exige le commun accord des parties qui, en principe, ne nécessite aucune formalité pour sa validité. L'article 1582, alinéa 2, du Code civil dispose que la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. Il ne s'agit là que de simples facultés et non d'exigences formelles. Toutefois exceptionnellement certaines ventes exigent pour leur validité des formalités particulières (comme la vente d'immeuble à construire) ;
- un contrat synallagmatique. Le vendeur a l'obligation de délivrer la chose, tandis que l'obligation réciproque de l'acheteur consiste à payer le prix ;
- un contrat à titre onéreux ;
- un contrat commutatif. L'étendue des obligations de chacune des parties est fixée dès la conclusion du contrat et ne dépend pas d'un aléa. Certaines ventes cependant peuvent être aléatoires ; par exemple la vente avec rente viagère ;

– un contrat translatif de droit. Le droit de propriété, objet du contrat, passe de la tête de l'un des contractants sur la tête de l'autre.

Nature. Le contrat de vente peut être civil, commercial ou mixte. Cette distinction est importante, non en ce qui concerne les règles essentielles, qui sont les mêmes, mais en raison des règles relatives à la preuve (la preuve est libre en matière commerciale), à la compétence juridictionnelle (les contrats commerciaux relèvent du tribunal de commerce), ainsi qu'en raison de l'importance du rôle des usages en matière commerciale.

1.1 La formation du contrat de vente

Droit commun. La vente se forme comme tout contrat : une acceptation qui rencontre une offre sur les éléments essentiels de la vente (que sont l'objet et le prix). Comme tout contrat encore, la vente est consensuelle en principe et l'absence de vice du consentement, l'existence d'un objet et d'une cause conditionnent la validité de ce contrat (voir *supra*, section 2).

Des particularités tiennent notamment aux actes pouvant précéder la conclusion définitive de la vente, ainsi qu'au prix.

a) Les contrats préparatoires à la vente

Avant-contrats. La formation de la vente définitive peut être précédée – ce n'est pas une obligation – d'un contrat préparatoire, ou avant-contrat, qui peut avoir des fonctions diverses selon sa nature. On décrira les plus utilisés en pratique.

Promesse synallagmatique de vendre et d'acheter. La promesse synallagmatique comporte l'engagement pris simultanément par le vendeur de vendre et par l'acheteur d'acheter. Elle se rencontre fréquemment dans la vente d'immeuble ou de fonds de commerce et est alors en pratique désignée sous le terme de « compromis ». La promesse synallagmatique de vente vaut vente quand il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix (C. civ., art. 1589). Elle permet en pratique de reporter le jour du transfert de propriété à la date de la réitération par acte authentique.

Promesse unilatérale de vente. La promesse unilatérale de vente est un contrat par lequel une personne s'engage envers une autre personne à lui vendre, moyennant un certain prix, une chose déterminée sans que cette dernière s'engage en retour à acheter.

Sous peine de nullité, pareil acte doit être enregistré auprès de l'administration fiscale, dans les dix jours à compter de son acceptation par le bénéficiaire, et non à compter de la levée de l'option. La règle ne concerne, pour l'essentiel, que les promesses afférentes à un immeuble et à un fonds de commerce (C. civ., art. 1589-2).

Pacte de préférence. Le pacte de préférence est une convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage, au cas où il l'aliénerait, à donner préférence au bénéficiaire aux conditions proposées par un tiers ou à des conditions prédéterminées.

Exécution forcée en nature d'une promesse unilatérale de vente ou d'un pacte de préférence. La question de l'exécution forcée en nature est délicate lorsque le promettant rétracte sa promesse alors que le bénéficiaire n'a pas encore levé l'option. Elle se pose aussi en matière de pacte de préférence, lorsque le propriétaire de la chose aliène la chose à un tiers en violation du pacte. Concernant la promesse, d'abord, la jurisprudence de la Cour de cassation est inflexible : « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés

récioproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée » (Cass. 3^e civ., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-12.875).

En revanche, s'agissant du pacte, la Cour de cassation a jugé que le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance du pacte et d'obtenir sa substitution à ce tiers acquéreur, mais à la condition que ce dernier ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19.376). Si pareille condition est réunie, l'exécution forcée en nature devient donc possible.

b) Le prix de vente

Un prix déterminé ou déterminable. En vertu de l'article 1591 du Code civil le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. C'est là une condition de validité qui doit être réunie au moment de la formation de la vente. Le but est d'éviter qu'une partie soit ultérieurement à la merci de l'autre.

EXEMPLE

Le prix n'est pas déterminé lorsqu'il résulte de l'acte que sa fixation a été subordonnée à un accord ultérieur, ou abandonnée à la seule volonté de l'un des contractants (prix laissé à la discrétion du vendeur), ou lorsque le montant définitif doit faire l'objet d'une fixation ultérieure en fonction de travaux dont ni l'importance ni le coût ne sont exactement déterminés.

Toutefois, pour être considéré comme valable, il n'est pas nécessaire que le prix soit fixé, de manière absolue, dans son quantum. Il suffit qu'il soit déterminable par un procédé arrêté dès l'origine et indépendant de la volonté ultérieure de l'une ou l'autre des parties.

EXEMPLE

S'agissant de la vente d'une récolte à venir, est déterminable le prix de 100 € la tonne de blé.

Contrats cadre. La nécessité légale de détermination du prix a rencontré de sérieuses difficultés s'agissant des contrats cadre de distribution. Depuis 1995, la détermination du prix n'est pas une condition de validité de tels contrats (voir *infra*).

Prix fixé par expert. Les parties ont la faculté de laisser la détermination du prix de vente à l'arbitrage d'un expert (C. civ., art. 1592).

Un prix non lésionnaire. On sait que la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes (voir *supra*, section 2). En matière de vente mobilière, seule la vente d'engrais, la cession d'offices ministériels et la cession de droits d'exploitation d'un auteur sont protégées contre la lésion. Pour les immeubles, le Code civil autorise le vendeur d'un immeuble lésé de plus de sept douzièmes dans le prix de vente à demander la rescision du contrat. Pour ne pas encourir la prescription extinctive, l'action en rescision doit être engagée dans les deux ans du jour où la vente est devenue parfaite.

Un prix réel et sérieux. La jurisprudence exige que le prix de la vente soit réel et sérieux, c'est-à-dire ne soit pas vil ou, autrement dit, ne soit pas dérisoire. À la différence de la lésion, la règle n'est pas exceptionnelle ; elle concerne toutes les ventes. On peut alors penser que le prix n'est dérisoire que s'il est inférieur au prix lésionnaire. La vileté du prix est sanctionnée par la nullité absolue de la vente.

1.2 Les effets du contrat de vente

a) Le transfert de propriété et des risques

Article 1583 du Code civil. Elle [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

Transfert de propriété par le seul échange des consentements. De l'article 1583 du Code civil (cité ci-dessus) il ressort notamment que la propriété se transfère par le seul échange des consentements – *solo consensu*. Selon nous, ce transfert n'est pas une obligation que le vendeur doit exécuter ; il se produit automatiquement par l'effet de la loi. On veillera alors à ne pas confondre transfert de propriété et obligation de délivrance. Même avant que cette dernière ne soit exécutée, la propriété est déjà transférée.

Le transfert de propriété dès l'échange des consentements ne concerne que les corps certains. Les choses de genre n'obéissent pas à ce principe. Leur propriété n'est transférée que lors de leur individualisation, c'est-à-dire lorsque la chose de genre devient un corps certain. De même, les choses futures ne sont pas transmises dès l'accord de volonté sur la chose et le prix, mais lors de l'achèvement de la chose (sauf pour les immeubles à construire).

Clause de réserve de propriété. Par convention, il est possible de déroger au principe du transfert *solo consensu*. Les parties peuvent en effet prévoir une clause qui suspend le transfert de propriété jusqu'à la survenance d'un événement déterminé. Depuis la réforme des sûretés opérée le 23 mars 2006, le Code civil prévoit expressément que pareille clause constitue une garantie lorsque l'effet translatif est suspendu « jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie » (C. civ., art. 2367), c'est-à-dire le plus souvent le paiement du prix.

Transfert des risques. Le transfert des risques de perte ou de dégradation de la chose vendue par un événement de force majeure suit le transfert de propriété ; ce que l'on traduit par l'adage *res perit domino* (voir *supra*, section 5). Les risques incombent donc au propriétaire. Ce qui revient à dire que l'acquéreur supporte les risques de la chose dès l'accord des volontés s'il s'agit d'un corps certain. En conséquence, si la chose périt (du fait d'un événement de force majeure) entre le moment de la conclusion du contrat et la délivrance, l'acheteur n'en est pas moins tenu de payer le prix.

Toutefois, lorsque le vendeur ne livre pas la chose et qu'il est mis en demeure par l'acheteur de le faire, les risques sont alors supportés par le vendeur (C. civ., art. 1138, al. 2).

Par ailleurs, la règle selon laquelle le transfert des risques est lié au transfert de propriété n'est pas d'ordre public. Il est possible d'y déroger par convention. En pratique, il est courant de reporter le transfert des risques à la livraison de la chose, surtout lorsque cette livraison nécessite un transport.

b) Les obligations du vendeur

Article 1603 du Code civil. Il [le vendeur] a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend.

Obligations principales. Le Code civil prévoit deux obligations principales à la charge du vendeur : la délivrance de la chose et la garantie de celle-ci. On s'en tiendra à ces deux obligations ; mais il faut noter qu'il est également tenu, à la faveur d'une évolution jurisprudentielle, d'une obligation de renseignement et d'une obligation de sécurité.

■ L'obligation de délivrance conforme

Définition. La délivrance peut se définir comme le transport de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur (C. civ., art. 1604).

Étendue de l'obligation de délivrance. Le vendeur doit délivrer la chose même objet du contrat et ses accessoires. On parle de conformité, c'est-à-dire une identité entre la chose livrée et celle spécifiée dans le contrat, en quantité et en qualité.

EXEMPLE

Manquement à l'obligation de délivrance conforme lorsque sont délivrées des portes d'un garage sur rail alors que le contrat avait prévu des portes basculantes ; chose d'une marque autre que celle précisée dans le contrat, même de qualité égale ; voiture neuve conforme au type, objet de la commande mais dont la carrosserie présentait des anomalies de peinture.

Distinction avec les vices cachés. Le défaut de conformité aux stipulations du contrat doit être distingué du vice caché qui rend la chose vendue impropre à sa destination normale (C. civ., art. 1641). La conformité de la chose s'apprécie par rapport aux seules stipulations contractuelles : c'est un défaut de correspondance entre celles-ci et la chose vendue. Lorsqu'en revanche l'acheteur a bien été livré de la chose convenue mais que celle-ci se révèle inapte à son usage en raison d'un défaut, il y a vice caché.

Lieu et temps de la délivrance. Aux termes de l'article 1609 du Code civil, la délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu. La délivrance se distingue donc de la livraison. Celle-ci suppose un transport de la chose, ce à quoi le vendeur n'est pas obligé par la loi.

Selon l'article 1610 du Code civil, la délivrance doit être effectuée dans le temps convenu entre les parties. Si le contrat est silencieux, la délivrance doit avoir lieu dès que cela est possible ou, à tout le moins, dans des délais raisonnables.

Inexécution de l'obligation de délivrance conforme. Si le vendeur manque à son obligation de délivrance, soit qu'il ne délivre pas, soit que le délai pour délivrer est expiré, soit encore que le bien délivré n'est pas conforme à celui commandé, alors l'acheteur dispose d'une option : demander la résolution de la vente ou l'exécution forcée (C. civ., art. 1610). Il peut par ailleurs, obtenir des dommages et intérêts s'il démontre avoir subi un préjudice en lien causal avec le manquement.

La demande doit être faite en justice, sauf clause contraire, telle une clause résolutoire.

■ La garantie des vices cachés

Double garantie. Outre l'obligation de délivrer la chose vendue et celle d'informer l'acheteur, le vendeur est tenu à l'égard de ce dernier d'une double garantie : la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés. On s'en tiendra à la seconde.

Les conditions de la garantie des vices cachés :

- **un vice inhérent à la chose.** L'article 1641 du Code civil exige un défaut qui rende la chose « impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ». Par exemple, l'usage normal d'un véhicule automobile est d'être apte à la circulation. Faut-il encore que l'impropriété soit due à un vice inhérent à la chose, c'est-à-dire un défaut intrinsèque à la chose ;

- **un vice caché.** Le vendeur n'est tenu de garantir que les vices cachés. Si le vice est apparent, il incombe à l'acheteur soit de refuser la réception de la chose, soit de la réceptionner en émettant des réserves relatives aux vices apparents, soit encore de refuser de payer le prix en invoquant l'exception d'inexécution ;
- **un vice antérieur à la vente.** De la jurisprudence, il ressort clairement que le vice n'est garanti que s'il existait au moment de la vente ;
- **mauvaise foi ?** La connaissance du vice par le vendeur n'est pas une condition de la garantie. Corrélativement, la bonne foi de ce même vendeur ne l'exonère pas de la garantie. La bonne et la mauvaise foi n'ont une incidence que sur les clauses restrictives de garantie et sur les éventuels dommages-intérêts dus à l'acheteur.

Mise en œuvre de la garantie. Depuis l'ordonnance du 17 février 2005, le délai pour agir en justice (ou prescription extinctive) est de deux ans. Il concerne les contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur. Le point de départ n'est pas le jour de la vente, mais celui de la découverte du vice (C. civ., art. 1648).

REMARQUE

Très souvent c'est le rapport d'expertise, établi judiciairement ou conventionnellement, qui permet à l'acquéreur de prendre connaissance du vice. En ce cas, le bref délai commence à courir à la date de la remise du rapport par l'expert.

Sanctions. L'acheteur qui souhaite mettre en œuvre la garantie à raison des vices cachés de la chose vendue dispose d'une option. L'article 1644 du Code civil prévoit que l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix (**action rédhibitoire**, c'est-à-dire résolution du contrat), ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts (**action estimatoire**). Le Code civil ne prévoit donc que deux sanctions. Il n'est pas possible pour l'acquéreur d'exiger du vendeur l'exécution forcée de la vente par la réparation ou le remplacement du bien.

L'acquéreur peut prétendre à des dommages-intérêts, s'il démontre un préjudice subi, dès lors que le vendeur est de mauvaise foi, c'est-à-dire dès lors qu'il connaissait l'existence du vice ou ne pouvait l'ignorer en sa qualité de professionnel (C. civ., art. 1646).

Clause de non-garantie. En principe les parties sont libres d'exclure la garantie des vices cachés. Mais il existe une condition générale d'efficacité de pareille clause : le vendeur ne doit pas être de mauvaise foi (C. civ., art. 1643).

■ La garantie de conformité

(Voir *infra*, Les contrats de consommation.)

c) Les obligations de l'acheteur

Obligation de payer le prix. Le prix doit être payé par l'acheteur au moment de la délivrance de la chose par le vendeur (C. civ., art. 1651), même si pourtant le transfert de propriété est antérieur. Le contrat peut prévoir un autre moment de paiement (C. civ., art. 1650), par exemple immédiatement, dès la conclusion du contrat. Les parties peuvent prévoir aussi qu'une partie du prix sera payable avant la délivrance : il s'agit d'un acompte. L'acompte n'autorise pas l'acheteur à se dédire, c'est-à-dire à renoncer à la vente, il est définitivement et irrévocablement engagé dès l'échange des consentements. Les arrhes ouvrent en revanche une faculté de dédit.

Le vendeur peut refuser de livrer la chose tant qu'il n'a pas été intégralement payé (sauf clause contraire). Il s'agit d'un **droit de rétention**. Il n'y a pas contradiction avec la règle énoncée plus haut selon laquelle l'acheteur n'est tenu de payer le prix qu'au moment de la délivrance. Il faut simplement distinguer délivrance et livraison. Une fois la mise à disposition effectuée (délivrance), l'acheteur doit payer, la chose lui sera transmise matériellement après. Par ailleurs, si les parties ont stipulé une clause de réserve de propriété, le vendeur est en droit de revendiquer la chose en cas de défaut de paiement. Enfin, le vendeur impayé peut agir en justice pour demander la résolution de la vente, ou son exécution forcée c'est-à-dire le paiement du prix convenu.

Obligation de retirer la chose. C'est à l'acheteur de retirer la chose et non au vendeur de la lui livrer. Ce dernier doit seulement lui mettre la chose à disposition (délivrance). Pour les biens meubles, la loi prévoit que le défaut de retraitement de la chose à la date prévue au contrat emporte résolution de plein droit de la vente (C. civ., art. 1657), donc sans qu'il soit nécessaire de recourir au juge. Le vendeur peut alors revendre le bien à un tiers.

2. Le contrat d'entreprise

Article 1710 du Code civil. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.

Définition. Le contrat d'entreprise est la convention par laquelle un entrepreneur s'engage contre rémunération à réaliser au bénéfice d'un donneur d'ordre, ou maître de l'ouvrage, un travail, de façon indépendante et sans le représenter.

Diversité et expansion. Ce contrat est le support juridique d'un grand nombre d'activités de service. Aussi a-t-il connu une expansion concomitante avec l'essor de telles activités, qu'elles soient manuelles ou plus intellectuelles.

EXEMPLES

Voici quelques exemples d'activités relevant du contrat d'entreprise : le transport, la construction de bâtiment, l'activité médicale, l'entretien et la réparation de véhicule ou tout autre bien, la menuiserie, l'hôtellerie, la restauration, le spectacle, l'organisation de voyages, l'activité de conseil.

Désuétude des textes du Code civil. La définition fournie par le Code civil, à l'article 1710 (reproduit ci-dessus), du contrat alors dénommé « louage d'ouvrage » n'a pas évolué depuis 1804 et ne correspond plus à la réalité de l'activité économique parce que trop vague. Aujourd'hui c'est l'expression « contrat d'entreprise » qui est la plus usitée.

Démembrement et règles communes. Certains types de contrats d'entreprise ont obtenu une certaine autonomie et bénéficient de règles propres. C'est le cas du contrat de transport, du contrat de sous-traitance ou encore du contrat de construction. On n'envisagera dans cet ouvrage que les règles communes, sauf quelques remarques à propos de la sous-traitance.

REMARQUE

La sous-traitance fait l'objet de dispositions particulières, logées dans la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975. Celle-ci ne s'applique pas à toute relation de sous-traitance, mais uniquement à la sous-traitance qu'elle définit comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage » (art. 1^{er}). Bref, le contrat principal doit être un contrat d'entreprise, de même que le sous-traité, d'une part, et l'objet de ce dernier doit porter sur une partie des travaux prévus par le contrat principal, d'autre part.

2.1 La qualification du contrat d'entreprise

Distinctions. De la définition proposée du contrat d'entreprise, il ressort qu'il se distingue du **contrat de travail**. Le salarié n'effectue pas en effet un travail de façon indépendante puisqu'il est subordonné à son employeur.

La distinction doit être aussi marquée avec le **mandat** : l'entrepreneur n'a pas le pouvoir de représenter le maître de l'ouvrage alors que la représentation est de la nature même du mandat.

Le contrat d'entreprise se distingue aussi de la **vente**, ce qui est évident lorsque l'entrepreneur ne fournit que son travail, en l'appliquant à une matière appartenant au maître de l'ouvrage. Dans ce dernier cas, en effet, aucun transfert de propriété n'a lieu. La tâche est plus ardue lorsque l'entrepreneur fournit à la fois son industrie et la matière à laquelle il l'applique. Depuis une vingtaine d'années, les tribunaux jugent qu'il y a contrat d'entreprise dès lors que le contractant est chargé de réaliser un travail spécifique, non déterminé avant même l'existence du contrat, en vertu d'indications particulières.

2.2 La formation du contrat d'entreprise

Droit commun. Le contrat d'entreprise se forme comme tout contrat : une acceptation qui rencontre une offre sur les éléments essentiels du contrat (le travail à réaliser). Comme tout contrat encore, le contrat d'entreprise est consensuel en principe et l'absence de vice du consentement, l'existence d'un objet et d'une cause conditionnent la validité de ce contrat (voir *supra*, section 2).

Détermination du prix. À la différence du contrat de vente, la détermination du prix, c'est-à-dire de la rémunération du travail à effectuer, ne conditionne pas la validité du contrat d'entreprise. Si les parties ne se sont pas accordées entre elles à ce propos et que naît un litige, il appartiendra alors au juge compétent de déterminer le prix dû.

MARCHÉ À FORFAIT

Si les parties s'accordent sur le prix, elles peuvent établir un marché à forfait dans lequel le travail à effectuer est précisément indiqué de même que le prix. La technique du forfait fait l'objet d'une réglementation particulière en matière de construction immobilière, mais elle est utilisable dans les autres domaines. Le prix ne pourra pas varier même si le coût des travaux s'avère plus important que celui prévu par l'entrepreneur. En revanche, les travaux supplémentaires que le maître de l'ouvrage viendrait à commander donnent lieu à un prix supplémentaire.

Révision du prix. On sait qu'en principe le juge ne peut procéder à la révision d'un contrat, donc du prix (voir *supra*, section 4). Cette règle subit une exception lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise dont la détermination du prix n'a pas été effectuée par la technique du forfait. En pareil cas, la Cour de cassation juge, à propos des honoraires de conseils, que les tribunaux peuvent réduire le prix lorsqu'il est exagéré par rapport au service rendu, à condition qu'il n'ait pas été versé en connaissance du travail effectué et après service fait.

Preuve de l'existence et du contenu du contrat. Des litiges naissent fréquemment à propos de travaux réalisés par un entrepreneur, souvent un garagiste, que le donneur d'ordre affirme ne pas avoir sollicité et refuse donc de payer. En application de l'article 1315, alinéa 1 du Code civil, c'est à l'entrepreneur qui se prévaut d'un contrat d'entreprise relatif aux travaux

réalisés qu'incombe la charge de démontrer non seulement l'existence de pareille convention, mais encore l'étendue de la mission qui lui a été confiée (et par conséquent de la commande desdits travaux par le donneur d'ordre).

2.3 Les effets du contrat d'entreprise

a) Les obligations de l'entrepreneur

Obligation principale : l'exécution de la prestation. L'obligation essentielle de l'entrepreneur est évidemment d'accomplir le travail qui lui a été confié.

Le délai d'exécution de la prestation est convenu entre les parties. Si ce n'est pas le cas, il est de jurisprudence que ce délai doit être raisonnable. Par ailleurs, l'entrepreneur doit réaliser sa mission dans les règles de l'art, lesquelles sont généralement définies par la profession à laquelle il appartient.

INTUITU PERSONAE

La question peut se poser de savoir si l'entrepreneur est tenu de réaliser lui-même la prestation convenue ou s'il peut la confier à un sous-traitant. Si la convention a été conclue *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne de l'entrepreneur, alors ce dernier doit effectuer lui-même la prestation. C'est le cas d'un contrat portant sur une prestation artistique (peinture ou immeuble d'architecte par exemple).

Exécution forcée en nature. La prestation que doit réaliser l'entrepreneur est une obligation de faire. Or, on sait que ce type d'obligation est insusceptible d'exécution forcée, aux termes du Code civil. Mais la jurisprudence cantonne cette impossibilité aux obligations purement personnelles (voir *supra*, section 5).

Exécution par remplacement. Le maître de l'ouvrage peut demander en justice l'autorisation de faire exécuter l'ouvrage par une autre personne, aux frais de l'entrepreneur (C. civ., art. 1144).

Responsabilité contractuelle. La question de la responsabilité contractuelle de l'entrepreneur qui n'a pas exécuté ou mal exécuter sa prestation dépend de la nature de son obligation. Si celle-ci est de résultat, c'est à l'entrepreneur qu'il incombe de prouver une cause l'exonérant de sa responsabilité, telle la force majeure. Si son obligation est de moyens, le maître de l'ouvrage doit prouver une faute d'exécution.

La seule qualification de contrat d'entreprise ne permet pas de déduire l'étendue de l'obligation à la charge de l'entrepreneur. De la jurisprudence il ressort que le plus souvent l'obligation est de résultat lorsque la prestation est matérielle et qu'elle est le plus souvent de moyens lorsque la prestation est intellectuelle.

EXEMPLES

- Il est généralement jugé que le garagiste est tenu d'une obligation de résultat. Mais les tribunaux l'autorisent à s'exonérer en démontrant qu'il n'a commis aucune faute ; de sorte que l'on peut affirmer que son obligation de résultat est atténuée.
- Le médecin est tenu d'une obligation de moyens, de même que l'avocat ou l'agent de publicité.

Obligations annexes. L'entrepreneur est par ailleurs tenu d'obligations annexes telles que l'obligation d'informer le maître de l'ouvrage et l'obligation de sécurité en vertu de laquelle

l'entrepreneur est tenu de garantir l'intégrité corporelle de son client (obligation de résultat) ou, dans certains cas, de faire tout son possible pour l'assurer (obligation de moyens).

REMARQUE

Si l'entrepreneur fait appel à un sous-traitant, au sens de la loi du 31 décembre 1975 (à propos de la définition de la sous-traitance, cf. supra Introduction au contrat d'entreprise), pour réaliser une partie des travaux, il lui incombe de le présenter à l'agrément du maître de l'ouvrage. Le sous-traitant ne peut présenter cette demande lui-même. L'agrément est d'une importance capitale pour celui-ci : elle l'autorise à demander paiement directement auprès du maître de l'ouvrage.

b) Les obligations du maître de l'ouvrage

Le paiement du prix. La date du paiement du prix est prévue dans le contrat, généralement à l'achèvement des travaux, voire à la réception de ceux-ci. Toutefois, le fractionnement du prix est fréquemment stipulé.

Plusieurs techniques permettent à l'entrepreneur de garantir le paiement du prix. On peut citer la clause de réserve de propriété, ce qui suppose qu'il fournisse la chose, ou le droit de rétention de la chose, c'est-à-dire de retenir celle-ci jusqu'à paiement complet du prix. En outre, la loi accorde des sûretés à certains entrepreneurs. Par exemple, le réparateur bénéficie d'un privilège légal pour les frais de conservation de la chose (C. civ., art. 2332, 3°).

REMARQUE

Ces privilèges légaux sont d'une efficacité réduite, de sorte que l'entrepreneur aura intérêt à se faire consentir un cautionnement.

Obligation de coopérer. La jurisprudence a dégagé de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, qui édicte une obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, une véritable obligation de coopération à la charge du maître de l'ouvrage.

EXEMPLE

L'obligation de coopération se traduit par exemple par l'abstention de nuire au bon déroulement des travaux, ou encore par l'information de l'entrepreneur (sur l'accès aux lieux par exemple).

Prendre livraison de la chose. L'entrepreneur est tenu de prendre livraison de la chose, ce qui suppose bien entendu que le contrat d'entreprise porte sur une chose. À défaut, l'entrepreneur est en droit de faire vendre la chose aux enchères publiques et se faire sur le prix de la vente.

Réception des travaux. La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage reconnaît l'exécution correcte des travaux réalisés par l'entrepreneur.

La réception emporte des effets conséquents :

- exigibilité du prix ou du solde restant dû, sauf clause contraire ;
- transfert des risques de la chose au maître de l'ouvrage (sur la notion de risque, voir, *supra* section 5) ;
- couverture des défauts apparents, dont le maître ne pourra donc plus se prévaloir. Mais la réception peut être accompagnée de réserves.

3. Les contrats de distribution

Droit de la distribution. Le droit de la distribution peut être défini comme l'ensemble des règles qui gouvernent les opérateurs et les opérations relevant de l'activité économique de distribution. Il n'est pas une branche du droit, mais fait appel au droit de la concurrence, au droit des contrats, au droit pénal, au droit administratif, au droit communautaire, au droit commercial, au droit du travail, etc.

Contrats cadre de distribution. Le contrat de distribution n'est pas défini par le législateur. On désigne habituellement par cette expression un contrat cadre par lequel un fournisseur et un distributeur établissent le cadre de leurs relations contractuelles à venir. Plus précisément, elles définissent dans le contrat cadre les conditions dans lesquelles les contrats à venir, dits d'application, seront conclus.

EXEMPLE

La distribution en France des parfums est assurée par des contrats cadre de distribution sélective ; celle des véhicules automobiles par des contrats cadre de concession commerciale exclusive.

Réseaux de distribution. Certains contrats cadre de distribution, tel le franchisage, sont utilisés par les fournisseurs afin de mettre en place un réseau de distribution. Il s'agit pour ceux-ci d'assurer l'efficacité de la distribution de leurs produits ou services par une harmonisation commerciale, une répartition rationnelle des territoires de commercialisation, etc.

3.1 Les règles communes aux contrats de distribution

a) La formation du contrat

Droit commun. Les contrats de distribution se forment comme tout contrat : une acceptation qui rencontre une offre sur les éléments essentiels du contrat. Comme tout contrat encore, le contrat d'entreprise est consensuel en principe et l'absence de vice du consentement, l'existence d'un objet et d'une cause conditionnent la validité de ce contrat (voir *supra*, section 2).

Obligation légale d'information. L'article L. 330-3 du Code de commerce met une obligation précontractuelle d'information à la charge du fournisseur qui met à la disposition d'un distributeur un signe distinctif – tel un nom commercial, une marque ou une enseigne – en exigeant de ce dernier un engagement d'exclusivité. L'information doit donc être délivrée avant la conclusion du contrat et se matérialise par la remise d'un document, dont le contenu est prévu par décret, vingt jours avant la signature du contrat.

L'objectif est évidemment d'éclairer le consentement du distributeur afin qu'il puisse s'engager en toute connaissance de cause. La loi ne prévoit pas de sanction civile au manquement à pareille obligation d'information. La Cour de cassation a écarté la nullité automatique décidant que les juges du fond doivent rechercher si le défaut d'information a eu pour effet de vicier le consentement du distributeur (Cass. com., 10 fév. 1998, pourvoi n° 95-21.906).

EXEMPLE

La nullité d'un contrat de distribution entre un groupe pétrolier et une station service a été écartée, malgré le manquement à l'obligation légale d'information, dès lors qu'avant la conclusion du contrat de distribution les parties étaient déjà en relation d'affaires, de sorte que le distributeur a eu la possibilité d'apprécier les chances et les risques de l'exploitation.

Détermination du prix. La nécessité légale de détermination du prix dans la vente (voir *supra*) a rencontré de sérieuses difficultés s'agissant des contrats cadre de distribution. Par quatre arrêts du 1^{er} décembre 1995, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation jugeait que « lorsque la convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». Dans les contrats cadre de distribution (ceux qui prévoient « la conclusion de contrats ultérieurs »), la détermination du prix n'est pas une condition de leur validité. En revanche, lorsque le prix sera déterminé unilatéralement par le fournisseur dans un contrat d'application, il devra l'être sans abus.

EXEMPLE

Est valable la clause suivante dès lors qu'elle est stipulée dans un contrat-cadre : « Le prix de vente des marchandises sera établi au moment de chaque commande passée par le distributeur et par référence aux prix indiqués dans le catalogue du fournisseur ».

Durée du contrat. L'article L. 330-1 du Code de commerce limite « a un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité ». Le texte prévoit son application que pour certains contrats, mais la jurisprudence l'a étendue aux contrats cadre comportant une clause d'exclusivité. Comme celle-ci est essentielle dans ceux-là, limiter la durée de l'exclusivité conduit à limiter la durée du contrat. La jurisprudence n'est pas uniforme sur la sanction du texte. La meilleure solution semble de ramener à dix ans la durée excessive.

Conformité au droit de la concurrence. Parce qu'ils portent atteinte au libre jeu de la concurrence les réseaux de distribution, constitués de contrats, sont contrôlés au titre des ententes (ou plus rarement des abus de position dominante).

EXEMPLE

Dans un contrat d'approvisionnement exclusif, la clause d'exclusivité affecte nécessairement le jeu de la concurrence : en interdisant au distributeur de s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs, le fournisseur bénéficiaire de l'exclusivité échappe à leur concurrence dans le point de vente du distributeur.

Les ententes ayant pour objet de fausser le jeu de la concurrence sont sanctionnées par le droit communautaire comme par le droit interne (voir *infra*, section 2). Certaines ententes bénéficient d'exemption (elles sont donc autorisées) dont le fondement général repose sur le progrès économique apporté par l'entente, un progrès économique supérieur aux inconvénients de l'atteinte portée à la concurrence.

- En droit français, l'exemption est le plus souvent accordée au cas par cas par l'Autorité de la concurrence.
- En droit de l'Union européenne, existe un règlement d'exemption catégoriel qui concerne tous les accords verticaux, donc les contrats de distribution. Le règlement actuellement en vigueur date du 20 avril 2010 ; il a remplacé le règlement du 22 décembre 1999. L'exemption est automatiquement accordée aux contrats de distribution répondant aux conditions fixées dans ce règlement. Un système d'exemption individuelle, au cas par cas, existe par ailleurs.

b) Les effets du contrat

Obligations des parties. Les parties sont tenues d'exécuter des obligations diverses, qui tiennent au type du contrat de distribution en place. Mais la principale obligation, que l'on rencontre souvent dans les contrats cadre mettant en place un réseau de distribution, est l'exclusivité que doit respecter le distributeur et/ou le fournisseur ; exclusivité territoriale ou exclusivité d'approvisionnement.

Opposabilité du contrat. Un distributeur peut-il engager la responsabilité civile contre un autre distributeur appartenant au même réseau et qui a manqué à ses obligations contractuelles à l'encontre du fournisseur ? Une action en responsabilité contractuelle est impossible, en vertu de l'article 1165 du Code civil (voir *supra*, section 4), puisque les deux distributeurs n'ont pas contracté entre eux. En revanche, une action en responsabilité civile extracontractuelle est admise par la jurisprudence.

Distribution parallèle. Un distributeur indépendant, hors réseau, qui se serait procuré les produits distribués par réseau de distribution peut-il revendre les produits ainsi acquis ? Autrement dit, la distribution parallèle est-elle permise ?

Après avoir condamné la revente hors réseaux, puis l'avoir admise, la jurisprudence est parvenue à une solution de compromis. La revente par un distributeur hors réseau n'est pas fautive en soi, mais le distributeur indépendant engage sa responsabilité civile pour concurrence déloyale s'il a acheté les marchandises dans des conditions illicites ou frauduleuses.

EXEMPLES

- Est illicite l'acquisition de marchandises auprès d'un distributeur réseau par utilisation d'une fausse identité.
- Est licite l'acquisition auprès d'un vendeur situé sur un marché où le réseau de distribution n'aura pas été mis en place, par exemple à l'étranger (importation parallèle).

c) L'extinction du contrat

Causes d'extinction du contrat et abus de droit. Les causes d'extinction du contrat de distribution sont multiples : inexécution des obligations par l'une des parties, violation de l'intuitu personae, clause interdisant la circulation du contrat. Surtout, il convient de distinguer entre le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée. Le premier prend fin à son terme et ne peut donc être résilié avant celui-ci. Le second peut être rompu unilatéralement sans qu'un motif n'ait à être fourni, sous réserve toutefois de l'abus de droit (voir *supra*, section 4).

3.2 Les règles particulières aux principaux contrats de distribution

Les principaux contrats de distribution sont le contrat d'approvisionnement exclusif (par lequel le distributeur s'engage à s'approvisionner totalement ou en partie auprès du fournisseur), le contrat de distribution sélective (par lequel un fournisseur s'engage à approvisionner un distributeur qu'il a préalablement sélectionné en fonction de critères prédéterminés objectifs et d'ordre qualitatif), le contrat de concession et le contrat de franchise. On envisagera uniquement ces deux derniers.

a) Le contrat de concession exclusive

Définition. Le **contrat de concession exclusive**, appelé aussi **concession commerciale** est un contrat-cadre par lequel un fournisseur (le concédant) réserve la commercialisation de ses produits, sur un territoire défini, à un distributeur (le concessionnaire), ce dernier s'obligeant en contrepartie à s'approvisionner exclusivement auprès du concédant et à revendre les produits dans le territoire concédé.

EXEMPLE

La concession exclusive est très utilisée pour la distribution des automobiles, mais aussi de matériel agricole...

Exclusivité. L'exclusivité résulte de l'engagement du fournisseur de ne pas installer d'autres concessionnaires sur le territoire concédé et celle du distributeur à ne pas distribuer en dehors de ce même territoire. Parfois, la convention prévoit un engagement du concessionnaire de s'approvisionner exclusivement auprès du concédant. Toutefois, seule l'exclusivité territoriale est caractéristique de la concession commerciale.

Réseau de distribution. La multiplication de tels contrats par un même fournisseur permet la création d'un réseau de distribution dont la rationalité repose sur la répartition géographique du marché.

b) Le contrat de franchisage

Définition. Le **franchisage** est une convention par laquelle une personne (le franchiseur) met à la disposition d'une autre personne (le franchisé) un savoir-faire original ainsi que des signes distinctifs – telle une marque, une enseigne. En contrepartie, le franchisé paie une redevance et s'engage à s'approvisionner auprès du franchiseur ou d'une personne agréée par ce dernier.

EXEMPLE

Le franchisage peut concerner la distribution de biens mais aussi de services. Par exemple, il est développé dans la restauration (McDonald's, Buffalo Grill...), l'hôtellerie (Sofitel...), la gestion immobilière (Laforêt Immobilier...), les loisirs (Havas Voyages...), ou encore les services à la personne (5 à Sec, Acadomia, Ada...).

Développement à l'international. Lorsqu'un franchiseur, de nationalité française par exemple, souhaite créer un réseau international de franchisés, une pratique fréquente est de recourir à un master franchisé ou franchisé principal. Ce dernier, en plus de sa fonction normale de franchisé, est chargé de recruter des franchisés et d'animer le réseau dans le pays donné. Il est possible aussi d'avoir recours à un sous-franchiseur dont le rôle sera uniquement de développer la franchise sur le territoire donné.

Savoir-faire. C'est sur le savoir-faire que repose essentiellement le franchisage. Le règlement d'exemption précité sur les accords verticaux le définit comme « un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci ». Il doit être maintenu tout au long du contrat de franchise. « Secret » signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible. « Substantiel » signifie que le savoir-faire doit inclure des informations utiles pour le franchisé afin de développer ou pénétrer un marché. « Identifié » signifie que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité. Dans la pratique on appelle ce document de description la

« bible ». « Non breveté » signifie qu'un savoir-faire peut ne pas être brevetable. On peut imaginer cependant un inventeur ayant fait le choix d'exploiter son invention sous forme de savoir-faire. De la sorte, le concept restera secret, ce qui n'est pas le cas de l'invention brevetée.

4. Les contrats de consommation

Droit de la consommation. Le droit de la consommation est né lors de la deuxième moitié du XX^e siècle de textes épars protecteur d'un consommateur présumé plus faible que le professionnel avec lequel il contracte. Il devient pleinement une branche du droit avec l'avènement du Code de la consommation en 1993. L'évolution du droit français de la consommation est aujourd'hui largement liée à celle droit communautaire.

Droit commun des contrats et droit de la consommation. Les contrats de consommation, c'est-à-dire conclus entre un consommateur et un professionnel, obéissent bien sûr au droit commun des contrats, qu'il s'agisse de la formation comme de l'exécution. Mais, parce que le spécial déroge au général, les règles issues du droit de la consommation supplantent celles du droit commun des contrats lorsqu'elles dérogent à ces dernières.

Des règles issues du droit de la consommation, il convient de distinguer entre celles qui sont communes à tous les contrats de consommation et celles qui sont propres à tel ou tel contrat de consommation. C'est selon cette démarche que l'on procédera, mais en envisageant uniquement, au titre des règles spéciales, les contrats portant sur l'achat de biens ou la réalisation de prestations de service et les contrats de crédit à la consommation.

QU'EST-CE QU'UN PROFESSIONNEL ? QU'EST-CE QU'UN CONSOMMATEUR ?

Le Code de la consommation ne définit ni le professionnel ni le consommateur. Les définitions doivent alors être recherchées dans la jurisprudence.

Le professionnel est une personne physique ou morale qui exerce à titre habituel une activité économique.

Une personne qui souscrit un contrat dans un but professionnel mais dans un domaine différent de celui de son activité doit-elle être considérée comme un consommateur ? C'est l'exemple d'un commerçant qui fait installer un système d'alarme dans son magasin de vente de chaussure ; de l'expert-comptable qui achète un photocopieur pour son cabinet ; de l'agriculteur qui souscrit une assurance pour couvrir les risques de perte d'exploitation, etc. La Cour de cassation a étendu aux clauses abusives et au crédit un critère énoncé par le législateur à propos du démarchage à domicile : dès lors qu'existe un rapport direct entre le produit ou service commercialisé et l'activité exercée, le contractant n'est pas considéré comme un consommateur. Le plus souvent, la Cour de cassation estime que le rapport est direct, de sorte qu'il est possible de dire que la personne contractant pour les besoins de sa profession n'est pas un consommateur. La jurisprudence des juges du fond n'est en revanche pas uniforme.

Enfin, dernière question, une personne morale peut-elle être un consommateur ? Cette question se pose lorsqu'un texte ne restreint pas son application aux consommateurs personnes physiques (pareille restriction est par exemple énoncée en matière de surendettement des particuliers et de démarchage à domicile). À propos de la réglementation des clauses abusives, la Cour de justice

des communautés européennes a répondu que les personnes morales n'étaient pas protégeables. La Cour de cassation a jugé le contraire. Sans doute cette jurisprudence vise-t-elle les associations et les fondations qui ne poursuivent pas d'activité économique. Par exemple, un syndicat de copropriétaire qui contracterait avec une entreprise du bâtiment pour effectuer un ravalement de façade.

Office du juge. Prenant le contre-pied de la jurisprudence civiliste de la Cour de cassation, le législateur a édicté, par la loi Chatel n° 2008-3 du 3 janvier 2008, une règle d'importance. Celle-ci est insérée dans le Code de la consommation :

Article L. 141-4 du Code de la consommation : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

Le texte donne pouvoir au juge français de prendre lui-même l'initiative d'appliquer une disposition du Code de la consommation, alors même que cette disposition n'a pas été invoquée par l'une des parties.

4.1 Les principales règles communes relatives aux contrats de consommation

Article L. 111-1 du Code de la consommation. I. - Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.

Article L. 111-2 du Code de la consommation. I. - Tout professionnel prestataire de services doit avant la conclusion du contrat et, en tout état de cause, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service.

Article L. 120-1, al. 1^{er}, du Code de la consommation. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service.

Obligation d'information. Le Code de la consommation prévoit que le professionnel doit, avant la formation du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit ou du service (art. L. 111-1 et L. 111-2). Lorsque le contrat porte sur une prestation de services, le Code oblige le professionnel, depuis la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010, à délivrer des informations plus précises, notamment sur son identité et ses conditions générales « s'il en utilise ».

La loi ne prévoit pas de sanction civile à l'obligation énoncée à l'article L. 111-1. De la jurisprudence, il ressort que les sanctions sont identiques à celles relatives à l'obligation générale d'information : la nullité du contrat mais à condition que soit démontré un vice du consentement ; la responsabilité civile du professionnel.

Processus contractuel. En droit commun des contrats, on sait qu'une fois le consentement des parties échangé sur les éléments essentiels, le contrat est immédiatement et définitivement formé de sorte que les parties ne peuvent pas revenir sur leur engagement (voir *supra*, section 1). La règle s'applique en principe aux contrats de consommation. Cependant, dans certains cas limitativement énumérés par la loi, le consommateur dispose d'un délai de réflexion durant lequel il lui est impossible d'accepter, ou d'un délai de rétractation durant lequel il peut revenir sur son engagement.

EXEMPLE

- Le consommateur ne peut accepter l'offre d'un prêt en vue d'acquérir un immeuble avant l'expiration d'un délai de dix jours.
- Le consommateur qui achète une chose à distance dispose d'un délai de sept jours pour se rétracter.

Formalisme informatif. On sait que, en droit commun des contrats, la convention se forme par le simple échange des consentements, mais il existe des exceptions réunies sous le terme de formalisme (voir *supra*, section 2). Le principe du consensualisme s'applique aux contrats de consommation. Mais en réalité il ne concerne que les contrats les plus courants, ceux de la vie quotidienne. Un trait remarquable du droit de la consommation est l'instauration d'un formalisme à des fins informatives. Un écrit comportant certaines mentions est souvent exigé.

EXEMPLE

Un écrit comportant des mentions obligatoires est exigé pour la validité du contrat conclu par voie de démarchage à domicile (C. consom., art. L. 121-23), du contrat relatif à un crédit mobilier (C. consom., art. L. 311-10 et suivants) ou immobilier (C. consom., art. L. 312-7 et suivants).

Loyauté dans les contrats. L'article L. 120-1 du Code de la consommation interdit les pratiques commerciales déloyales. Le texte compose le chapitre préliminaire à deux autres chapitres consacrés aux pratiques commerciales réglementées et interdites. On peut penser qu'il concerne aussi le contrat, sa formation, et tend à la protection du consentement. En effet, les pratiques commerciales visées par l'article L. 120-1 ne concernent pas que la publicité.

Pour autant le législateur n'a pas conféré de sanction propre à cette disposition. L'altération substantielle du comportement économique révèle, au moins à la lecture de la directive transposée, un consentement altéré. Sans doute les tribunaux, à l'image de leur jurisprudence relative à l'article L. 111-1 précité, ne prononceront-ils la nullité du contrat que si un vice du consentement est démontré.

Protection pénale du consentement. Les sanctions civiles, telles la nullité de l'acte ou la responsabilité civile, ne sont pas suffisantes à dissuader les professionnels d'adopter certains comportements répréhensibles. Aussi, le droit de la consommation a-t-il largement recours au droit pénal, notamment dans le but de protéger le consentement du consommateur.

EXEMPLE

L'article L. 122-8 du Code de la consommation réprime l'abus de faiblesse par une peine d'emprisonnement de cinq ans et/ou une amende de 9 000 euros.

Sort des clauses abusives. En principe il importe peu qu'une partie profite de sa position de force pour obtenir des avantages de son cocontractant qu'elle n'aurait pas pu obtenir si elle avait été dans une situation d'égalité. Toutefois, le législateur est intervenu dans les contrats de consommation afin de protéger le consommateur, lequel ne dispose d'aucun pouvoir de négociation.

Sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (C. consom., art. L. 132-1).

EXEMPLE

Il a été jugé que dans un contrat d'enseignement privé, la clause prévoyant qu'en cas de rupture du contrat pour quelque cause que ce soit, même force majeure, l'élève devra payer la totalité du prix est abusive.

Le contrat contenant une clause abusive n'est pas annulé en son entier ; seule la clause litigieuse est annulée. On dit qu'elle est réputée non écrite, c'est-à-dire elle est censée ne jamais avoir existé.

Interprétation du contrat. Les clauses stipulées entre professionnel et consommateur s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur (C. consom., art. L. 133-2).

Reconduction des contrats. Le Code de la consommation oblige le professionnel prestataire de services à informer le consommateur de la possibilité pour ce dernier de ne pas reconduire le contrat conclu avec une clause de tacite reconduction.

Pareille obligation ne concerne que les rapports entre professionnel et consommateur ou non-consommateur. L'information doit être délivrée par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le départ du préavis contractuel pour refuser la reconduction. Si l'information n'est pas délivrée, ou pas dans les temps, le consommateur peut mettre un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction.

4.2 Les contrats portant sur l'achat de biens ou la réalisation de prestations de service

Article 212-1 du Code de la consommation. Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs.

Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit est donc tenu de vérifier que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur.

À la demande des agents habilités pour appliquer le présent livre, il est tenu de justifier les vérifications et contrôles effectués.

Article L. 113-3, al. 1^{er}, du Code de la consommation. Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation.

a) La conformité des produits et services

Conformité aux règlements en vigueur. L'article 214-1 du Code de la consommation confère au pouvoir réglementaire l'édition de règles dont la finalité est d'empêcher que le consommateur soit trompé sur les caractéristiques de tel produit ou service. L'observation de ces règlements est pénalement sanctionnée.

EXEMPLE

Un décret du 30 septembre 1988 réserve la dénomination « fromage » au produit fermenté ou non, affiné ou non, obtenu à partir des matières d'origine exclusivement laitière que le texte précise, et dont la teneur en matière sèche du produit est de 23 grammes pour 100 grammes de fromage.

Conformité aux normes en vigueur. Les normes sont des « documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des

caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations » (D. n° 2009-687, 16 juin 2009, art. 1^{er}). La **normalisation** peut avoir pour but d'assurer la compatibilité de produits en eux, mais l'on parlera alors plus volontiers de standardisation. Elle a aussi vocation à favoriser la qualité des produits et des services, ainsi que leur sécurité. En France, la normalisation est assurée par l'AFNOR (Association française de normalisation) et les bureaux de normalisation sectoriels agréés par le ministre chargé de l'industrie. Mais c'est le délégué interministériel aux normes qui assure, sous l'autorité du ministre chargé de l'industrie, la définition et la mise en œuvre de la politique française des normes.

En principe, la mise en conformité à une norme est facultative. Par exception, elle peut être obligatoire, notamment pour des raisons de sécurité. Les normes obligatoires peuvent être consultées gratuitement sur le site internet de l'AFNOR.

Conformité au contrat. Depuis l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, un régime particulier (par rapport à celui du Code civil, voir *supra*) s'applique au contrat de vente de biens meubles corporels conclus entre un vendeur professionnel et un acheteur agissant en qualité de consommateur. Cette ordonnance a introduit une notion unitaire de la conformité au contrat. En substance, pour être conforme le bien doit être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable, ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties, ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté (C. consom., art. L. 211-5).

Le délai pour agir en justice est de deux ans à compter de la délivrance du bien. Cette prescription est donc moins favorable que celle prévue par le Code civil. Le Code de la consommation prévoit toutefois que l'acheteur peut invoquer les règles du Code civil.

En principe, l'acheteur dispose d'un choix entre la réparation et le remplacement du bien (C. consom., art. L. 211-9). Des exceptions sont prévues (voir C. consom., art. L. 211-9 et 211-10). Il peut, en plus, obtenir des dommages et intérêts sans avoir à démontrer la mauvaise foi du professionnel.

b) La sécurité des produits et services

Obligation générale de sécurité. Une obligation générale de sécurité est née de la jurisprudence dans tous contrats dont l'exécution peut affecter la santé ou la vie d'un des contractants, ou même la sécurité du bien objet de la convention. Aujourd'hui, l'**obligation de sécurité** ne se limite pas au rapport contractuel. Par exemple la loi du 19 mai 1998 relative aux produits défectueux, modifiant le Code civil, ne distingue pas selon qu'il y a eu contrat ou pas.

Obligation de sécurité dans le Code de la consommation. L'article L. 221-1 du Code de la consommation énonce une obligation de sécurité à la charge du professionnel. La personne protégée n'est pas seulement le consommateur, mais aussi l'utilisateur, même professionnel. Par ailleurs, depuis 2004, le responsable de la mise sur le marché a l'obligation de fournir « au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible et de s'en prémunir, lorsque ces risques ne sont pas immédiatement perceptibles par le consommateur sans un avertissement adéquat » (C. consom., art. L. 221-1-2).

c) Le prix des produits et services

Obligation d'information. De façon générale, tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur notamment sur les prix (C. consom., art. L. 113-3, cité *supra*). Le prix doit être annoncé toutes taxes comprises. Par ailleurs, il existe des règles particulières, prises par arrêtés, concernant l'information sur les prix de tel produit ou tel service (exemple : pour les carburants, les viandes et charcuterie, les légumes, la chirurgie esthétique).

Facturation du prix. L'établissement d'une facture déterminant définitivement le prix des produits vendus est facultatif. Elle l'est en revanche obligatoire pour les services.

Paiement du prix. Le prix est généralement payé immédiatement après la délivrance de la chose ou la réalisation de la prestation de service. On parle de paiement comptant.

Les parties peuvent convenir d'un paiement partiellement anticipé. Il convient alors de distinguer les acomptes des arrhes (voir *supra*). Le Code de la consommation, prévoit que « Sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes, ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double » (L. 114-1, al. 4).

4.3 Le crédit à la consommation

Définition. Le Code de la consommation ne définit pas le crédit à la consommation, mais des articles relatifs au champ d'application des règles protectrices du consommateur il ressort la définition suivante. Il s'agit d'un contrat, conclu entre un professionnel et un consommateur, par lequel le premier exécute immédiatement sa prestation, tandis que le second paiera plus tard et/ou de façon échelonnée.

La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 a sensiblement réformé le crédit à la consommation. Elle vise à assurer une meilleure protection du consommateur, par son information mais aussi par l'obligation faite au prêteur de vérifier la solvabilité du consommateur avant de lui accorder un crédit.

a) Le champ d'application de la protection

Personnes concernées. Sont concernés par la réglementation du crédit à la consommation tous les crédits consentis par les établissements de crédit (les banques et les sociétés financières notamment). C'est la loi du 1^{er} juillet 2010 qui a restreint le champ de la réglementation à ces professionnels.

Les emprunteurs bénéficiant de la protection légale sont les personnes physiques agissant dans un but étranger à leur activité commerciale ou professionnelle (C. consom., art. L. 311-1).

Contrats soumis à la réglementation. Le Code de la consommation vise une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire. Il y assimile la location-vente et la location avec option d'achat.

REMARQUE

Ne sont pas considérés comme des crédits, les « contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture » (C. consom., L. 311-1).

Crédits exclus. Plusieurs opérations de crédit sont exclues du champ d'application de la loi (C. consom., art. L. 311-3), *notamment* :

- les crédits inférieurs à 200 € ou supérieurs à 75 000 €, à l'exception des regroupements de crédits ;
- les autorisations de découvert remboursable dans un délai d'un mois ;
- les opérations de crédit comportant un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ou d'aucuns frais ou seulement de frais d'un montant négligeable ;
- les cartes proposant un débit différé n'excédant pas quarante jours et n'occasionnant aucuns autres frais que la cotisation liée au bénéfice de ce moyen de paiement ;
- les crédits portant sur des immeubles. Les crédits immobiliers font l'objet d'une réglementation propre.

Dispositions spéciales. Outre les dispositions générales du crédit à la consommation, la loi prévoit des dispositions spéciales au crédit gratuit, au crédit affecté et aux opérations de découvert en compte. Elles ne seront pas envisagées ici.

b) Les opérations préalables à la formation du contrat

Réglementation de la publicité. La loi du 1^{er} juillet 2010 a renforcé la réglementation de la publicité relative au crédit à la consommation. Par exemple, si la publicité indique un taux ou des informations chiffrées liées au coût du crédit, elle doit préciser, notamment, si le taux est fixe, variable ou révisable, de même que le montant total du crédit et le taux annuel effectif global (C. consom., art. L. 311-4).

Information préalable. Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur est tenu de remettre au potentiel emprunteur une fiche d'informations lui permettant de comparer différentes offres. Lorsque le prêteur offre ou exige du potentiel emprunteur la souscription d'une assurance, afin de garantir le crédit, il indique le coût standard de l'assurance, à l'aide d'un exemple chiffré exprimé en euros et par mois (C. consom., art. L. 311-6).

Vérification de solvabilité. Le prêteur doit vérifier la capacité d'endettement du potentiel emprunteur. Il le fait à partir d'informations qu'il sollicitera du potentiel emprunteur, mais aussi après consultation du fichier national des incidents de remboursements (C. consom., art. L. 311-9). En cas de manquement, le prêteur est déchu du droit aux intérêts stipulés, en totalité ou dans une proportion fixée par le juge.

c) La formation du contrat

Offre de contrat de crédit. Une fois que le prêteur est disposé à accorder le crédit, il est tenu de remettre au potentiel emprunteur un exemplaire de l'offre de contrat de crédit, établi par écrit ou sur un autre support durable. Cette offre doit contenir un encadré dans lequel sont mentionnées les caractéristiques essentielles du crédit (C. consom., art. L. 311-7 et L. 311-18).

En cas de manquement, le prêteur est déchu du droit aux intérêts stipulés et encourt une amende de 1 500 euros.

Droit de rétractation. Les conditions du crédit, proposées dans l'offre, doivent être maintenues durant un délai minimum de quinze jours (C. consom., art. L. 311-11) ; ce qui laisse au consommateur le temps de la réflexion. Ce temps est rarement pris en pratique, puisqu'il est possible pour le consommateur d'accepter immédiatement l'offre.

Pareil délai ne doit donc pas être confondu avec celui concernant le droit de rétractation. Celui-ci autorise le consommateur à revenir sur son engagement durant un délai de quatorze jours calendaires révolus courant à compter de l'acceptation de l'offre (C. consom., art. L. 311-12). Une fois ce délai écoulé sans que le droit de rétractation n'ait été exercé, le contrat n'est pas encore « parfait », selon les termes du législateur. Il ne le devient, semble-t-il (la loi n'est pas bien claire), qu'après que le prêteur a agréé l'emprunteur. Et pour ce faire, il fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours (C. consom., art. L. 311-13).

d) L'exécution du contrat

Remboursement anticipé. Si l'emprunteur rembourse de façon anticipée le crédit qui lui a été consenti, depuis la loi du 1^{er} juillet 2010 le prêteur peut exiger une indemnité lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à 10 000 € au cours d'une période de 12 mois. Celle-ci est légalement plafonnée en fonction de la durée comprise entre le remboursement anticipé et le terme prévu du crédit, comme l'indique le tableau ci-dessous.

	Durée > 1 an	Durée < 1 an
Plafond	1 % du montant remboursé par anticipation*	0,5 % du montant remboursé par anticipation*
* L'indemnité ne peut jamais dépasser le montant total des intérêts que l'emprunteur aurait payé s'il n'avait pas remboursé par anticipation.		

Il reste des hypothèses où le prêteur ne saurait prétendre à indemnité, par exemple lorsque le crédit remboursé est un crédit renouvelable.

Défaillance de l'emprunteur. Lorsque l'emprunteur cesse de payer les échéances du crédit contracté, le Code de la consommation parle de défaillance. En pareil cas, le prêteur est en droit d'exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. En outre, le consommateur s'expose au paiement de pénalités si une clause pénale a été stipulée (C. consom., art. L. 311-24).

REMARQUE

L'action contre l'emprunteur défaillant doit être engagée dans les deux ans de l'événement qui lui a donné naissance, à peine de *forclusion* (C. consom., art. L. 311-52). Celle-ci, par définition, ne peut être ni suspendue, ni interrompue.

5. Le contrat d'assurance

Mécanisme de l'opération d'assurance. L'opération d'assurance repose sur un calcul de probabilité, la probabilité de la survenance du risque garanti par l'assureur. À partir de données statistiques portant sur des sinistres, de même nature, qui se sont produits dans le passé, il est possible d'évaluer la probabilité (ou fréquence selon les économistes) de survenance de sinistres identiques dans l'avenir. Pareille évaluation permet à l'assureur de choisir les risques qu'il garantira, ceux qu'il exclut, ainsi que le montant de la prime.

Mécanisme du contrat d'assurance. Dans les rapports entre assureur et assuré, l'assurance est un contrat. Son mécanisme technique repose d'abord sur l'aléa. Les prestations auxquelles s'engage l'assureur (le plus souvent le versement d'une indemnité) dépendent de la survenance d'un événement incertain que l'on appelle **risque** (vol, accident, invalidité, décès...). En revanche, la prestation de l'assuré (le paiement du prix, que l'on appelle prime)

est certaine. Si l'évènement se réalise (on parle de sinistre), l'assureur subi alors une perte, dans la mesure bien sûr où le coût du sinistre est supérieur au montant des primes perçues de l'assuré ; et, inversement, l'assuré réalise un gain. Si l'évènement ne se réalise pas, l'assureur réalise un gain, tandis que l'assuré une perte.

Mécanisme du système d'assurance. À la différence du contrat d'assurance, le système de l'assurance n'est pas aléatoire. Si l'assureur fait un pari (aléa) avec les assurés pris individuellement, il cherche à écarter tout aléa dans ses relations avec les assurés pris collectivement. Pour cela il entend compenser les risques, les mutualiser. Autrement dit, l'assureur cherche à regrouper le plus grand nombre de personnes souhaitant se voir garantir contre un même risque, de telle sorte qu'il soit très fortement probable que le montant de l'ensemble des primes soit toujours supérieur à celui des indemnités qu'il versera. Il cherchera aussi à diversifier les risques garantis, afin d'augmenter encore cette probabilité.

Assurances de dommages et assurances de personnes. On distingue traditionnellement deux types d'assurance : les assurances de dommages et les assurances de personnes. Les premières permettent de garantir soit les dommages subis par un bien, soit la responsabilité d'une personne. Les secondes ne concernent pas le patrimoine de l'assuré. Elles permettent de garantir les conséquences d'un sinistre affectant le corps ou la vie d'une personne.

EXEMPLES

Voici quelques exemples d'assurances de dommages : assurances incendie, automobile, vol, perte d'exploitation, responsabilité civile professionnelle... Et quelques exemples d'assurances de personnes : assurance-vie ou décès, invalidité, accidents corporels...

Plan. On envisagera tout d'abord les règles communes à tous les contrats d'assurance, qu'il s'agisse de leur formation, leur modification et leur durée. Puis on s'intéressera aux contrats contractés par l'entreprise et à l'assurance-vie.

5.1 La formation du contrat d'assurance

Droit commun des contrats. Les règles de validité des contrats issues du droit commun des contrats sont applicables au contrat d'assurance (voir *supra*, section 2). On s'en tiendra ici aux particularités du droit des assurances.

a) Le processus contractuel

Le contrat d'assurance est un contrat consensuel, mais le législateur prévoit à son propos un processus spécial de formation (C. assur., art. L. 112-2).

Information précontractuelle. Tout d'abord, avant la conclusion du contrat, l'assureur doit fournir à l'assuré une fiche d'information sur le prix et les garanties. Il doit aussi lui remettre, soit un projet de contrat, soit une notice d'information sur le contrat. Ce dernier document a pour objet de décrire les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré.

La loi ne prévoit pas de sanction en cas de manquement de l'assureur. Aussi peut-on penser que la preuve d'un vice du consentement conditionnerait la nullité de la convention.

Proposition d'assurance. Ensuite, l'assureur fait généralement remplir par l'assuré un document appelé proposition d'assurance. Ce n'est pas là une obligation légale, mais une pratique courante qui se concrétise par la remise d'un questionnaire. La jurisprudence analyse pareille proposition comme une offre de contracter faite par l'éventuel assuré et

adressée à l'éventuel assureur. Toutefois, la loi pose que la proposition d'assurance n'engage ni l'assuré, ni l'assureur (C. assur., art. L. 112-2, al. 4), de sorte que l'offrant peut retirer son offre tant qu'elle n'est pas acceptée.

Acceptation de l'assureur. Le contrat se forme lorsque l'assureur accepte la proposition d'assurance émise par la personne souhaitant s'assurer. Faut-il encore que cette proposition contienne les éléments essentiels nécessaires à la conclusion de l'acte, telle la prime d'assurance et les garanties prises en charge par l'assureur.

REMARQUE

La **police d'assurance** est le document signé par les parties par lequel celles-ci constatent leur engagement réciproque. Parce que le contrat d'assurance est un contrat consensuel, la police d'assurance, généralement établie par l'assureur après son acceptation, ne préside pas à la conclusion du contrat. Celui-ci est conclu dès l'acceptation, même si l'assuré ne signe pas la police.

Démarchage. Si l'assuré, personne physique, a fait l'objet d'un démarchage à son domicile ou sur le lieu de son travail, il dispose d'un droit de renonciation au contrat de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de la conclusion du contrat, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités (C. assur., art. L. 112-9).

REMARQUE

Cette faculté de renonciation ne s'applique pas au contrat d'assurance-vie (v. *infra*), ni aux contrats d'assurance de voyage, ni aux contrats d'assurance d'une durée maximum d'un mois.

b) La prise d'effet du contrat

Jour de la conclusion du contrat. En principe, le contrat d'assurance prend effet à compter du jour de sa conclusion. Toutefois, une clause peut reporter cette prise d'effet, par exemple à compter du paiement de la prime par l'assuré.

Note de couverture. La prise d'effet du contrat définitif, peut être précédée d'un contrat provisoire appelé la note de couverture. L'utilité de celle-ci apparaît lorsque l'assureur a besoin de temps pour instruire la proposition de l'éventuel assuré. Pendant cette courte période d'instruction, l'assureur peut garantir provisoirement le client. La note de couverture est donc un véritable contrat d'assurance d'une durée limitée de quelques jours.

c) La preuve du contrat

Un écrit. Le Code des assurances exige un contrat écrit (L. 112-3, al. 1^{er}). Mais pareil formalisme n'est pas une règle de validité. Il s'agit d'un moyen exigé d'un des deux contractants pour prouver l'existence du contrat à l'égard de l'autre partie.

5.2 La modification du contrat d'assurance

Droit commun des contrats. La modification du contrat d'assurance obéit en principe au droit commun des contrats. Elle doit donc résulter d'un accord des parties. Le Code des assurances exige certes un écrit signé des parties (art. L. 112-3, al. 3), mais pareille formalité ne constitue pas une condition de validité de la modification ; elle est nécessaire pour prouver celle-ci.

Modification par le silence de l'assureur. Particularité du droit des assurances, la loi prévoit qu'est considérée comme acceptée la proposition faite par l'assuré de modifier le contrat si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue (C. assur., art. L. 112-2, al. 5). Il s'agit là d'une dérogation au principe, issu du droit commun des contrats, selon lequel le silence ne vaut pas acceptation.

REMARQUE

Cette dérogation ne joue pas pour les assurances sur la vie.

5.3 La durée du contrat d'assurance

a) La durée initiale

Liberté contractuelle. La durée du contrat est fixée librement par les parties (C. assur., art. L. 113-12). Elles peuvent ne pas la déterminer ou, ce qui est généralement le cas en pratique, conclure un contrat à durée déterminée.

La loi impose toutefois que la durée soit fixée par la police et y figure en caractères très apparents.

b) Le renouvellement du contrat

Tacite reconduction. Une fois arrivé à terme, le contrat à durée déterminée prend fin. Mais, le plus souvent les contrats d'assurance prévoient une clause de tacite reconduction (voir son mécanisme, *supra*, section 4), du moins ceux conclus pour une durée d'un an (assurance-automobile, habitation...). Cette clause est valable, mais la durée de la reconduction ne doit pas dépasser une année (C. assur., art. L. 113-15, al. 2).

Assuré consommateur. La loi du 28 janvier 2005 a introduit une disposition favorable au souscripteur, personne physique, d'un contrat d'assurance pour la garantie d'un risque non professionnel comportant une clause de tacite reconduction. L'assureur a l'obligation de rappeler, lors de l'envoi de l'avis d'échéance annuel de prime, la date limite d'exercice par l'assuré de sa volonté de ne pas renouveler le contrat. En cas de manquement, l'assuré a alors le droit de mettre un terme au contrat reconduit à tout moment à compter de la date de reconduction (C. assur., art. L. 113-15-1).

REMARQUE

La règle ne s'applique pas aux assurances sur la vie.

c) La résiliation du contrat

Droit de résiliation annuelle. Si la durée du contrat est inférieure ou égale à un an, le droit commun des contrats s'applique, de sorte que l'acte est irrévocable unilatéralement et prendra fin à son terme, sauf tacite reconduction. Si la durée du contrat est supérieure à un an ou fut conclue pour une durée indéterminée, par dérogation au droit commun des contrats, le souscripteur et l'assureur sont en droit de résilier le contrat tous les ans, par lettre recommandée envoyée au moins deux mois avant la date d'échéance (C. assur., art. L. 113-12). Dans les assurances couvrant des risques professionnels, le contrat peut écarter cette règle (*ibid.*). Enfin, si la résiliation est irrégulière le contrat se poursuit, de sorte que l'assureur est tenu de garantir un éventuel sinistre, de même que l'assuré est tenu de payer la prime.

REMARQUE

La règle ne s'applique pas aux assurances sur la vie.

5.4 Les assurances contractées par l'entreprise

Management juridique des risques. Une entreprise qui prend la mesure de son environnement juridique doit mettre en place, dans le cadre de ses procédures de décision, une politique de management juridique des risques (juridiques ou non) qu'elle prend. L'assurance est l'une de ces techniques de management.

a) L'assurance des biens de l'entreprise

Diversité. En pratique, les assurances proposées par les assureurs aux entreprises concernent notamment les dommages subis par les bâtiments, le matériel, les véhicules, les marchandises et éventuellement l'argent liquide. Quant au risque, les dommages subis par les biens cités sont généralement garantis en cas d'incendie, de dégât des eaux, de tempête, de vol, de bris de glace, de bris de machine.

Assurance perte d'exploitation. Le dommage garanti peut ne pas concerner un bien matériel. Ainsi, est assurable la perte d'exploitation subie par une entreprise à la suite, par exemple, d'un incendie. L'incendie, selon son étendue, peut conduire à un ralentissement, voire un arrêt temporaire de l'activité, donc une perte d'exploitation.

Assurance-crédit. L'entreprise a aussi la possibilité de faire garantir le risque de non-paiement des créances qu'elle détient sur ses clients. On parle d'assurance-crédit.

b) L'assurance de la responsabilité civile de l'entreprise

Assurance de responsabilité civile relative à l'exploitation. L'assurance de responsabilité civile exploitation permet à l'entreprise de garantir sa responsabilité délictuelle (ou extracontractuelle) qui serait engagée au cours de son exploitation, notamment du fait de ses préposés, bâtiment, matériels, ou encore du fait de ses produits jusqu'à leur livraison aux clients.

Assurance de responsabilité civile relative à la fourniture de produits. L'assurance de responsabilité civile du fait des produits livrés, appelée aussi assurance après livraison, a pour objet de prendre en charge les dommages causés aux tiers, qui peuvent être les clients de l'entreprise, du fait de la livraison d'un produit de l'assuré, fait qui engagerait la responsabilité de celui-ci. Les dommages couverts peuvent être corporels, matériels ou immatériels (perte d'exploitation par exemple).

c) L'assurance de la responsabilité civile du chef d'entreprise

Souscripteur et risques. Les dirigeants d'entreprise courent le risque que leur responsabilité civile soit engagée à l'occasion de l'exercice de leur fonction, notamment en cas de faute de gestion, ou de violation de la loi.

Aussi les assureurs proposent-ils des assurances garantissant ce risque. Les souscripteurs ne sont pas les dirigeants eux-mêmes, mais l'entreprise. L'assuré est le dirigeant, lequel doit être identifié et nommément désigné dans le contrat d'assurance. Si le dirigeant change, l'entreprise en fera la déclaration à l'assureur. Et le dirigeant dont le mandat s'achève reste assuré pour les actes qu'il a accomplis durant l'exercice de son mandat.

La garantie porte sur les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile des dirigeants, engagée à l'occasion de l'exercice de leur fonction, à l'égard des tiers. Sont notamment considérés comme tiers, les créanciers, clients, l'État, les actionnaires qui exerceraient une action individuelle.

Enfin, les contrats d'assurance prévoient des exclusions de garantie, c'est-à-dire des situations où l'assureur ne devra pas sa garantie.

EXEMPLE

Voici quelques exemples d'exclusion de garantie que l'on rencontre dans la pratique : les actions en responsabilité civile exercées par un actionnaire majoritaire de la société souscriptrice, les actions en responsabilité civile relatives à des détournements d'actifs, les conséquences d'absence du paiement d'impôts ou charges sociales dus par l'entreprise.

d) L'assurance « homme clé »

Souscripteur et risque. L'assurance « homme clé » permet à une entreprise de s'assurer contre le risque de décès ou de l'invalidité (provisoire ou permanente, partielle ou totale) du dirigeant de cette entreprise ou de l'un de ses salariés qu'elle estime essentiel à la bonne marche de l'activité. Il s'agit donc d'une assurance de personne, et non de dommage, qui permet de faire face à une éventuelle perte d'exploitation résultant de la réalisation du risque. Ce qui suppose que le capital ou la rente versée par l'assureur en cas de réalisation du risque bénéficie à l'entreprise souscriptrice. C'est d'ailleurs une condition de la déductibilité fiscale des primes payées par l'entreprise.

5.5 Le contrat d'assurance-vie

Définition. Le contrat d'assurance-vie peut être défini comme la convention par laquelle l'assureur s'engage envers le souscripteur à verser à celui-ci ou à un tiers bénéficiaire une prestation définie au contrat en cas de survenance du risque lié à la durée de la vie de l'assuré.

a) Principaux contrats d'assurance-vie

Assurance en cas de vie. L'assurance en cas de vie, est un contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur à verser à celui-ci ou à un tiers bénéficiaire, en contrepartie de primes, un capital ou une rente à une date déterminée dans le cas où l'assuré est encore en vie à cette date-là. Le risque garanti est donc la vie de l'assuré à un âge ou une date donnés. Ce type d'assurance est peu usité en pratique.

Assurance en cas de décès. L'assurance en cas de décès est beaucoup plus contractée. Elle est un contrat par lequel l'assureur s'engage envers le souscripteur à verser à un tiers bénéficiaire, en contrepartie de primes, un capital ou une rente dans le cas où l'assuré serait décédé avant le terme du contrat.

EXEMPLE

Il est fréquent qu'un employeur (le souscripteur) contracte auprès d'un assureur une assurance décès qui permet au salarié (l'assuré) de désigner le bénéficiaire (le tiers) à qui sera versé un capital ou une rente dans le cas où il viendrait à décéder avant le terme du contrat d'assurance. Les primes sont alors versées par l'employeur.

L'assurance décès peut aussi permettre de garantir un prêt d'argent. L'emprunteur (le souscripteur) contracte une telle assurance auprès d'un assureur, lequel s'engage, en cas de décès du dit emprunteur (l'assuré), à verser au prêteur (le tiers bénéficiaire) le montant des échéances restant à rembourser. On remarque que dans ce dernier exemple, la même personne – l'emprunteur – a la qualité de souscripteur et d'assuré.

Assurance-vie mixte. L'assurance-vie mixte combine le risque de vie et celui de décès. L'assureur s'engage à verser un capital ou une rente au bénéficiaire soit au décès de l'assuré s'il survient avant l'échéance du contrat, soit en cas de vie de l'assuré à l'échéance du contrat. Le bénéficiaire est ainsi garanti de percevoir la prestation de l'assureur. Elle constitue donc le plus souvent un moyen de placement financier. Pour autant la Cour de cassation a jugé qu'il s'agissait là d'une véritable assurance.

b) Conclusion du contrat d'assurance-vie

Deux règles importantes, relatives à la conclusion du contrat, doivent être soulignées en ce qu'elles sont propres à l'assurance-vie.

Faculté de renonciation. Le souscripteur du contrat dispose, lorsqu'il est une personne physique, d'une faculté de renonciation, c'est-à-dire de se désengager, dans un délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où il est informé que le contrat est conclu (C. assur., art. L. 132-5-1).

REMARQUE

La faculté de renonciation ne s'applique pas aux contrats d'une durée maximale de deux mois.

Information précontractuelle. Comme pour tout contrat d'assurance, l'assureur doit remettre au souscripteur, avant la conclusion de l'acte, un projet de contrat ou une notice d'information. Mais lorsqu'il s'agit d'une assurance-vie, le législateur édicte un contenu particulier. Notamment, la notice doit mentionner les conditions d'exercice de la faculté de renonciation. Enfin, la loi prévoit que la proposition d'assurance peut valoir, à certaines conditions, note d'information (C. assur., art. L. 132-5-2).

c) Dénouement du contrat d'assurance-vie

Réalisation du risque. Lorsque le risque de vie ou de décès se produit, le contrat est dénoué par le paiement du capital ou de la rente par l'assureur au bénéficiaire. Lorsque ce dernier est un tiers au contrat d'assurance, il dispose d'un droit propre sur le capital assuré. Ce droit propre repose sur le mécanisme de la stipulation pour autrui : le souscripteur (le stipulant) fait promettre à l'assureur (le promettant) le versement d'un capital au profit d'un tiers (le bénéficiaire). La jurisprudence en déduit que le capital n'a jamais fait partie du patrimoine de l'assuré. En voici quelques conséquences :

- le tiers bénéficiaire peut agir en justice contre l'assureur pour obtenir le paiement ;
- les créanciers du souscripteur ne sauraient saisir le capital ;
- le capital ne fait pas partie de la succession du souscripteur.

Rachat du contrat. Le contrat d'assurance-vie prend fin avant le terme prévu lorsque le souscripteur exige de l'assureur le rachat du contrat. Le rachat est l'opération par laquelle l'assureur rachète sa dette aléatoire contractée par un remboursement des primes versées après déduction de certaines sommes. Il met fin au contrat.

La faculté de rachat est exclue :

- lorsque le contrat ne comporte pas de provision mathématique, c'est-à-dire dans l'assurance temporaire en cas de décès (le risque de décès est garanti jusqu'à une certaine date) ;
- lorsque le rachat pourrait être le moyen pour le souscripteur de déjouer les calculs de probabilité de l'assureur. Par exemple, dans l'assurance en cas de vie, sans contre-assurance, il suffirait à l'assuré dont l'état de santé se dégraderait sensiblement d'exercer le rachat pour ne pas perdre les primes versées ;
- dans les contrats d'assurance groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle. Les contrats de groupe sont ceux souscrits par une même personne, par exemple un employeur, au profit d'autres, par exemple des salariés.
- lorsque, s'agissant des assurances conclues au bénéfice d'un tiers, le tiers bénéficiaire a accepté sa désignation (en tant que bénéficiaire). Le rachat ne redevient possible que si ledit bénéficiaire donne son accord.

Avances sur police. « Dans la limite de la valeur de rachat du contrat, l'assureur peut consentir des avances au contractant » (C. assur., art. L. 132-21, al. 2). L'avance n'est autre que la remise

d'une partie de la provision mathématique par l'assureur au souscripteur. À la différence du rachat, elle ne met pas fin au contrat. Mais le souscripteur s'expose au paiement d'intérêts à l'assureur, parce qu'en consentant une avance ce dernier perd le revenu des placements qu'il avait effectués.

Toutefois, s'agissant des assurances conclues au bénéfice d'un tiers, et si le tiers bénéficiaire a accepté sa désignation, alors l'assureur ne saurait consentir une avance à l'assuré, sauf accord dudit bénéficiaire (C. assur., art. L. 132-9, al. 1).

d) Régime fiscal du contrat d'assurance sur la vie

Taxe sur les conventions d'assurance. Les contrats d'assurance sur la vie sont exonérés de la taxe spéciale sur les conventions d'assurances (CGI, art. 995°). Sont concernés aussi bien l'assurance en cas de vie que celle en cas de décès. Lorsque le contrat comporte des garanties complémentaires (par exemple la garantie en cas d'invalidité), l'exonération ne profite qu'à l'assurance principale.

Versement d'un capital. Lorsque l'assureur verse un capital au souscripteur ou à la personne désignée par lui, que ce soit au terme du contrat ou lors du rachat, pareil versement est soumis à l'impôt sur le revenu, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. Toutefois, la partie correspondant aux primes versées n'est pas imposable. Seuls les produits financiers le sont (CGI, art. 125-0 A). Plusieurs cas d'exonération sont prévus par la loi, liés à la durée du contrat, à son dénouement ou à la situation du bénéficiaire.

En revanche, le versement d'une avance n'est pas, en principe, soumis à l'impôt sur le revenu dans la mesure où elles sont considérées fiscalement comme des prêts consentis par l'assureur dans la limite de la valeur de rachat du contrat et en échange desquelles le souscripteur s'engage à verser des intérêts. L'administration fiscale peut néanmoins, si elle démontre que le souscripteur a entendu disposer définitivement de tout ou partie de la valeur de rachat en échappant à l'imposition, requalifier l'avance en versement d'une partie de capital.

Pour les produits attachés aux contrats d'assurance-vie, les bénéficiaires personnes physiques peuvent opter pour un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu. Ce prélèvement fiscal permet ainsi d'échapper à la progressivité de l'impôt sur le revenu. Son taux varie selon la durée du contrat à la date du rachat ou du dénouement. Il est obligatoire pour les produits attachés à des contrats, souscrits auprès d'une entreprise établie en France, lorsque le bénéficiaire a son domicile ou son siège social hors de France.

Versement d'une rente viagère. Lorsque l'assurance donne lieu au versement d'une rente viagère celle-ci est imposée sur les revenus du bénéficiaire, mais uniquement pour une fraction déterminée d'après l'âge du crédirentier lors de l'entrée en jouissance de la rente, comme le montre le tableau ci-dessous.

Âge du crédirentier	Fraction imposable
Moins de 50 ans	70 %
Entre 50 et 59 ans	50 %
Entre 60 et 69 ans	40 %
Plus de 69 ans	30 %

FICHE 1

LA MISE EN DEMEURE

L'étude de la mise en demeure mérite une fiche, car il s'agit d'une notion transversale qui touche au paiement dans son ensemble. Pour autant, la loi ne définit pas un régime de transversalité. On peut présenter deux dispositions légales issues du Code civil :

C. civ., art. 1139. Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

C. civ., art. 1146. Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.

Définition. « Interpellation en forme de sommation, lettre missive ou tout acte équivalent, aux termes de laquelle un créancier notifie à son débiteur sa volonté de recouvrer sa créance » (vocabulaire Cornu).

La sommation est un acte signifié par huissier. Le commandement de payer et la citation en justice sont considérés comme des actes équivalents ; ils valent mise en demeure. Ils interviennent en général à un stade avancé du litige.

La simple lettre missive, qui intervient bien avant, vaut aussi mise en demeure, même non recommandée, mais à condition qu'elle opère interpellation suffisante (C. civ., art. 1139 et 1146). Il y convient d'indiquer l'inexécution et faire obligation d'exécution.

Fonctions

- Information du débiteur.
- Prévention de la sanction, lorsque l'exécution est encore possible.
- Caractérisation de l'inexécution, ce qui permettra la preuve de celle-ci.

Obligations. La mise en demeure est-elle une condition préalable et nécessaire pour obtenir paiement ? La mise en demeure pour obtenir paiement est de principe même si aucun texte ne formule de façon générale cette exigence. On trouve en revanche des textes spéciaux qui prévoient l'exigence de mise en demeure.

Il en est ainsi en matière de clause pénale (à propos de laquelle, voir *supra*, section 5). L'article 1230 du Code civil dispose que la pénalité n'est due que lorsque le débiteur est mis en demeure. Mais la règle n'est pas d'ordre public, de sorte que le contrat peut exclure l'exigence.

En matière de responsabilité contractuelle, l'article 1146 du Code civil prévoit que les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation. Des exceptions sont portées tant par la loi que par la jurisprudence :

- l'article 1146 lui-même prévoit que la mise en demeure n'est pas requise « lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer ». Il s'agit du cas où le délai était impératif ;
- la jurisprudence, se fondant sur l'article 1145 du Code civil, estime que la mise en demeure n'est pas exigée lorsque l'inexécution porte sur une obligation de ne pas faire ;
- la jurisprudence admet qu'une clause du contrat peut écarter l'exigence. Ce qui ressort du reste de l'article 1139 précité ;
- de façon plus générale il semble ressortir de la jurisprudence que la mise en demeure n'est pas nécessaire lorsqu'elle est inutile, soit que l'inexécution est définitive (le débiteur ne s'exécutera pas ; ou son exécution n'est plus utile au créancier), soit que l'inexécution est établie (la date d'exécution clairement définie par le contrat est expirée).

Effets. Encore une fois le Code civil n'édicte pas un régime général de la mise en demeure. Certaines dispositions attachent des conséquences à la mise en demeure.

Exemples

Le créancier d'une obligation de donner devient propriétaire dès la formation du contrat. À partir du même moment, il supporte les risques de perte et de dégradation de la chose dues à un événement de force majeure, même s'il n'a pas encore pris possession de ladite chose. Toutefois, dès lors que ce créancier a mis son cocontractant en demeure de lui mettre à disposition la chose, alors c'est ce dernier qui en supportera les risques (C. civ., art. 1138).

Les dommages et intérêts moratoires, c'est-à-dire venant réparer le préjudice qui résulterait d'un retard d'exécution, ne sont dus que du jour de la mise en demeure adressée au débiteur, sauf si la loi les fait courir de plein droit (C. civ., art. 1153).

1. QCM	Introduction au droit des contrats et la formation du contrat
2. ÉTUDE DE CAS	Les vices du consentement et l'action en nullité
3. QCM	L'exécution du contrat
4. ANALYSE DE CLAUSE	La résolution du contrat
5. ÉTUDE DE CAS	Les sanctions de l'inexécution contractuelle, la lésion, la modification du contrat
6. QCM	Les règles spécifiques à certains contrats
7. ANALYSE DE CLAUSE	La détermination du prix

N° 1 : QCM

Introduction au droit des contrats et la formation du contrat

Veuillez choisir au moins une réponse.

1. Le droit des obligations :

- a) est une branche du droit civil
- b) désigne l'ensemble des règles qui commandent aux citoyens de faire ou de ne pas faire quelque chose

2. Un contrat unilatéral est :

- a) un fait juridique
- b) un contrat conclu par une seule personne
- c) un contrat créant des obligations à la charge d'une seule partie

3. Le principe de la liberté contractuelle signifie

- a) que chaque partie est en droit de ne pas exécuter ses obligations contractuelles.
- b) que chaque partie est en droit de rompre le contrat conclu
- c) que les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat
- d) que les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter

4. À partir de quel moment doit-on considérer que le contrat négocié devient définitif ?

- a) Lorsque l'offre est diffusée
- b) Lorsqu'une offre a rencontré une acceptation à propos des éléments essentiels du contrat négocié
- c) Lorsqu'une offre a rencontré une acceptation à propos des éléments essentiels et accessoires du contrat négocié

5. Quels sont les préjudices dont la victime de la rupture des négociations est en droit d'obtenir réparation lorsque la rupture est fautive ?

- a) Aucun préjudice
- b) Le remboursement des frais des négociations
- c) Les préjudices matériels et moraux causés par la faute commise par l'auteur de la rupture
- d) Le gain manqué
- e) Le préjudice moral

6. Que signifie le principe du consensualisme ?

- a) Le contrat se forme par le seul échange des consentements, sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire
- b) Le contrat n'est valable que s'il a été régulièrement signé par les deux parties
- c) Le contrat est valablement conclu même si aucun écrit n'a été établi
- d) La formation du contrat peut résulter du seul comportement des parties
- e) Le contrat n'est valable que s'il a été établi par un écrit signé par les deux parties

7. Si deux personnes contractent ensemble un contrat qu'elles formalisent par un écrit, alors que la loi ne conditionne pas la validité de cet acte à la rédaction d'un écrit, quelle est la nature de ce contrat ?

- a) un contrat solennel
- b) un contrat formel
- c) un contrat réel
- d) un contrat consensuel

8. Lorsque l'erreur porte sur l'objet du contrat, à quelle(s) condition(s) l'errans peut-il obtenir la nullité du contrat ?

- a) si l'erreur porte sur les qualités substantielles de la chose
- b) si l'erreur est excusable
- c) si l'erreur porte sur la valeur de la chose

9. Lorsque la victime d'un dol demande la nullité du contrat, et si sa demande aboutit, peut-elle obtenir que des dommages et intérêts lui soient versés par son cocontractant ?

- a) Oui, toujours
- b) Oui, si elle démontre une faute commise par son cocontractant, laquelle est constituée par la tromperie, ainsi qu'un préjudice
- c) Non, jamais

10. À quelle(s) condition(s) la violence est-elle une cause de nullité du contrat ?

- a) À condition que la violence soit révérencielle
- b) À condition que la violence émane du cocontractant et de nulle autre personne
- c) À condition que la violence soit suffisamment grave
- d) À condition que la violence soit illégitime

11. En principe, le contrat doit-il être équilibré pour être valable ?

- a) Oui, le contrat déséquilibré encourt la nullité
- b) Oui, le contrat doit être équilibré lors de sa formation comme de son exécution
- c) Non, l'équilibre n'est pas une condition de validité du contrat

12. Quels contrats sont susceptibles d'encourir la rescision pour lésion ?

- a) La vente d'immeuble
- b) Tous les contrats, puisque la lésion est une cause générale de rescision des conventions
- c) La convention d'assistance maritime
- d) Le contrat de travail
- e) La location d'un local meublé
- f) La cession du droit d'exploitation d'une œuvre littéraire ou artistique

13. Que sanctionne la nullité du contrat ?

- a) L'inexécution du contrat aux torts de l'une des parties
- b) L'anéantissement du contrat
- c) La mauvaise formation du contrat

14. Quel est le délai de prescription extinctive d'une action en nullité absolue ?

- a) 5 ans, comme pour l'action en nullité relative
- b) 0 an, comme pour l'action en nullité relative
- c) 30 ans, à la différence de l'action en nullité relative
- d) 10 ans, si la vente est commerciale

15. L'effet rétroactif de la nullité... :

- a) consiste à replacer les parties dans la situation dans laquelle elles auraient été si elles n'avaient jamais contracté
- b) conduit à des restitutions réciproques si le contrat est synallagmatique
- c) conduit à la résolution du contrat
- d) consiste à replacer les contractants dans une situation différente de celle dans laquelle ils auraient été s'ils n'avaient jamais contracté

16. L'annulation d'un contrat a-t-elle pour effet l'allocation de dommages et intérêts au contractant qui l'a demandée et obtenue ?

- a) Oui, dès lors que la nullité cause un préjudice au contractant qui l'a demandée et obtenue
- b) Non, les dommages et intérêts ne peuvent pas être la conséquence directe d'une nullité

N° 2 : ÉTUDE DE CAS

Les vices du consentement et l'action en nullité

Par contrat conclu le 26 septembre 2007, les époux Pol (Léopold et Paule) ont vendu deux piscicultures qu'ils exploitaient à la Coopérative de Guessant. L'exploitation de ces piscicultures avait été autorisée par arrêté préfectoral du 4 mars 1998. Le 28 avril 2008, les dirigeants de la Coopérative prennent connaissance de l'information suivante dans la presse locale : « le tribunal administratif de Rennes a annulé, à la demande de tiers, l'arrêté préfectoral du 4 mars 1998 autorisant l'exploitation de deux piscicultures ». Du coup, la Coopérative de Guessant est contrainte de cesser l'exploitation des piscicultures à compter du 1^{er} juillet 2008. Elle apprend rapidement que le recours en annulation dudit arrêté préfectoral avait été exercé le 2 août 2007.

Après des discussions infructueuses avec les époux Pol, la Coopérative de Guessant vous consulte le 30 septembre 2010. Elle souhaite obtenir la restitution du prix qu'elle a versé aux époux Pol. Elle estime avoir été trompée. Les époux Pol considèrent que l'ignorance par la coopérative de l'existence du recours (contre l'arrêté préfectoral) était inexcusable.

QUESTIONS

1. La coopérative de Guessant peut-elle obtenir gain de cause ?
2. L'action qu'elle doit tenter pour essayer d'obtenir gain de cause est-elle prescrite ?

N° 3 : QCM**L'exécution du contrat**

Veuillez choisir au moins une réponse.

1. Quelles sont les manifestations de l'opposabilité du contrat aux tiers ?
 - a) Le contrat engage les tiers
 - b) Les tiers ne peuvent pas nuire au contrat
 - c) Les tiers sont en droit d'exiger l'exécution forcée du contrat auquel ils ne sont pas parties
 - d) Les tiers sont en droit de se prévaloir de l'inexécution d'un contrat auquel ils ne sont pas parties
2. Dans quels cas le juge est-il en droit d'interpréter un contrat lors d'un litige qui lui est soumis ?
 - a) Jamais
 - b) Lorsque le contrat est ambigu
 - c) Dans tous les cas
3. Quelles sont les règles gouvernant la résiliation d'un contrat à durée indéterminée en cours d'exécution ?
 - a) Un contrat à durée indéterminée peut être résilié unilatéralement
 - b) Un contrat à durée indéterminée peut être résilié à tout moment
 - c) Un contrat à durée indéterminée est irrévocable
 - d) La résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée doit être justifiée par un juste motif
 - e) Un contrat à durée indéterminée peut être résilié sans motif
 - f) La résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée produit un effet rétroactif
4. Que contrôlent les juges lors de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée en cours d'exécution ?
 - a) Les circonstances de la rupture
 - b) Les motifs de la rupture
5. Le contrat à durée déterminée :
 - a) est un contrat dont le terme peut être unilatéralement modifié par l'une des parties
 - b) est un contrat pour lequel les parties ont stipulé un terme
 - c) interdit aux parties de le rompre unilatéralement à tout moment
 - d) peut être rompu unilatéralement par une partie à tout moment
 - e) est un contrat nécessairement écrit
6. Du principe de la force obligatoire des conventions, édicté à l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil, il découle :
 - a) que les parties peuvent modifier unilatéralement le contrat lorsque celui-ci est muet à ce propos
 - b) que les parties peuvent demander la nullité du contrat pour lésion
 - c) que le contrat à durée déterminée correctement exécuté ne peut être rompu que par l'accord des parties
 - d) que le contrat à durée indéterminée ne peut jamais être rompu unilatéralement par l'une des parties
 - e) que le contrat doit être exécuté dès lors qu'il est légalement formé
 - f) que le contrat doit être exécuté dans toutes ces dispositions dès lors qu'elles sont valables
 - g) que les parties peuvent se rétracter de leur engagement après sa formation légale.

7. Quel est l'effet produit par l'exception d'inexécution ?

- a) Le contrat inexécuté est suspendu
- b) Le contrat inexécuté est anéanti
- c) Le contrat inexécuté est nul

8. En cas d'inexécution du contrat, quelle(s) action(s) est en droit d'intenter le contractant envers qui l'engagement n'est pas exécuté, afin d'obtenir l'anéantissement du contrat ?

- a) Il est en droit de résilier unilatéralement le contrat en cas de comportement grave de son cocontractant
- b) Il n'existe pas d'action pour obtenir l'anéantissement du contrat
- c) Il peut demander en justice la résolution du contrat inexécuté
- d) Il peut demander en justice la nullité du contrat inexécuté

9. Quelles sont les conditions de la responsabilité contractuelle ?

- a) Une faute de la victime
- b) Un manquement contractuel
- c) Un préjudice subi par l'une des parties
- d) Une inexécution grave du contrat
- e) Un lien de causalité entre le manquement et le préjudice
- f) La survenance d'un événement de force majeure

10. Quelles sont les conditions de la force majeure ?

- a) Un événement imprévisible, impossible et extérieur
- b) Un événement imprévisible, irrésistible et, dans certaines circonstances, extérieur
- c) Un événement impossible, irrépressible et extérieur
- d) Un événement imprévisible, irrésistible et extérieur

N° 4 : ANALYSE DE CLAUSE

La résolution du contrat

Le contrat dans lequel la clause ci-dessous figure a été conclu entre professionnels.

« Le loueur pourra résilier le contrat en cas de loyer demeuré impayé trois mois après mise en demeure de le régler ».

QUESTION

Analysez cette clause. L'analyse consiste à situer la clause par rapport aux règles de droit existantes et à en définir la portée pour les parties.

N° 5 : ÉTUDE DE CAS

Les sanctions de l'inexécution contractuelle, la lésion, la modification du contrat

La commune de Grenoble a concédé, en 1995, à l'Association des jeunes travailleurs (AJT), dirigée par Léopold Pol, l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises.

Un contrat a été signé le 15 octobre 2004 entre la commune, l'AJT et la société Les Repas Grenoblois (LRG) pour une durée de cinq ans avec reconduction tacite. Aux termes de cet accord, l'AJT, confirmée en qualité de concessionnaire, a sous-concédé l'exploitation à la société LRG, avec l'accord de la commune. La société LRG, obtenant de ses cocontractantes d'importants travaux d'investissement, s'engageait à payer un loyer annuel à l'AJT et une redevance annuelle à la commune.

Par lettre du 12 septembre 2011, la société LRG demandait à la commune et à l'AJT une diminution de la redevance due à la première et du loyer annuel dû à la seconde. Face au refus de celles-ci, la société LRG, par lettre du 30 septembre 2011, a résilié unilatéralement le contrat conclu le 15 octobre 2004, au motif qu'elle se trouvait dans l'impossibilité économique de poursuivre l'exploitation. Plus précisément, son argumentation fut la suivante :

- 1) Le contrat était dès sa formation manifestement déséquilibré en sa défaveur.
- 2) En outre, le devoir d'exécuter loyalement la convention en veillant à ce que son économie générale ne soit pas manifestement déséquilibrée, obligeait la commune et l'AJT à mettre la société LRG en mesure d'exécuter son contrat dans des conditions qui ne fussent pas manifestement excessives pour elle et d'accepter de reconsidérer les conditions de la convention dès lors que, dans son économie générale, un déséquilibre manifeste était apparu.

QUESTIONS

1. Dans l'hypothèse où l'argumentation de la société LRG n'est pas fondée, celle-ci engage-t-elle sa responsabilité civile contractuelle ?
2. Le premier argument de la société LRG peut-il aboutir sur le terrain de la lésion ?
3. Le deuxième argument de la société LRG est-il recevable ?

N° 6 : QCM

Les règles spécifiques à certains contrats

Veuillez choisir au moins une réponse.

1. La vente est :
 - a) un contrat synallagmatique
 - b) un contrat unilatéral
 - c) un contrat réel
 - d) un contrat consensuel
 - e) un contrat à titre gratuit
 - f) un contrat à titre onéreux

g) un contrat nommé

h) un contrat innomé

2. Le contrat de vente se voit appliquer :

a) le droit commun des contrats uniquement

b) le droit spécial de la vente uniquement

c) le droit commun des contrats et le droit spécial de la vente

3. La vente d'un immeuble doit être inscrite à la conservation des hypothèques (publicité foncière). Pareille formalité est :

a) une application du principe du consensualisme

b) sanctionnée, en cas d'inobservation, par la nullité du contrat

c) sanctionnée, en cas d'inobservation, par l'inopposabilité du contrat aux tiers

4. Un contrat de vente d'immeuble est conclu. Le prix convenu est de 300 000 euros. La valeur de l'immeuble est de 124 000 euros. L'acquéreur est-il en droit d'obtenir la rescision du contrat pour lésion de plus des 7/12^e ?

a) Non

b) Oui

5. Quelle règle gouverne la détermination du prix d'un contrat d'entreprise ?

a) La détermination du prix ne conditionne pas la validité du contrat

b) La détermination du prix lors de la conclusion du contrat est une condition de validité de ce dernier

6. Quelle est la sanction civile du manquement à l'obligation précontractuelle d'information prévue par l'article L. 330-3 du Code de commerce ?

a) La nullité automatique du contrat

b) La nullité du contrat si le consentement du créancier a été vicié

c) La résiliation du contrat

d) La résolution du contrat

7. Quelle est l'obligation essentielle à la charge du franchiseur qui caractérise le contrat de franchisage ?

a) L'obligation de transmettre une marque et une enseigne

b) L'obligation de concéder une exclusivité territoriale

c) L'obligation de transmettre un savoir-faire

8. Un agriculteur souscrit une assurance pour perte d'exploitation. Au regard de la réglementation consumériste des clauses abusives, quelle est la qualité de cet agriculteur à l'égard de l'assureur ?

a) Un consommateur

b) Un professionnel

c) Un non-professionnel

9. Quelle est la sanction prévue par le droit lorsqu'un contrat, conclu entre un professionnel et un consommateur, stipule une clause abusive ?

a) La clause abusive est réputée non écrite

b) Le contrat encourt la nullité totale

c) Le contrat est nul

d) La clause abusive est censée ne jamais avoir existé

10. Quelles sont les règles gouvernant le remboursement anticipé d'un crédit à la consommation par un consommateur ?

- a) Le remboursement anticipé est possible, mais le consommateur est tenu de verser une indemnité lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à 10 000 euros au cours d'une période de 12 mois
- b) Le remboursement anticipé est possible, mais le consommateur est tenu de verser une indemnité lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à 5 000 euros au cours d'une période de 12 mois
- c) Le remboursement anticipé est possible et aucune indemnité n'est due par le consommateur.
- d) Le remboursement anticipé est impossible.

11. Quelles sont les règles gouvernant les clauses de tacite de reconduction stipulée dans un contrat d'assurance ?

- a) Ces clauses sont valables
- b) Ces clauses sont nulles
- c) La durée de la reconduction ne doit pas dépasser une année
- d) L'assureur doit rappeler la date limite d'exercice du non renouvellement, mais ce rappel ne concerne que les personnes physiques ayant souscrit un contrat d'assurance pour la garantie d'un risque non professionnel
- e) Ces clauses doivent obligatoirement être stipulées dans le contrat
- f) L'assureur doit rappeler la date limite d'exercice du non renouvellement, mais ce rappel ne concerne que les personnes ayant souscrit un contrat d'assurance pour la garantie d'un risque professionnel

12. Dans quels cas il est impossible à l'assuré d'exercer sa faculté de rachat d'un contrat d'assurance-vie ?

- a) Lorsque le contrat ne comporte pas de provision mathématique
- b) Lorsque le contrat comporte une provision mathématique
- c) Lorsque le rachat pourrait être le moyen pour le souscripteur de déjouer les calculs de probabilité de l'assureur
- d) Lorsque le contrat désigne un tiers bénéficiaire
- e) Lorsque, s'agissant des assurances conclues au bénéfice d'un tiers, le tiers bénéficiaire a accepté sa désignation

N° 7 : ANALYSE DE CLAUSE

La détermination du prix

Le contrat dans lequel la clause ci-dessous figure est un contrat-cadre de distribution.

« Le prix de vente des marchandises sera établi au moment de chaque commande passée par le distributeur et par référence aux prix indiqués dans le catalogue du fournisseur ».

QUESTION

Analysez cette clause. L'analyse consiste à situer la clause par rapport aux règles de droit existantes et à en définir la portée pour les parties.

2

CHAPITRE

L'entreprise et ses concurrents

SECTION 1	Les concentrations d'entreprises
SECTION 2	Les pratiques anticoncurrentielles
SECTION 3	La concurrence déloyale
SECTION 4	La transparence et les pratiques restrictives de concurrence
FICHE • APPLICATIONS	

La grande majorité des entreprises évoluent dans un milieu concurrentiel, de compétition, qui trouve sa plus topique manifestation juridique dans le principe de liberté du commerce et des prix. Dans un système capitaliste néolibéral, cette concurrence est préservée afin qu'elle soit effective. Mais elle est aussi encadrée afin que la compétition ne devienne pas une jungle et que ledit système n'implose pas. Aussi le droit intervient-il, d'une part pour protéger le marché, en assurant les conditions d'une concurrence saine et non faussée (ce sera l'objet des deux premières sections) et, d'autre part, pour protéger les concurrents les uns contre les autres (ce sera l'objet des deux dernières sections).

SECTION 1

LES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

Contrôle des concentrations, définition et objectif

Le **contrôle des concentrations** d'entreprises consiste en l'examen, par une autorité publique, du rapprochement d'entreprises, jusqu'alors autonomes, susceptible d'accroître une position économique sur un marché et supprimer ou réduire corrélativement le caractère concurrentiel d'un marché. Ce contrôle vise à assurer l'effectivité d'une concurrence que le pouvoir politique estime nécessaire.

Contrôle a priori. Le contrôle est exercé *a priori* : il vise à autoriser ou non (ou autoriser sous condition) une opération de concentration qui n'existe pas encore. Ce contrôle est d'autant plus notable qu'il s'agit de l'un des rares contrôles *a priori* exercés par les autorités publiques sur les activités des entreprises.

Réglementation. Les concentrations d'entreprises sont contrôlées par le droit interne (le droit français pour ce qui nous intéresse) et le droit de l'Union européenne.

- Le contrôle par le droit français date de l'ordonnance Balladur du 1^{er} décembre 1986, depuis codifiée dans le Code de commerce (art. L. 430-1 et suivants) et modifiée afin de se rapprocher de l'UE.
- Le contrôle communautaire date d'un règlement de la commission européenne de 1989. Il a été remplacé par le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004.

1. Une opération de concentration

Secteurs d'activité concernés. Le contrôle des concentrations porte sur tous les types d'activités économiques. Par ailleurs, la présence dans l'opération de concentration, d'au moins une entreprise publique, n'empêche pas le contrôle.

Opérations contrôlées. Les opérations de concentration contrôlées sont définies par le droit. Les droits français et de l'UE édictent des définitions identiques.

Opération visée	Observations
Fusions entre entreprises antérieurement indépendantes	Sont concernées aussi bien les fusions par absorption que les fusions par création d'une société nouvelle. Les fusions au sein d'un groupe de sociétés suffisamment intégré échappent au contrôle.
Prise de contrôle	La prise de contrôle d'une entreprise par une autre est une opération de concentration quel que soit le moyen utilisé pour mettre en œuvre cette prise de contrôle : prise de participation au capital, achat d'élément d'actif, contrat... Elle résulte de l'exercice d'une influence déterminante.
Création d'une entreprise commune autonome	La création d'une entreprise commune permet le plus souvent la mise en commun d'activités. Son autonomie la distingue de l'entente. Enfin, l'entreprise commune doit être « de plein exercice », c'est-à-dire en contact direct avec le marché. <i>Exemple</i> : une filiale commune de recherche-développement ne sera pas considérée comme une entreprise commune, dans la mesure où elle dépend de ses entités fondatrices pour les fonctions de distribution.

2. Une opération de dimension européenne ou nationale

Seuils de contrôle. Le droit de l'Union européenne (UE) comme le droit français prévoit des seuils de contrôle exprimés en volume de chiffre d'affaires réalisé. Ces seuils ont une double fonction :

- au-delà des seuils la concentration doit être notifiée pour être contrôlée ;
- ils délimitent la compétence des autorités européennes et nationales de contrôle. Si la concentration a une dimension européenne, seule les autorités de l'UE sont compétentes. C'est le système dit du guichet unique (voir *infra*).

2.1 Les seuils européens

Chiffre d'affaires, premiers seuils. Une concentration est de dimension européenne lorsque :

- les entreprises parties à l'opération réalisent ensemble un chiffre d'affaires mondial global de plus de 5 milliards d'euros ;
- et deux des entreprises concernées au moins réalisent individuellement un chiffre d'affaires de plus de 250 millions d'euros au sein de la Communauté.

Si ces deux seuils sont atteints, la concentration n'est pas pour autant de dimension communautaire dès lors que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'UE à l'intérieur d'un seul et même État membre.

Seuils subsidiaires. Si les seuils ci-dessus ne sont pas atteints, la concentration est tout de même de dimension communautaire lorsque les entreprises parties à l'opération réalisent ensemble :

- un chiffre d'affaires total mondial de plus de 2,5 milliards d'euros ;
- un chiffre d'affaires total supérieur à 100 millions d'euros dans chacun d'au moins trois États membres ;
- dans chacun de ces trois États membres, deux au moins des entreprises concernées réalisent individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 25 millions d'euros ;
- et deux au moins des entreprises concernées réalisent individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros dans l'ensemble de l'Union européenne.

Si ces quatre seuils sont atteints, la concentration n'est pas pour autant de dimension européenne si chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

Calcul du chiffre d'affaires. Le règlement européen de 2004 prévoit la méthode de calcul du chiffre d'affaires. Notamment, doivent être déduits la taxe sur la valeur ajoutée et les autres impôts directement liés au chiffre d'affaires.

Par ailleurs, le tribunal de première instance des communautés européennes (aujourd'hui PPIUE) a jugé que le calcul du chiffre d'affaires prend en considération des comptes vérifiés établis selon les normes comptables en vigueur au jour de leur établissement.

EXEMPLE

L'affaire jugée par le TPICE concernait l'OPA hostile lancée par Gas Natural sur Endesa. Celle-ci se prévalait de la dimension européenne de la concentration envisagée. Elle estimait qu'elle n'avait pas réalisé en 2004 plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'UE à l'intérieur d'un seul État membre, en Espagne en l'occurrence. Elle demandait alors à la Commission de se déclarer compétente et de dessaisir l'autorité espagnole de la concurrence saisie par l'auteur de l'offre, Gas natural. Pour cela, Endesa soutenait que les nouvelles normes IFRS en vigueur au jour de l'OPA auraient dû être utilisées. L'argument est écarté par le tribunal. Le règlement de 2004 (art. 5) prévoit en effet qu'il convient de se référer au chiffre d'affaires de l'exercice précédent, soit en l'espèce, 2004.

2.2 Les seuils français

Autorités nationales de contrôle. Lorsque le rapprochement d'entreprises n'a pas une dimension européenne, il faut vérifier s'il doit être contrôlé par les autorités nationales de contrôle, et donc appliquer leurs seuils. On s'en tiendra aux seuils français.

Indifférence du lieu de réalisation de l'opération. Le lieu de réalisation de l'opération de concentration importe peu. Par exemple, une fusion réalisée à l'étranger est susceptible d'être soumise au contrôle par l'autorité de concurrence française dès lors qu'elle produit un effet en France, soit que l'une ou plusieurs des parties disposent de filiales ou d'établissements en France, soit, plus simplement encore, que ces parties ont pour clients des entreprises implantées en France.

Seuils généraux. Est soumise au contrôle par les autorités françaises toute opération de concentration lorsque les deux seuils suivants sont franchis :

- les entreprises concernées réalisent ensemble un chiffre d'affaires mondial global, hors taxes, de plus de 150 millions d'euros ;
- et deux de ces entreprises au moins réalisent en France un chiffre d'affaires, hors taxes, de plus de 50 millions d'euros.

La loi de modernisation de l'économie, du 4 août 2008, a édicté des seuils spéciaux, propres au secteur du commerce de détail (voir C. com., art. L. 430-2, II).

Calcul du chiffre d'affaires. Le Code de commerce renvoie au droit de l'UE pour le calcul du chiffre d'affaires à prendre en considération (C. com., art. L. 430-2, V).

3. La procédure de contrôle des concentrations

3.1 Le système du guichet unique

Présentation. Le système du guichet unique répond à la question de l'articulation entre la procédure européenne et les procédures nationales. Il signifie que la dimension européenne d'une opération de concentration exclut la compétence des autorités nationales au profit de la Commission européenne.

Dimension de l'opération de concentration	Procédure à appliquer	Autorité de contrôle compétente	Observations	Dérogations
Dimension européenne	Procédure européenne	Commission européenne	C'est le système du guichet unique : la dimension communautaire exclut la compétence des autorités nationales.	La Commission a toutefois le pouvoir de transmettre le dossier aux autorités nationales (avec application du droit national) si l'opération a des conséquences sur le marché interne.
Dimension nationale	Procédure nationale	Autorités nationales	La compétence des autorités nationales suppose que la concentration n'ait pas une dimension européenne.	Toutefois, si l'opération présente un danger sur le marché européen, la Commission peut se saisir du dossier. Les entreprises concernées peuvent aussi solliciter l'intervention de la Commission.

3.2 La procédure européenne

Synthèse. L'opération de concentration de dimension européenne doit être notifiée à la Commission européenne. C'est une notification préalable ayant un caractère obligatoire.

Une première décision de la Commission européenne, portant sur l'ouverture de la procédure est rendue dans les 25 jours ouvrables à compter du lendemain de la réception de la notification. Il y est jugé soit que l'opération ne relève pas du règlement, soit qu'elle relève du règlement mais ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun (elle est déclarée compatible), soit qu'il existe des doutes sérieux sur la compatibilité et, en conséquence, la Commission engage la procédure.

Dans ce dernier cas, après avoir ouvert la procédure, la Commission procède au contrôle de l'opération de concentration afin de se prononcer sur sa compatibilité avec le marché commun. Elle doit se prononcer dans les 90 jours suivant l'engagement de la procédure. Elle juge soit que l'opération est compatible avec le marché intérieur (i.e. de l'UE), soit que l'opération est compatible sous conditions, soit que l'opération est incompatible avec le marché commun.

Critères de compatibilité. Toute concentration, même si elle atteint les seuils quantitatifs européens, n'est pas interdite *de facto*. C'est plus ici une question de fond que de procédure.

Pour décider s'il y a lieu ou non de s'opposer à une opération de concentration, la Commission tient compte :

- de la nécessité de la concurrence effective dans le marché commun ;
- de l'apport de la concentration au progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence ;
- de la réduction substantielle de la concurrence, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante.

C'est donc à un bilan que procède la Commission, bilan des limitations de concurrence d'un côté, et des progrès technique et économique d'un autre côté.

EXEMPLES

- Exemples de progrès économique : innovations techniques ; investissement dans la recherche.
- Exemples de réduction substantielle de concurrence : augmentation des prix par rapport à ceux des concurrents, réduction des choix des consommateurs, frein à l'innovation.

3.3 La procédure française

Compétence. La loi de modernisation de l'économie, du 4 août 2008, a entièrement redéfini la répartition des compétences entre la nouvelle Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la concurrence) et le ministre de l'Économie. Un rôle prépondérant est confié à la première.

Depuis la loi de modernisation de l'économie, précitée, l'Autorité de la concurrence est chargée, de façon exclusive, du bilan concurrentiel. Le ministre de l'économie est chargé du bilan économique et dispose de la faculté de passer outre la décision de l'Autorité, mais uniquement pour des motifs d'intérêt général supérieurs à l'intérêt concurrentiel.

Synthèse de la procédure.

Étape	Opération	Délai
Notification	L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence (AC). Les règles relatives aux personnes devant notifier sont les mêmes qu'en matière communautaire.	Dès que le projet est suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier, notamment dès la conclusion d'un accord de principe, d'une lettre d'intention ou encore l'annonce d'une offre publique (OPA par exemple).

Étape	Opération	Délai
Phase I : 1^{re} décision	L'Autorité de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration. Elle peut : – soit constater que l'opération n'est pas soumise à son contrôle ; – soit autoriser l'opération ⁽¹⁾ ; – soit autoriser l'opération en subordonnant cette autorisation par la réalisation effective des engagements pris par les parties ⁽¹⁾ ; – soit engager un examen approfondi si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence.	Dans un délai de 25 jours ouvrés à compter de la réception de la notification complète. Si ce délai expire sans que l'AC n'ait pris une décision, celle-ci en informe le ministre de l'Économie ⁽¹⁾ . L'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation si le ministre ne se prononce pas dans un délai de 5 jours à compter de la réception de l'information.
Phase II : Examen approfondi	Si elle décide d'engager un examen approfondi, l'AC cherche si la concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou d'une puissance d'achat qui placerait les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle effectue une balance avec les progrès économiques susceptibles d'être apportés par la concentration ⁽²⁾ . À l'issue de cet examen, l'AC peut : – soit interdire l'opération de concentration ; – soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ⁽²⁾ ; – soit autoriser l'opération, éventuellement en subordonnant cette autorisation par la réalisation effective des engagements pris par les parties ⁽²⁾ .	L'AC prend une décision dans un délai de 65 jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi. Si ce délai expire sans que l'AC n'ait pris une décision, celle-ci en informe le ministre de l'Économie ⁽²⁾ . L'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation si le ministre ne se prononce pas dans un délai de 25 jours à compter de la réception de l'information.
Phase III : Intervention du ministre de l'Économie	Le ministre de l'Économie est en droit de prendre l'affaire en main et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence.	Dans un délai de 25 jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé par celle-ci.
(1) Dans ces hypothèses, le ministre de l'Économie peut demander un passage en phase II, c'est-à-dire un examen approfondi par l'Autorité de la concurrence. (2) Dans ces hypothèses, le ministre est en droit d'évoquer l'affaire, c'est-à-dire de s'en saisir. Il a alors le pouvoir d'aller à l'encontre de la décision prise par l'Autorité, c'est-à-dire interdire ce qui a été autorisé ou autoriser ce qui a été interdit ou encore modifier les engagements souscrits par les parties ou les mesures imposées par l'Autorité. Mais, pour exercer un tel pouvoir, il ne saurait se fonder sur des considérations concurrentielles, car l'Autorité en a l'exclusivité. Le droit de statuer sur l'affaire est fondé sur des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence. La loi précise que ces motifs d'intérêt général sont, notamment, « le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien d'emploi » (C. com., art. L. 430-7-1, II, al. 1^{er}).		

SECTION 2

LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Présentations. Sont qualifiés de **pratiques anticoncurrentielles** les ententes et les abus de position dominante. Le point commun entre ces deux pratiques se trouve dans l'imposition d'un pouvoir de marché, soit par la domination d'une entreprise (abus de position dominante) soit par la coordination entre entreprises (entente). C'est la coordination qui, *a priori*, les distingue. En réalité, c'est-à-dire à la lecture de la jurisprudence, la frontière n'est pas toujours facile à tracer dès lors que les tribunaux considèrent qu'une position dominante (et son abus) peut être collective.

1. Les ententes illicites

1.1 L'interdiction des ententes

a) Parties à l'entente

L'entente doit intervenir entre entreprises. La notion d'entreprise est entendue largement : une entité exerçant une activité économique, quel que soit son statut juridique.

b) Forme de l'entente

Droit de l'UE (Traité UE, art. 101)	Droit français (C. com., art. L. 420-1)
Accords entre entreprises Décision d'associations d'entreprises Pratiques concertées	Entente expresse ou tacite Conventions Coalitions Actions concertées

Accord entre entreprise, expresse ou tacite. Il peut s'agir d'un accord entre concurrents (accord horizontal) ou entre non-concurrents (accord vertical, le plus souvent un accord de distribution).

- L'accord peut résulter d'un contrat, c'est-à-dire d'un accord contenant des engagements liant les parties juridiquement.
- L'accord peut ne pas résulter d'un contrat :
 - il peut s'agir d'une décision concertée de suivre une politique commune susceptible de fausser la concurrence, sans s'obliger à respecter cette politique, c'est-à-dire en se réservant la possibilité de changer d'avis ;
 - il peut également s'agir d'un *gentleman's agreement*, c'est-à-dire d'un engagement d'honneur juridiquement non contraignant. Les solutions sont les mêmes en droit de l'UE et en droit interne ;
 - l'accord sera considéré comme tel même s'il est moins structuré ; par exemple, s'il se présente comme une décision apparemment unilatérale d'une seule entreprise, mais à laquelle d'autres entreprises se conforment par leur comportement. La décision et le comportement manifestent la volonté commune qui caractérise l'accord.

EXEMPLES

Une lettre circulaire adressée par un producteur à des distributeurs, comportant des mesures pour faire obstacle à l'exportation et mises en application par ceux-ci. La pratique paraît imposée, mais

elle est en réalité susceptible de constituer une entente dans la mesure où son application constituerait une acceptation tacite.

Il a été jugé par le Tribunal de première instance des communautés européennes (TPICE, 28 mars 2001) qu'une règle déontologique interdisant toute publicité comparative était constitutive d'une entente entre l'émetteur de la règle et ceux qui l'appliquent.

Action ou pratique concertée. Il s'agit de l'hypothèse où les entreprises concernées ont adopté le même comportement sciemment ; par exemple, elles ont augmenté leurs prix au même moment du même pourcentage. L'action ou la pratique concertée ne résulte donc pas d'un accord mais d'un comportement, d'une coordination entre entreprises pour conjurer le risque de la concurrence.

Ainsi, les autorités européennes de contrôle sanctionnent le plus souvent un échange d'informations entre entreprises susceptibles d'exercer une influence sur leur comportement futur. Or, la concurrence suppose que les entreprises adoptent un comportement autonome de façon à assumer le risque de la concurrence. La présence d'une entreprise à une réunion de concertation ou d'échanges d'information suffit à établir la participation à l'entente. La solution est la même en droit interne.

PREUVE DE LA PARTICIPATION D'UNE ENTREPRISE À UNE ENTENTE

Pour établir la participation d'une entreprise à une entente résultant de réunions informelles, doit être pris en compte non seulement les documents formalisés, datés et signés mais aussi des indices variés, tels que cahiers, agendas, comptes rendus de réunions ou de messages téléphoniques, dans la mesure où, après recoupement, ils constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes (Cons. Conc., 9 mars 2006, ministre de l'Économie/Sté Asturienne).

c) Objet de l'entente

Présentation. Les textes européen et français fournissent une liste d'ententes dont l'objet est illicite. Cette liste n'est pas exhaustive. De façon plus générale, sont illicites les ententes ayant pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Droit européen (Traité UE, art. 101)	Droit français (C. com., art. L. 420-1)
• Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction. • Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements. • Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. • Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes (pratiques discriminatoires). • Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires sans lien avec l'objet du contrat.	• Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse. • Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique. • Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. • Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises.

d) Incidence de l'entente

Droit européen (Traité UE, art. 101)	Droit français (C. com., art. L. 420-1)
L'entente est incompatible avec le marché de l'UE et interdite lorsqu'elle est susceptible d'affecter le commerce entre états membres et qu'elle a pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché de l'UE.	L'entente est prohibée lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. L'objet renvoie au but de l'entente. L'objet anticoncurrentiel suffit à rendre l'entente illicite. Il est apprécié en tenant compte de la situation du marché concerné (ouvert ou fermé), de la position et de l'importance des entreprises parties à l'entente, etc. Si l'objet n'est pas anticoncurrentiel, il convient alors d'examiner les effets constatés ou possibles de l'entente.

EXEMPLES

- Une clause d'interdiction d'exporter a un objet anticoncurrentiel, même si elle n'a pas été mise en œuvre.
- La prise de participation minoritaire dans une société n'a pas un objet anticoncurrentiel, mais son effet peut l'être s'il conduit à une coordination du comportement des sociétés.

Marché affecté. L'incidence de l'entente doit être constatée sur un marché. En droit européen le marché visé est celui de l'espace de l'UE ; tandis qu'en droit interne, c'est celui du marché interne. Toutefois, cette condition ne suppose pas que les entreprises parties à l'entente soient nécessairement situées dans l'espace visé ; mais c'est la situation la plus fréquente. Il suffit que l'incidence de l'entente affecte l'espace visé.

EXEMPLE

Une entreprise américaine, deux japonaises et deux coréennes, ont été condamnées par la Commission européenne alors qu'aucune d'elles n'étaient implantées en Europe. En revanche, leur entente affectait notamment l'espace de l'UE. Elle consistait à fixer le prix de la lysine synthétique et des quotas de vente par marché.

Il convient d'ajouter qu'en droit européen, il faut encore que la pratique affecte le commerce entre États membres.

Atteinte sensible à la concurrence. Enfin, l'entente est condamnée si l'atteinte qu'elle porte à la concurrence est suffisamment sensible.

Le droit de l'UE ne prévoit pas de seuil. La Commission européenne a alors défini des seuils de sensibilité dans des communications, dites *de minimis*. Celles-ci n'ont pas de valeur normative, mais la Commission s'y tient pour engager ou pas des poursuites et le juge peut s'y référer. La dernière communication de *de minimis* date du 22 décembre 2001. Les seuils ne sont pas atteints :

- accords horizontaux : « si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés affectés par ledit accord » ;

– accords verticaux : « si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par accord ».

En droit français, l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 a introduit en droit français des seuils minima (règle *de minimis*) en deçà desquels l'autorité de concurrence à la faculté de ne pas poursuivre les pratiques litigieuses (C. com., art. L. 464-6-1). Le seuil de sensibilité n'est pas atteint lorsque « la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit » :

– accords horizontaux : « 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique [...] » ;

– accords verticaux : « 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique [...] ».

Les droits européen et français prévoient toutefois des cas où les seuils ci-dessus décrits sont écartés.

– droit de l'UE : lorsque l'entente a pour objet même de restreindre la concurrence ; lorsqu'elle affecte sensiblement la concurrence ;

– droit français : par exemple lorsque les pratiques en cause contiennent une restriction ayant pour objet la fixation du prix de vente (il y a donc entente illicite quelle que soit la part de marché détenue par les entreprises ensemble).

1.2 Les dérogations à l'interdiction

Présentation. Une entente réunissant toutes les conditions examinées ci-dessus peut faire l'objet d'une exemption, c'est-à-dire être exceptionnellement autorisée. Il s'agit ici de présenter les différentes exemptions possibles.

a) Exemptions catégorielles

Droit de l'UE. Le traité sur l'Union européenne prévoit que des accords ou catégories d'accords ou de pratiques concertées peuvent faire l'objet d'une exemption. Ces exemptions par catégorie sont édictées par règlement de la Commission ou du Conseil.

EXEMPLES

- Règlement UE n° 1217/2010 du 14 décembre 2010 sur certaines catégories d'accords de recherche et développement.
- Règlement de la Commission n° 330/2010 du 20 avril 2010 relatif aux accords verticaux.

Droit français. La loi française prévoit que certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence (C. com., art. L. 420-4).

b) Exemptions individuelles

Présentation. Les exemptions individuelles sont des dérogations accordées pour une pratique bien déterminée qui certes restreint la concurrence mais apporte un progrès économique.

Aucune décision d'exemption préalable à l'entente n'est nécessaire : le contrôle s'effectue *a posteriori*. Le droit français prévoit qu'il appartient à l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle de démontrer que celle-ci comporte des avantages économiques suffisants pour compenser la restriction de concurrence.

Critères d'exemption. Le droit de l'UE prévoit que les ententes sont exemptées si elles contribuent à améliorer la production ou la distribution ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Le droit français prévoit que les pratiques anticoncurrentielles sont exemptées si elles permettent d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

Ces deux systèmes juridiques ajoutent, que les pratiques :

- ne doivent pas donner aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ;
- ne doivent imposer de restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre les objectifs de progrès.

Rachat de la pratique anticoncurrentielle par la loi. Il faut ajouter que le droit français édicte une cause d'exemption que le droit de l'UE ne prévoit pas : l'exemption des pratiques « qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ».

EXEMPLE

La loi NRE du 15 mai 2001 valide des pratiques anticoncurrentielles émanant des coopératives de détaillants qui peuvent désormais réaliser des opérations commerciales pouvant comporter des prix communs (C. com., art. L. 124-1, 6°).

2. Les abus de position dominante

Présentation. La domination d'une entreprise sur un marché peut donner lieu à deux types de contrôle : un contrôle *a priori*, celui des concentrations (voir *supra*) ; un contrôle *a posteriori*, celui de l'abus de domination. Le droit de l'UE (Traité UE art. 102) et le droit français (C. com., art. L. 420-2), interdisent et sanctionnent l'abus de position dominante. En théorie, ce dernier peut faire l'objet d'une exemption en droit français.

2.1 L'interdiction des abus de position dominante

La position dominante d'une entreprise sur un marché n'est pas sanctionnée en elle-même. Seul l'abus de cette position est répréhensible. Il s'agit d'examiner quels sont les critères de pareil abus.

a) Position dominante

Le droit interne et le droit communautaire ne définissent pas ce qu'est une position dominante. C'est donc dans les décisions de justice qu'il faut rechercher une définition.

D'une façon générale, la **position dominante** caractérise le pouvoir d'une entreprise de s'abstraire de la concurrence des tiers, le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective. Caractériser la position dominante d'une entreprise consiste en synthèse à mesurer son pouvoir sur le marché.

Définition du marché concerné

- En premier lieu, la position dominante est appréciée sur un secteur géographique déterminé. Ce peut être celui de l'Union européenne ou une part substantielle de celui-ci. En ce cas, le droit de l'UE s'applique. Ce peut être le marché intérieur de la France ou une partie substantielle de celui-ci. En ce cas, le droit français est applicable.

- En second lieu, l'appréciation de la position dominante se fait sur un **marché de référence**, ou **marché pertinent** (de produit ou de service). C'est le marché sur lequel est mis en cause le comportement d'une entreprise. Sa délimitation est nécessaire puisque la position dominante n'est pas susceptible d'être sanctionnée en elle-même mais pour son impact sur la concurrence sur un marché. Un même marché comprend tous « les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leur caractéristique, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés » (communication de la Commission européenne).

REMARQUE

La personne qui met en cause une entreprise pour abus de sa position dominante, cherchera à démontrer que le marché de référence est particulier, spécifique, c'est-à-dire que le produit ou service commercialisé n'est pas substituable à d'autres. La position dominante sera alors plus facile à démontrer.

EXEMPLES

- Il a été jugé que la télévision à péage constitue, par opposition au marché de la télévision gratuite commerciale, un marché de produits distincts.
- Il a été jugé que le marché du roquefort est différent de celui des bleus car ne pouvant être substitués entre eux. Le marché est alors plus restreint que celui de fromages à pâte persillée.

Définition de la position dominante. Dans le marché de référence, il convient de caractériser la position dominante. Pour cela, les autorités de contrôle de concurrence, interne comme européenne, utilisent la méthode du faisceau d'indices. L'indice des parts de marché est important mais doit être appréhendé avec précaution :

- lorsque la part de marché calculée à partir du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent est très faible (environ moins de 10 %), la position dominante est écartée ;
- lorsqu'elle est importante (plus de 50 %) :
 - soit il s'agit d'une situation de monopole (exemple : monopole de fait avec un brevet ; monopole légal comme la Française des jeux) : la position dominante est établie,
 - soit, il n'y a pas monopole et il convient alors de regarder l'évolution de la part de marché.

EXEMPLE

Une entreprise détenant un quasi-monopole peut ne plus être en position dominante si ses parts de marché diminuent par l'arrivée de nouveaux entrants, ce qui montre qu'elle est soumise à la pression de la concurrence.

Par ailleurs, la position dominante peut prendre une forme exclusive (une seule entreprise), mais aussi collective (plusieurs entreprises interdépendantes).

b) Abus de position dominante

Comportement constituant l'abus. Le droit de l'UE et le droit français édictent des comportements pouvant constituer un abus de position dominante. La liste n'est qu'indicative, non exhaustive. De façon plus générale, l'abus se traduit par un comportement faisant obstacle à la concurrence en empêchant les concurrents d'y accéder ou de s'y maintenir.

Droit de l'UE (TFUE art. 102)	Droit français (C. com., art. L. 420-2)
• Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables. • Limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs. • Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. • Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.	• Refus de vente • Ventes liées • Conditions de vente discriminatoires • Rupture de relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES

La jurisprudence a mis en place une théorie des facilités essentielles : lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché de référence dispose d'une ressource essentielle, elle commet un abus de position dominante si elle refuse, sans raison objective, d'en ouvrir l'accès à un concurrent pour l'exclure du marché ou faire obstacle à son entrée.

C'est par exemple le cas du refus d'accorder une licence d'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE, le 29 avril 2004), a précisé les conditions dans lesquelles le refus d'octroi de licence par une entreprise en position dominante constitue un abus contraire au droit européen de la concurrence. La Cour relève d'abord qu'il faut déterminer si le produit ou service en cause est indispensable à une entreprise pour l'exercice de son activité sur le marché concerné. Ensuite la Cour rappelle que le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de sorte qu'un refus de licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante. Enfin, elle pose que l'exercice du droit exclusif peut, dans des circonstances exceptionnelles donner lieu à un comportement abusif. Trois conditions doivent être remplies :

- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;
- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;
- le refus est de nature à réserver à l'entreprise titulaire du droit de propriété intellectuelle le marché concerné en excluant toute concurrence de celui-ci.

2.2 Les dérogations à l'interdiction

En droit de l'UE, l'abus de position dominante n'est susceptible d'aucune exemption. En revanche, en droit français les exemptions sont possibles. Les règles internes sont les mêmes que celles gouvernant les exemptions en matière d'entente (voir *supra*). Toutefois, en

pratique un abus de position dominante n'a jamais fait l'objet d'une exemption, sans doute parce qu'un abus n'est pas, par définition, justifiable.

3. La poursuite et les sanctions des pratiques anticoncurrentielles

3.1 Poursuite des pratiques anticoncurrentielles

Compétence. Au sein de l'Union européenne c'est la commission européenne qui est compétente. En France, c'est en principe l'Autorité de la concurrence. Le ministre de l'économie dispose toutefois – depuis l'ordonnance n° 2008-1161, du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence – d'une compétence pour traiter les « micro-pac », c'est-à-dire les pratiques qui affectent un marché dit de dimension locale, à condition qu'elles soient mises en place par des entreprises dont l'activité ne dépasse pas un seuil légal : le chiffre d'affaires, de chacune d'elles, réalisé en France lors du dernier exercice clos ne dépasse pas 50 millions d'euros et leurs chiffres d'affaires cumulés ne dépassent pas 100 millions d'euros. Pareille compétence ministérielle est limitée à un pouvoir d'injonction et de transaction (C. com., art. L. 464-9). Le droit réserve la possibilité à l'Autorité de la concurrence de se saisir de ces « micro-pac » : après avoir été informée, avant leur déclenchement, des investigations que le ministre de l'Économie souhaite voir diligenter, elle peut prendre la direction de l'enquête.

Articulation droit européen/droit français. Le système du guichet unique (voir *supra* Concentrations) ne concerne pas les pratiques anticoncurrentielles. La Commission européenne applique le droit de l'UE. Les autorités de concurrences nationales – l'Autorité de la concurrence en France – appliquent soit le droit national, soit le droit de l'UE, selon que la pratique concerne un seul État ou le marché européen. De sorte que si la pratique concerne plusieurs États, plusieurs procédures parallèles peuvent avoir lieu. Pour éviter la multiplication des procédures parallèles, la Commission a mis en place un système d'information et de coopération entre les différentes autorités de concurrence.

Par ailleurs, la Commission européenne comme l'Autorité de la concurrence ne peuvent plus être saisies aux fins de sanction de pratiques anticoncurrentielles au-delà d'un délai de cinq ans à compter des faits.

3.2 Sanctions en droit de l'UE

Sanctions pécuniaires. Chaque entreprise concernée peut se voir infliger une amende (qui n'est pas de nature pénale) d'un montant maximum de 10 % du chiffre d'affaires mondial réalisé au cours de l'exercice social précédant l'adoption de la décision. Le montant de l'amende est déterminé individuellement en tenant compte de la gravité de l'infraction et de la durée de celle-ci. Dans un second temps, l'amende est ajustée en fonction des circonstances aggravantes ou atténuantes.

Les entreprises concernées peuvent faire l'objet d'une **mesure de clémence**, c'est-à-dire d'une exonération totale ou partielle de la sanction en cas de dénonciation de l'entente illicite.

Par ailleurs, une entreprise impliquée dans une entente peut solliciter de la Commission le bénéfice de la procédure de transaction (ne concerne que les ententes). Le but est d'accélérer la procédure. Elle reconnaît alors sa participation à l'entente et sa responsabilité. L'intérêt

est de bénéficier d'une réduction de l'amende pouvant aller jusqu'à un maximum de 10 %.

La Commission publie certaines des décisions qu'elle rend, notamment celles infligeant la sanction pécuniaire.

Nullité. Le traité sur l'Union européenne dispose que l'entente illicite est nulle de plein droit. La solution est applicable aux abus de position dominante.

Responsabilité civile. La Cour de justice de l'Union européenne juge que toute personne ayant subi un préjudice du fait d'une infraction aux règles de concurrence doit pouvoir demander réparation devant les juridictions nationales.

3.3 Sanctions en droit français

Sanction pénale. Le droit français édicte une infraction pénale de participation frauduleuse, personnelle et déterminante à une entente illicite ou à un abus de position dominante. Elle est punie d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros (C. com., art. L. 420-6). Pareille condamnation est de la compétence d'une autorité judiciaire, et non de l'Autorité de la concurrence.

Injonction. L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières.

Sanctions pécuniaires. L'Autorité de la concurrence peut infliger une sanction pécuniaire (dont la nature n'est pas pénale) immédiatement ou en cas de non-respect des injonctions. La sanction pécuniaire doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise et tenir compte de la récidive. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise.

- si le contrevenant n'est pas une entreprise : maximum de 3 millions d'euros ;
- si le contrevenant est une entreprise :
 - procédure normale : maximum de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre,
 - procédure simplifiée : maximum 750 000 euros pour chaque auteur.

Les entreprises concernées peuvent faire l'objet d'une *mesure de clémence*, c'est-à-dire d'une exonération totale ou partielle de la sanction, sur décision de l'Autorité, si l'entreprise aide à la découverte des faits. Elle ne concerne que les ententes.

EXEMPLE

Le Conseil de la concurrence (désormais Autorité de la concurrence), dans une décision du 11 avril 2006, a fait application pour la première fois d'une mesure de clémence. Elle a exonéré de sanction pécuniaire une entreprise qui avait dénoncé l'existence d'une entente à laquelle elle avait participé dans le secteur des portes en bois en France.

Une autre mesure de clémence consiste à réduire de moitié la sanction pécuniaire lorsque l'entreprise ne conteste pas les griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier son comportement pour l'avenir.

Par ailleurs, comme le droit communautaire, le droit français prévoit une procédure de transaction. Mais la cour d'appel de Paris a jugé que le défaut de contestation des griefs ne constitue ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité.

Publication de la décision. L'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision.

Sanctions civiles. La nullité de la pratique anticoncurrentielle est prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire.

Les victimes de l'entente illicite ou de l'abus de position dominante ont la possibilité de demander des dommages-intérêts auprès des juridictions de l'ordre judiciaire, et non de l'Autorité de la concurrence.

EXEMPLE

C'est le cas des personnes s'estimant victime de l'entente sur les prix, déclarée illicite, entre les opérateurs français de téléphonie.

SECTION 3

LA CONCURRENCE DÉLOYALE

Présentation. La concurrence déloyale ne fait pas l'objet d'une répression par le droit de l'UE. La loi française ne comporte pas de disposition directement relative à la concurrence déloyale. C'est l'œuvre de la jurisprudence. À partir de la fin du XIX^e siècle, les tribunaux se sont appuyés sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, c'est-à-dire sur la responsabilité civile délictuelle, pour sanctionner ce qu'ils appellent les actes de concurrence déloyale. On comprendra alors qu'une action en concurrence déloyale, lorsqu'elle est recevable au fond, aboutit à l'allocation de dommages-intérêts au profit de la victime.

Seront envisagés dans la présente section les éléments constitutifs de la concurrence déloyale engageant la responsabilité civile de son auteur.

Prescription. En application de la réforme de la prescription civile, opérée par la loi du 17 juin 2008, l'action en concurrence déloyale doit être intentée avant un délai de cinq ans. Et, si les juges appliquent strictement ladite loi, ce délai courra à compter du jour où la victime a connu ou aurait dû connaître les faits déloyaux. Ils abandonneraient alors leur jurisprudence selon laquelle le délai de prescription court à compter du jour où les faits déloyaux ont pris fin.

1. Le domaine : une situation de concurrence ?

Jurisprudence incertaine. *A priori*, il semble de bon sens de faire de l'existence d'une situation de concurrence une condition de recevabilité de l'action en concurrence déloyale : la déloyauté de la concurrence ne se comprend qu'en situation de concurrence (sauf parasitisme, voir *infra*). La jurisprudence n'est pas très certaine sur le sujet. Il semble que la situation de concurrence conditionne la recevabilité d'une action en concurrence déloyale.

EXEMPLE

Une action en concurrence déloyale avait été intentée par une société éditant la revue hebdomadaire *L'argus de l'automobile et des locomotions* et exploitant un service télématique sous la dénomination « Argus », à l'encontre de la société News Morning, laquelle avait enregistré auprès de l'AFNIC le nom

de domaine « Argus.fr ». Le site exploité sous la dénomination Argus.fr ne concerne en rien l'automobile mais l'achat et la vente de matériel informatique. Pour écarter l'action en concurrence déloyale, les juges relèvent que la société News Morning n'est pas concurrente de la société éditrice et ne pouvait « donc pas se rendre responsable d'actes de concurrence déloyale à son encontre ».

La nuance est toutefois de mise. Dans une décision récente, la Cour de cassation semble exiger une situation de concurrence entre l'auteur et la victime, au moins indirecte, au moins potentielle à défaut d'être effective. En d'autres termes, cette exigence est entendue très largement, les hauts magistrats se contentant d'une concurrence indirecte et même non effective. Peut-être qu'elle sera totalement abandonnée. Il conviendrait alors de ne plus parler de concurrence déloyale mais de « compétition déloyale ». Et il ne faudrait plus distinguer la concurrence déloyale du parasitisme.

2. Les comportements concurrentiels déloyaux (la faute)

Place de l'intention. Le terme *déloyal* pourrait laisser penser que la faute, génératrice de responsabilité civile, doit être intentionnelle. Il n'en est rien.

La doctrine distingue traditionnellement quatre types de comportement déloyal constitutif d'une faute.

2.1 Le dénigrement

Définition. Le dénigrement désigne le comportement consistant à noircir, rabaisser ou discréditer, soit la réputation ou la renommée d'un concurrent désigné ou identifiable, soit un produit concurrent ou un service ou une marque, identifié ou identifiable. L'objectif est de détourner la clientèle.

Dénigrement et information non objective. Il ne fait pas de doute que le dénigrement est constitué lorsqu'il repose sur la diffusion d'une information dont le contenu n'est pas objectif, c'est-à-dire quand il a pour objet de fausser l'opinion de la clientèle.

EXEMPLE

Constitue un dénigrement fautif le fait d'affirmer à la clientèle qu'un concurrent, ou ses produits, n'est pas sérieux, est en état de cessation des paiements, fait l'objet d'un procès en contrefaçon, etc.

Dénigrement et information objective mais inexacte. Le dénigrement est également constitué lorsque l'information est objective mais inexacte.

EXEMPLE

Constitue un dénigrement fautif le fait de prétendre, faussement, dans sa communication publicitaire que son produit est le seul à être conforme à une réglementation.

Dénigrement et information objective exacte. La question est plus délicate lorsqu'un concurrent diffuse une information exacte. On sait que la publicité comparative est admise, depuis la loi du 18 janvier 1992, à condition, notamment, que la comparaison soit objective (C. consom., art. L. 121-8). Pourtant pareille publicité contient toujours, certes implicitement, un élément de critique.

En dehors de la publicité comparative, l'exactitude de l'information diffusée par un concurrent peut être source de dénigrement.

EXEMPLE

Un laboratoire pharmaceutique distribue à des pharmacies un article de presse critiquant un produit concurrent. La critique n'est pas contestée par l'entreprise concurrente ; pourtant si elle agit en concurrence déloyale, elle obtiendra gain de cause dès lors qu'elle démontre que la pratique en cause jette le discrédit sur elle.

Désignation du concurrent. Le dénigrement n'est constitutif de concurrence déloyale que si le concurrent est désigné directement ou indirectement. Toutefois, le dénigrement peut être collectif, notamment lorsqu'il vise l'ensemble d'une profession. En ce cas, il n'y a concurrence déloyale que si les concurrents visés sont identifiables par la clientèle.

Absence de situation de concurrence. En l'absence de situation de concurrence entre l'auteur et la victime, l'action de celle-ci contre celui-là ne saurait être fondée sur la concurrence déloyale. La faute, si elle est démontrée, relèvera alors d'une autre action.

EXEMPLE

Dans une revue spécialisée dans les vins figure un article très sévère sur un vin commercialisé. Aucune situation de concurrence n'existe entre l'éditeur et le producteur. Si ce dernier entend voir condamné l'éditeur, il ne serait pas recevable à agir en concurrence déloyale. En revanche, il peut essayer la diffamation, mais pareille action n'aboutira pas si les critiques ne visent que le produit et non son producteur, sauf si ce dernier est identifiable au travers du vin produit et dénigré.

2.2 L'imitation

Présentation. À l'inverse du dénigrement, l'imitation ne consiste pas à se distinguer d'un concurrent mais, au contraire, à s'identifier à celui-ci. Le but est en revanche commun : détourner la clientèle.

Concurrence déloyale et contrefaçon. Lorsqu'un signe distinctif (une marque par exemple) ou un produit est protégé par un droit de propriété intellectuelle, l'imitation est qualifiée de contrefaçon. Les tribunaux jugent que le titulaire du droit privatif ne peut cumuler l'action en contrefaçon et celle en concurrence déloyale afin de voir sanctionné un même fait, car pareil cumul conduirait à sanctionner doublement ledit fait. En revanche, le cumul est possible lorsque l'action en concurrence déloyale est fondée sur des faits distincts de ceux qui font l'objet de l'action en contrefaçon, c'est-à-dire des faits qui ne sont pas appréhendables par l'action en contrefaçon.

Lorsque le produit en cause ne fait l'objet d'aucun droit privatif et qu'il est imité, la Cour de cassation admet que le fabricant puisse agir en concurrence déloyale contre l'imitateur.

Confusion dans l'esprit de la clientèle. Mais en principe, l'imitation est libre, ce qui ressort du principe de la liberté du commerce. L'imitation est sanctionnée sur le terrain de la concurrence déloyale lorsqu'elle produit ou risque de produire une confusion dans l'esprit de la clientèle, laquelle serait alors détournée. Le risque de confusion est fort lorsque les entreprises concernées sont en concurrence. Il peut exister du fait d'une imitation servile, mais aussi d'une copie non identique. Dans ce dernier cas, le risque de confusion pourra résulter d'une appréciation d'ensemble.

EXEMPLE

La société Fiso a commercialisé des vêtements réalisés dans un tissu à motifs floraux de pavots, utilisant des couleurs rouge et blanc ou noir et blanc, le pistil des fleurs représentées comportant des étamines reproduisant cette alternance de couleurs. Elle a poursuivi les sociétés Indetex Industria de diseno textil

et Zara France en concurrence déloyale, pour avoir commandé un tissu quasi-identique et l'avoir mis en œuvre pour fabriquer et vendre des vêtements. Pour caractériser la création fautive d'un risque de confusion, la cour a établi la connaissance par les deux sociétés assignées de l'usage par leur concurrent du tissu en cause (Cass. com., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-11.805).

Imitation de signes distinctifs. L'imitation fautive porte souvent sur des produits, mais elle peut porter aussi sur des signes distinctifs ne faisant pas l'objet d'un droit privatif, tel un nom commercial, une dénomination sociale, un nom de domaine (internet), une enseigne. L'imitation de ces signes est fautive lorsqu'elle produit un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle. Aussi, leur protection est-elle locale, sauf si l'enseigne ou le nom bénéficie d'une notoriété nationale. Les tribunaux ont pu parfois faire application du **principe de spécialité**, emprunté au droit de la propriété industrielle, selon lequel un signe n'est protégeable que dans son domaine de spécialité. L'intérêt pratique est toutefois limité puisque la solution d'un litige opposant un nom commercial à un autre nom commercial, par exemple, repose sur l'appréciation du risque de confusion. Or, pareille appréciation est globale ; elle tient compte notamment du degré de similitude entre les produits et services concernés.

2.3 Le parasitisme

Domaine. La concurrence déloyale n'est sanctionnée, en principe, que si elle se produit entre concurrents. Mais il est apparu, d'abord à une partie de la doctrine, ensuite à la jurisprudence, que la loyauté imposait la condamnation d'un opérateur économique qui procède à une usurpation ou à une imitation afin de réaliser une économie, de manière injustifiée, alors même qu'il ne se trouve pas en situation de concurrence avec l'usurpé ou l'imité. On parle alors d'agissement parasitaire ou de **parasitisme**.

Cette théorie est devenue quelque peu confuse depuis que les tribunaux l'ont étendue à des situations concurrentielles, parlant alors de concurrence parasitaire.

Parasitisme par usurpation de la notoriété. Les tribunaux protègent le titulaire d'un signe notoire contre son imitation alors même qu'il n'existe pas de rapport de concurrence entre l'imitateur et l'imité. C'est en effet au sujet des signes distinctifs notoires que s'est élaborée la théorie du parasitisme. L'usurpation de la notoriété est fautive parce qu'elle crée un risque de confusion sur l'origine des produits ou service concernés. Le préjudice ne résulte pas d'un détournement de clientèle, en l'absence de concurrence, mais d'une dévalorisation du signe par sa banalisation.

Depuis, le législateur est intervenu notamment pour protéger les marques jouissant d'une renommée, mais sans qu'un risque de confusion sur l'origine des produits ou service ne soit nécessaire. On sait que le principe de spécialité limite l'action en contrefaçon de marques à des produits ou services identiques ou similaires. Toutefois, le Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'emploi d'une marque renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur.

Parasitisme par usurpation des investissements d'autrui. Sous l'influence de la doctrine, les tribunaux ont étendu la théorie des agissements parasitaires au-delà de l'usurpation ou l'imitation de la notoriété. Certaines décisions sanctionnent le seul comportement consistant à réaliser des économies de manière injustifiée, en l'absence même de notoriété du bien imité, dès lors que ce bien a une valeur économique fruit d'investissements. Mais cette jurisprudence manque de clarté et de précision.

Concurrence parasitaire. Inutilement, la jurisprudence a étendu la théorie du parasitisme par usurpation de la notoriété d'autrui à des situations où les entreprises concernées sont en situation de concurrence. « Inutilement », parce qu'en pareille hypothèse, les règles prétoriennes relatives à la concurrence déloyale suffisent à sanctionner le comportement. Cette jurisprudence parle alors de concurrence parasitaire.

EXEMPLE

La cour d'appel de Toulouse a jugé que le fait de commercialiser sous la marque « 31 » des produits identiques à ceux commercialisés par un concurrent sous la marque « 64 » est constitutif d'acte de concurrence déloyale et de parasitisme. Elle estime que si les dessins imités sont d'une extrême banalité et sont différents des motifs utilisés sous la marque « 31 », leur reproduction sur des articles identiques à ceux commercialisés par le concurrent témoigne d'une volonté évidente de profiter de la démarche commerciale de celui-ci, dont l'originalité consiste à associer un signe désignant un département et divers dessins. En toute hypothèse, ajoute-t-elle, le parasitisme ne suppose pas une imitation à l'identique mais consiste à se placer dans le sillage d'une entreprise concurrente pour tirer parti de ses efforts, de telle sorte que les différences, incontestables, qui existent entre les dessins utilisés par chacune des parties ne diminuent en rien la gravité de ces agissements déloyaux (CA Toulouse, 22 mars 2005).

2.4 La désorganisation

La désorganisation est une catégorie doctrinale adoptée par facilité afin d'y ranger tout ce qui n'est pas dénigrement, imitation ou parasitisme.

Le débauchage. L'une des hypothèses principale de désorganisation est le débauchage. Il constitue un acte de concurrence déloyale s'il a pour objet de désorganiser l'entreprise dont un ou plusieurs salariés sont débauchés.

Il ressort de la jurisprudence que la concomitance des départs, même massifs, ne fait pas présumer la faute. La solution doit être approuvée, dès lors que les départs peuvent avoir des causes éloignées de la volonté de désorganisation : mauvaise ambiance, attirance par de meilleures rémunérations... Preuve doit donc être rapportée d'une volonté de désorganiser le concurrent : les tribunaux se basent souvent sur un faisceau d'indices, tels qu'une rémunération proposée plus importante que celle résultant des usages constatés dans le même secteur d'activité, une embauche à un poste moins qualifié pour une rémunération identique, le débauchage massif de salariés d'un service stratégique.

3. Le préjudice et le lien de causalité

De la théorie de la responsabilité pour faute (C. civ., art. 1382 et 1383), sur laquelle repose la répression de la concurrence déloyale, il ressort qu'un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le préjudice doivent être démontrés par la victime.

Présomption. Le plus souvent le préjudice est commercial et se traduit par une baisse du chiffre d'affaires. Mais il peut être aussi moral, notamment lorsque les entreprises concernées ne sont pas en situation de concurrence de sorte qu'aucune clientèle n'a été détournée.

Surtout, les tribunaux se suffisent d'un trouble commercial, jugeant qu'un « préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale ». Le préjudice et le lien de causalité sont donc présumés. Le défendeur doit alors s'attacher à démontrer que son comportement n'a pas généré le dommage invoqué, par exemple en prouvant que la baisse du chiffre d'affaires est due aux difficultés économiques éprouvées par l'entreprise.

SECTION 4

LA TRANSPARENCE ET LES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

Présentation. Le Code de commerce comporte des dispositions propres à favoriser ou imposer la transparence des relations commerciales qui s'établissent entre producteurs, fournisseurs, distributeurs ou prestataires de services.

Au-delà de cette exigence de transparence, le législateur prohibe certains comportements dans lesdites relations commerciales qu'il définit comme des pratiques restrictives de concurrence. Certaines de ces pratiques seront envisagées.

Réglementation des prix. Auparavant, parce que certaines pratiques sont liées à la fixation du prix, il convient d'exposer l'essentiel de la réglementation des prix.

Depuis l'ordonnance Balladur du 1^{er} décembre 1986, il est de principe que les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le libre jeu de la concurrence (C. com., art. L. 410-2). Ce principe est jalonné d'exceptions :

- la loi autorise le pouvoir réglementaire, par décret en Conseil d'État, à réglementer les prix concernant les secteurs ou zones où la concurrence est absente ou insuffisante en raison, par exemple, d'une situation de monopole. Il en est ainsi du prix des livres, de l'électricité, du transport par taxi, des péages autoroutiers, etc. ;
- le gouvernement est également habilité à intervenir sur les prix, par décret en Conseil d'État, lorsque des circonstances conjoncturelles le justifient. Il s'agit de lutter, par des mesures temporaires (six mois maximum), contre des hausses ou des baisses excessives des prix.

Enfin, des règles existent quant à l'information sur les prix, notamment celles relatives à la facturation (voir *infra*).

1. Transparence des relations contractuelles

1.1 Transparence de l'offre

Communication des conditions générales de vente. La transparence voulue par le législateur se manifeste d'abord lors de l'entrée en relation. Tout producteur, prestataires de services, grossiste ou importateur se voit imposer l'initiative de cette entrée en relation. La loi les oblige en effet à communiquer leurs conditions générales de vente à tout acheteur ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle (C. com., art. L. 441-6). Pour simplifier, et pour se rapprocher de la réalité pratique puisque les textes relatifs à la transparence sont la conséquence des pratiques commerciales dans la grande distribution, on parlera de fournisseur et distributeur.

Sanction. Le fournisseur qui ne respecte pas son obligation de communiquer ses conditions générales exerce une pratique restrictive de concurrence et, en conséquence, engage sa responsabilité civile (C. com., art. L. 442-6, 9^o), mais faut-il encore que le distributeur démontre un préjudice. Un juge pourrait ordonner la communication au demandeur, si la demande est fondée.

Contenu des conditions générales. La loi mentionne les éléments qui doivent être transmis par le fournisseur au distributeur qui en fait la demande. Celles-ci comprennent les

conditions de vente, le barème des prix unitaires, les réductions de prix, les conditions de règlement (C. com., art. L. 441-6).

La loi ne précise pas le contenu exact des conditions générales de vente. On peut penser qu'elles doivent contenir des clauses qui n'intéressent que directement la vente elle-même sans concerner ni les services spécifiques rendus dans le cadre de l'opération d'achat-vente, ni, *a fortiori*, l'opération de revente par le distributeur.

Conditions générales de vente	Description
Les conditions de vente	Il s'agit par exemple des modalités de transfert de la propriété et des risques, de livraison, des clauses de responsabilité, etc.
Le barème des prix unitaires	Le barème informe des tarifs unitaires des produits ou services. La loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 a ajouté que, lorsque l'objet principal de la convention porte sur une prestation de services et que le prix de celle-ci ne peut être déterminé avant la conclusion du contrat ou être indiqué avec exactitude, l'obligation de communication des conditions générales porte alors sur « la méthode de calcul du prix permettant de vérifier ce dernier, ou un devis suffisamment détaillé ».
Les réductions de prix	Elles peuvent être immédiates ou différées, ou encore fonction des quantités commandées.
Les conditions de règlement	Par exemple, les délais de paiement.

Conditions particulières. L'obligation de communication ne concerne que les conditions générales, pas les conditions particulières (C. com., art. L. 441-6).

À défaut de précisions législatives, sans doute doit-on comprendre que les conditions particulières comportent les éléments se rapportant à l'opération d'achat-vente mais autres que ceux dont la loi impose la stipulation dans les conditions générales. On peut penser notamment aux services spécifiques rendus dans le cadre de l'opération d'achat-vente.

1.2 Transparence des négociations

a) Socle des négociations

Négociabilité des conditions générales. Les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale. Auparavant, pareille disposition avait une portée limitée puisque les conditions générales n'étaient pas négociables. La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a supprimé l'interdiction des pratiques discriminatoires (voir *infra*), de sorte que désormais les conditions générales de vente sont négociables.

b) Formalisation des négociations

Le résultat de l'ensemble des négociations entre fournisseur et distributeur doit être formalisé par ceux-ci dans une convention écrite. Cet ensemble est défini par la loi (C. com., art. L. 441-7, I) et présenté ci-dessous.

Opération d'achat-vente. La convention doit comporter les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services. Il s'agit ici des clauses ne concernant que l'opération d'achat-vente et résultant de la négociation des conditions générales de vente.

Elles précisent donc les conditions de vente, le prix des produits ou services, les réductions de prix consenties ou obtenues et les conditions de règlement.

Services de commercialisation des produits ou services. Doivent ensuite figurer dans la convention écrite les conditions dans lesquelles le distributeur (directement ou par l'intermédiaire d'un prestataire de services) s'oblige à rendre au fournisseur tout service propre à favoriser la commercialisation de ses produits ou services. Ces conditions n'intéressent ni l'opération d'achat-vente, ni les services spécifiques rendus dans le cadre de l'opération d'achat-vente. Elles intéressent, l'opération de revente par le distributeur aux consommateurs ou à des professionnels. Avant la loi du 3 janvier 2008, l'expression **coopération commerciale** (issue de la pratique) était utilisée par le législateur afin de désigner ces services destinés à favoriser la commercialisation. Ceux-ci permettent au distributeur de dégager ce que la pratique nomme des **marges arrière**.

EXEMPLES

Voici quelques exemples de services qui ne sont pas directement liés à l'opération d'achat-vente : attribution d'un emplacement privilégié dans un point de vente ou dans un rayonnage (tête de gondole par exemple) ; animation ou démonstration se rapportant au produit ; intégration avantageuse dans un catalogue ; prospectus ; annonces et autres publicités.

Autres obligations. Enfin, la convention écrite comprend les obligations dont la vocation est de favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur. La loi ne donne pas davantage de précision, de sorte qu'il est difficile de savoir ce que recouvre cette catégorie. Sans doute s'agit-il des services autres que ceux liés directement à l'opération d'achat-vente (et définis dans les conditions de vente ; par exemple le transport, l'entreposage) et que ceux liés à l'opération de revente.

EXEMPLES

La fourniture de statistiques (collaboration marketing ou data sharing) ; service de géomarketing.

Modalités de la formalisation. La convention écrite, qui porte sur le résultat de l'ensemble des négociations, prend la forme soit d'un document unique, soit d'un contrat-cadre annuel et des contrats d'application (C. com., art. L. 441-7, I, al. 1^{er}). La formalisation doit avoir lieu dans les deux premiers mois de l'année civile.

Sanction pénale. Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais édictés la convention écrite, dans les termes prévus par la loi, est sanctionné pénalement. Le fournisseur et le distributeur s'exposent à une amende de 75 000 euros, portée à 375 000 euros pour les personnes morales.

2. Transparence de la facturation

Article L. 441-3, al. 1^{er}, du Code de commerce. Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.

Obligation de facturation. Chaque opération de vente ou de prestation de service doit faire l'objet d'une facturation par le fournisseur. Cette obligation légale s'impose au professionnel à l'égard d'un autre professionnel. Le consommateur ne saurait s'en prévaloir.

La facture est délivrée au moment de la livraison ou du retraitement pour la vente, au moment de l'exécution pour la prestation de services. Elle doit être établie en double exemplaire, l'un conservé par le vendeur, l'autre par l'acheteur (C. com., art. L. 441-3).

Contenu. La facture doit contenir des informations sur les parties, l'objet du contrat, le prix et les conditions de règlement (notamment les délais de paiement). La référence au contrat fondant ces informations n'est pas nécessaire ; elle n'est pas suffisante non plus.

Mention du prix. Le prix mentionné dans la facture doit être le prix unitaire hors TVA, minoré des réductions de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liées à cette opération, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture (C. com., art. L. 441-3, al. 3).

La formalisation, imposée par la loi, est importante parce qu'elle contribue à la définition du seuil de revente à perte (voir *infra*).

EXEMPLES

Ainsi, une réduction conditionnelle, par exemple conditionnée à la revente d'un certain nombre de produits, ne peut pas figurer sur la facture.

Il en est de même de la réduction indirecte qui résulterait de la rémunération de services rendus par le distributeur afin de favoriser la commercialisation des produits ou services du fournisseur. En d'autres termes, les marges arrière (voir *supra*) ne figurent pas sur la facture.

Sanction. Le manquement à l'obligation de facturation est une infraction pénale punie d'une amende de 75 000 euros, portée à 375 000 euros pour les personnes morales. L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée (C. com., art. L. 441-4).

3. Le cadre des négociations

Suppression de l'interdiction des pratiques discriminatoires. Auparavant, les conditions générales de vente n'étaient pas négociables. En effet, la loi imposait un traitement égalitaire des distributeurs. Au titre des pratiques restrictives de concurrence, elle prohibait les pratiques discriminatoires, c'est-à-dire le comportement consistant à octroyer ou obtenir des avantages par rapport aux distributeurs concurrents. Ces avantages pouvaient concerner des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat. Depuis longtemps, de grands distributeurs avaient sollicité du législateur une réforme, avançant que la négociation des conditions générales de vente accroîtrait la concurrence et, au final, contribuerait à la baisse de prix à la consommation, donc à l'augmentation du pouvoir d'achat des ménages. Certes, la redéfinition légale du seuil de revente à perte allait dans ce sens (voir *infra*), mais elle n'a pas produit tout l'effet escompté, c'est-à-dire une baisse sensible des prix proposés aux consommateurs.

Alors, la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a supprimé l'interdiction des pratiques discriminatoires, du moins au titre des pratiques restrictives de concurrence. Désormais, il est donc possible d'affirmer que les conditions générales de vente sont négociables.

REMARQUE

Une pratique discriminatoire reste toutefois susceptible d'être sanctionnée si son auteur (fournisseur ou distributeur) est en position dominante. Il s'agirait alors d'un abus de position dominante.

Limites à la négociabilité des conditions générales de vente. Toutefois, si les négociations entre fournisseur et distributeur des négociations générales de vente sont désormais possibles, le législateur condamne certaines pratiques, considérées comme restrictives de concurrence. Engage sa responsabilité civile tout fournisseur ou distributeur qui :

- obtient ou tente « d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu » ;
- soumet ou tente de soumettre son partenaire aux négociations à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;
- soumet ou tente de soumettre son partenaire aux négociations, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant notamment les prix.

Par ailleurs, le Code de commerce sanctionne par la nullité certaines stipulations, notamment la clause du client le plus favorisé, c'est-à-dire celle qui permet au distributeur de bénéficier automatiquement de conditions plus favorables que celles consenties à des concurrents par le fournisseur (C. com., art. L. 442-6, II, d).

4. La revente à perte

Article L. 442-2, alinéa 2, du Code de commerce. Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Seuil de revente à perte. L'article L. 442-2 du Code de commerce interdit la **revente à perte**, c'est-à-dire le fait pour tout commerçant de revendre un produit en l'état (ou d'annoncer sa revente) à « un prix inférieur à son prix d'achat effectif ». On parle de **seuil de revente à perte** (SRP).

Le texte ne s'applique qu'au commerçant lors de la revente d'un produit qu'il a préalablement acquis. En revanche, peu importe la qualité de l'acquéreur du produit revendu, professionnel ou consommateur. Ensuite, seuls sont concernés les produits revendus en l'état, c'est-à-dire à l'exclusion des produits transformés. Enfin, les services n'entrent pas dans le champ d'application du texte.

Prix d'achat effectif. Une loi du 2 août 2005 avait redéfini la notion de prix d'achat effectif afin d'y intégrer partiellement les marges arrière réalisées par les distributeurs et, plus généralement, les avantages financiers autres que les réductions acquises et directement liées à l'opération. La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs a modifié l'article L. 442-2 précité. Désormais, ces autres avantages financiers (dont les marges arrière) sont totalement pris en compte dans le calcul du SRP. C'est dire qu'ils peuvent être entièrement déduits du prix d'achat. Par ailleurs, la loi nouvelle positionne la majoration au titre de la TVA et des taxes diverses après la minoration au titre de l'ensemble des avantages financiers.

Sanction pénale. La revente à perte est pénalement sanctionnée par une amende de 75 000 euros.

Exceptions. Toutefois, la loi prévoit des hypothèses où la revente à perte est admise (C. com., art. L. 442-4). Elles sont présentées dans le tableau ci-après.

Ventes de liquidation	« Ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale ».
Produits saisonniers	« Produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ».
Produits démodés ou techniquement dépassés	« Produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ».
Produits périssables	« Produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide ». Faut-il encore que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'aucune publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente.
Soldes	« Produits soldés mentionnés à l'article L. 310-3 <i>[du Code de commerce]</i> ».
Exception de baisse des cours	« Produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse ». L'exception permet au revendeur de s'aligner sur le prix pratiqué par ses concurrents qui, postérieurement, ont acquis des produits identiques à un cours inférieur. Mais la loi ajoute que le prix effectif d'achat est alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat.
Exception d'alignement sur la concurrence	Les produits « dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ». En d'autres termes, le revendeur est autorisé à revendre à perte lorsqu'il s'agit d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents. Mais cette exception ne peut être invoquée que pour la revente de produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 m ² et de produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 m ² .

5. Les prix imposés

Article L. 442-5 du Code de commerce. Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

Interdiction. Le droit européen et le droit français interdisent la pratique consistant pour le fournisseur d'imposer au distributeur un prix de revente, de même qu'un prix minimum. Ils autorisent en revanche les pratiques consistant à conseiller un prix minimum ou à imposer un prix maximum. Le seul fait d'imposer un prix ou une marge minimum suffit à constituer l'infraction, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que le revendeur s'y est plié. Par ailleurs, la pratique est répréhensible que l'imposition soit directe ou indirecte.

EXEMPLE

- La pratique de prix minimum est établie lorsque le fabricant conditionne la quasi-totalité des ristournes consenties aux revendeurs – y compris la prime de coopération –, se donnant de la sorte les moyens de prévenir, de la part de ses distributeurs, toute revente en dessous du prix facturé, ainsi indirectement imposé comme prix minimum.
- Les prix présentés par un fabricant de parfums comme conseillés aux distributeurs, membres d'un réseau de distribution sélective, constitue en réalité des prix minimums ou minima imposés en raison de menaces de rétorsions commerciales proférées par le fabricant.

Sanction. La pratique de prix ou marge minimum imposé est une infraction pénale punie d'une amende de 15 000 euros.

Exception. Le **prix du livre** est une dérogation à l'interdiction des prix minima imposés. La loi Lang du 10 août 1981 oblige l'éditeur ou l'importateur à fixer un prix de vente au public, et les revendeurs doivent pratiquer un prix effectif de vente au public compris entre 95 % et 100 % du prix fixé par l'éditeur ou l'importateur.

FICHE 2

ABUS DE POSITION DOMINANTE ET THÉORIE DES PRIX PRÉDATEURS

Élimination de la concurrence. C'est de la jurisprudence européenne qu'est issue la théorie des prix prédateurs. La stratégie des prix prédateurs consiste à pratiquer des prix très bas dans le but d'éliminer un concurrent ou empêcher l'entrée sur le marché d'éventuels concurrents. Certes des pertes seront alors subies, mais l'élimination de la concurrence ou la confortation d'une position sur le marché permettra de récupérer lesdites pertes. Cette stratégie a des chances d'être efficace en raison de l'asymétrie d'information : les concurrents pensent, mais se trompent, que les prix très bas pratiqués sont le reflet de coûts de production encore plus bas, de sorte qu'il est inutile de lutter. En outre l'efficacité suppose sans doute une position dominante.

Jurisprudence de l'UE. Dans une décision importante, le juge de l'UE a posé deux règles.

Il estime d'abord que la pratique de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables – c'est-à-dire des coûts liés à la quantité produite – fait présumer la volonté d'élimination de la concurrence.

En revanche, cette présomption n'a plus lieu d'être lorsque les prix pratiqués sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux (comprenant les coûts fixes, lesquels sont indépendants de la quantité produite) mais supérieurs aux coûts variables. C'est la deuxième règle. Dans ce dernier cas, le plaignant devra démontrer la volonté d'élimination (CJCE, 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV c/ Commission).

Le juge européen ne fait cependant pas de la capacité de l'entreprise à récupérer les pertes nées des prix pratiqués un critère d'application de la théorie des prix prédateurs.

Autorité de la concurrence. En France, le Conseil de la concurrence (aujourd'hui, Autorité de la concurrence) a eu l'occasion de s'approprier cette théorie des prix prédateurs : « le Conseil rappelle que la prédation est une pratique tarifaire consistant, pour un opérateur dominant, à vendre en dessous de ses coûts de production dans le but d'éliminer, d'affaiblir ou de discipliner ses concurrents sous réserve de la possibilité de récupérer à terme et sous quelque forme que ce soit les pertes accumulées délibérément. Le constat d'une telle pratique doit donc se faire au travers d'une série d'éléments comme l'analyse des marges (il y a prédation si l'entreprise vend en dessous de ses coûts de production), la possibilité d'éviction (la prédation n'a de sens que si elle permet l'élimination ou l'affaiblissement de certains concurrents), les potentialités de récupération des pertes (la présence de barrières à l'entrée garantit la possibilité de récupération des pertes et l'élimination durable des concurrents), l'effet structurant de la baisse tarifaire sur le marché, ou la présence ou non de marques » (Cons. conc., 11 mai 2004, Sté AOL et a.,

n° 04-D-17). Mais c'est dans une décision du 14 mars 2007 qu'il a sanctionné pour la première fois une entreprise pour pratique de prix prédateurs.

Attention : il ne faut pas confondre la pratique des prix prédateurs, sanctionnée au titre de l'abus de position dominante, ce qui suppose la preuve d'une position dominante, avec la pratique des prix abusivement bas interdite par la loi française. Celle-ci, prohibée par l'article L. 420-5 du Code de commerce, ne suppose pas, dans les termes de la loi, la preuve d'une position dominante. Elle ne concerne par ailleurs que les pratiques de prix de vente aux consommateurs.

8. VRAI/FAUX

Concentrations, pratiques anticoncurrentielles, concurrence déloyale, pratiques restrictives de concurrence

9. ÉTUDE DE CAS

Revente à perte

N° 8 : VRAI/FAUX

Concentrations, pratiques anticoncurrentielles, concurrence déloyale, pratiques restrictives de concurrence

Affirmations	Vrai	Faux
1) Les opérations de concentration sont contrôlées une fois réalisées.		
2) Le contrôle des concentrations ne concerne pas le secteur bancaire.		
3) La fusion par absorption d'une filiale détenue à 100 % n'est pas visée par le contrôle des concentrations.		
4) Les seuils européens de contrôle des concentrations sont cumulatifs.		
5) Du système du guichet unique, il résulte que les autorités nationales de concurrence ne sont compétentes que si l'opération de concentration n'est pas de dimension européenne.		
6) Lorsque la concentration n'est pas de dimension européenne, la Commission européenne n'est jamais compétente.		
7) En droit français, l'octroi ou le refus d'autorisation d'une opération de concentration relève de la compétence de l'Autorité de la concurrence.		
8) La preuve de la participation d'une entreprise à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel permet de caractériser une action concertée constitutive d'entente dès lors que cette entreprise avait connaissance de cet objet et même si ensuite elle n'a pas mis en œuvre les mesures convenues.		
9) Si l'objet d'une entente n'est pas anticoncurrentiel, alors cette entente n'est pas illicite, même si la mise en œuvre de l'accord ou de la pratique a eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence.		
10) En droit de l'UE, l'exemption individuelle d'une entente s'effectue avant la réalisation de celle-ci.		
11) Le droit de l'UE ne prévoit aucune exemption des abus de position dominante.		





Affirmations	Vrai	Faux
12) Le système du guichet unique s'applique aux pratiques anticoncurrentielles.		
13) En droit français, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles relève du ministre de l'Économie.		
14) Les dispositions légales relatives à la concurrence déloyale figurent dans le Code de commerce.		
15) Un acte de concurrence déloyale n'est sanctionné que s'il a été intentionnellement commis.		
16) L'imitation d'un produit concurrent est par principe interdite.		
17) Il est de principe que les prix des biens et services sont librement déterminés par le libre jeu de la concurrence.		
18) Les pratiques discriminatoires commises en l'absence de position dominante ne sont pas sanctionnées.		
19) Le prix mentionné dans la facture (lorsque celle-ci est imposée par le Code de commerce) doit être le prix unitaire TVA comprise, minoré des réductions de prix acquises ou conditionnelles à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liées à cette opération, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.		
20) La pratique des prix minimum conseillés est admise.		

N° 9 : ÉTUDE DE CAS

Revente à perte

La société Touléjeux est un distributeur d'articles de jeux. Récemment, elle s'est fournie en consoles de jeux électroniques (200 articles). Le tarif figurant dans les conditions générales de vente du fournisseur est de 130 euros hors taxes l'unité. Ces conditions prévoient aussi une réduction du prix en cas de commande supérieure à un certain nombre d'articles. De la sorte, la société Touléjeux a pu bénéficier d'une remise de 10 euros par article. Le prix TTC du transport des produits fut de 496 euros. Par ailleurs, en contrepartie d'une publicité affichée à l'intérieur de ses magasins, ainsi que le positionnement en bonne place des consoles, le fournisseur a versé une somme de 6 000 euros hors taxe.

QUESTIONS

1. Dans l'exercice de son activité commerciale, la société Touléjeux est-elle soumise au seuil de revente à perte ?
2. Dans l'affirmative, quel est le seuil de revente à perte ?

La responsabilité pénale de l'entreprise et ses acteurs

SECTION 1	Les éléments généraux de droit pénal
SECTION 2	Les infractions pénales spécifiques
FICHE • APPLICATIONS	

L'intervention pénale au sein des affaires est mal ressentie par ceux qu'elle vise. La matière manque de stabilité et mêle sans complexe les incriminations couvrant des agissements graves et celles, purement techniques, qui cherchent à réduire les risques d'infraction en amont. Mais le monde de l'entreprise ne peut s'affranchir de connaître les règles de conduite imposées par le droit pénal, car lui ne l'ignorera pas en cas de faux pas.

SECTION 1

LES ÉLÉMENTS GÉNÉRAUX DE DROIT PÉNAL

1. Quelques notions de droit pénal général

1.1 L'infraction

Définition. L'infraction est le comportement (acte ou omission) prohibé par la loi sous la menace d'une peine.

a) Éléments constitutifs de l'infraction

Élément légal. « Pas de crime, pas de peine sans texte. » Ce principe, dit **principe légaliste**, signifie que l'on ne peut être jugé et puni que si un texte le prévoit. Un autre principe s'associe à lui : la **non-rétroactivité de la loi pénale** (plus sévère).

Principe

La loi applicable est celle en vigueur au jour de commission de l'infraction.

Exception : si une loi nouvelle plus clémentaire (incrimination abrogée, peine allégée...) entre en vigueur alors qu'une affaire est encore en cours de jugement, elle lui est immédiatement applicable.

Élément matériel. Il est le comportement visé par la loi. Comment se réalise l'infraction ?

- Classiquement, le droit pénal s'intéresse à des actes positifs. La loi pénale interdit de faire. Elle prévoit alors des **infractions « de commission »** (exemple : la distribution de dividendes fictifs).
- Lorsqu'elle intervient dans un but de direction, afin d'établir un certain ordre, elle peut incriminer une simple abstention en édictant des **infractions « par omission »**. Là, quelqu'un doit faire, mais s'en étant dispensé, il peut être puni. Le droit pénal des affaires y recourt souvent (exemple : la non-révélation, par le **commissaire aux comptes**, de faits délictueux).

Si l'auteur ne va pas jusqu'à la consommation de l'infraction (réalisation de tous les éléments constitutifs), il peut se rendre coupable d'une **tentative d'infraction**, punissable à deux conditions :

- un **commencement d'exécution** (acte tendant immédiatement et directement à la consommation du délit) ;
- une **interruption involontaire** de l'action par le délinquant (exemple : arrivée de la police). La renonciation volontaire entraîne l'impunité ; s'il va au bout, il s'agit d'une infraction consommée.

REMARQUES

- La tentative est toujours punissable lorsqu'il s'agit d'un crime, uniquement lorsque la loi le prévoit pour les délits, jamais pour les contraventions.
- La peine encourue est la même que celle prévue pour l'infraction consommée.

Élément moral ou psychologique de l'infraction. Il n'y a pas d'infraction sans faute. La consistance de cette dernière varie selon les incriminations. L'article 121-3 du Code pénal prévoit un principe et plusieurs exceptions.

	DOMAINE	CONSISTANCE
Faute intentionnelle	Crimes et délits = le principe	• Dol général = <i>conscience</i> + <i>volonté</i> infractionnelle • Dol spécial (pour certaines infractions ; s'ajoute au dol général) = intention dirigée vers un <i>but</i> (exemple : l'auteur d'un abus de biens sociaux doit avoir agi consciemment et à des <i>fins personnelles</i>). <i>Remarque</i> : indifférence des mobiles (exemples : cupidité, jalousie).
Faute d'imprudence	Délits, si la loi le prévoit	Correspond à une <i>indifférence</i> coupable envers la valeur sociale protégée. Si le lien de causalité entre le dommage et la faute est : – direct, une <i>faute simple</i> suffit ; – indirect (auteur personne physique), il faut une <i>faute grave</i>.
Faute de mise en danger	Délits, si la loi le prévoit	= Le dol éventuel (l'auteur sait qu'il a un comportement dangereux, mais il ne souhaite pas le résultat dommageable). Faute prévue dans deux cas : – délict autonome, CP, art. 223-1 : violation d'une obligation précise imposée par la loi ou le règlement + exposition d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessure (sans réalisation du dommage) ; – circonstance aggravante en cas d'atteintes non intentionnelles à la vie ou à l'intégrité physique de la personne
Faute matérielle	Contraventions	Faute présumée, elle se déduit de la matérialité des faits. Exonération en cas de force majeure (très difficile à prouver).

b) Causes d'exonération de la responsabilité pénale

Faits justificatifs. Ils permettent la neutralisation de l'élément légal. Parmi eux, certains n'ont pas vocation à justifier une infraction d'affaire en raison de leurs conditions de mise en œuvre :

- la **légitime défense** (attaque injustifiée + riposte proportionnée ; CP, art. 122-5) ;

- l'état de nécessité (danger actuel et imminent + acte nécessaire et proportionné ; CP, art. 122-7) ;
- le commandement de l'autorité légitime (émanant d'une autorité publique ; CP, art. 122-4, al. 2) ;
- l'un d'eux semble pouvoir trouver un mince terrain d'application : l'ordre ou la permission de la loi ou du règlement (CP, art. 122-4 al. 1).

EXEMPLE

L'obligation pour les commissaires aux comptes de révéler certaines infractions justifie la violation du secret professionnel.

Causes de non-imputabilité. Les causes de non-imputabilité permettent la neutralisation de l'élément moral.

- la **contrainte**, physique ou morale, qui doit être imprévisible et irrésistible (CP, art. 122-2).
- l'**erreur sur le droit** qu'un individu n'était pas en mesure d'éviter (CP, art. 122-3). Mais « Nul n'est censé ignorer la loi », cette présomption pesant de manière très sévère sur les professionnels.
- l'**excuse de minorité** et le **trouble psychique ou neuropsychique** ont peu de chance de s'appliquer au sein de l'entreprise.

c) Classification des infractions

Gravité de l'infraction. C'est le critère retenu pour la typologie légale. Pour connaître la qualification d'une infraction, il faut se référer à la peine principale encourue (criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle). La qualification détermine le régime juridique applicable (tentative, élément moral : voir *supra* ; instruction, voir *infra*).

Article 111-1 du Code pénal. Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions.

Conséquences de la qualification sur le régime juridique

	Peine principale encourue	Prescription ⁽¹⁾ de la peine (principe)	Juridiction compétente (droit commun, pour les majeurs)	Prescription ⁽¹⁾ de l'action publique (principe)
Crime	Réclusion (crime de droit commun) ou détention (crime politique) criminelle	20 ans	Cour d'assises	10 ans
Délit	Emprisonnement et/ou amende	5 ans	Tribunal correctionnel	3 ans
Contravention (5 classes)	Amende (pas de peine privative de liberté)	3 ans	Tribunal de police ou juge de proximité	1 an

(1) Prescription : mécanisme d'extinction de la possibilité de poursuivre une infraction ou de faire exécuter une peine par l'écoulement du temps. Le délinquant bénéficie d'un oubli.

Autres typologies. Jurisprudentielles ou doctrinales, elles s'appuient sur plusieurs critères : l'attitude de l'agent, l'inscription des agissements dans le temps et une évaluation quantitative de l'élément matériel :

- les **infractions d'omission** et les **infractions de commission** (voir *supra*) ;
- les **infractions instantanées**, qui se consomment en un trait de temps (exemple : le vol), diffèrent des infractions **continues** pour lesquelles les éléments constitutifs s'inscrivent dans le temps (exemple : le recel). Le point de départ de la prescription de l'action publique varie : jour de commission de l'infraction pour les premières, fin de l'activité délictueuse pour les secondes ;
- les **infractions complexes** comportent plusieurs éléments matériels et sont consommées lorsque tous sont réalisés (exemple : l'escroquerie), à la différence des **infractions simples**, à élément matériel unique (exemple : le vol) ;
- les **infractions d'habitude** exigent la réitération du même élément matériel – au moins deux fois – afin d'être constituées (exemple : l'exercice illégal de la médecine).

REMARQUE

Ces typologies se combinent les unes avec les autres. Le vol est à la fois une infraction instantanée et une infraction simple. La première distinction permet de savoir quel comportement le législateur a voulu stigmatiser. L'intérêt des trois autres est de fixer le point de départ de la prescription de l'action publique.

1.2 Le responsable

a) Responsables classiques : l'auteur et le complice

L'auteur. Il est celui qui commet ou tente de commettre une infraction. S'ils sont plusieurs, ils sont alors **coauteurs** et sont poursuivis, chacun, pour la commission de ladite infraction. La pluralité d'auteurs constitue parfois une circonstance aggravante (exemple : le vol en réunion).

Le complice. Il participe intentionnellement à la commission de l'infraction, sans la réaliser entièrement. La **complicité** suppose la réunion de deux conditions :

- **Un acte de complicité.** Le complice peut se greffer à l'infraction par deux moyens :

Article 121-7 du Code pénal. Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, *par aide ou assistance*, en a facilité la préparation ou la consommation.

Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura *provoqué* à une infraction ou *donné des instructions* pour la commettre.

L'acte de complicité doit être un acte positif, non une simple abstention, *antérieur ou concomitant* à l'acte principal. La jurisprudence estime que la passivité peut avoir constitué un encouragement, donc une action.

- **Un fait principal punissable.** L'acte de complicité n'est que l'accessoire d'une infraction principale, elle-même commise ou simplement tentée. S'il s'agit d'une contravention, la complicité par aide ou assistance n'est punissable que si la loi le prévoit ; dans les autres cas, elle l'est toujours.

Que se passe-t-il si l'auteur de l'infraction principale n'est pas condamné ? La culpabilité du complice est indépendante de celle de l'auteur principal. Il suffit, pour justifier la condamnation du complice, que la décision qui la prononce constate l'existence du délit et en relève les éléments constitutifs. Ainsi, les causes objectives d'irresponsabilité (exemples :

amnistie, prescription...) profitent au complice, puisqu'elles font disparaître le délit ou la possibilité de le poursuivre. En revanche, les causes subjectives d'irresponsabilité (exemples : démence, minorité...) n'exonèrent que l'auteur. Si la matérialité des faits délictueux est établie, il est possible de poursuivre le complice, même si l'auteur est inconnu.

Sanction de la complicité. Le complice encourt les peines qui lui seraient applicables s'il était l'auteur principal.

b) La responsabilité pénale du chef d'entreprise

Hypothèse. Un chef d'entreprise, soumis à une réglementation particulière (d'hygiène et de sécurité par exemple) laisse commettre une violation de ces règles par un préposé. La jurisprudence a décidé qu'il peut être déclaré coupable de l'infraction.

Quelle est sa faute ? Le chef d'entreprise, soumis à une obligation de surveillance, répond de sa propre défaillance, même si les faits ont été commis par un tiers (dont la responsabilité n'est d'ailleurs pas exclue). De par sa qualité, il avait l'obligation d'agir, sauf s'il avait délégué ses pouvoirs.

La jurisprudence fait preuve d'une grande sévérité à l'encontre du professionnel ; elle se contente souvent d'une négligence, déduite de la commission de l'acte matériel par le préposé.

La délégation de pouvoir. Elle peut exonérer le chef d'entreprise sous certaines conditions :

- le chef d'entreprise peut procéder à une délégation en tout domaine, sauf prohibition légale ;
- le délégataire, doit être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires ;
- le délégant doit être responsable d'une structure ne lui permettant pas de veiller personnellement à la réglementation applicable. La sous-délégation est admise aux mêmes conditions ;
- la délégation n'est soumise à aucune condition de forme, mais elle ne peut être implicite.

c) La responsabilité pénale des personnes morales

Article 121-2 du Code pénal. Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement (...), des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (...).

Domaine. Quant aux personnes, toutes les personnes morales sont concernées, sous deux réserves :

- l'État : exclusion de sa responsabilité pénale (on ne peut être à la fois juge et partie) ;
- les collectivités territoriales : limitation de leur responsabilité aux activités pouvant faire l'objet d'une délégation de service public (les transports, la distribution d'énergie...). Sont donc exclues les activités liées à l'exercice d'une prérogative de puissance publique (la justice...).

Quant aux infractions, la responsabilité des personnes morales ne pouvait initialement être engagée que si l'incrimination le précisait. La loi du 9 mars 2004 a abrogé cette exigence. Depuis le 1^{er} janvier 2006, toute infraction peut être imputée à une personne morale.

Conditions. Le principe même de cette responsabilité doit s'accommoder de la réalité : l'infraction est nécessairement commise par l'intermédiaire d'une personne physique. La loi prévoit deux conditions :

- « pour le compte » : l'expression semble indiquer que l'infraction doit avoir été commise dans l'intérêt de la personne morale, ou au moins dans le cadre de son activité ;

- « par ses organes ou représentants » : les organes peuvent, par exemple, être une assemblée générale ou un conseil d'administration. D'après la jurisprudence, ont notamment la qualité de représentants les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale.

Dans le silence de la loi, sont concernés les organes ou représentants de droit comme de fait. Les éléments constitutifs de l'infraction doivent être caractérisés en la personne membre de l'organe, ou en celle du représentant ; la jurisprudence n'exige pas la preuve d'une faute distincte propre à la personne morale.

REMARQUES

- La responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle des personnes physiques impliquées.
- Les sanctions sont adaptées : pas de peine privative de liberté, mais des amendes (le quintuple de celles prévues pour les personnes physiques), la dissolution, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle, la fermeture d'établissement...

1.3 Les peines

a) Le principe de personnalisation ou d'individualisation de la sanction

Article 132-24 du Code pénal. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur (...).

Le principe s'explique par le sens que le droit s'efforce de donner à la peine : protéger la société, punir le condamné mais aussi favoriser l'amendement de celui-ci et préparer sa réinsertion.

b) Le prononcé de la peine

Classifications. Deux classifications importantes coexistent. La plus générale distingue entre :

- les **peines principales**. Elles sont celles prévues par la loi pour une infraction déterminée. Leur nature est criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle, cette distinction constituant la seconde classification fondamentale. Il en existe deux sortes : la peine privative de liberté (emprisonnement, rétention ou détention criminelle) et l'amende ;
- les **peines complémentaires**. Elles s'ajoutent aux peines principales, qu'elles peuvent remplacer quand la loi le permet (exemples : l'interdiction, le retrait d'un droit, la confiscation ou la fermeture d'établissement). En principe, le juge a la faculté de les prononcer ; exceptionnellement, il le doit (exemple : la confiscation d'un objet qualifié de dangereux ou nuisible) ;
- les **peines alternatives**. Elles peuvent être prononcées au lieu d'une autre et à titre de peine principale. En matière correctionnelle, ce caractère peut appartenir soit à une peine complémentaire, soit aux peines autres que l'emprisonnement et l'amende (jour-amende, travail d'intérêt général, peines privatives ou restrictives de droits). Elles ne concernent que les délits et les contraventions de 5^e classe.

La mesure de la peine. Le juge adapte le taux de la peine à la gravité des faits. Seule la loi peut prévoir des circonstances aggravantes permettant au juge de dépasser le plafond initialement prévu. L'indulgence est favorisée par des possibilités d'exemption ou de

diminution de peine parfois prévues par la loi. Le juge peut toujours prononcer une peine moins importante que la peine encourue.

La pluralité d'infractions. L'hypothèse est celle du **concours réel d'infractions**. Plusieurs infractions distinctes ont été commises, sans condamnation définitive intermédiaire (sinon, il s'agit d'une question de récidive, voir *infra*). En principe, est retenu le système du non-cumul des peines (exemples d'exceptions : les contraventions, l'évasion).

Ensuite, la loi distingue selon qu'il y a ou non pluralité de poursuites pour les infractions en concours (cela peut notamment se produire si le juge compétent est différent). Dans le premier cas, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut en être prononcé qu'une seule, dans la limite du maximum légal le plus élevé.

EXEMPLE

En présence de deux infractions, l'une punie de la réclusion, l'autre d'un emprisonnement (deux peines privatives de liberté) et d'une amende : le juge peut prononcer la réclusion (plus grave) et l'amende.

Dans le second cas, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé, sous réserve d'une confusion, totale ou partielle, des peines de même nature.

REMARQUES

- Ce concours se distingue du **concours idéal d'infractions**, pour lequel, en présence d'un acte unique correspondant à plusieurs qualifications pénales, on ne retient en principe que l'infraction la plus grave.
- Hypothèse de la **récidive** : un individu, condamné définitivement par une juridiction, commet une nouvelle infraction (qui peut être différente). Cette réitération, si elle s'inscrit dans certaines conditions de temps, entraîne alors une aggravation de la peine encourue (en principe, elle est doublée).

c) L'exécution de la peine

Suspension de l'exécution de la peine : le sursis. Faculté laissée au juge de dispenser le condamné de l'exécution de sa peine, elle vise à l'encourager à mieux se comporter. Le sursis peut être simple (total ou partiel) ou assorti d'une mise à l'épreuve. La mauvaise conduite entraîne, sous certaines conditions, sa révocation ; la bonne conduite permet l'effacement de la condamnation.

Modalités d'exécution de la peine. Elles varient dans le sens de l'indulgence (libération conditionnelle, placement sous surveillance électronique, remise de peine), comme de la sévérité (la période de sûreté, décidée au moment de la condamnation, empêche les aménagements de peine pendant sa durée). Depuis la loi du 9 mars 2004, toutes les décisions du juge d'application des peines sont des décisions juridictionnelles, permettant ainsi au condamné d'en faire appel.

d) L'extinction de la peine

Causes d'extinction emportant effacement de la condamnation. Il s'agit du décès du délinquant ou de la **dissolution** de la personne morale (qui n'empêche ni le recouvrement des amendes, ni la confiscation), l'**amnistie** et la **réhabilitation**, légale ou judiciaire.

Causes d'extinction laissant subsister la condamnation. Il s'agit de la **prescription** de la peine et de la **grâce**, mesure discrétionnaire, appartenant au président de la République.

2. Quelques notions de procédure pénale

2.1 La phase préalable au jugement

a) Le déclenchement des poursuites par le ministère public : l'action publique

Définition. L'action publique, exercée au nom de la société, a pour objet l'application de la loi pénale à l'auteur des faits délictueux et la réparation du dommage causé à la société.

Préalable aux poursuites : la découverte de l'infraction. Le dispositif de droit commun ne suffit pas à mettre à jour la délinquance d'affaires (opaque, technique, victimes difficilement identifiables...) ; d'autres règles viennent le compléter :

- l'**obligation de révélation**. Y sont soumises les personnes qui réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux lorsqu'elles *savent* qu'une somme provient d'un trafic de stupéfiants ou d'une activité commise en bande organisée (CMF, art. L. 561-1). Quant aux organismes financiers, ils y sont soumis dès qu'ils ont un *soupçon* sur l'origine frauduleuse d'une somme (CMF, art. L. 562-1). Les premiers effectuent leur déclaration auprès du procureur de la République, les seconds, auprès du TRACFIN. Toutefois, aucune sanction pénale n'est prévue en cas de non-déclaration (sauf à caractériser un blanchiment) ; une procédure disciplinaire peut être engagée contre le professionnel négligent. En revanche, le **commissaire aux comptes** encourt les peines prévues par l'article L. 820-7 du Code de commerce s'il ne remplit pas son obligation de révélation (voir *infra*) ;
- les **agents spécialisés**. Chargés de vérifier l'application de la loi, notamment en matière douanière, de concurrence et de consommation, ils disposent de pouvoirs d'enquête importants (exemple : le droit de visite, le droit de communication). Ils dressent un procès-verbal et/ou effectuent une expertise.

En droit pénal des affaires, le ministère public est souvent saisi par les procès-verbaux qui lui sont adressés par l'administration concernée.

Qui exerce l'action publique ? En principe, c'est le ministère public (parquet), qui représente la société. L'action ne lui appartenant pas, il ne peut ni transiger (conclure un accord avec la personne poursuivie afin de mettre fin au litige), ni se désister (renoncer à exercer l'action). Exceptionnellement, certaines administrations peuvent mettre en mouvement l'action publique (exemples : l'administration des Douanes, des contributions directes). Elles peuvent transiger. La partie civile peut déclencher l'action publique, mais elle ne l'exerce pas.

Comment s'exerce l'action publique ? En vertu du « principe de l'opportunité des poursuites », le ministère public peut :

- 1^{re} hypothèse : décider de poursuivre :

- en cas de **crime** : l'instruction est obligatoire. Par un réquisitoire introductif adressé au juge d'instruction, le procureur de la République demande son ouverture,
- en cas de **délit** : l'instruction est facultative. Le plus souvent, le procureur saisit directement le tribunal correctionnel en convoquant le prévenu par procès-verbal, ou par citation directe. Lorsque l'affaire peut être jugée immédiatement, il procède par comparution immédiate. L'avertissement émanant du procureur, suivi de la comparution volontaire de l'intéressé, saisit également le tribunal,

- en cas de **contravention** : le tribunal de police ou le juge de proximité peuvent connaître d'une affaire par citation directe, plus rarement par avertissement, et très exceptionnellement après une instruction. Existente aussi une procédure simplifiée de jugement – l'ordonnance pénale – et le système de l'amende forfaitaire, plus proche d'un mode de paiement, que d'une modalité de jugement ;

REMARQUE

Le choix de poursuivre n'est pas illimité. Parfois il suppose une plainte de la victime (diffamation, injure...) ou de l'administration (infractions fiscales). D'autres fois, une mise en demeure de se conformer à la loi doit préalablement être adressée à l'auteur supposé des faits (mise en demeure de l'employeur par l'inspection du travail en cas d'infraction à l'hygiène et à la sécurité). La loi peut aussi prévoir le recours préalable à un avis (avis de l'Autorité des marchés financiers nécessaire s'agissant d'un délit d'initié).

- 2^e *hypothèse* : décider de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites. La loi prévoit deux possibilités, supposant que l'action publique n'ait pas encore été déclenchée :

- la **proposition d'une mesure** (exemples : stage de citoyenneté, médiation entre l'auteur et la victime) lorsqu'elle peut assurer la réparation du dommage causé à la victime, mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou contribuer au reclassement de l'auteur des faits. Cette procédure, qui permet de classer l'affaire sous condition, est destinée à la criminalité la moins grave. Si elle échoue, le procureur peut mettre en œuvre une composition pénale ou engager les poursuites,
- la **composition pénale** : elle ne s'adresse qu'aux personnes physiques majeures et suppose la reconnaissance des faits par l'auteur. Elle consiste en une proposition de sanction faite par le procureur de la République à l'auteur des faits, en échange de l'abandon des poursuites. Elle ne concerne que les délits punis de cinq ans d'emprisonnement maximum, et les contraventions. L'intéressé bénéficie de garanties : la possibilité d'être assisté par un avocat et l'intervention d'un magistrat du siège qui peut refuser de valider l'accord. En effet, la décision de validation est grave car elle figurera au casier judiciaire. La victime est avertie de la procédure afin de voir son préjudice indemnisé si elle le souhaite.

- 3^e *hypothèse* : décider de classer sans suite : Dans quelles circonstances ? L'article 40-2 du Code de procédure pénale évoque « des raisons juridiques ou d'opportunité » : les faits ne tombent pas sous le coup de la loi pénale ; malgré leur coloration pénale, ils ne méritent pas d'être stigmatisés par une condamnation ; ils sont prescrits...

Et la victime ? Le classement constituant une mesure d'administration judiciaire, il n'existe aucun recours juridictionnel à son encontre. Seul un recours hiérarchique devant le procureur général est possible. La loi permet ensuite à la victime de pallier l'inertie du ministère public en se constituant partie civile. À cette fin, elle organise l'information de la victime à différents moments et notamment lors de la décision de classement sans suite.

L'extinction de l'action publique. Des causes générales d'extinction existent comme l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale, le décès du délinquant, la prescription de l'action publique, ou l'autorité de la chose jugée (principe permettant de ne pas juger quelqu'un deux fois pour les mêmes faits). Plus spécialement, l'action publique s'éteint notamment par l'exécution de la composition pénale ou par la transaction opérée entre l'auteur des faits et l'administration compétente, lorsqu'elle est exceptionnellement autorisée par la loi.

b) Le déclenchement des poursuites par la victime : l'action civile

Définition. L'action civile est l'action en réparation du dommage causé par une infraction.

Modalités. Lorsque l'action publique n'a pas encore été mise en mouvement : la victime peut déclencher les poursuites en déposant une plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction (si elle a préalablement déposé une plainte simple au commissariat ou devant le parquet et que ce dernier lui a dit qu'il n'engagerait pas les poursuites, ou qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis la plainte) ou en citant l'auteur des faits devant la juridiction de jugement. Elle agit alors par **voie d'action**. Si des poursuites sont déjà engagées : elle se constitue partie civile devant le juge d'instruction ou devant la juridiction de jugement. Elle agit alors par **voie d'intervention** et ne peut intervenir pour la première fois en appel.

Option entre voie civile et voie pénale. La victime dispose d'une **option** entre la voie civile, chemin naturel pour obtenir la réparation d'un dommage, et la voie répressive. Si elle utilise la première, son choix est en principe irrévocable, alors qu'une passerelle existe du pénal vers le civil. L'action civile n'étant que l'accessoire de l'action publique, si celle-ci est éteinte, seule la voie civile est ouverte. Agir au pénal présente l'avantage de profiter des preuves rapportées par le ministère public et de ne pas être soumis au principe « Le criminel tient le civil en l'état ». En effet, celui-ci signifie que si le juge pénal a été saisi des faits à l'origine du dommage, le juge civil doit attendre sa décision avant de statuer. Mais une loi du 5 mars 2007 renverse le principe et l'exception, et lui permet désormais de statuer sans attendre la décision au pénal.

Conditions d'exercice. Le **préjudice** doit être personnel et direct (article 2, alinéa 1 CP). La jurisprudence exige qu'il soit aussi certain.

EXEMPLE

Un individu est victime d'une infraction pénale, son assureur lui verse une indemnité. Le versement de l'indemnité découle du contrat d'assurance, non de l'infraction. L'assureur ne peut donc, en principe, en obtenir le remboursement devant le juge répressif, faute de préjudice direct.

Hypothèse d'un groupement défendant un intérêt collectif. Des habilitations légales permettent à certains groupements d'agir devant le juge pénal malgré l'exigence d'un préjudice personnel (exemples : les syndicats pour défendre l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, certaines associations habilitées à agir sous conditions).

Extinction de l'action civile. Elle s'éteint distinctement de l'action publique. Par exemple, si la partie civile fait appel alors que le ministère public s'en abstient, l'action publique s'éteint par l'autorité de la chose jugée et le juge d'appel statue sur les seuls intérêts civils. L'action civile se prescrit selon les règles du droit civil (dix ans en matière délictuelle).

c) L'instruction préparatoire

Obligatoire en matière de crime, l'instruction préparatoire est facultative pour les délits et exceptionnelle pour les contraventions. Elle permet de rassembler les preuves et de vérifier s'il existe des charges suffisantes pour renvoyer une personne devant une juridiction de jugement. En principe, elle est menée par un magistrat du siège, le juge d'instruction.

Saisine du juge d'instruction. Le juge d'instruction ne peut s'autosaisir ; il l'est par un réquisitoire *introductif* du procureur de la République, soit sur initiative de celui-ci, soit à

la suite d'une plainte avec constitution de partie civile. Saisi « en faits » (et non « au sujet de telle personne »), s'il découvre de nouveaux faits – étrangers à sa saisine initiale – il ne peut s'intéresser à eux que si le procureur l'en saisit par un réquisitoire *supplétif*.

Statut du suspect pendant l'instruction. Au cours de l'instruction, les nécessités de la répression et les droits des personnes mêlées à la procédure s'affrontent. Un fragile équilibre réside dans l'existence de plusieurs strates de suspicion. La loi pose une première limite, permettant d'éviter qu'un suspect ne soit entendu comme simple **témoin**, donc sans bénéficier des droits de la défense :

Article 105 du Code pénal. Les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits (...) ne peuvent être entendues comme témoins.

La loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence a introduit un statut intermédiaire, celui de **témoin assisté**, qui permet au juge d'interroger un suspect sans recourir à la mise en examen.

Statuts de mis en examen et de témoin assisté

	Mis en examen	Témoin assisté
Situation concernée	• Minimum : « indices graves ou concordants » de participation à l'infraction. • Obligatoire si un témoin assisté en fait la demande.	• Notamment : « indices rendant vraisemblable » la participation à l'infraction. • Obligatoire parfois (exemple : personne visée par un réquisitoire introductif mais non mise en examen).
Avantages	• Bénéficiaire des droits de la défense. • Peut demander au juge d'instruction tout acte paraissant nécessaire à la manifestation de la vérité.	• Bénéficiaire de l'assistance d'un avocat, donc du droit d'accès à son dossier. • Peut demander au juge une confrontation avec la personne qui le met en cause.
Inconvénients	Peut être placé : – sous contrôle judiciaire – en détention provisoire	N'est pas partie au procès, ce qui limite ses prétentions (exemple : pas d'appel de certaines décisions).

Actes du juge d'instruction. Il est à la fois magistrat instructeur et juridiction. La loi l'autorise très largement à procéder à « tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » (CPP, art. 81). Certains sont réglementés comme les auditions et interrogatoires, les perquisitions, visites domiciliaires et saisies, et les écoutes téléphoniques.

Il peut délivrer des mandats (de comparution, d'amener ou d'arrêt, le mandat de dépôt revenant désormais au juge des libertés et de la détention) et déléguer certains actes d'instruction, par commission rogatoire, à un officier de police judiciaire, ou à un autre juge d'instruction. Cependant, les décisions les plus graves (exemples : les mandats, le placement sous écoute téléphonique) ne peuvent être déléguées. Le juge d'instruction peut aussi recourir le concours d'un expert.

Il rend ensuite des ordonnances juridictionnelles susceptibles d'appel (exemple : le refus d'informer, de procéder à un acte d'instruction).

Clôture contradictoire de l'instruction. Lorsqu'il estime que l'information est terminée, le juge d'instruction en avertit les parties. Pendant un délai de un à trois mois (selon que le mis en examen est ou non en détention provisoire), le ministère public peut adresser des réquisitions au juge d'instruction et les parties privées peuvent lui communiquer des observations écrites, formuler des demandes d'actes ou présenter des requêtes en nullité. Elles ne le pourront plus ensuite. Puis, les parties peuvent se répondre dans un délai de dix jours à un mois (selon la distinction précédente). Le juge d'instruction rend alors son ordonnance de règlement qui peut être une ordonnance :

- de **non-lieu à poursuivre** : fin des poursuites (réouverture possible en cas de charges nouvelles) ;
- de **renvoi** (délit ou contravention) ou de **mise en accusation** (crime) : jugement du suspect. Pour les délits et contraventions, il est renvoyé devant le tribunal correctionnel ou de police et s'appelle le **prévenu**. Pour les crimes, l'ordonnance saisit la cour d'assises ; le suspect devient alors l'**accusé**.

Le contrôle de l'instruction par la chambre de l'instruction. Il s'exerce par deux moyens :

- la **nullité** des actes irréguliers. La chambre de l'instruction apprécie si l'irrégularité d'un acte entraîne ou non son annulation, voire celle des actes qui en découlent. Elle peut être saisie par les parties, le juge d'instruction ou le parquet, dans des délais stricts ;
- l'attribution de pouvoirs propres au président de la chambre et à la chambre elle-même. Le président de la chambre de l'instruction s'assure du bon fonctionnement des cabinets d'instruction. Quant à la chambre de l'instruction, sur saisine de son président, elle peut s'emparer de l'affaire ou renvoyer le dossier à un autre juge si l'information s'attarde de manière injustifiée.

2.2 Le jugement et les voies de recours

a) Le jugement

Contrairement à l'instruction (écrite et secrète), la phase de jugement est orale, publique et contradictoire. Les différents modes de saisine des juridictions de jugement ayant été précisés plus haut (voir *supra*), il faut encore souligner le mouvement dans lequel s'inscrit la procédure pénale aujourd'hui. Des procédures alternatives, qui accordent une place importante au Parquet, sont mises en place, notamment en raison de l'encombrement des juridictions. La **comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité**, créée par la loi du 9 mars 2004, participe de cette tendance. Une description simplifiée de ce « plaider coupable » à la française pourrait être :

1. **Situation concernée** : auteur personne physique ou morale (sauf mineurs) + délit puni d'au maximum cinq ans d'emprisonnement + (surtout) aveu de l'auteur sur les faits.
2. **Proposition d'une peine** par le parquet, qui ne peut être supérieure à la peine encourue.
3. **L'intéressé, après un délai de réflexion**, peut refuser → retour à une poursuite classique. Sinon :
4. Présentation de l'intéressé à un juge du siège pour l'**homologation**. Le juge vérifie la réalité des faits, leur reconnaissance par l'auteur ainsi que la peine choisie. S'il refuse l'homologation → retour à une poursuite classique. S'il homologue → fin de l'affaire, la décision équivaut à un jugement.

PRÉCISION

L'intéressé est obligatoirement protégé par l'assistance d'un avocat à chaque étape.

b) Les voies de recours

Opposition. Voie de recours dite de **rétraction**, car elle anéantit le jugement attaqué et permet à la juridiction qui l'avait rendu de statuer à nouveau, elle a rarement l'occasion d'être exercée. En effet, elle n'est ouverte qu'au prévenu jugé par défaut, c'est-à-dire absent car il n'a pas été cité à personne et qu'il n'a pas eu connaissance de la citation par un autre mode de signification. Il dispose, en principe, d'un délai de dix jours pour l'exercer (un mois s'il réside hors de France) à compter de la signification du jugement si elle a été faite à personne, à domicile, à parquet ou à mairie. S'il s'agit d'une décision de condamnation *et* que le prévenu n'en a pas eu connaissance, il peut agir jusqu'à prescription de la peine.

Appel. Cette voie est ouverte, contre les décisions contradictoires, à la partie dont les prétentions n'ont pas été satisfaites en première instance. Voie de **réformation**, elle permet à une juridiction d'un degré supérieur à celle dont la décision est attaquée, de réformer celle-ci.

- **Délais.** En principe, dix jours pour les parties ; si l'une d'elles interjette appel (appel principal), les autres ont cinq jours supplémentaires pour former un appel incident.
- **Juridiction compétente.** En matière criminelle, l'appel n'existe que depuis une loi du 15 juin 2000. La chambre criminelle de la Cour de cassation désigne alors une cour d'assises de renvoi (douze jurés au lieu de neuf en première instance). Pour les délits, l'appel est formé devant la chambre des appels correctionnels. Pour les contraventions, seules celles de la cinquième classe sont susceptibles d'appel.

Pourvoi en cassation. Voie de recours extraordinaire, elle peut être intentée contre une décision rendue en dernier ressort (arrêt d'appel ou jugement insusceptible d'appel) devant la Cour de cassation. Celle-ci n'examine que les arguments de droit ; les faits sont acquis. Elle peut rejeter le pourvoi ou casser la décision attaquée. Dans ce dernier cas, elle renvoie devant une juridiction de même nature et de même degré que celle qui a rendu la décision attaquée, afin qu'il soit à nouveau statué.

Pourvoi en révision. Si des faits nouveaux, postérieurs à une condamnation pour crime ou délit, permettent de faire naître un doute sur la culpabilité du condamné, ce recours est ouvert afin de réparer une erreur judiciaire.

Pourvoi devant la Cour européenne des droits de l'homme. Un justiciable peut la saisir, après épuisement des voies de recours interne, s'il estime que l'un des droits protégés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales a été bafoué.

SECTION 2

LES INFRACTIONS PÉNALES SPÉCIFIQUES

Un mouvement de dépenalisation, récemment amorcé par la loi NRE du 15 mai 2001, met fin à la progression sûre et constante du droit pénal des sociétés, le législateur recourant davantage aux sanctions administratives ou civiles. Le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation du droit des affaires présidé par M. Coulon et remis au Garde des Sceaux le 20 février 2008 va dans le même sens, tout en préconisant ponctuellement des aggravations de peine.

REMARQUES

- En l'absence de précision, les articles cités sont tirés du Code de commerce.
- La loi désigne souvent l'auteur de l'infraction, ce qui n'empêche pas la punition du complice.

1. Les infractions liées à la naissance de la société

La loi encadre la constitution de la société d'un important formalisme ; cependant, il n'existe pas de contrôle *a priori*. De nombreuses dispositions permettent un contrôle *a posteriori* par l'exigence d'un préalable : la constitution régulière de la société. Certains agissements sont licites si la société a été régulièrement constituée et illicites dans le cas contraire.

1.1 Les formalités de constitution

a) L'omission de déclaration dans l'acte de société

Article L. 241-1. Est puni (...) le fait, pour les associés d'une SARL, d'omettre, dans l'acte de société, la déclaration concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés, la libération des parts ou le dépôt des fonds.

Sont requis, pour constituer le délit, l'intention de l'auteur et un élément matériel : l'omission de déclaration. La déclaration mensongère n'est plus, depuis la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, comprise dans la prévention (elle peut toujours être punie comme faux). La sanction est de six mois d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende.

b) L'information des tiers par le Registre du commerce et des sociétés

Défaut d'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés. Il n'est pas, en tant que tel, sanctionné pénalement. En revanche, en l'absence d'excuse valable, le refus, pour une personne physique commerçante, de déférer dans les quinze jours à l'injonction du juge chargé de la surveillance du registre est puni de 3 750 euros d'amende (voire d'une privation du droit de vote et d'éligibilité, pendant 5 ans au plus, aux tribunaux de commerce, conseils de prud'hommes et chambres de commerce).

Les sociétés et groupements d'intérêt économique n'ont pas, en principe (sauf par exemple les associations émettant des obligations, ou certaines personnes morales procédant habituellement à des opérations de change manuel), l'obligation d'être immatriculés. Leur abstention ne peut donc être sanctionnée pénalement. Pourquoi ? En l'absence d'immatriculation, ils n'acquièrent pas la personnalité juridique (risque de répondre indéfiniment et solidairement des dettes pour ceux qui auront agi pendant la période de formation, sanction civile jugée suffisamment persuasive).

Défaut de mention modificative ou de radiation. Obligatoires, ces mentions doivent être accomplies par les personnes immatriculées dans le délai d'un mois. Comme précédemment, ce n'est pas le défaut de modification ou de radiation qui est sanctionné pénalement, mais le refus d'obtempérer à l'injonction du juge chargé de la surveillance du registre. La sanction est la même que celle concernant le délit précédent.

Déclarations mensongères. Le fait de donner, de mauvaise foi, des indications inexacts ou incomplètes, en vue d'une immatriculation, d'une radiation ou d'une mention complémentaire ou rectificative constitue un délit punissable de 6 mois d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende (article L. 123-5). La privation du droit de vote et d'éligibilité peut également être prononcée dans les conditions vues plus haut. L'erreur non intentionnelle n'est éventuellement sanctionnée que par le biais de l'infraction précédente, en cas d'injonction de mention rectificative.

1.2 La recherche du financement de la société

a) Le recours à la publicité

Recours à la publicité par prospectus. Les incriminations existantes ont été supprimées, notamment par la loi NRE. Seul le droit commun subsiste, comme l'incrimination d'escroquerie dont les peines sont aggravées lorsqu'elle est réalisée « par une personne qui fait appel au public en vue de l'émission de titres... » (CP, art. 313-2, 3^o).

Offre au public. Elle est réglementée (CMF, art. L. 412-1), l'Autorité des marchés financiers intervenant afin de donner son visa au document d'information mis à la disposition du public. Mais l'émission ou le placement de valeurs mobilières en violation des dispositions prévues pour l'offre au public n'est plus assortie d'aucune sanction pénale depuis une loi du 2 août 1989.

Démarchage bancaire ou financier. Il est lui aussi réglementé. Ainsi par exemple, le démarcheur doit être titulaire d'une carte de démarchage et disposer d'un contrat d'assurance le couvrant dans le cadre de sa responsabilité civile professionnelle. Les sanctions pénales sont importantes (CMF, art. L. 353-1 à L. 353-5) et se doublent de sanctions disciplinaires (CMF, art. L. 341-17).

b) L'émission illicite d'actions

L'article 1841 du Code civil interdit aux sociétés non autorisées par la loi de faire offre au public ou d'émettre des titres négociables, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis. Des sanctions pénales complètent cette prohibition (article L. 241-2).

Ensuite, l'émission d'actions peut constituer un délit dans différentes hypothèses, notamment si la constitution de la société est entachée de certaines irrégularités : l'article L. 242-1 alinéa 1 du Code du commerce punit « le fait, pour les fondateurs, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une SA, d'émettre des actions ou des coupures d'actions » :

- avant l'immatriculation de ladite société au Registre du commerce et des sociétés ;
- à une époque quelconque, si l'immatriculation a été obtenue par fraude ;
- sans que les formalités de constitution de ladite société aient été régulièrement accomplies.

Une amende de 9 000 euros est prévue. Une peine d'un an d'emprisonnement peut aussi être prononcée si les actions ou coupures d'actions sont émises sans que les actions de numéraire aient été libérées à la souscription d'un quart au moins ou sans que les actions d'apport aient été intégralement libérées antérieurement à l'immatriculation de la société au Registre du commerce et des sociétés.

REMARQUE

Malgré l'exigence de principe de l'intention, les juges décident que ce délit peut être constitué par négligence.

c) La négociation d'actions

Article L. 242-3 du Code de commerce. Est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 9 000 euros le fait, pour les fondateurs, le président du conseil d'administration, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une SA, ainsi que pour les titulaires ou porteurs d'actions, de négocier :

- 1^o des actions de numéraire qui ne sont pas demeurées sous la forme nominative jusqu'à leur entière libération ;
- 2^o des actions de numéraire pour lesquelles le versement du quart n'a pas été effectué.

REMARQUES

- L'article L. 242-4 du Code de commerce réprime encore « le fait, pour toute personne, d'avoir établi ou publié la valeur des actions ou promesses d'actions » visées par l'article L. 242-3 du même code.

Ces deux délits sont des délits intentionnels.

- Depuis une ordonnance du 24 juin 2004, la participation à une négociation réprimée ne constitue plus une infraction autonome, mais le participant peut toujours être poursuivi en qualité de complice.

d) La surévaluation des apports en nature

Incrimination. Les textes concernant les SA, les sociétés en commandite par actions, les SAS et les SARL répriment le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. Dangereuse pour les créanciers – trompés sur la solvabilité de leur débiteur – cette attitude l'est également au regard de l'égalité entre associés.

Estimation de l'éventuelle surévaluation. La méthode d'évaluation (opération confiée à un commissaire aux apports), non précisée par la loi, est source de difficulté. La jurisprudence semble ne sanctionner que les surévaluations manifestes. L'exigence d'un élément intentionnel permet de parer certaines difficultés d'appréciation.

Sanctions. Cinq ans d'emprisonnement et une amende de 9 000 euros pour une SA, 375 000 euros pour une SARL.

2. Les infractions liées à la vie de la société

2.1 La modification du capital social

a) L'augmentation du capital social

L'augmentation de capital est soumise aux mêmes règles que sa constitution. La plupart des infractions déjà présentées sont applicables, comme celles relatives à la surévaluation des apports et à la négociation d'actions. L'augmentation de capital impliquant l'émission d'actions, des délits spécifiques ont été créés.

Émission d'actions. La loi prévoit une série d'irrégularités dont peuvent se rendre coupables le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, voire les directeurs généraux délégués (article L. 248-1) :

Article L. 242-17 du Code de commerce. I. Est puni d'une amende de 9 000 euros le fait (...) d'émettre, lors d'une augmentation de capital, des actions ou des coupures d'actions :

1° soit avant que le certificat du dépositaire ait été établi, ou le contrat de garantie prévu à l'article L. 225-145 signé ;

2° soit (...) sans que les formalités préalables à l'augmentation de capital aient été régulièrement accomplies.

II. Un emprisonnement d'un an peut, en outre, être prononcé, si les actions ou coupures d'actions sont émises sans que le capital antérieurement souscrit de la société ait été intégralement libéré, ou sans que les nouvelles actions d'apport aient été intégralement libérées antérieurement à l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés, ou encore, sans que les actions de numéraire nouvelles aient été libérées lors de la souscription d'un quart au moins de leur valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission.

III. Est puni des peines d'amende et d'emprisonnement prévues au I et au II le fait, pour les mêmes personnes, de ne pas maintenir les actions de numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération.

REMARQUES

- Ce délit n'est pas applicable aux actions régulièrement émises par conversion d'obligations convertibles à tout moment, ou par utilisation de bons de souscription, ni aux actions remises en paiement des dividendes.
- Les peines peuvent être doublées lorsqu'il s'agit de SA faisant publiquement appel à l'épargne.

Droit de souscription préférentiel. Pour protéger les droits des anciens actionnaires des nouveaux entrants, la loi leur accorde un droit préférentiel de souscription auquel les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel. L'assemblée qui décide de l'augmentation de capital peut le supprimer. La loi du 1^{er} août 2003 a abrogé l'essentiel du dispositif pénal existant dans ce domaine, le législateur considérant que la sanction résidant dans la nullité des décisions irrégulières est suffisante. Une incrimination subsiste néanmoins :

Article L. 242-20 du Code de commerce. Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 18 000 euros le fait, pour le président, les administrateurs ou les commissaires aux comptes d'une SA, de donner ou confirmer des indications inexacts dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires.

b) L'amortissement du capital social

Est puni le fait de procéder à l'amortissement alors que la totalité des actions à dividende prioritaire sans droit de vote n'ont pas été intégralement rachetées ou annulées (article L. 245-3, 4^o).

c) La réduction du capital social

L'article L. 242-23 du Code de commerce sanctionne de 9 000 euros d'amende les dirigeants qui, intentionnellement, auront procédé à une **réduction du capital social** :

- sans respecter l'égalité des actionnaires ;
- sans assurer la publicité de la décision de réduction du capital, au registre du commerce et des sociétés et dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.

L'article L. 245-3, 2^o du même code sanctionne quant à lui de six mois d'emprisonnement et de 6 000 euros d'amende les dirigeants « dont la société, en cas de réduction du capital non motivée par des pertes et réalisée selon les modalités prévues à l'article L. 225-207, ne rachète pas, en vue de leur annulation, les actions à dividende prioritaire sans droit de vote avant les actions ordinaires ».

d) De certaines opérations prohibées effectuées par une SA sur ses propres actions

L'article L. 242-24 du Code de commerce punit de 9 000 euros d'amende les dirigeants d'une SA qui auront procédé aux opérations prohibées suivantes :

- la souscription par une société de ses propres actions ;
- l'achat par une société de ses propres actions. Il est toutefois possible dans trois hypothèses : l'opération peut intervenir afin de réaliser une réduction du capital non motivée par des pertes ; l'acquisition en bourse d'actions devant être distribuées aux salariés dans le délai d'un an pour les faire participer aux fruits de l'expansion de l'entreprise ; l'acquisition de 10 % au plus des actions cotées en bourse, en vue de régulariser leur marché ;

- la prise en gage par une société de ses propres actions (sauf opérations courantes des entreprises de crédit) ;
- l'avance de fonds, prêts ou sûretés pour la souscription ou l'achat de ses propres actions par un tiers. L'opération n'est permise que pour les opérations courantes des entreprises de crédit ou pour l'acquisition par les salariés d'actions de la société ou de l'une de ses filiales.

2.2 Le contrôle de la gestion sociale

a) Le droit à l'information des porteurs de titres

Droit à l'information des actionnaires. La dépénalisation a touché le droit des actionnaires à l'information permanente sur la vie de la société et celui à l'information préalable à la tenue d'une assemblée. Seules subsistent les infractions concernant l'information au sujet des filiales et participations.

La loi punit d'un emprisonnement de deux ans et de 9 000 euros d'amende le fait pour un dirigeant de :

- ne pas faire mention dans le rapport annuel présenté aux associés sur les opérations de l'exercice, d'une prise de participation dans une société ayant son siège sur le territoire de la République française représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital ou des droits de vote aux assemblées générales de cette société ou de la prise de contrôle d'une telle société (C. com., art. L. 247-1, I, 1^o). Encourent les mêmes peines les commissaires aux comptes coupables, dans leur rapport, de cette omission (C. com., art. L. 247-1, III) ;
- ne pas, dans le même rapport, rendre compte de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales de la société et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité (C. com., art. L. 247-1, I, 2^o) ;
- ne pas annexer au bilan de la société le tableau prévu à l'article L. 233-15 et comportant les renseignements en vue de faire apparaître la situation desdites filiales et participations (C. com., art. L. 247-1, I, 3^o).

L'article L. 247-1, II du Code de commerce prévoit encore qu'est puni d'une amende de 9 000 euros le fait, pour les dirigeants des sociétés en contrôlant d'autres, visées à l'article L. 233-16, sous réserve des dérogations prévues à l'article L. 233-17, de ne pas établir et adresser aux actionnaires ou associés, dans les délais prévus par la loi, les comptes consolidés. Le tribunal peut en outre ordonner l'insertion du jugement dans un ou plusieurs journaux.

Enfin, une amende de 18 000 euros est prévue pour les dirigeants qui :

- se seront abstenus de procéder aux informations obligatoires du fait des participations que détient la société (articles L. 233-7 et L. 247-2, I) ou aux notifications auxquelles la société est tenue du fait des participations qu'elle détient dans la société qui la contrôle (articles L. 233-12 et L. 247-2, II) ;
- auront omis, dans le rapport aux actionnaires sur l'exercice, de mentionner l'identité des personnes détenant, directement ou indirectement, des participations significatives dans leur société, les modifications intervenues au cours de l'exercice, le nom des sociétés contrôlées et la part du capital de la société que ces sociétés détiennent (articles L. 233-13 et L. 247-2, III).

Les mêmes peines sont encourues par les **commissaires aux comptes** pour le défaut de ces dernières mentions dans leur rapport (article L. 247-2, IV).

REMARQUES

- Pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, la poursuite pénale suppose d'avoir demandé l'avis de l'Autorité des marchés financiers.
- L'auteur doit avoir agi intentionnellement.

Obligataires. Les obligataires ne reçoivent pas la documentation mais peuvent la consulter, en principe au siège. Ils ont le droit, quel que soit le moment, d'obtenir communication des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées générales de la masse à laquelle ils appartiennent. Pendant les quinze jours précédant l'assemblée, ils ont le droit d'obtenir communication du texte des résolutions qui seront proposées et des rapports qui seront présentés à l'assemblée générale. La violation de ces règles constitue une contravention punissable d'une amende de 1 500 euros.

b) Les infractions relatives aux assemblées

Convocation des actionnaires. Le président ou les administrateurs d'une SA qui *ne réunissent pas l'assemblée générale ordinaire dans les six mois de la clôture de l'exercice*, sauf prolongation autorisée par décision de justice, peuvent être punis d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 euros (article L. 242-10).

Convocation des obligataires. Constitue une contravention punie de 1 500 euros d'amende *l'inobservation de certaines formalités concernant l'avis de convocation* :

- l'insertion de l'avis dans un journal d'annonces légales et, si la société a fait publiquement appel à l'épargne, de sa publication au BALO. Si toutes les obligations sont nominatives, ces publications peuvent être remplacées par une convocation aux frais de la société par lettre simple ou recommandée adressée à chaque obligataire ;
- l'avis doit contenir certaines mentions comme l'indication de l'emprunt souscrit par les obligataires dont la masse est convoquée en assemblée.

Participation des actionnaires. Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 9 000 euros d'amende le fait *d'empêcher la participation d'un actionnaire à une assemblée, quel que soit le moyen utilisé* (exemple : débiter l'assemblée avant l'heure prévue) et même si l'assemblée n'a pris aucune décision. L'entrave doit être intentionnelle et implique une action. L'omission de convocation est, finalement, moins lourdement punie (voir *supra*). Quant à la participation frauduleuse à une assemblée, elle n'est plus punie en tant que telle, depuis la loi du 1^{er} août 2003.

Est puni de 3 750 euros d'amende, le fait, pour le président ou les administrateurs d'une SA, d'omettre l'annexion à la feuille de présence des pouvoirs donnés à chaque mandataire.

Participation des obligataires. Quant à la **composition des assemblées**, la loi en exclut certaines personnes à peine d'encourir une amende de 6 000 euros, voire de 18 000 euros accompagnée d'un emprisonnement de cinq ans si le délit a été commis frauduleusement en vue de priver certains obligataires d'une part des droits attachés à leurs titres. Sont exclus :

- certains **participants** : le président, les administrateurs, les directeurs généraux ou les gérants de sociétés détenant au moins 10 % du capital des sociétés débitrices à raison des obligations détenues par ces sociétés (C. com., art. L. 245-12, 2^o) ;

- certains **représentants** : le président, les administrateurs, les directeurs généraux, les gérants, les commissaires aux comptes, les membres du conseil de surveillance ou les employés de la société débitrice ou de la société garante de tout ou partie des engagements de la société débitrice ainsi que leurs ascendants, descendants ou conjoints. Ils ne peuvent non plus accepter d'être les représentants de la masse des obligataires (C. com., art. L. 245-12, 1^o).

Droit de vote. La **corruption**, active comme passive, d'actionnaire et d'obligataire correspond au fait « de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages » (C. com., art. L. 242-9, 3^o et L. 245-11, 2^o). L'infraction est réalisée quel que soit l'avantage recherché, même en l'absence de résultat. Ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 9 000 euros d'amende.

L'abus des voix est lui aussi interdit (voir *infra*, étude de l'abus de biens sociaux).

Constatation des décisions. Est puni le fait, pour le président, les administrateurs d'une SA ou le président de l'assemblée générale des obligataires *d'omettre le constat par procès-verbal des décisions de toute assemblée d'actionnaires ou d'obligataires*. Il doit mentionner notamment l'ordre du jour, le nombre d'actions participant au vote et le quorum atteint, les documents et rapports soumis à l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes (C. com., art. L. 242-15, 3^o et L. 245-13). Le procès-verbal d'une assemblée d'actionnaires doit être signé par les membres du bureau, le délit est alors puni de 3 750 euros d'amende, alors que celle-ci s'élève à 4 500 euros s'agissant des assemblées d'obligataires.

c) Le commissaire aux comptes

Protection du titre. Le droit pénal protège cette fonction par plusieurs incriminations comme l'usage du titre de commissaire aux comptes par quelqu'un qui n'aurait pas prêté serment ou l'exercice illégal de la profession (C. com., art. L. 820-5, 1^o : un an d'emprisonnement, 15 000 euros d'amende). Il sanctionne également l'exercice de la profession malgré l'existence d'une incompatibilité d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (C. com., art. L. 820-6).

Le commissaire aux comptes victime d'une infraction. La loi réprime l'obstacle au contrôle de la gestion opérée par le commissaire aux comptes, par les dirigeants sociaux. Pour cela, elle punit :

- le fait, pour tout dirigeant d'une entité tenue d'avoir un commissaire aux comptes, de ne pas en provoquer la désignation ou de ne pas le convoquer à toute assemblée générale, même non intentionnellement (C. com., art. L. 820-4, 1^o). La sanction est de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende ;
- le fait, pour tout dirigeant d'une personne morale tenue d'avoir un commissaire aux comptes, mais également toute personne au service d'une telle personne morale, de mettre obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes, ou de leur refuser la communication sur place (il peut donc refuser de les lui envoyer) de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission et, notamment, de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux (art. L. 820-4, 2^o). La sanction est de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Le commissaire aux comptes auteur d'une infraction. Les dispositions du Code pénal relatives au secret professionnel sont applicables aux commissaires aux comptes (C. com., art. L. 820-5). Il peut se rendre coupable de deux autres infractions, prévues à l'article L. 820-7 et punies d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros :

- le **délit d'informations mensongères**. Le commissaire aux comptes se doit, de par sa fonction, de donner des informations exactes sur la situation de la société. L'infraction est réalisée qu'il donne ou qu'il confirme des informations sur la situation de la société, qu'il sait être mensongères. Peu importe le destinataire de ces informations. Il s'agit d'un délit intentionnel mais il aura du mal à prouver son ignorance, puisque ce serait admettre qu'il n'a pas su découvrir ce que sa mission même lui commandait ;
- le **délit de non-révélation de faits délictueux**. La loi punit le commissaire aux comptes qui ne révèle pas au procureur de la République les faits délictueux dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Pour les connaître, il ne peut se contenter des informations fournies par les dirigeants sociaux mais il doit, notamment à l'occasion des contrôles et vérifications auxquelles il procède, les rechercher. Une difficulté pratique résulte pour le commissaire aux comptes du fait qu'il doit dénoncer les agissements litigieux même s'il en ignore la qualification pénale précise. En vertu de l'ordre de la loi, il doit alors rompre le secret professionnel auquel il est pourtant soumis.

REMARQUES

- Ce devoir ne s'étend pas aux experts-comptables (sinon, violation de secret professionnel).
- Le point de départ de la prescription est le jour où le commissaire aux comptes a connaissance des faits délictueux. Pour les juges, il doit être fixé, au plus tard, au jour de la certification des comptes par le commissaire aux comptes.

d) Le contrôle des dirigeants sociaux par la répression de l'abus de biens sociaux

Sous l'expression elliptique d'**abus de biens sociaux** se cachent deux délits, prohibant, en termes identiques pour les SARL et les SA (respectivement, C. com., art. L. 241-3, 4^o et 5^o, et art. L. 242-6, 3^o et 4^o) :

- « Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. »
- « Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. »

Sanctions. Ces délits, punis de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, exigent la réunion de plusieurs éléments constitutifs.

■ Les éléments communs aux deux infractions

Un usage contraire à l'intérêt social. L'intérêt social n'est pas défini par la loi. Comment savoir si un acte lui est contraire, d'autant que la prise de risque et l'aléa sont inhérents à l'activité économique ? Une distinction permet parfois d'éclairer le juge : si l'acte litigieux n'entre pas dans l'objet social, il est *a priori* suspect ; il faudra toutefois vérifier s'il est effectivement contraire à l'intérêt social. Dans l'hypothèse inverse, il n'y a pas de suspicion

a priori. L'acte pourra être considéré comme contraire à l'intérêt social s'il se traduit par une opération désavantageuse pour la société ou s'il l'expose à un risque inutile ou excessif.

La commission d'une infraction, dans le but d'obtenir un avantage pour la société, est-elle contraire à l'intérêt social ? La jurisprudence, après quelques hésitations, a fini par adopter la position suivante :

Cass. crim., 27 oct. 1997, arrêt *Carignon* : « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit (...) est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation. »

En toute hypothèse, il faut se placer au jour de la commission de l'acte pour déterminer s'il est ou non illicite ; l'autorisation préalable par les associés ou actionnaires, ou la ratification ultérieure de la gestion sociale ne produit aucun effet justificatif à l'égard des dirigeants de la société.

LE CAS DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

Un dirigeant social peut-il prélever des fonds dans la trésorerie de l'une des sociétés du groupe pour aider une autre société du même groupe ? La jurisprudence l'admet, sous plusieurs conditions :

(Crim. 4 février 1985) « Le concours financier apporté, par les dirigeants (...) d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés, directement ou indirectement, doit être dicté par un *intérêt économique, social ou financier commun*, apprécié au regard d'une *politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe*, et ne doit *ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge*. »

Mauvaise foi de l'agent. Elle doit exister au moment de l'acte. L'infraction suppose que l'agent ait su que l'acte litigieux était contraire à l'intérêt social, il ne peut se défendre en prétendant que son acte constitue une pratique habituelle dans le milieu des affaires. Souvent, l'élément intentionnel découlera de la seule constatation des éléments matériels. Il existe ainsi une sorte de présomption de mauvaise foi résultant de la qualité des dirigeants sociaux que ceux-ci auront du mal à renverser.

But poursuivi par l'agent : un intérêt personnel. L'auteur doit, d'après la loi, avoir agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement. La jurisprudence adopte une solution sévère puisqu'elle présume que l'usage des biens de la société a été réalisé pour satisfaire un intérêt personnel dès que la preuve qu'il l'a été dans l'intérêt de la société n'est pas rapportée (voir notamment Cass. crim. 24 sept. 2008, Bull. crim. n° 196).

Cet intérêt peut être **matériel** (paiement de dépenses personnelles, versement de rémunérations excessives...) ou simplement **moral** (sauvegarde de la réputation familiale, souci de se ménager des appuis ou des relations...). Il n'est pas constitué par une gestion seulement contestable, mais la jurisprudence présume l'intérêt personnel en cas de prélèvements

occultes sur les fonds sociaux. Pour se défendre, le dirigeant devra prouver que les fonds ont été utilisés dans le seul intérêt de la société.

■ *L'élément matériel propre à chacun des deux délits*

L'abus des biens ou du crédit de la société. Il se décompose en :

- un **usage abusif** : il peut consister en un acte de disposition mais aussi en un détournement ou en un simple acte d'administration, c'est-à-dire de gestion courante. En principe, une abstention ne devrait pas suffire, sauf si elle constitue un abus de pouvoir ;
- des **biens** (tout l'actif de la société) ou du **crédit** (capacité à emprunter de la société).

L'abus des pouvoirs ou des voix. Les pouvoirs visés correspondent à tous les **droits** ou les **statuts** accordés par la loi aux dirigeants sociaux. L'abus des pouvoirs s'accompagne souvent d'un abus des biens ou le précédera. L'abus des voix permet de protéger les actionnaires en empêchant que, par la méthode des procurations en blanc remises par les actionnaires aux mandataires sociaux, ceux-ci n'en abusent. Le délit existe même si la machination n'a pas modifié le vote.

■ *La mise en œuvre de la répression*

Particularités. La tentative d'abus de bien social n'est pas punissable. Ensuite, la loi indique plusieurs auteurs potentiels (voir *supra*), mais le dirigeant de fait peut lui aussi se rendre coupable du délit. Enfin, toute personne ayant participé à la commission de l'infraction peut être poursuivie comme complice dans les conditions de droit commun. Celui qui en a profité sciemment, qui détient ou transmet un bien provenant du délit, peut l'être pour recel d'abus de biens sociaux.

Victime habilitée à se constituer partie civile. La Cour de cassation considère que le délit tend exclusivement à la protection de la société et écarte les constitutions de partie civile émanant de toute autre catégorie de demandeurs. En principe, elle est exercée par les représentants légaux de la société ou un directeur spécialement habilité. Les associés et actionnaires peuvent également agir au nom de la société, de manière individuelle ou en se regroupant. Ils ne peuvent exercer une action en leur nom propre que s'ils démontrent un préjudice personnel distinct de celui subi par la société, circonstance rarement admise par la jurisprudence. En effet, elle décide désormais que la dévalorisation des titres de la société découlant des agissements fautifs de ses dirigeants n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société elle-même et non à chaque associé.

Prescription de l'action publique. En principe, un délit se prescrit par trois ans, à compter du jour de commission de l'infraction, ici, le jour de l'abus. Si les actes se renouvellent, la prescription ne court qu'à compter du dernier de ces actes. Par exemple, le délit se renouvelle à chaque paiement de salaire indu. Cependant, la jurisprudence, hostile à la prescription de l'action publique a, pour les infractions clandestines comme l'abus de biens sociaux, décidé de repousser le point de départ du délai. En effet, les dirigeants peuvent dissimuler leurs agissements grâce à leurs fonctions.

Les juges avaient initialement opté pour une quasi-imprescriptibilité en décidant que le point de départ de la prescription devait être fixé au jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, position sévère réajustée en 1999 : le jour où l'infraction est apparue est, sauf dissimulation, le jour de la présentation des comptes annuels aux associés.

Désormais, la difficulté est donc de savoir s'il y a eu ou non dissimulation. La jurisprudence abonde. Elle a pu décider par exemple que :

- le point de départ n'est pas reporté si la présentation des comptes a permis aux associés de connaître, non le détail des malversations, mais son principe même ;
- des comptes réguliers mais non explicites peuvent être entachés de dissimulation ;
- il y a dissimulation lorsque certaines dépenses ne sont pas comptabilisées et que d'autres sont dissimulées par interposition d'une autre société.

Le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation du droit des affaires présidé par M. Coulon recommande de mettre un terme à cette jurisprudence, qui va à l'encontre de la loi. Il propose de fixer la date de la commission de l'infraction comme point de départ intangible de la prescription. Cette modification s'assortirait d'un allongement généralisé des délais de prescription (15 ans pour les crimes, 7 ans pour les délits punis d'une peine au moins égale à trois d'emprisonnement et 5 ans pour les autres délits).

e) Le contrôle des dirigeants sociaux par la répression de la répartition de dividendes fictifs

Incrimination et sanctions. La loi sanctionne la distribution de prétendus dividendes par les dirigeants d'une société alors que les bénéfices sont fictifs, donc au mépris des droits des créanciers. La sanction prévue est de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. Plusieurs éléments constitutifs doivent être réunis.

Absence d'inventaire ou inventaire frauduleux. Ce dernier se matérialise par une majoration de l'actif ou par une minoration de l'actif.

Répartition de dividendes. La répartition consiste non pas à avoir distribué les dividendes, mais à les avoir mis à disposition des actionnaires par une décision ouvrant à leur profit un droit privatif. Cette décision marque le point de départ du délai de prescription, même si les actionnaires ne perçoivent les dividendes que plus tard.

Dividendes fictifs. Les dividendes sont considérés comme répartis fictivement dès lors qu'il n'y avait pas de bénéfice réel à distribuer. Ils sont alors prélevés sur le capital social ou sur les réserves. Le prélèvement sur le capital social, sur la réserve légale et même sur la réserve statutaire tombe sous le coup de l'incrimination. Que se passe-t-il si le prélèvement est effectué sur la réserve libre ? Pour ne pas faire croire aux tiers que la société a réalisé des bénéfices, ce prélèvement est possible à condition de les en avertir en indiquant expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués.

Le bénéfice réel est un bénéfice réalisé, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être futur, ni indisponible. En revanche il n'a pas à être liquide.

Élément moral. Le prévenu doit avoir agi volontairement et en connaissance de cause. Mais les juges déduiront souvent des circonstances l'intention de l'auteur (nature de ses fonctions, nombre et gravité des fraudes...).

REMARQUE

Si seul un dirigeant, de fait ou de droit, peut en être l'auteur, rien n'empêche de réprimer le complice.

f) Les infractions relatives aux comptes sociaux ou le refus de transparence

■ *Inventaire, comptes annuels et rapport de gestion*

La loi oblige les dirigeants sociaux, pour chaque exercice, à *dresser l'inventaire, établir des comptes annuels et un rapport de gestion* sous peine d'une amende de 9 000 euros (C. com., art L. 241-4, 1^o pour les SARL, L. 248-8 pour les SA et les SAS).

■ *Approbation des comptes par les associés*

Les dirigeants doivent soumettre les comptes et le rapport de gestion à *l'approbation des associés*, lors de l'assemblée générale ordinaire (art. L. 242-10 pour les SA, L. 241-5 pour les SARL). La peine encourue est de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 9 000 euros.

■ *Présentation ou publication de comptes annuels inexacts*

Incrimination. La loi (art. L. 241-3, 3^o pour les SARL, L. 242-6, 2^o pour les SA, L. 243-1 pour les gérants des sociétés en commandites par action et L. 246-2 pour les dirigeants de fait de ces sociétés) punit le fait, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter ou de publier aux associés ou aux actionnaires « des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société ».

Sanctions. La peine prévue est de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.

Premier élément matériel : la présentation ou la publication des comptes. La « présentation » correspond à la communication des comptes à l'assemblée générale des actionnaires ou à leur mise à disposition des actionnaires au siège social, ou à leur envoi aux actionnaires avant l'assemblée, dans la quinzaine précédant l'assemblée générale d'approbation des comptes.

La « publication » s'entend très largement de tout procédé portant le fait à la connaissance des tiers. La communication écrite, comme orale, doit être collective. La présentation ou la publication marquent, en principe, le point de départ de la prescription, repoussé par la jurisprudence au jour où le délit a pu être constaté en cas de dissimulation.

Second élément matériel : des comptes annuels inexacts. En raison d'imprévisibles fluctuations, le bilan ne peut jamais être exact. Le droit pénal ne s'intéresse qu'au bilan inexact volontairement. Le mensonge peut par exemple prendre la forme d'une omission, d'une erreur dans les écritures, d'un classement irrégulier ou encore d'une inexactitude dans l'évaluation, hypothèse la plus courante.

Élément moral. Est requise l'intention classique (action volontaire et en connaissance de cause) mais aussi la recherche d'un but par l'auteur : la dissimulation de la véritable situation de la société.

3. Les infractions liées à la fin de la société

3.1 La perte de la moitié du capital social

Lorsque, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les dirigeants sociaux doivent :

- consulter les associés (en convoquant, pour les SA, l'assemblée générale extraordinaire) sur la dissolution anticipée de la société. Ils doivent le faire dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître ces pertes ;

- faire connaître la décision adoptée. Pour cela ils doivent la déposer au greffe du tribunal de commerce, l'inscrire au registre du commerce et des sociétés et la publier dans un journal d'annonces légales.

L'omission (intentionnelle) de l'une ou l'autre de ces obligations est punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 4 500 euros.

3.2 La liquidation de la société

En plus de prévoir des incriminations concernant la désignation et le rôle des liquidateurs, la loi punit d'une amende de 1 500 euros (contravention de 5^e classe) le fait d'omettre la mention « société en liquidation » sur tous les actes et documents émanant de la société et à destination des tiers.

a) La désignation du liquidateur

Interdictions :

- ne peuvent être nommées à ce poste les personnes auxquelles l'exercice des fonctions de directeur général, d'administrateur, de gérant de la société, de membre du conseil de directoire ou du conseil de surveillance est interdit, ou qui sont déchues du droit d'exercer ces fonctions ;
- la personne condamnée pour exercice illégal des fonctions de liquidateur ne peut ensuite être employée par la société dans laquelle elle a exercé les fonctions prohibées. Si l'employeur a eu connaissance de cette interdiction, il sera frappé des mêmes peines que le délinquant ;
- la sanction est de deux ans d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende.

Publicité :

- le liquidateur doit publier, dans le délai d'un mois à partir de sa nomination dans un journal d'annonces légales dans le département du siège social, l'acte le nommant liquidateur. Le délit est puni de six mois d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende ;
- le nom du ou des liquidateurs doit figurer sur les actes et documents émanant de la société et à destination des tiers. Cette contravention de cinquième classe est punie d'une amende de 1 500 euros.

b) Les opérations de liquidation

Infractions d'omission. Tout d'abord, le liquidateur doit convoquer les associés, en fin de liquidation, pour statuer sur le compte définitif, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat, et pour constater la clôture de la liquidation. Il doit également, en cas de non-approbation des comptes, déposer ceux-ci au greffe du tribunal et demander leur approbation en justice.

Il doit *en outre*, dans le délai d'un mois de sa nomination, déposer au registre du commerce et des sociétés les décisions prononçant la dissolution.

Les deux délits, intentionnels, sont punis de six mois d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende.

Enfin, en cas de liquidation demandée en justice, dans les conditions posées par les articles L. 237-14 à L. 237-31, encourt un emprisonnement de six mois et 9 000 euros d'amende, le liquidateur qui, intentionnellement, n'a pas :

- présenté dans les six mois de sa nomination, un rapport sur la situation active et passive, sur la poursuite des opérations de liquidation, ni sollicité les autorisations nécessaires pour les terminer ;

- établi les comptes annuels au vu de l'inventaire et un rapport écrit dans lequel il rend compte des opérations de liquidation au cours de l'exercice écoulé, dans les trois mois de la clôture de chaque exercice ;
- déposé à un compte ouvert dans un établissement de crédit au nom de la société en liquidation, dans le délai de quinze jours à compter de la décision de répartition, les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers, ou déposé à la Caisse des dépôts et consignations, dans le délai d'un an à compter de la clôture de la liquidation, les sommes attribuées à des créanciers ou à des associés et non réclamées par eux.

Infractions de commission. Des peines plus sévères (cinq ans d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende) sont prévues à l'encontre du liquidateur qui commet un **abus de biens sociaux** (voir *supra*) ou une **cession d'actif, totale ou partielle, interdite**. Elle l'est (interdite) dans deux hypothèses :

- lorsqu'elle a lieu, sauf consentement unanime des associés, au profit d'une personne ayant eu dans cette société la qualité d'associé en nom, de commandité, de gérant, d'administrateur, de directeur général, de membre du conseil de surveillance, de membre du directoire, de commissaire aux comptes ou de contrôleur, sans autorisation du tribunal de commerce, le liquidateur et, s'il en existe, le commissaire aux comptes ou le contrôleur n'ayant pas été entendus ;
- lorsqu'elle a lieu au profit du liquidateur ou de ses employés, ou de leurs conjoint, ascendants ou descendants.

FICHE 3

LES INFRACTIONS PÉRIPHÉRIQUES

À côté des infractions propres au droit des sociétés existent des incriminations non spécifiques qui peuvent concerner le monde des affaires.

L'abus de confiance. Ainsi, l'abus de biens sociaux n'est qu'une variante de l'abus de confiance, incrimination matricielle destinée à sanctionner les détournements frauduleux. Nécessitant, outre l'intention, le détournement d'un bien remis à charge de le restituer ou d'en faire un usage déterminé, le délit est réprimé par trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende (C. pénal, art. 314-1). La qualification d'abus de biens sociaux, incrimination spéciale, doit lui être préférée lorsque toutes ses conditions sont remplies. À côté des détournements, le législateur protège des tromperies.

Les tromperies. L'escroquerie en est l'exemple type. L'article 313-1 du Code pénal interdit de tromper une personne par certains moyens et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre un bien, à fournir un service ou à consentir un acte. Le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. L'intention est exigée pour entrer en voie de condamnation. La multiplicité des éléments matériels classe ce délit parmi les infractions complexes, qui ne sont constituées qu'une fois tous les éléments réalisés. La date de commission de l'infraction ne correspond donc pas au jour des manœuvres mais à celui de la remise. La partie poursuivante doit établir l'acte de tromperie, le Code pénal précisant les comportements auxquels il peut correspondre : usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, abus d'une qualité vraie ou, plus largement, emploi de manœuvres frauduleuses.

Les juridictions répressives ont ainsi sanctionné l'emploi de la fausse qualité de chômeur ou l'abus de la qualité – vraie – de maire ou d'avocat. En revanche, elles refusent de punir, au titre des « manœuvres frauduleuses », les seules allégations mensongères, exigeant qu'elles s'insèrent dans un processus plus élaboré. Le mensonge peut être sanctionné au titre de l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, mais il n'emporte condamnation que s'il a déterminé la remise. En effet, il faut encore prouver les autres éléments constitutifs de l'infraction : une remise, dont l'objet est entendu largement, son caractère préjudiciable et le caractère déterminant de l'acte de tromperie.

Parfois, les manœuvres frauduleuses consistent en la falsification d'un document. L'auteur commet alors en même temps une escroquerie et un faux en écritures (C. pénal, art. 441-1 et s.). Délit, voire crime s'il s'agit d'un faux en écritures publiques ou authentiques, et que l'auteur est un dépositaire de l'autorité publique, l'infraction est lourdement sanctionnée parce qu'elle porte atteinte à la confiance publique. Si l'altération de la vérité a été commise afin de tromper

quelqu'un et d'obtenir la remise d'un bien, les magistrats, confrontés à un concours idéal d'infractions, choisiront la qualification qui correspond le mieux aux agissements concernés : l'escroquerie, qui prend en compte les moyens utilisés mais aussi le but poursuivi par l'auteur des faits.

Enfin, l'exigence de manœuvres permet de distinguer l'escroquerie de la corruption, qui tend au même but, mais sans tromperie. La corruption, passive ou active (C. pénal, art. 432-11 et 433-1) porte, comme le faux, atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation et est donc sévèrement punie – de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende, principalement selon la qualité de la personne à corrompre.

Les infractions de conséquence. En fin de chaîne délictueuse, le législateur réprime des infractions dites « de conséquence », suites logiques d'une infraction préalable. Sont ainsi prohibés le recel et le blanchiment.

Le premier est un délit, puni – sans cause d'aggravation – de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Il suppose qu'un crime ou un délit ait préalablement été commis et qu'une personne détienne ou profite du produit de celui-ci, en en connaissant l'origine frauduleuse (C. pénal, art. 321-1).

Le blanchiment est « le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit » (C. pénal, art. 324-1). Ce délit est puni comme le recel, sous la même réserve.

Les deux infractions sont susceptibles d'embrasser de nombreux comportements, principalement le blanchiment, qui n'impose pas la recherche d'un profit par son auteur. Intentionnelles, elles supposent la connaissance de l'origine délictueuse des biens concernés. Mais la jurisprudence adopte une position sévère en la matière, estimant que la qualité de professionnel fait présumer cette connaissance. Encore plus sévèrement, et à la différence de la solution adoptée en matière de recel, la Cour de cassation décide que l'auteur de l'infraction principale peut, en outre, se rendre coupable de blanchiment en cherchant à dissimuler ses agissements, l'exposant à une double condamnation (Cass. crim. 14 janvier 2004, Bull. crim. n° 12).

10. ÉTUDE DE CAS

Abus de biens sociaux

11. VRAI/FAUX

Droit pénal général, procédure pénale, infractions spécifiques et infractions classiques

N° 10 : ÉTUDE DE CAS**Abus de biens sociaux**

M. Noël a créé avec un ami d'enfance une SARL spécialisée dans la réparation d'appareils électroménagers, qu'il gère seul. Son associé ne s'intéresse en effet que très peu à cette activité, lui préférant les randonnées et autres activités de plein air. Régulièrement verbalisé pour des infractions au Code de la route, M. Noël fait payer ses amendes par l'entreprise, qui règle également ses factures d'essence personnelles et, parfois, ses locations de vacances.

Sur dénonciation d'un ancien salarié – M. Bertrand – une enquête est ouverte par la police au sujet de ces paiements. M. Bertrand, estimant avoir été victime des agissements de M. Noël, envisage de se constituer partie civile devant le tribunal correctionnel. En effet, il a subi un licenciement économique car l'entreprise a perdu de nombreux clients après la découverte du comportement peu scrupuleux de son dirigeant.

M. Léon, expert-comptable, travaille pour l'entreprise une journée par semaine. Craignant de perdre son emploi, il a passé en écriture les éléments litigieux, sans les redresser.

Chacun d'entre eux s'interroge sur les éventuelles suites pénales à donner respectivement aux points les concernant.

QUESTIONS

1. Un abus de biens sociaux peut-il être retenu à l'encontre de M. Noël ?
2. Le souhait de M. Bertrand de se constituer partie civile peut-il prospérer ?
3. Que risque pénalement M. Léon ? Est-il lui-même coupable du délit d'abus de biens sociaux ? La crainte de perdre son emploi pouvait-elle justifier son attitude ?

N° 11 : VRAI/FAUX**Droit pénal général, procédure pénale, infractions spécifiques et infractions classiques**

Affirmations		Vrai	Faux
1)	La personne qui apporte son aide à l'auteur d'une infraction après la commission de celle-ci peut être poursuivie comme complice.		
2)	Commets un abus de biens sociaux celui qui utilise par erreur la carte bancaire de l'entreprise au lieu de la sienne pour régler une dépense personnelle.		
3)	Le salarié qui commet une infraction à la demande de son supérieur hiérarchique bénéficie d'une exonération de sa responsabilité.		
4)	Pour le délit d'escroquerie, la prescription de l'action publique court à compter de la date de remise des fonds même si les manœuvres frauduleuses sont antérieures.		
5)	Pour le délit de recel, la prescription de l'action publique court à compter du jour où le receleur entre en possession du produit de l'infraction.		
6)	La personne qui essaie de détourner des fonds mais qui échoue parce que le compte à débiter n'est pas provisionné peut être poursuivie pénalement.		
7)	Les manœuvres frauduleuses constitutives d'une escroquerie peuvent consister en un simple mensonge.		
8)	La perquisition réalisée dans le bureau du chef d'entreprise peut être régulière malgré l'absence de mandat du juge d'instruction.		
9)	Seule la nullité du contrat souscrit est encourue en cas de démarchage bancaire, si son auteur est dépourvu d'assurance professionnelle.		
10)	L'actionnaire d'une SA, dénoncé par plusieurs personnes identifiées pour avoir voté dans un sens lors d'une assemblée en échange d'un avantage personnel, ne peut être entendu comme témoin par le juge d'instruction.		
11)	Dans l'acte constituant la SARL, la non-déclaration de la répartition des parts sociales est un délit.		
12)	L'actionnaire qui voit la valeur du titre chuter à la suite d'une infraction commise par les dirigeants de la société concernée peut se constituer partie civile en réparation du préjudice personnel qu'il subit.		
13)	Une société peut être poursuivie pour abus de biens sociaux en même temps que le dirigeant qui s'en est rendu directement coupable.		
14)	Le procureur peut décider de classer sans suite l'affaire dans laquelle il est prouvé que le président d'une SA a réuni l'assemblée générale ordinaire plus de six mois après la clôture de l'exercice.		
15)	L'épouse du dirigeant social qui l'accompagne à l'occasion de certains déplacements, aux frais de la société, peut être poursuivie pénalement.		
16)	Le fait d'exercer la profession de commissaire aux comptes malgré une mesure de suspension temporaire est un délit.		





Affirmations		Vrai	Faux
17)	Le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables peut se constituer partie civile devant les tribunaux répressifs contre la personne suspectée d'avoir exercé illégalement la profession d'expert-comptable.		
18)	L'expert-comptable doit révéler au procureur de la République tous les faits délictueux dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions.		
19)	Le commissaire aux comptes qui délivre intentionnellement des informations mensongères sur la situation de la société pour laquelle il intervient peut se voir proposer une composition pénale par le procureur de la République.		
20)	Le délit de répartition de dividendes fictifs est commis au jour où les actionnaires perçoivent ces dividendes.		

4

CHAPITRE

Les relations de l'entreprise avec l'administration fiscale

SECTION 1 Les relations non contentieuses entre l'entreprise et l'administration fiscale

SECTION 2 Les recours de l'entreprise contribuable contre l'administration fiscale

FICHE • APPLICATIONS

L'entreprise contribuable. L'entreprise est non seulement un acteur économique de premier plan mais également un contribuable important. Ainsi le seul impôt sur les sociétés représente près de 15 % des recettes de l'État, sans compter les entreprises assujetties à l'impôt sur le revenu.

Il sera distingué entre les relations non contentieuses (rescrit fiscal, contrôle fiscal...) et les relations contentieuses avec l'administration fiscale.

SECTION 1

LES RELATIONS NON CONTENTIEUSES ENTRE L'ENTREPRISE ET L'ADMINISTRATION FISCALE

On évoquera deux phases des relations entreprise / administration fiscale : la phase de coopération et la phase de contrôle.

1. Les outils de coopération entre l'entreprise et l'administration fiscale

Il n'est pas toujours évident de parler de coopération entre l'administration fiscale et l'entreprise, tant la première est parfois perçue comme un adversaire plutôt qu'un partenaire. Pourtant, la législation contemporaine a considérablement développé les outils de coopération entre l'administration fiscale et le contribuable.

1.1 L'agrément fiscal

Définition. L'agrément fiscal est une décision administrative sollicitée par le contribuable qui autorise l'application d'un régime fiscal particulier pour la réalisation d'opérations déterminées. Les situations concernées et les conditions d'octroi de l'agrément sont prévues par la loi. Instrument original à la disposition des pouvoirs publics, l'agrément fiscal permet de favoriser la réalisation d'opérations jugées prioritaires, tout en conciliant le caractère nécessairement général des dispositions législatives en matière fiscale et le souci de tenir compte de la diversité, de la complexité des situations particulières et de leurs enjeux. Il offre une sécurité fiscale aux agents économiques qui en bénéficient. On dénombre plusieurs

dizaines de procédures gérées soit au niveau central, soit dans les services territoriaux (généralement les directions régionales des impôts).

Diversité. L'État a mis en place dans le cadre de sa politique d'aménagement du territoire différentes zones où s'appliquent des dispositifs différenciés d'aides fiscales à raison d'opérations économiques particulières (créations d'entreprises, extension, décentralisation, reprise d'activités en difficulté), conditionnés à la réalisation d'investissements et à la création ou au maintien d'emplois. Les procédures en cause sont largement déconcentrées.

Des agréments sont accordés sous certaines conditions pour faciliter les restructurations d'entreprises (regroupement, filialisation, scission) pour les rendre plus compétitives et plus efficaces.

Des agréments autorisent la défiscalisation des investissements réalisés dans des zones particulières pour aider les exploitants à compenser les handicaps de ces régions. D'autres autorisent la déduction de l'amortissement de certains biens donnés en location par des sociétés de personnes et assimilées, compte tenu de l'intérêt économique et social que présentent la réalisation et l'exploitation des investissements en cause. Une trentaine de procédure d'agrément coexistent aujourd'hui.

Article 44 septies du CGI (extraits) – Agrément fiscal pour reprise d'entreprise en difficulté. Sur agrément du ministre chargé du budget, le bénéfice exonéré en application du I est plafonné, pour les entreprises créées dans les zones éligibles à la prime d'aménagement du territoire classées pour les projets industriels, à 28 % du montant des coûts éligibles définis au 2. Ce plafond est porté à 42 % des coûts éligibles pour les entreprises créées dans les zones éligibles à la prime d'aménagement du territoire classées pour les projets industriels à taux normal, et à 56 % des coûts éligibles pour les entreprises créées dans les zones éligibles à la prime d'aménagement du territoire classées pour les projets industriels à taux majoré. Ces zones sont définies par décret.

Régime. L'agrément suppose en principe que le contribuable fasse une demande sur un formulaire fourni à cet effet par l'administration. L'agrément est déposé à la Direction des finances publiques du ministère du Budget. C'est le ministre du Budget qui accorde ou refuse l'agrément mais il délègue souvent cette compétence aux directeurs des services fiscaux CGI, art. 1649 nonies).

La décision de l'administration est susceptible de recours.

La jurisprudence administrative distingue de ce point de vue deux types d'agrément : l'agrément de droit qui consiste pour l'administration en une simple vérification que les conditions posées par la loi sont réunies et l'agrément « discrétionnaire » qui relève d'un pouvoir plus étendu de l'administration. Le refus d'un agrément de droit doit être motivé ; la motivation n'est pas exigée dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Une fois obtenu, l'agrément peut être retiré si le contribuable l'ayant obtenu ne remplit plus les conditions ou ne respecte pas les engagements l'ayant conditionné. De plus, si le contribuable se rend coupable de fraude fiscale, il peut être déchu de l'agrément.

1.2 Le rescrit fiscal

Validation préalable. Le rescrit est une prise de position formelle de l'administration sur une situation de fait au regard d'un texte fiscal. Cette procédure concerne tous les usagers : particuliers, entreprises, collectivités locales...

Cette procédure permet d'obtenir une validation de la DGFIP sur les conséquences fiscales d'une situation donnée. Par exemple, une entreprise peut demander à l'administration de se prononcer sur la possibilité d'une déduction supplémentaire du BIC.

Lorsque l'administration a formellement pris position sur la situation, elle ne peut procéder à aucune imposition supplémentaire qui serait fondée sur une appréciation différente de cette situation.

Conditions. Cette garantie s'applique dès lors que le contribuable s'est conformé à la solution retenue par l'administration, qu'il est de bonne foi et que sa situation est exactement identique à celle sur laquelle l'administration avait pris position.

La demande de rescrit s'applique à tous les impôts, droits et taxes figurant dans le code général des impôts. Elle ne s'applique pas aux procédures de contrôle, ni aux obligations comptables et aux pénalités.

Autres formes. En complément de ce dispositif général, il existe d'autres dispositifs de rescrits spécifiques à certains régimes ou opérations particuliers :

- la loi a ainsi créé un dispositif d'accord tacite pour certains régimes fiscaux spéciaux (amortissements exceptionnels, allègement d'impôt sur les bénéfices prévu en faveur des entreprises nouvelles, crédit d'impôt recherche, reconnaissance du statut d'intérêt général d'organismes recevant des dons, jeunes entreprises innovantes, entreprises implantées dans un pôle de compétitivité, établissements stables). Ces procédures permettent de s'assurer auprès de l'administration fiscale que l'entreprise remplit les conditions légales pour bénéficier de ces régimes ;
- par ailleurs, dans le cadre de la transmission de biens professionnels par donation, l'administration, peut, par le biais du rescrit valeur, s'engager sur la valeur de ces biens ;

Article 18 LPF – Rescrit fiscal en matière de donation d'entreprise

I. – Il ne peut être fait application de l'article L. 17 [NDA : droit de rectification de l'administration fiscale] lorsqu'un redevable envisage la donation de tout ou partie de son entreprise individuelle ou des titres de la société dans laquelle il exerce des fonctions de direction, à l'exclusion des titres de sociétés mentionnés à l'article 885 O quater du code général des impôts, si les conditions suivantes sont remplies :

1° Le donateur de bonne foi a, préalablement à la donation, consulté par écrit l'administration sur la valeur vénale à laquelle il estime son entreprise ;

2° Le donateur a fourni à l'administration tous les éléments utiles pour apprécier la valeur vénale du bien dans le cadre de l'opération de donation envisagée ;

3° Le donateur a, dans un délai de trois mois suivant la réponse de l'administration, réalisé la donation sur la base de la valeur vénale expressément acceptée par celle-ci.

II. – L'administration dispose d'un délai de six mois pour se prononcer sur la demande mentionnée au 1° du I.

- enfin, il est également possible de consulter l'administration, avant la conclusion d'un contrat ou d'une convention, afin qu'elle se prononce sur la portée véritable de cette opération. À défaut de réponse dans un délai de six mois, celle-ci ne sera pas susceptible d'être remise en cause par l'administration par le biais de la procédure d'abus de droit. Voir Fiche 4 modèle de « rescrit abus de droit » en fin de chapitre.

**UN EXEMPLE DE RESCRIPT FISCAL :
CARACTÈRE AMORTISSABLE OU NON AMORTISSABLE DES AMÉNAGEMENTS
APPORTÉS À UN TERRAIN DE GOLF (RES 2007/56 FE)****Question**

Les travaux de terrassement et d'aménagement d'un terrain de golf peuvent-ils être assimilés à des travaux de construction et, par voie de conséquence, être amortis ?

Réponse

Il est rappelé que les biens amortissables sont, d'une manière générale, les éléments de l'actif immobilisé qui sont soumis à dépréciation du fait de l'usage et du temps.

Les terrains n'étant, par nature, susceptibles d'aucune diminution de valeur par l'effet du temps, ils ne peuvent faire l'objet d'aucun amortissement.

L'application de ces principes aux aménagements apportés à un terrain de golf appelle les précisions suivantes :

- s'agissant des travaux de terrassement et d'aménagement entrepris pour modifier la conformation du sol et permettre la pratique du golf, ces travaux ne peuvent être assimilés à des travaux de construction dès lors qu'ils apportent une amélioration permanente au terrain. Par conséquent, les dépenses engagées à l'occasion de ces travaux constituent un élément du prix de revient des sols qui ne peut être amorti ;
- s'agissant, en revanche, des dépenses liées à l'engazonnement et des dépenses relatives à la pépinière gazon, ces dépenses constituent a priori des dépenses d'acquisition d'immobilisations qui se déprécient du fait de l'usage et du temps et qui peuvent donc être amorties.

2. Les outils de contrôle de l'administration fiscale sur l'entreprise

Déclaration et contrôles. Dans le système fiscal français, l'impôt est assis, en règle générale, sur des bases d'imposition déclarées par les redevables eux-mêmes.

Les actes ou déclarations déposés par les contribuables bénéficient d'une présomption d'exactitude et de sincérité, et les insuffisances, inexactitudes ou omissions relevées dans ces documents sont présumées être commises de bonne foi.

L'administration dispose de méthodes d'intervention permettant d'examiner les déclarations, de réunir les éléments d'information indispensables pour confronter ces dernières à la réalité des faits et enfin de procéder, le cas échéant, au redressement des bases d'impositions. L'ensemble de ces activités constitue le contrôle fiscal.

Ce que l'on nomme communément le « contrôle fiscal » est une réalité à plusieurs visages. Non seulement les types de contrôle sont variés, mais les procédures de rectification sont également diversifiées.

Compte tenu de la complexité de certaines procédures et du cadre très général de cet ouvrage, une vue d'ensemble sera privilégiée.

2.1 Les différents types de contrôle

a) Modalités de contrôle et moyens à disposition de l'administration fiscale

En vue de procéder aux contrôles qu'elle juge nécessaire sur la situation de l'entreprise contribuable, l'administration fiscale dispose de plusieurs moyens qui sont pour certains des modalités de contrôle à proprement parler.

■ *Demandes de renseignements de l'administration au contribuable*

Description. C'est le point de départ logique : l'administration peut demander à l'entreprise des renseignements spécifiques sur les éléments déclarés si elle vient à constater des discordances ou inexactitudes flagrantes.

L'administration peut également demander à l'entreprise contribuable de fournir des éléments de preuve (justificatifs) de la situation déclarée, notamment concernant les charges retranchées du revenu net global ou bien ouvrant droit à des réductions d'impôt.

Il doit être répondu par le contribuable à ces demandes d'éclaircissement :

Art. 16 A Livre des procédures fiscales. Les demandes d'éclaircissements et de justifications fixent au contribuable un délai de réponse qui ne peut être inférieur à deux mois.

Lorsque le contribuable a répondu de façon insuffisante aux demandes d'éclaircissements ou de justifications, l'administration lui adresse une mise en demeure d'avoir à compléter sa réponse dans un délai de trente jours en précisant les compléments de réponse qu'elle souhaite.

■ *Le droit de communication de l'administration*

Transmission obligatoires d'information. Les agents de l'administration fiscale ont le droit d'obtenir de la part de certains professionnels et organismes des renseignements qu'ils détiennent concernant la situation de l'entreprise contribuable.

Cette obligation pèse sur :

- les personnes physiques ou morales ayant le statut de commerçant, et astreintes à la tenue d'une comptabilité commerciale ; ce droit comprend l'accès à tous les documents comptables (livre journal, grand livre, inventaire...), le registre de transfert des actions, les feuilles de présence aux AG... ;
- certaines professions non commerciales, notamment avocats, agents commerciaux, courtiers et agents d'assurance, commissaires aux comptes, huissiers, etc., qui sont tenues de communiquer le montant des versements effectués par le contribuable. Afin de concilier cette obligation avec le respect du secret professionnel, la nature des prestations effectuées pour le compte du contribuable n'a pas à être révélée ;
- les professions agricoles ;
- les organismes financiers (banques) ;
- les organismes de sécurité sociale ;
- les tribunaux ;
- et de manière générale, toutes les administrations publiques.

Le droit de communication est exercé à la demande de l'administration et n'est pas véritablement formalisé notamment du point de vue des modalités de délivrance des documents (consultation sur place, envoi...).

Les personnes assujetties au droit de communication de l'administration sont tenues, sous peine de sanctions, de conserver les documents dont la communication peut être demandée, pendant une durée de six années, durée inférieure au délai légal de conservation des documents comptables par les entreprises commerciales (10 ans).

■ *L'examen de la situation fiscale personnelle (ESFP)*

Vérification d'exactitude. Cette modalité de vérification est un peu hors propos dans cet ouvrage, car elle concerne non seulement des personnes physiques, mais le plus souvent des particuliers n'exploitant pas d'entreprise. Il arrive toutefois que l'ESFP touche des associés ou dirigeants en complément d'une vérification de comptabilité. Elle est dans ce cas indirectement en lien avec la fiscalité de l'entreprise.

Quelques éléments :

- l'ESFP est une procédure contradictoire visant à vérifier l'exactitude et la sincérité de la déclaration des revenus par le contribuable. Cet examen vise à mettre en vis-à-vis les éléments de revenu déclarés et la situation patrimoniale complète de l'entrepreneur (patrimoine immobilier, éléments de train de vie, trésorerie...) ;
- de manière nécessairement aléatoire et imprécise, le contrôleur additionne toutes les sources de revenus du contribuable et toutes les dépenses qu'il expose ; un solde négatif est sensé faire apparaître un revenu caché ; on nomme cela la « balance d'enrichissement ».

EXEMPLE

M. B, dirigeant d'une SA, déclare 10 000 € de revenus mensuels ; la somme de ses charges fixes déclarées (loyers, remboursement d'emprunt, salaire et pensions payés) se monte à 13 000 €. Le vérificateur en déduira qu'il perçoit mensuellement 3 000 € non déclarés.

- l'ESFP se déroule en principe dans les locaux de l'administration fiscale où le contribuable est appelé à produire des éléments de défense s'il le souhaite.

■ *La vérification de comptabilité*

Procédure applicable aux entreprises. La procédure de vérification de comptabilité s'adresse par essence même aux entreprises puisqu'elle ne concerne que les contribuables astreints à la tenue d'une comptabilité, c'est-à-dire ceux qui relèvent des BIC, des BNC, des BA et de l'IS.

La vérification de comptabilité consiste pour l'administration fiscale à vérifier la régularité et la sincérité des pièces comptables produites et au vu desquelles les déclarations ont été réalisées.

Il s'agit d'une procédure contradictoire au cours de laquelle le contribuable a vérifié la possibilité de faire valoir ses explications ; elle se déroule en principe au siège de l'entreprise. L'entrepreneur doit être averti à l'avance de la vérification envisagée, même si la loi n'exclut pas des contrôles inopinés.

L'entreprise est tenue de présenter au vérificateur tous les documents comptables que la loi fait obligation de tenir, ainsi que toutes les pièces justificatives relatives notamment aux charges déduites.

Pouvoirs de l'administration fiscale. En principe, l'administration n'a pas latitude pour apprécier l'opportunité de la gestion de l'entreprise.

EXEMPLE

Il est certain que le droit à déduction n'est pas identique suivant comment un investissement a été financé : sur fonds propres, par emprunt, en crédit-bail... L'administration ne peut reprocher au contribuable d'avoir financé un bien par crédit-bail alors qu'il disposait de fonds propres suffisants. Ceci relève de sa liberté de gestion.

Toutefois, l'administration peut remettre en cause un acte anormal de gestion, c'est-à-dire un acte qui crée une charge non justifiée par l'exploitation commerciale et l'intérêt du contribuable.

EXEMPLE

Une SARL loue par bail commercial un plateau de bureaux à une SCI appartenant à l'un des dirigeants de la SARL. Le loyer est volontairement très élevé dans le but de constituer une charge déductible importante, et de créer des revenus pour la SCI. L'administration aura la possibilité de réintégrer dans le bénéfice la partie du loyer non justifiée par l'intérêt social, c'est-à-dire en pratique le différentiel avec le loyer de marché.

Pour apprécier le pouvoir de l'administration, la jurisprudence fait la distinction entre :

- la décision de gestion, qui relève d'un choix du contribuable entre plusieurs facultés offertes par la loi fiscale, et qui ne peut entraîner de rectification ;
- l'erreur, qui consiste en une décision prise de bonne ou de mauvaise foi, contrairement à la loi, et qui peut entraîner rectification.

Issue du contrôle. À l'issue de la vérification, le contrôleur va procéder aux rectifications qui s'imposent, après avoir compensé les erreurs commises au préjudice de l'administration fiscale, et celles commises au préjudice du contribuable lui-même.

Il a toutefois la possibilité de rejeter la comptabilité pour le cas où elle est irrégulière ou bien s'il y a de sérieux doutes sur sa sincérité. Il est alors amené à reconstituer lui-même la comptabilité de l'entreprise à partir de tous les éléments dont il dispose. La reconstitution des recettes peut s'opérer en affectant un coefficient de marge à des achats de matières premières ; la reconstitution des dépenses en affectant aux recettes un coefficient de charges. On perçoit tout l'aléa du résultat.

On notera, pour conclure sur les modalités de contrôle, que des réglementations particulières existent en matière d'évasion fiscale internationale ou encore de droits d'enregistrement.

b) Délai pendant lequel l'administration peut agir

Délai de reprise et prescription. Ce délai est appelé en droit fiscal délai de reprise et en droit commun « prescription ». Le second terme sera adopté ici.

Délai de prescription. Le délai de prescription de principe est de 3 années en matière de contrôle, délai au terme duquel l'administration n'est plus fondée à établir ou rétablir une imposition.

On prendra garde à ne pas confondre ce délai avec la prescription fiscale de droit commun qui est de 4 années et qui s'applique au recouvrement de l'impôt. Cette déchéance quadriennale signifie que l'administration dispose d'un délai de 4 années après l'avis de mise en recouvrement pour obtenir effectivement le paiement des sommes dues par le contribuable. Passé ce délai, le recouvrement devient impossible.

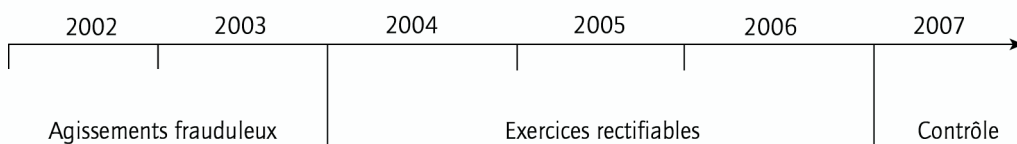
Prescription triennale. La prescription triennale affecte directement le droit de rectification de l'administration mais non pas le droit de procéder à des vérifications. Ce délai expire à la fin de la troisième année suivant celle au titre de laquelle l'impôt est dû.

EXEMPLE

Entreprise contrôlée en mai 2007. La rectification ne pourra concerner que les exercices 2004, 2005 et 2006, mais la vérification pourra porter sur des exercices antérieurs et prescrits si des éléments sont de nature à influencer les exercices suivants non prescrits. Ainsi par exemple de déficits réalisés en 2002 et 2003 et reportés sur l'exercice 2004.

Certaines impositions sont soumises à un délai de prescription particulier (exemple : 2 ans si adhésion à un centre de gestion agréé – art. 169 LPF).

Enfin, il est important de noter qu'en cas d'agissements frauduleux constatés par une plainte pénale, la prescription triennale est prolongée de deux années.



Interruption et suspension du délai. Le délai triennal de prescription peut être interrompu, notamment par tout acte de reconnaissance par l'entreprise contribuable ou encore par toute notification de proposition de rectification par l'administration. Dans ce cas, l'administration dispose d'un nouveau délai de 3 années à compter de l'interruption.

La prescription peut également être simplement suspendue et suivre son cours ensuite. Une procédure amiable en vue d'éliminer une double imposition sur le fondement d'une convention fiscale internationale est un événement de nature à suspendre la prescription. Une fois la procédure terminée, la prescription reprend.

2.2 Les rectifications

Une fois le contrôle effectué suivant les modalités ci-dessus définies, l'administration procède le cas échéant à des rectifications des bases d'imposition pouvant conduire à rendre exigibles des droits complémentaires.

Deux procédures principales de rectification seront détaillées : la procédure de rectification contradictoire et l'imposition d'office.

a) La rectification contradictoire

Définition. C'est la procédure de principe, applicable dans tous les cas où l'administration, ayant constaté une inexactitude, une omission ou une irrégularité dans les déclarations du contribuable, souhaite apporter une rectification aux éléments déclarés par le contribuable.

EXEMPLE

Si l'administration rejette la comptabilité de l'entreprise, elle va reconstituer son chiffre d'affaires et le substituer à celui déclaré. Une nouvelle imposition en découlera.

Procédure. La procédure est la suivante :

- l'administration notifie au contribuable une proposition de rectification motivée ; elle contient le montant de la rectification, des taxes et pénalités exigibles en sus. Afin de

- respecter le principe du contradictoire, la notification doit indiquer la possibilité qu'a le contribuable de se faire assister de son conseil pendant la procédure. La notification est en principe réalisée par lettre recommandée avec accusé de réception ;
- le contribuable dispose alors d'un délai de 30 jours pour répondre à la notification de rectification. Aucun recouvrement ne peut intervenir avant l'expiration de ce délai.

Le contribuable peut :

- refuser la rectification en présentant des observations en ce sens ;
- l'accepter, auquel cas l'administration établit l'imposition sur les bases rectifiées ;
- présenter des observations en vue de la modification de la rectification. Si elles sont reconnues comme justes par l'administration, celle-ci peut soit abandonner, soit modifier son projet de rectification.

Contestation. En cas de désaccord, chaque partie, administration comme contribuable, peut saisir la commission départementale de conciliation ou encore la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaire. La commission émet un avis.

La commission comprend plusieurs membres, et un président magistrat de l'ordre judiciaire ou administratif.

Elle entend le contribuable en le convoquant 30 jours au moins avant l'audition. Son avis, purement consultatif, est motivé. Il ne lie pas l'administration.

b) L'imposition d'office (taxation d'office/évaluation d'office)

Définition. C'est une procédure simplifiée et non contradictoire qui a cours dans des cas limitativement énumérés par la loi fiscale :

- opposition au contrôle fiscal ;
- non-respect d'obligations incombant aux micro-entreprises ;
- défaut de réponse aux demandes d'éclaircissement ou de justifications ;
- défaut ou retard dans la production des déclarations fiscales ;
- défaut de désignation en France d'un représentant pour un non-résident.

Dans ces cinq cas, l'administration fixe elle-même les bases de l'imposition, en faisant une évaluation aussi exacte que possible.

La procédure n'est pas contradictoire au sens où le contribuable n'est pas appelé à faire valoir ses observations devant la commission départementale. Les bases de l'imposition retenues, ainsi que le mode de calcul de celles-ci sont tout de même portées à sa connaissance.

S'il conteste les bases d'imposition, le contribuable peut présenter une réclamation et porter l'affaire devant le juge de l'impôt, mais la charge de la preuve est renversée au sens où il lui incombera de prouver que les bases de la taxation d'office sont hors de proportion.

2.3 Garanties et sanctions

a) Garanties du contribuable

Toute personne physique ou morale faisant l'objet d'une vérification bénéficie de garanties opposables à l'administration. La violation de ces garanties ou des principes généraux du droit applicables à toute procédure (comme le principe du contradictoire) entraîne la nullité de la procédure.

Certaines garanties sont communes à toutes les procédures, d'autres sont propres à l'ESFP ou à la vérification de comptabilité.

■ **Les garanties communes**

Parmi ces garanties, il faut citer :

- le droit d'être avisé de la vérification avant que celle-ci ne soit déclenchée ;
- le respect de la charte du contribuable vérifié dont les principes sont opposables à l'administration ;
- le droit d'être informé des résultats de la vérification et des droits, taxes et pénalités résultant de ces vérifications.

■ **Les garanties propres à l'ESFP**

- L'ESFP ne peut en principe s'étendre sur une période supérieure à 1 an.
- Le débat avec le vérificateur doit être contradictoire.
- Lorsque l'ESFP porte sur l'impôt sur le revenu et qu'il est achevé, il ne peut plus être procédé à un nouvel ESFP pour la même période.
- Le vérificateur est tenu d'observer le secret professionnel et de respecter la vie privée du contribuable.

■ **Les garanties propres à la vérification de comptabilité**

- L'administration ne peut, une fois la vérification de comptabilité portant sur une période et un impôt achevée, procéder à une nouvelle vérification portant sur la même période et sur le même impôt.
- La présence du vérificateur sur place ne peut excéder 3 mois lorsque le montant du chiffre d'affaires HT de l'entreprise vérifiée n'excède pas :
 - 766 000 € pour les entreprises dont l'activité principale est la vente de marchandises, objets et fournitures ;
 - 231 000 € pour les entreprises de prestation de services et les entreprises non commerciales ;
 - 350 000 € pour les entreprises agricoles.
- Le débat entre le vérificateur et le contribuable doit être oral et contradictoire.

Enfin, le système des « déductions en cascade » permet de déduire les droits supplémentaires résultant d'une vérification des rehaussements apportés aux bases des autres impôts vérifiés.

Article 77, Livre des Procédures fiscales. En cas de vérification simultanée des taxes sur le chiffre d'affaires et taxes assimilées, de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés, le supplément de taxes sur le chiffre d'affaires et taxes assimilées afférent à un exercice donné est déduit, pour l'assiette de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés, des résultats du même exercice, sauf demande expresse des contribuables, formulée dans le délai qui leur est imparti pour répondre à la proposition de rectification.

LES PRINCIPES FISCAUX DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT INSCRITS DANS LA DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DU 26 AOÛT 1789

Art. 6 : « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit à concourir personnellement ou par leurs représentants, à sa formation... ».

Art. 13 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

Art. 14 : « Tous les citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentants la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

b) Sanctions applicables

Dualité. Les dispositions du CGI prévoient une dualité de sanctions, les pénalités fiscales, qui correspondent d'une manière générale aux pénalités administratives, et les sanctions pénales, qui frappent les infractions graves constituant des délits et jugées à ce titre par les tribunaux répressifs. Toutefois, ces pénalités et sanctions en raison de leur nature différente peuvent s'appliquer cumulativement au titre d'une même infraction.

■ Les sanctions fiscales

Champ et montant. Les sanctions fiscales sont des pénalités pécuniaires prenant la forme d'un intérêt de retard de 0,40 % par mois, qui va s'ajouter aux majorations et amendes calculées sur le montant des droits dus. Toutefois la pénalité pourra être différente dans le cas de certains manquements :

- insuffisance des déclarations (inexactitudes ou omission des déclarations) : en l'absence de manquement délibéré (le caractère non délibéré est présumé ; l'administration doit prouver le contraire), le taux mensuel de 0,40 % est appliqué. Une tolérance est toutefois admise : le taux mentionné n'est pas appliqué si le manquement n'excède pas un pourcentage de la base d'imposition (5 % pour l'IR et l'IS). De même, en matière d'IR, les insuffisances donnent lieu à une majoration de 10 %.

En cas de manquement délibéré, la majoration est de 40 %, pouvant être portée à 80 % en cas de fraude.

- défaut ou retard dans les déclarations (IR, IS, TVA...) : majoration de 10 % en sus des intérêts de retard au taux mensuel de 0,40 %. Majoration pouvant être portée à 40 ou 80 % dans des cas particuliers ;
- défaut ou retard de paiement : pour les impôts recouvrés par les comptables du Trésor (IR par exemple), une majoration de 10 % est applicable, à l'exclusion des intérêts de retard mentionnés ci-dessus. Pour les impôts recouvrés par les comptables de la DGI, la pénalité est de 5 % en sus des intérêts de retard au taux de 0,40 %.

■ Les sanctions pénales

Fraude fiscale. L'infraction principale est le délit de fraude fiscale.

Le délit de fraude fiscale consiste à se soustraire frauduleusement ou à tenter de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel de l'impôt.

Article 1741 du Code général des impôts. Sans préjudice des dispositions particulières relatées dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 37 500 euros et d'un emprisonnement de cinq ans. Lorsque les faits ont été réalisés ou facilités au moyen soit d'achats ou de ventes sans facture, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou qu'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'État des remboursements injustifiés, leur auteur est passible d'une amende de 75 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans.

Les éléments constitutifs du délit de fraude fiscale sont :

- l'existence de faits matériels tendant à permettre au contribuable de se soustraire totalement ou partiellement à l'établissement ou au paiement de l'impôt ;
- une intention délibérée de fraude.

Formes du délit. Ce délit peut revêtir les formes suivantes, cette liste n'étant pas limitative :

- omission volontaire de déclaration dans les délais prescrits ;
- dissimulation volontaire de sommes sujettes à l'impôt ;
- organisation d'insolvabilité et autres manœuvres tendant à faire obstacle au recouvrement de l'impôt ;
- tout autre agissement frauduleux.

La date à laquelle l'infraction se réalise ne doit pas être confondue avec celle où sont accomplis les actes l'ayant facilitée ou permise.

En ce qui concerne le délit général de fraude fiscale, l'infraction est commise :

- soit au jour du dépôt d'une déclaration minorée souscrite dans les délais légaux ;
- soit, en cas de défaut de souscription dans les délais prescrits, à la date d'expiration du délai légal fixé pour le dépôt de la déclaration ;
- soit encore, à la date du dernier acte créant l'insolvabilité en cas d'organisation d'insolvabilité.

La plainte peut être déposée jusqu'à la fin de la troisième année qui suit celle au cours de laquelle l'infraction a été commise.

La saisine de la commission des infractions fiscales suspend la prescription pendant une durée maximum de six mois.

Preuve. La charge de la preuve incombe au ministère public et à l'Administration à qui il appartient d'établir la matérialité du délit ainsi que la responsabilité personnelle de la personne mise en examen. Les parties poursuivantes doivent démontrer, par tous les modes de preuve susceptibles de former l'intime conviction du juge, que l'infraction a été commise intentionnellement, c'est-à-dire dans le dessein de se soustraire à l'établissement ou au paiement de l'impôt.

Peines. Les peines principales prévues à l'article 1741 du CGI sont l'emprisonnement et l'amende :

- emprisonnement de cinq ans ;
- et amende de 37 500 € pouvant être doublée dans certains cas.

À noter que les officiers publics ou ministériels, les experts-comptables condamnés comme auteurs ou complices du délit de fraude fiscale, encourent en outre des peines disciplinaires prévues par la réglementation de leur profession, et pouvant aller jusqu'à la radiation.

SECTION 2

LES RECOURS DE L'ENTREPRISE CONTRIBUABLE CONTRE L'ADMINISTRATION FISCALE

Gracieux et contentieux. Deux types de recours peuvent être initiés par l'entreprise contribuable : le recours contentieux et le recours gracieux. Le recours contentieux est un recours formé devant un tribunal auquel il est demandé de trancher une question. Le recours gracieux est un recours formé devant l'autorité ayant pris la décision.

1. Les recours contentieux

On étudiera successivement le domaine du recours contentieux, la compétence juridictionnelle et la procédure.

1.1 Domaine

Les réclamations présentées par les contribuables afin d'obtenir soit la réparation d'erreurs commises dans l'assiette ou le calcul des impositions, soit le bénéfice d'un droit résultant d'une disposition légale sont du ressort de la juridiction contentieuse.

Exemples. En matière de réparation d'erreurs, on citera quelques exemples de recours contentieux visant à obtenir :

- une décharge, pour les contribuables qui, pour un motif quelconque, estiment avoir été imposés à tort ;
- une réduction, pour ceux qui estiment avoir été surtaxés ;
- une restitution de versements indus se rapportant à des impositions n'ayant donné lieu ni à l'établissement d'un rôle, ni à la notification d'un avis de mise en recouvrement ;
- une modification du résultat déficitaire déterminé par l'administration en l'absence de mise en recouvrement d'une imposition supplémentaire.

Parmi les demandes relatives au bénéfice d'un droit, il convient de comprendre toutes celles visant les impositions qui, régulièrement établies ou perçues, sont susceptibles d'être remises en cause par suite d'une situation ou d'un événement particulier spécialement prévu par les textes en vigueur.

Ces demandes visent par exemple à demander :

- en matière d'impôts directs, les dégrèvements, de taxe foncière, de taxe d'habitation et de taxe professionnelle ;
- en matière de TVA, le remboursement de crédit de TVA déductible ou de taxe perçue à l'occasion de la conclusion de ventes ou de services qui sont par suite résiliés, annulés ou demeurent impayés ;
- en toute matière fiscale, éventuellement, le bénéfice de dispositions nouvelles qui comportent un effet rétroactif.

1.2 Compétence

Répartition. Le contentieux fiscal est réparti entre le juge administratif et le juge judiciaire.

La juridiction compétente pour connaître du contentieux de l'impôt est :

- en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires (TVA...), le tribunal administratif qui statue en première instance et dont les jugements sont susceptibles d'appel devant la cour administrative d'appel ;

- en matière de droits d'enregistrement et de timbre, de taxe de publicité foncière, d'impôt de solidarité sur la fortune, le tribunal de grande instance (TGI) qui statue en premier ressort et dont les jugements rendus sont susceptibles d'appel devant la cour d'appel.

1.3 Procédure

a) Réclamation préalable obligatoire

Principe. Les contribuables doivent adresser au service des impôts une réclamation avant de pouvoir régulièrement saisir la juridiction compétente. Ces réclamations sont soumises à des règles générales.

La réclamation doit être adressée au service des impôts dont dépend le lieu d'imposition, c'est-à-dire :

- en matière d'impôts directs recouvrés par les comptables du Trésor, au service qui a établi le rôle dans lequel se trouve compris l'impôt contesté ;
- en matière d'impôts recouvrés par les comptables de la DGFIP, au service auquel correspond le service des impôts chargé du recouvrement desdits impôts.

À peine d'irrecevabilité définitive, les réclamations adressées au service compétent doivent être présentées dans les délais fixés par la loi c'est-à-dire par principe au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle de la mise en recouvrement.

Forme et contenu. La réclamation doit être établie par écrit, sous forme d'une simple lettre sur papier libre.

Toute réclamation doit :

- mentionner le ou les impôts, droits ou taxes qu'elle concerne ;
- contenir l'exposé sommaire des moyens par lesquels son auteur prétend la justifier ;
- indiquer les conclusions du réclamant, c'est-à-dire l'objet réel et la portée exacte de la demande (base, montant du dégrèvement ou du remboursement de crédit de taxe sollicité) ;
- être accompagnée de pièces justificatives.

En théorie, un récépissé de réclamation doit être adressé au contribuable.

Réponse. Le service destinataire de la réclamation doit instruire la demande et motiver son refus total ou partiel. Il dispose d'un délai de 6 mois pour répondre ; à l'expiration de ce délai, l'administration est réputée avoir rejeté la demande et le contribuable peut introduire son recours contentieux.

L'administration peut elle-même ne pas statuer sur la demande et saisir directement le tribunal compétent.

Effet. Le principe est que le recours ne suspend pas le paiement des sommes dues par le contribuable. Ce dernier peut demander un sursis au paiement dans sa réclamation, lequel s'il est accepté, suspend l'exigibilité de l'impôt. Jusqu'à 4 500 €, le sursis accordé ne peut s'accompagner de garanties exigées par l'administration. Au-delà de ce seuil, des garanties peuvent être exigées.

b) Contentieux juridictionnel proprement dit

Si le contribuable s'estime insatisfait de la décision prise par l'administration sur sa réclamation, ou si cette même administration n'a pas répondu dans un délai de 6 mois, il peut porter le litige devant la juridiction compétente, administrative ou judiciaire.

■ Preuve

La charge de la preuve pèse le plus souvent sur le contribuable (par exception, elle peut peser sur l'administration) :

- si la base d'imposition est conforme à sa déclaration, c'est au contribuable de prouver que l'imposition est exagérée ;
- si la base d'imposition a été modifiée suite à rectification contradictoire, et que le contribuable a accepté la rectification, la preuve du caractère exagéré de l'imposition pèse sur le contribuable. En cas de rejet de la rectification, de même qu'en cas de saisine de la commission départementale (et quel que soit son avis), la charge de la preuve se déplace sur l'administration ;
- enfin, si la base de l'imposition a été établie d'office, il revient au contribuable de prouver le caractère exagéré de celle-ci.

Du point de vue des moyens de preuve admissibles, c'est le principe de la liberté de la preuve qui domine, toutefois borné par le caractère écrit de la procédure, faisant obstacle à la production de témoignages.

■ Litiges portés devant le juge administratif

Compétence. Ils sont en principe portés en première instance devant le tribunal administratif, puis devant la cour administrative d'appel, puis devant le Conseil d'État, juge de la cassation. Par exception, certains contentieux sont directement portés devant le Conseil d'État après jugement de première instance devant le TA.

Le TA compétent est celui du lieu d'imposition ; le contribuable dispose de deux mois pour le saisir à compter de la notification de la décision de l'administration.

Il est saisi par requête d'une partie, prenant la forme d'une lettre simple.

Procédure. La procédure se règle en général par un échange de mémoires exposant les prétentions et les arguments des parties. À l'audience, le contribuable peut, directement ou par son avocat, présenter des observations orales.

La requête en appel contre le jugement du TA doit être déposée dans les deux mois de la notification du jugement.

Le pourvoi en cassation doit être introduit devant le Conseil d'État dans les deux mois suivant la notification de l'arrêt d'appel. Ce pourvoi n'est pas suspensif et n'est recevable qu'en cas de vice de forme, violation de la loi ou incompétence du juge. S'il décide d'annuler la décision, le CE doit renvoyer l'affaire devant une cour administrative d'appel ou la juger lui-même.

■ Litiges portés devant le juge judiciaire

Le cheminement du contentieux est sensiblement identique : tribunal de grande instance, cour d'appel et cour de cassation. Le délai pour saisir le TGI est de deux mois, d'un mois pour faire appel et de deux mois pour se pourvoir en cassation. Aucun recours n'est par principe suspensif, ni l'appel, ni le pourvoi en cassation.

c) Le contentieux fiscal communautaire

Supériorité. Le droit communautaire irrigue aujourd'hui tous les pans de la vie sociale et professionnelle. En matière fiscale, les organes de l'UE produisent des directives et des règlements qui en vertu de l'article 55 de la Constitution française ont une valeur supérieure au droit interne, et donc au Code général des impôts. Les juridictions nationales ont par ailleurs l'obligation d'appliquer le droit communautaire ; en cas de doute sur la validité ou

l'interprétation du droit communautaire, les juridictions nationales ont la possibilité de surseoir à statuer (c'est-à-dire suspendre la procédure conduisant au jugement) et de renvoyer l'affaire devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) ; une fois l'interprétation donnée par la CJUE, l'affaire reprend son cours devant la juridiction nationale.

Conséquences. Cette supériorité du droit communautaire emporte plusieurs conséquences :

- en premier lieu, le contribuable est fondé à demander des réductions d'imposition en se fondant sur la non-conformité du droit français interne au droit communautaire. L'article 190 du LPF ci-après règle cette procédure :

Article 190, Livre des Procédures fiscales. Sont instruites et jugées selon les règles du présent chapitre toutes actions tendant à la décharge ou à la réduction d'une imposition ou à l'exercice de droits à déduction, fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure.

Lorsque cette non-conformité a été révélée par une décision juridictionnelle ou un avis rendu au contentieux, l'action en restitution des sommes versées ou en paiement des droits à déduction non exercés ou l'action en réparation du préjudice subi ne peut porter que sur la période postérieure au 1^{er} janvier de la troisième année précédant celle où la décision ou l'avis révélant la non-conformité est intervenu.

Pour l'application du quatrième alinéa, sont considérés comme des décisions juridictionnelles ou des avis rendus au contentieux les décisions du Conseil d'État ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, les arrêts de la Cour de cassation ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, les arrêts du Tribunal des conflits et les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes se prononçant sur un recours en annulation, sur une action en manquement ou sur une question préjudicielle.

- en second lieu, la violation du droit communautaire par un État peut donner lieu à une action en réparation du dommage causé, action initiée devant la CJUE.

Il est également possible pour le contribuable de déposer une plainte devant la Commission européenne pour manquement au droit communautaire, ou un recours devant le Tribunal de l'Union européenne pour attaquer cette fois-ci les autorités communautaires ou les textes communautaires.

2. Les recours gracieux

Diversité. Les recours gracieux permettent l'examen des demandes présentées par les contribuables en vue d'obtenir une mesure de bienveillance portant abandon ou atténuation des impositions ou des pénalités mises à leur charge.

En matière d'impôts directs, conformément à l'article L. 247 du LPF, les contribuables peuvent solliciter la remise ou une modération du principal de leur dette fiscale, mais seulement pour des motifs de gêne ou d'indigence les mettant dans l'impossibilité de se libérer envers le Trésor.

Les contribuables de bonne foi, en situation de gêne ou d'indigence, qui ont déposé un dossier auprès de la commission de surendettement des particuliers, bénéficient d'une remise d'impôts directs au moins équivalente à celle recommandée par la dite commission pour les autres créances.

En toute matière fiscale, les contribuables ayant fait l'objet de sanctions (amendes, majorations) peuvent, même lorsque leur solvabilité n'est pas en cause, demander :

- la remise ou une modération de ces sanctions, dans tous les cas où les pénalités et, le cas échéant, les impositions qu'elles concernent sont devenues définitives ;
- une transaction portant atténuation desdites sanctions, lorsque celles-ci et, le cas échéant, les impositions principales ne sont pas définitives.

Le recours gracieux n'est enfermé dans aucun délai ni forme particulière.

Le silence gardé par l'administration pendant 4 mois vaut rejet du recours. Le rejet peut être attaqué par le biais d'un recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative.

LE MÉDIATEUR DU MINÉFI

Le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (Minéfi) dispose d'un médiateur depuis le décret du 26 avril 2002. Le recours est gratuit et peut être effectué directement par l'utilisateur, sans intermédiaire.

Le Médiateur ne peut être saisi que des réclamations individuelles des personnes physiques ou morales relatives au fonctionnement des services du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie dans leurs relations avec les usagers.

La réclamation au Médiateur doit être précédée d'une première démarche auprès d'un service, celle-ci ayant fait l'objet d'un rejet total ou partiel.

Le service concerné peut être, par exemple, un centre des impôts, une trésorerie...

En matière fiscale, la notion de première démarche ne saurait toutefois interférer avec une procédure de contrôle fiscal en cours. Ainsi le Médiateur s'assurera du rejet effectif d'une première démarche présentée par l'utilisateur à l'issue de la procédure de contrôle (recours hiérarchique, réclamation contentieuse...).

Chaque réclamation adressée au Médiateur donne lieu immédiatement à une lettre de sa part accusant réception de la réclamation (et indiquant que celle-ci n'interrompt pas les délais de recours, soit devant l'administration en cas de recours administratif préalable obligatoire, soit devant les juridictions).

Le Médiateur examine d'abord si la demande est recevable (existence d'une « première démarche »).

À défaut, il répond dès réception de la demande en orientant l'utilisateur vers le bon interlocuteur.

Lorsque la réclamation apparaît recevable, le Médiateur ouvre la procédure d'instruction de la demande en saisissant d'abord le ou les service(s) concerné(s) du ministère.

Après avoir réuni tous les éléments qu'il estime utiles de se faire communiquer par l'une ou l'autre des parties, le Médiateur propose une solution appelée « recommandation ».

Si celle-ci est acceptée par les deux parties, elle est alors mise en œuvre par l'administration.

Si le service concerné du ministère n'accepte pas la recommandation proposée par le Médiateur, celui-ci peut soumettre directement l'affaire au Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie qui prend la décision finale.

Source : site Internet MINEFI.

FICHE 4

RESCRIT ABUS DE DROIT

Projet d'opération soumise à la consultation préalable de l'administration : modèle de demande d'avis

Demande à adresser à la Direction Générale des Impôts, service juridique, 139 rue de Bercy, 75574 Paris CEDEX 12

L'article L. 64 B du livre des procédures fiscales vous offre la possibilité de saisir l'administration, préalablement à la conclusion d'un contrat ou d'une convention pour apprécier la portée fiscale de cette opération.

Si vous souhaitez faire usage de cette faculté, il vous faut faire parvenir à la direction générale des impôts un dossier complet et précis.

Le présent cahier des charges a pour vocation de vous aider dans cette tâche :

- les indications qu'il comporte ne sont pas limitatives. Il vous appartient d'y ajouter les éléments qui vous paraissent utiles ;
- les indications sont également générales : il n'est pas possible de fixer par avance le degré de précision avec lequel tel ou tel point devrait être exposé.

1. DEMANDEUR(S)
<i>1.1. Personne physique</i> – Nom et prénom. – Adresse. – Téléphone. <i>1.2. Personne morale</i> – Dénomination. – Forme juridique. – Adresse du siège social et des établissements. Fournir un extrait Kbis et la photocopie des statuts et des 3 derniers bilans.




2. OPÉRATION ENVISAGÉE
2.1. <i>Exposé clair, complet et sincère des opérations.</i> 2.2. <i>Motifs de l'opération.</i> 2.3. <i>Calendrier estimatif.</i> 2.4. <i>Enjeux financiers.</i> 2.5. <i>Analyse fiscale de l'opération.</i>
3. PARTIES À L'OPÉRATION
3.1. <i>Désignation exacte (nom ou raison sociale, adresse) de toutes les parties à l'opération.</i> 3.2. <i>Description des liens déjà existants entre ces parties.</i>
4. PROJETS D'ACTES, CONTRATS ET CONVENTIONS
4.1. <i>Production d'une copie de tous les projets de documents nécessaires à l'opération.</i>

Pour que l'administration soit engagée par la réponse qu'elle vous fournira, il faut que votre demande soit formulée de bonne foi et de manière à ce que l'administration dispose de tous les éléments qui caractérisent l'opération.

Le délai de 6 mois ne commence à courir qu'à compter du dépôt d'une demande complète auprès de l'autorité compétente.

À....., le.....

Certifié exact, conforme et sincère

Signature et qualité du signataire.

12. ÉTUDE DE CAS

Viva-Loco

13. ÉTUDE DE CAS

Îles Caïman

N° 12 : ÉTUDE DE CAS**Viva-Loco**

Monsieur X est président de la SAS Viva-Loco. Il possède 67 % des droits sociaux de cette entreprise de spectacles. En 2008, M. X a déclaré les revenus suivants :

- rémunération en qualité de Président : 120 000 €
- distribution de dividendes de ladite SAS : 26 500 €
- revenus de SICAV : 13 000 €
- revenus fonciers : 45 000 €

Il fait l'objet d'un ESFP en 2009, consécutif à une vérification de comptabilité de la SAS. Les charges suivantes apparaissent en 2008 :

- remboursements de divers crédits : 8 500 € par mois
- achat d'un véhicule sans emprunt : 54 000 €
- pension alimentaire : 3 500 € par mois
- dépenses courantes mensuelles : 4 500 €
- réparations sur immeubles : 27 000 €

M. X possède des avoirs en compte mais aucun mouvement significatif n'est à signaler pour l'année 2008 (ni débit, ni crédit supérieurs à 1 500 €).

QUESTION

Vous établirez la balance d'enrichissement.

N° 13 : ÉTUDE DE CAS

Îles Caïman

En mars 2006, la SA Y ayant son siège à Bordeaux a viré sciemment des sommes provenant des recettes de la société sur un compte ouvert aux îles Caïman pour un montant de 2 millions d'euros.

QUESTION

Jusqu'à quelle année peut-elle faire l'objet d'un contrôle et d'une rectification du chef de ces faits ?

2

PARTIE

LE FONCTIONNEMENT DE L'ENTREPRISE

CHAPITRE 5

Constitution et transformation de l'entreprise

CHAPITRE 6

La direction de l'entreprise et les relations entre ses acteurs

CHAPITRE 7

L'utilisation des NTIC par l'entreprise

CHAPITRE 8

La fiscalité des échanges internationaux de l'entreprise

L'entreprise, quelle qu'en soit la taille ou la forme juridique, est un être vivant, qui naît, se transforme et meurt. C'est aussi un être complexe, où chaque organe a un rôle spécifique et entretient des relations, parfois conflictuelles, avec les autres. C'est également une entité qui entre en relation avec d'autres entreprises, en France ou à l'étranger. Les chapitres qui suivent évoqueront essentiellement l'entreprise sociétaire car c'est elle qui présente le degré le plus important de complexité ; quelques développements seront consacrés à l'entreprise individuelle, notamment du point de vue de la constitution et de la transformation.

Constitution et transformation de l'entreprise

SECTION 1 Les règles de constitution

SECTION 2 La transformation

FICHES • APPLICATION

Objectifs. La constitution et la transformation constituent des enjeux différents de la vie de l'entreprise. Les règles de constitution ont été à maintes reprises modifiées en vue de favoriser la création d'entreprise. Dans le même temps, le coût de la création a été considérablement allégé. S'agissant de la transformation, l'objectif affiché est de permettre à l'entreprise de s'adapter au contexte économique, en provoquant une transformation de son statut, sans que le coût ou le formalisme ne soit pénalisant.

SECTION 1

LES RÈGLES DE CONSTITUTION

Il sera distingué entre les règles juridiques et les règles fiscales.

1. Les règles juridiques

Les règles générales, communes à toutes les sociétés, seront présentées dans un premier temps ; les règles spéciales le seront ensuite.

1.1 Règle générale

Politique. À maints égards, le droit positif tend à neutraliser les différences entre la société et l'entreprise individuelle. La loi du 15 juin 2010 sur l'EIRL en apporte une preuve supplémentaire. Longtemps délaissée, cette dernière a aujourd'hui les faveurs protectrices du législateur. Parallèlement, la création d'une société est rendue moins onéreuse et plus facile. Le droit fiscal n'est jamais un critère de choix *a priori*.

Plus de 54 % des entreprises sont individuelles, ce qui signifie que l'entreprise est la propriété de son créateur unique et ne se distingue pas de sa personnalité juridique.

On remarquera que, dans certains cas, la question du choix entre la société et l'entreprise individuelle ne se pose pas : quand l'entreprise réunit plusieurs partenaires, emploie de nombreux salariés, recourt à des financements bancaires ou à des souscriptions publiques (comme des emprunts obligataires par exemple), la forme sociétaire s'impose d'elle-même.

On constate toutefois que certaines entreprises de petite taille sont constituées sous forme d'une société (SARL avec capital réduit en général), dans laquelle le chef d'entreprise détient 95 % du capital, est gérant et prend en fait toutes les décisions. Les autres associés, femme, enfants, sont des figurants en pratique, même si juridiquement ils sont associés.

Il existe donc une zone de concurrence entre l'entreprise individuelle et sociale. Si toute entreprise individuelle a vocation à être exploitée sous forme de société, l'inverse est faux.

D'autre part, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a créé un statut très favorable aux micro-entreprises individuelles prévoyant la dispense d'inscription au RCS ou au RM ainsi que des contributions fiscales et sociales forfaitaires (statut de l'auto-entrepreneur).

a) Entreprise individuelle

Formalités. Les formalités de création de l'entreprise individuelle sont simples. Il suffit d'entrer en contact avec le centre de formalité des entreprises (CFE) compétent situé :

- à la chambre de commerce et d'industrie si l'activité est commerciale,
- à la chambre des métiers si l'activité est artisanale ou mixte,
- à l'Urssaf, si l'activité est libérale.

Le CFE se chargera de l'immatriculation au RCS ou au Répertoire des métiers et attribuera à l'entreprise un numéro d'immatriculation. Le principal imprimé à remplir est dénommé « P0 ».

Coûts. Les coûts de constitution sont réduits :

- entreprise commerciale : immatriculation au RCS : environ 62,19 euros ;
- entreprise artisanale : inscription au Répertoire des métiers : environ 130 euros ; stage de gestion obligatoire d'une durée de 4 jours : environ 200 euros (dérogations possibles selon diplômes) ; *NB* : Les entreprises assujetties à la double inscription Registre du commerce/Répertoire des métiers cumulent les droits d'immatriculation visés ci-dessus ;
- professions libérales : inscription à l'Urssaf gratuite.

Pour les « auto-entrepreneurs », l'inscription au RCS est supprimée.

b) Entreprise sociétale

■ Rappel des conditions de fond de constitution d'une société

Article 1832 Code civil. Nous reviendrons rapidement sur ces éléments déjà largement étudiés, et pour partie contenus dans l'article 1832 du Code civil.

Article 1832 Code civil. La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.

Les principaux éléments constitutifs du contrat de société sont les suivants :

Des associés. Deux énonce le texte de l'article 1832 du Code civil ; par dérogation, une seule personne peut constituer une société. Leur nombre peut varier : la loi fixe le plus souvent un minimum d'associés, parfois un maximum. Le nombre minimal « de principe » est deux. Par exception ce nombre sera de **un** (EURL, SASU) ou de **sept** (SA). S'agissant de la SARL, la loi fixe le nombre maximum d'associés à 100 (depuis l'ordonnance du 25 mars 2004 ; ce

nombre était antérieurement de 50). Ces associés peuvent être autant des personnes physiques que des personnes morales.

Des associés qui s'engagent dans un but commun. Il faut une convergence d'intérêts, et surtout une volonté de collaborer sur un pied d'égalité (ce qui permettra de distinguer la société d'autres types de contrat.) Dans le catéchisme du droit des sociétés, cet élément porte un nom barbare : *l'affectio societatis*. Littéralement, cela signifie « l'intention d'être associé », et représente l'élément le plus difficile à caractériser, puisqu'il relève plus de la psychologie de chacun que de la science juridique. En fait, *l'affectio societatis* se remarque plus par son absence : c'est quand il fait défaut que l'on sait que l'on n'est pas en présence d'un contrat de société. Deux concubins qui exploitent ensemble un fonds de commerce ne peuvent être assimilés à des associés faute de démontrer *l'affectio societatis* qui les lie. La jurisprudence définit cette notion comme la volonté de collaborer ensemble dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, avec de surcroît une participation aux bénéfices et aux pertes. On voit donc que cet élément résume à lui seul ce qu'est le contrat de société.

L'ÉGALITÉ ENTRE ASSOCIÉS : MYTHE OU RÉALITÉ ?

La référence permanente de la jurisprudence à l'égalité régnant entre associés ne doit pas faire illusion. Cette égalité s'oppose à la subordination induite par le contrat de travail ; toutefois, le contrat de société n'a qu'un rapport très lointain avec cette union parfaite qu'évoque *l'affectio societatis*.

On est dès lors très proche de l'image d'Epinal : la collaboration entre associés se limite le plus souvent et dans le meilleur des cas à une participation à la vie sociale (cette participation est matérialisée par la présence et le vote aux assemblées d'associés ; le droit des sociétés la conçoit d'ailleurs plus comme un droit – cf l'article 1844 du Code civil – que comme une obligation) ; quant à la prétendue égalité, elle est battue en brèche par le très naturel rapport de force lié aux apports effectués et aux mandats détenus au sein de la personne morale.

Peut-on valablement parler d'égalité entre un gérant associé majoritaire et un associé détenant 2 % du capital d'une SARL ?

Apports en société. Ces apports peuvent se faire en numéraire (en argent), en nature (apport de biens meubles ou immeubles) ou encore en industrie (apport d'un savoir-faire, d'un travail...). Ces apports vont être réunis au sein de ce que l'on nomme le capital social. Dans certaines sociétés, un capital social minimum est exigé lors de la constitution et en cours de vie sociale : il va constituer le gage des créanciers (le gage doit ici être entendu dans un sens qui n'est pas celui que lui attribue le droit des sûretés : il désigne les biens que les créanciers peuvent saisir en paiement de ce qui leur est dû).

Droits sociaux. En règle générale (la suppression de l'exigence d'un capital minimum dans la SARL et la SAS vient à rebours de cette vision), la contrepartie de l'exigence d'un capital minimum est la responsabilité limitée des associés (inversement, la responsabilité des associés sera indéfinie, c'est-à-dire non limitée aux apports, quand la loi ne fixera pas de capital social minimum). En contrepartie de ces apports les associés reçoivent des droits sociaux qui portent suivant le type de société le nom de parts sociales ou d'actions (la différence entre parts sociales et actions n'est pas purement terminologique : la distinction repose pour l'essentiel sur les modalités juridiques et fiscales de la cession des droits), lesquels

droits sociaux leur confèrent des prérogatives financières (droit aux bénéfices pour l'essentiel) et extra-patrimoniales (droit de vote ou d'information par exemple).

Participation aux bénéfices et aux pertes. Enfin, ces associés **participent aux bénéfices** réalisés (c'est-à-dire en reçoivent une quote-part) par la société **et également aux pertes** que l'activité peut générer. Cette vocation aux bénéfices et aux pertes est variable ; en principe, elle est proportionnelle aux apports réalisés : ainsi si l'on apporte le quart du total des apports, on reçoit le quart des droits sociaux, on perçoit le quart des bénéfices et on prend à sa charge le quart des pertes de la société. Mais cette règle de proportionnalité connaît des dérogations.

Certaines dérogations sont légales : ainsi les actions de préférence peuvent donner droit à une part plus importante des bénéfices ; de même, la contribution aux pertes n'est pas identique suivant si la responsabilité est limitée ou indéfinie.

Prohibition des clauses léonines. D'autres dérogations peuvent être statutaires : contrairement à une idée reçue, on peut valablement stipuler que 10 % du capital social donneront vocation à 50 % des bénéfices. Une telle clause n'est pas « léonine » au sens de l'article 1844-1 du Code civil et peut par exemple permettre de réaliser une libéralité ou d'avantager un associé par rapport à un autre.

Article 1844-1 Code civil. La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites.

Une clause léonine (étymologiquement, la « part du lion ») est une clause extrême qui :

- met à la charge d'un associé la totalité des pertes ;
- l'exonère de toutes les pertes ;
- lui attribue tout le bénéfice ;
- le prive de tout le bénéfice.

Pertes. La contribution aux pertes n'a pas le même sens dans les sociétés à responsabilité limitée (SA, SAS, SARL...) et dans les sociétés à responsabilité indéfinie (SNC, société civile). Dans les premières, elle signifie que les associés peuvent perdre leur mise initiale, c'est-à-dire ne jamais se voir rembourser leur apport ; quand la société est cotée en bourse, la contribution aux pertes signifie que le cours baisse au point que les actionnaires s'ils vendent leurs titres vont subir une moins-value. Au contraire, dans une société de type SNC ou SC, la contribution aux pertes signifie que les dettes de la société pourront être payées sur le patrimoine personnel des associés.

■ Les conditions formelles de constitution d'une société

Prenons l'exemple d'une SARL ou d'une EURL.

La rédaction des statuts. La rédaction des statuts est un acte important pouvant avoir des conséquences juridiques, fiscales et influencer sur le statut social du dirigeant.

Ils doivent prévoir : la nomination d'un dirigeant, les droits des associés, les pouvoirs de l'assemblée générale...

Article 1835 Code civil. Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement.

Les statuts peuvent être passés sous seing privé (c'est-à-dire simplement signés par les fondateurs) ou par acte notarié. Si un immeuble est apporté à la société, l'acte notarié sera incontournable.

La loi du 4 août 2008 prévoit l'application aux SARL à associé unique de statuts types. Le fondateur demeure libre d'y déroger s'il le souhaite. Son silence vaut adoption de ces statuts.

Les fonds (le capital social). Les fonds doivent être déposés, au choix soit dans une banque, soit à la caisse des dépôts et consignations, soit chez un notaire.

Les fonds seront débloqués sur présentation par le dirigeant de l'extrait *Kbis* (extrait constatant l'immatriculation de la société au RCS) et virés sur un compte courant ouvert au nom de la société. À partir de ce moment, le ou les dirigeants pourront disposer librement de ces sommes pour les besoins de la société.

Enregistrement. Une fois datés et signés, 4 exemplaires des statuts doivent être enregistrés (cette formalité peut néanmoins être effectuée après le dépôt du dossier au Centre de Formalité des Entreprises, mais en respectant un délai d'un mois suivant leur signature) auprès du centre des impôts du siège de la société.

Publicité. Il est enfin nécessaire de réaliser la publication d'un avis de constitution dans un journal d'annonces légales.

Cet avis doit indiquer : la dénomination, la forme, l'objet, le siège, la durée, le capital de la société, la nature des apports, les noms et adresses des dirigeants ainsi que le Registre du commerce et des sociétés auprès duquel la société sera immatriculée.

Article 22 Décret 3 juillet 1978. Lorsque les autres formalités de constitution de la société ont été accomplies, un avis est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social.

Cet avis est signé par le notaire qui a reçu l'acte de société ou au rang des minutes duquel il a été déposé ; dans les autres cas, il est signé par l'un des fondateurs ou des premiers associés ayant reçu un pouvoir spécial à cet effet.

Il contient les indications suivantes :

- 1° La raison sociale ou la dénomination sociale suivie, s'il y a lieu, de son sigle ;
- 2° La forme de la société et, s'il y a lieu, le statut légal particulier auquel elle est soumise ;
- 3° Le montant du capital social et, s'il s'agit d'une société à capital variable, le montant au-dessous duquel il ne peut être réduit ;
- 4° L'adresse du siège social ;
- 5° L'objet social indiqué sommairement ;
- 6° La durée pour laquelle la société a été constituée ;
- 7° Le montant des apports en numéraire ;
- 8° La description sommaire et l'évaluation des apports en nature ;
- 9° Les nom, prénom usuel et domicile des associés tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales ;
- 10° Les nom, prénom usuel et domicile des associés ou des tiers ayant, dans la société, la qualité de gérant, administrateur, président du conseil d'administration, directeur général, membre du directoire, membre du conseil de surveillance ou commissaire aux comptes ;

- 11° Les nom, prénom usuel et domicile des personnes ayant le pouvoir général d'engager la société envers les tiers ;
- 12° Le greffe du tribunal où la société sera immatriculée ;
- 13° S'il y a lieu, l'existence de clauses relatives à l'agrément des cessionnaires de parts sociales et la désignation de l'organe de la société habilité à statuer sur les demandes d'agrément.

Dépôt au CFE. Le dossier complet est déposé auprès du CFE compétent. Le Centre de formalités des entreprises se chargera des formalités. Le principal imprimé à remplir est dénommé « M0 ».

RCS. À partir du moment où le dossier est remis au CFE, la société est en cours d'immatriculation. Elle naîtra officiellement le jour de son immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés. Une dernière publication au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODACC) sera alors nécessaire.

LES NUMÉROS D'IMMATRICULATION DE L'ENTREPRISE

Toute entreprise sera enregistrée auprès de l'INSEE qui lui attribuera 3 numéros :

- le numéro SIREN est utilisé par les organismes publics et les administrations avec lesquels l'entreprise est en relation. Il se décompose en 3 groupes de 3 chiffres attribués en fonction de l'ordre d'inscription de l'entreprise ;
- le numéro SIRET identifie l'établissement : une même entreprise peut donc en avoir plusieurs. Il est demandé notamment par les organismes sociaux, les services fiscaux, l'Assedic. Il se compose de 14 chiffres : le numéro SIREN auquel sont adjoints 5 chiffres complémentaires ;
- le code APE identifie le secteur d'activité de l'entreprise (4 chiffres et 1 lettre).

Le numéro unique d'identification après immatriculation de l'entreprise se présentera de la manière suivante :

Mention RCS / Ville d'immatriculation / N° SIREN

Exemple : RCS Paris 321 345 654

Coûts. Les coûts des formalités de constitution d'une société demeurent réduits :

- SARL ou EURL (plus de capital minimum), SNC et sociétés civiles :
 - frais de publication (journal d'annonces légales) : environ 160 euros,
 - immatriculation au Registre du commerce et des sociétés : environ 83,96 euros ;
- SA (capital minimum 37 000 euros) ; SAS, SASU (plus de capital minimum) :
 - frais de publication (journal d'annonces légales) : environ 230 euros,
 - immatriculation au Registre du commerce et des sociétés (y compris le dépôt d'actes) : environ 83,96 euros.

SIMPLIFIER POUR INCITER : PETITE HISTOIRE DES POLITIQUES DE CRÉATION D'ENTREPRISE

Auparavant, on pouvait dire que créer une entreprise était un « mauvais moment à passer ». La France a toujours eu la réputation d'avoir une administration tracassière, complexe, rigide et froide. Depuis le début des années 80, les pouvoirs publics ont pris la mesure de ces dysfonctionnements et ont décidé de simplifier la création d'entreprise, en même temps qu'ils ont souhaité aider financièrement, fiscalement et socialement le créateur.

Les dispositifs se sont succédé au rythme des gouvernements avec trois objectifs qui sont en voie d'être atteints :

- offrir au créateur un guichet unique de formalités nommé CFE (centre de formalité des entreprises) chargé de conseiller le créateur et de lui permettre de n'avoir qu'un interlocuteur. Les CFE centralisent l'essentiel, mais pas l'intégralité, des formalités, et répartissent ensuite les diverses déclarations en direction des administrations et organismes concernés (RCS ; administration fiscale ; Urssaf ; caisse d'assurance-maladie...) ;
- réduire les délais : objectif, créer une entreprise ou une société en 24 heures !
- réduire les coûts des formalités de création pour ne pas grever les finances souvent précaires des entrepreneurs en herbe.

Depuis le 1^{er} janvier 2011, le site guichet-entreprises.fr, créé à l'initiative conjointe de la CCI, de l'URSSAF, des chambres des métiers et de la chambre d'agriculture, permet une création en ligne d'EI, EIRL ou sociétés.

1.2 Règles de constitution spécifiques à chaque société

Les précisions ci-après ne concerneront que les sociétés commerciales les plus courantes : SARL, SA et SAS.

a) SARL/EURL

Spécificités. Quelques points importants à retenir :

- les associés de la SARL, même s'ils sont gérants, et quelle que soit la participation qu'ils détiennent dans la société, n'acquièrent pas la qualité de commerçant ;
- le capital social doit exister mais le code de commerce ne fixe plus de minimum depuis la loi du 1^{er} août 2003. Son montant, aussi faible soit-il, doit figurer dans les statuts ainsi que dans tous les papiers officiels de la SARL à destination des tiers.

Apports :

- les apports en numéraire doivent être libérés pour au moins 1/5^e de leur montant lors de la constitution. Le surplus doit être libéré dans les 5 ans au maximum ;
- les apports en nature doivent être intégralement libérés. Leur évaluation est régie par le texte ci-après :

Article L. 223-9 du Code de commerce. Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés ou à défaut par une décision de justice à la demande du futur associé le plus diligent.

Toutefois, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède un montant fixé par décret [30 000 €] et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.

Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies.

Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société.

- les apports en industrie sont autorisés, mais ne sont pas pris en compte dans le capital social. Les droits et obligations des apporteurs en industrie sont réglés par les statuts ;
- d'un point de vue formel, les *statuts* de la SARL doivent être écrits (acte sous seing privé ou authentique) et signés par tous les fondateurs avant leur publication. Le rapport d'évaluation du commissaire aux apports et l'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation doivent y être annexés. Les statuts comprennent obligatoirement la mention de la forme juridique, de la durée, de la dénomination sociale, du siège social, de l'objet, du montant du capital, de l'évaluation des apports en nature, de la répartition des parts entre associés, de la libération des parts, du dépôt des fonds correspondant aux apports en numéraire.

b) SA

Spécificités. Au plan des conditions de fond :

- le nombre d'associés doit être de 7 au minimum ; la loi ne fixe pas de maximum ;
- les associés de la SA n'ont pas plus la qualité de commerçant que ceux de la SARL ;
- le capital minimum est de 37 000 €. À l'instar de la SARL, le montant du capital doit être publié dans les statuts et figurer dans tous les documents destinés aux tiers ;
- seuls les apports en nature et en numéraire sont autorisés. Les apports en industrie sont interdits.
- les apports en numéraire doivent être libérés pour moitié lors de la constitution ; le surplus doit l'être dans les 5 années de la constitution ;
- les apports en nature font obligatoirement l'objet d'une évaluation par un commissaire aux apports désigné par le président du tribunal de commerce.

7 ASSOCIÉS MINIMUM DANS UNE SA : MYTHES ET RÉALITÉS

On comprend pourquoi le législateur exige en principe que le nombre d'associés d'une société soit au minimum de deux. Car la société naît d'un contrat et qu'il n'y a pas de contrat avec soi-même. Mais pourquoi exiger 7 associés au minimum dans une SA, règle toujours en vigueur aujourd'hui ?

– car c'est un nombre impair, favorisant l'efficacité de la prise de décision en évitant le blocage égalitaire ? Assurément pas : la majorité se détermine en capital et non en nombre d'associés. De plus, si telle était la raison, pourquoi ne pas avoir choisi 3 ou 5 ?

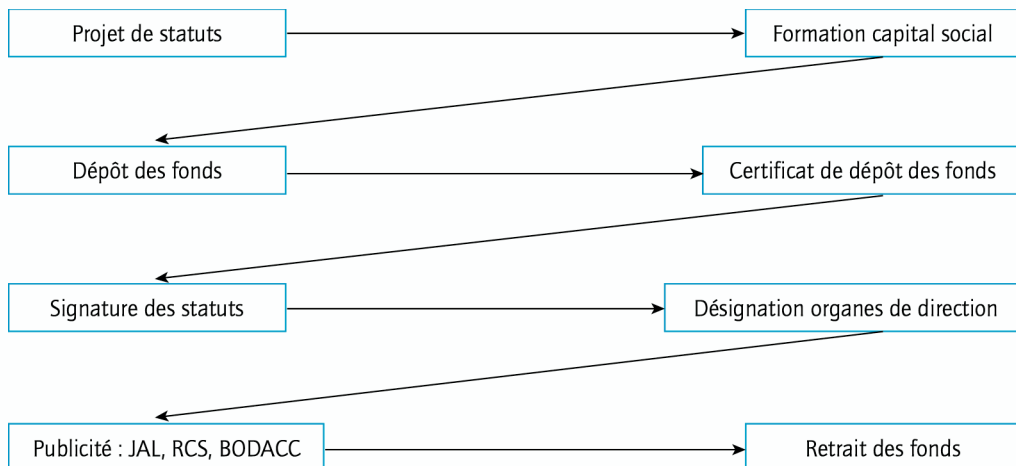
– car cette société doit inspirer confiance aux créanciers, le nombre faisant la force ? Pas plus convaincant : ce qui fait le crédit de la société est son capital social ou à la limite la personnalité de ses associés ; pas leur nombre.

La vérité est que le législateur français s'est inspiré du droit anglais pour introduire cette règle sans fondement dans le code de commerce français. La réalité est également que cette règle a conduit bien des créateurs de SA à faire figurer des associés de paille (détenant 1 action) dans leurs statuts pour atteindre le seuil requis... L'avènement de la SAS a offert une alternative intéressante permettant de créer une structure efficace avec un nombre réduit d'associés.

De nombreux projets de lois ont tenté de réduire ce nombre minimum, mais aucun n'a pour le moment abouti.

Formalités. Au plan des conditions de forme, il convient de distinguer entre les SA ne faisant pas offre au public et celles faisant offre au public.

- **SA ne faisant pas offre au public :** la constitution déroge peu au droit commun à quelques détails de procédure près. La procédure de constitution est décrite dans le schéma ci-dessous :



- **SA faisant offre au public :** voici en quoi la procédure de constitution déroge à celle décrite ci-dessus :

- le projet de statuts doit être déposé au greffe du tribunal de commerce,
- une notice d'information doit être publiée au BALO (*Bulletin des annonces légales et officielles*),
- un prospectus visé par l'Autorité des marchés financiers doit être établi,
- les souscriptions publiques sont constatées par un bulletin de souscription,
- une assemblée constitutive doit être réunie visant notamment à constater la souscription du capital, à adopter les statuts et à nommer les organes sociaux.

c) SAS

Identité. Les règles de constitution d'une SAS sont très largement similaires à celles de la SA, notamment au plan des conditions de forme.

Au plan des différences on notera :

- le nombre d'associés : un au minimum ; pas de maximum ;
- l'interdiction de faire offre au public ;
- l'absence de capital minimum depuis la loi du 4 août 2008 (alignement sur le régime de la SARL).

2. Les règles fiscales

On abordera ici uniquement la question des droits d'enregistrement. Les apports en société, assimilés à un transfert de propriété, peuvent générer une imposition des plus-values.

Principes. Les apports en société, qui s'analysent le plus souvent en des transferts de propriété, peuvent être taxés fiscalement. La politique actuelle est de réduire cette taxation.

Jusqu'à il y a peu, un droit fixe de 230 € était perçu pour tout apport en numéraire. Il a été supprimé. Pour les apports en nature, la taxation peut ne pas s'appliquer si l'apporteur prend l'engagement de conserver les droits sociaux pendant une durée de 3 ans. La seule hypothèse taxable est celle où l'apporteur fait reprendre par la société une partie du passif grevant le bien apporté : c'est ce que l'on nomme les apports à titre onéreux.

Un apport est dit mixte lorsqu'il comprend une partie nette de passif et une partie grevée d'un passif (exemple : apport d'un immeuble de 400 000 € grevé d'un passif de 100 000 € : l'apport est pur et simple pour 300 000 € et onéreux pour le solde ; le régime fiscal est donc différencié).

En résumé, une création d'entreprise bien avisée peut être neutre fiscalement.

TABLEAU RÉCAPITULATIF DE LA FISCALITÉ DES APPORTS EN NATURE À UNE SOCIÉTÉ				
	Apport pur et simple		Apport à titre onéreux	
	Immeubles fonds de commerce, clientèles, droit au bail	Autres biens	Immeubles et droits immobiliers	Fonds de commerce, clientèle, droit au bail
Apport d'une personne physique ou d'une société IR à une société IS	- Immeubles 5,09 % - Fonds de commerce : 0 jusqu'à 23 000 € ; 3 % de 23 000 à 200 000 € ; 5 % au-delà - Toutes hypothèses : exonération si droits sociaux conservés 3 ans	Exonération	5,09 %	0 jusqu'à 23 000 € 3 % de 23 000 à 200 000 € 5 % au-delà
Apport de toute personne ou société à une société IR	Exonération	Exonération	5,09 %	0 jusqu'à 23 000 € 3 % de 23 000 à 200 000 € 5 % au-delà
Apport d'une société IS à une société IS	Exonération	Exonération	5,09 %	0 jusqu'à 23 000 € 3 % de 23 000 à 200 000 € 5 % au-delà

SECTION 2

LA TRANSFORMATION

Problématiques. La transformation de l'entreprise, spécifiquement lorsqu'elle est exploitée sous la forme d'une société, pose essentiellement une question : est-ce une mort suivie d'une renaissance de la personnalité juridique, ou bien une simple modification avec survie de la personnalité juridique ? À la clé, le formalisme de la transformation bien sûr, mais également et surtout une question d'ordre fiscal.

1. Les règles juridiques

1.1 Règles générales

a) Transformation de l'entreprise individuelle

■ *Transformation d'une entreprise individuelle en une autre entreprise individuelle exploitant une activité différente*

Ce cas de figure n'appelle pas de développements particuliers. Soit une activité différente vient s'adjoindre à la première et il sera nécessaire de solliciter une inscription distincte, par exemple au Répertoire des métiers s'il s'agit d'une entreprise artisanale ; soit l'entreprise change totalement d'activité et il faut envisager une radiation d'un registre en vue de l'inscription à un autre. d'une entreprise individuelle en EIRL

■ *Transformation d'une entreprise individuelle en EIRL*

Dans le but de mieux protéger son patrimoine personnel, l'entrepreneur peut choisir de transformer son entreprise individuelle en EIRL (statut de la loi du 15 juin 2010 – Code de commerce art. L. 526-7 et suivants).

Cette transformation résulte d'une déclaration faite au Registre du commerce (avec indication des biens et droits affectés) et n'affectera les créanciers antérieurs que dans les conditions ci-après prévues par le Code de commerce :

Elle est opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable dans un délai fixé par voie réglementaire. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes.

■ *Transformation d'une entreprise individuelle en société*

Le passage de l'entreprise individuelle à la société est une transformation très fréquente qui marque la croissance de l'entreprise. Le plus souvent l'entreprise individuelle est transformée en SARL ou en EURL, plus rarement en société par actions.

Cette transformation prend la forme de la création d'une société nouvelle à laquelle le fonds de commerce est apporté. Si la société constituée est pluripersonnelle, il sera nécessaire qu'une tierce personne réalise un apport, en numéraire par exemple.

Formalisme. Les opérations d'apport du fonds de commerce sont soumises à une réglementation particulière. On retiendra les points suivants :

- **étendue de l'apport en société** : le fonds de commerce n'est ni un patrimoine, ni un bien unique, mais un ensemble de biens corporels et incorporels. D'où les deux règles suivantes :
 - l'entrepreneur individuel peut ne pas apporter tous les éléments du fonds de commerce sans que la qualification d'apport de fonds de commerce ne soit remise en cause ; autrement dit, il suffit de faire apport des éléments essentiels du fonds que sont la clientèle et le droit au bail le cas échéant,
 - les éléments apportés doivent être listés de manière exhaustive dans l'acte d'apport ;
- **formalités protectrices des créanciers** : la publicité de l'apport et la déclaration des créances de l'apporteur. L'apport doit être publié dans un journal d'annonces légales puis au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC). Seconde formalité : dans

les 10 jours de la publicité, les créanciers non munis d'un privilège (garantie) doivent déclarer leur créance au tribunal de commerce. Cette déclaration ne rend pas la créance immédiatement exigible mais permet simplement aux créanciers de recouvrer leur créance contre la société bénéficiaire de l'apport ;

– **formalités protectrices de la société bénéficiaire de l'apport.** Le risque pour le bénéficiaire de l'apport est lié à la valeur et à la consistance du fonds de commerce. Pour ceci, l'acte d'apport doit comprendre à peine de nullité les mentions suivantes (L. 141-1 C. com.) :

1. le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel,
2. l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds,
3. le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans,
4. les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps,
5. le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

En outre, la comptabilité afférente au fonds doit être visée, comme le précise depuis 2005 l'article L. 141-2 du Code de commerce.

Article L. 141-2 Code de commerce. Au jour de la cession, le vendeur et l'acheteur visent tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans, ainsi qu'un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente.

Ces livres font l'objet d'un inventaire signé par les parties et dont un exemplaire est remis à chacune d'elles. Le cédant doit mettre ces livres à la disposition de l'acquéreur pendant trois ans, à partir de son entrée en jouissance du fonds.

b) Transformation d'une société en une société d'une autre forme

Caractères. La transformation d'une société consiste à modifier la forme de celle-ci sans porter atteinte à la personnalité morale ; c'est une opération qui reste lourde puisqu'elle suppose la modification des statuts de la société. Attention, toute modification structurelle n'est pas obligatoirement un changement de forme : ainsi la modification de la structure de direction d'une SA (passage à une structure à directoire et conseil de surveillance) ou encore la transformation d'une SAS en SASU ou inversement, d'une SARL en EURL ou inversement, n'est pas considérée comme une modification de la forme. Une EURL est une SARL à un associé ; il en est de même pour la SASU.

Quelles sont les motivations du changement de forme ?

- parfois, mais rarement, le changement de forme est imposé : nombre d'associés insuffisant dans la SA, trop important dans la SARL ; héritier mineur d'un associé d'une SNC... ;
- le plus souvent la transformation est volontaire. Les motivations sont alors diverses : fiscales (mais le droit fiscal neutralise le plus souvent les différences entre les formes sociales), sociales (régime d'assurance-maladie ou de retraite des dirigeants), financières (la société veut faire offre au public). Parfois la transformation doit plus aux effets de mode ; ainsi de nombreuses SARL se sont transformées en SAS pour des raisons échappant à la... raison.

Conditions. Au rang des conditions communes à toutes les sociétés, on notera essentiellement qu'il est nécessaire que la société transformée remplisse les conditions de fond

nécessaires à la création de la société nouvelle, surtout du point de vue du nombre d'associés et du montant du capital social.

Procédure. La transformation suppose une délibération d'AG dans les conditions de la modification des statuts. Si la transformation devait engendrer une augmentation des engagements des associés (par exemple transformation d'une SARL en SNC), l'unanimité serait requise.

Publicité. La transformation doit être publiée comme toute modification statutaire afin notamment d'être opposable aux tiers ; le circuit des publications est classique : journal d'annonces légales, dépôt au greffe, BODACC.

Effets :

Article 1844-3 Code civil. La transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation ou de toute autre modification statutaire.

- à l'égard de la société, la transformation n'a pas d'effets particuliers puisque la personnalité juridique subsiste. La société conserve le même patrimoine, ce qui signifie qu'elle demeure créancière et débitrice dans les mêmes conditions. Les statuts doivent bien entendu être mis en conformité, notamment du point de vue des organes sociaux. La société doit en outre se conformer à ses nouvelles obligations légales comme par exemple la nomination d'un commissaire aux comptes si elle se transforme en SA ;
- à l'égard des créanciers. La question concerne surtout les créanciers antérieurs à la transformation c'est-à-dire ceux dont la créance est née avant la transformation : ils ne sont pas menacés par la transformation et conservent leurs droits intacts ; ainsi, si la forme de la société leur permettait antérieurement d'agir contre les associés, ils continuent de pouvoir agir contre eux (SNC transformée en SARL par exemple). Leurs sûretés antérieures sont également maintenues.

1.2 Règles spécifiques à chaque société

Il n'est pas possible d'envisager tous les cas de figure. Nous en décrivons 3 seulement.

a) Transformation d'une SARL en SA

Procédure. Toute transformation de SARL en quelque société que ce soit, doit faire l'objet d'un rapport d'un commissaire aux comptes sur la situation de la société. Ce commissaire n'est pas obligatoirement désigné en justice et peut être nommé soit par le gérant soit par les associés. Son rapport doit être déposé au greffe du tribunal de commerce avant l'assemblée devant délibérer sur la transformation.

Un commissaire à la transformation doit également réaliser l'évaluation de la valeur des biens composant l'actif social et attester que le montant des capitaux propres est au moins égal à celui du capital social.

Pour éviter les frais et lourdeurs procédurales, un même CAC peut être investi des deux missions : rapport sur la situation de la SARL et évaluation de l'actif social.

La décision de transformation est prise en principe dans les conditions de quorum et de majorité qui sont celles requises pour la modification des statuts. Par exception, si le montant des capitaux propres excède 750 000 €, la décision peut être prise à la majorité absolue, et non qualifiée.

Effets. Les parts sociales sont converties en actions immédiatement négociables. Les apporteurs en industrie de l'ex-SARL seront en principe exclus de la SA.

Les statuts doivent être mis en conformité, notamment en ce qui concerne les organes sociaux.

b) Transformation d'une SARL en SAS

Un rapport du commissaire aux comptes et/ou à la transformation doit être déposé dans les mêmes conditions que ci-dessus.

Particularité. La transformation doit être décidée à l'unanimité des associés (et non des associés présents ou représentés), en raison des clauses que les statuts de la SAS pourraient contenir (clauses d'exclusion notamment).

c) Transformation d'une SNC en société à responsabilité limitée (SARL/SA/SAS)

Même s'il n'est pas fréquent (en raison du faible nombre de SNC), ce cas est intéressant puisqu'il suppose le passage d'une structure à responsabilité indéfinie et solidaire à une structure à responsabilité limitée.

On rappellera que les créanciers antérieurs conservent leurs droits intacts. Il n'est donc pas envisageable pour les associés de changer de forme sociale avec le dessein de réduire le droit de gage des créanciers.

- la **transformation en SARL** suppose une décision majoritaire. Les conditions propres à la SARL doivent être réunies. Il semble que l'intervention d'un commissaire chargé de l'évaluation des actifs ne soit pas obligatoire ;
- la **transformation en SA** est adoptée à la majorité des associés en nom. Elle suppose que la société comprenne 7 associés au minimum et un capital de 37 000 €. Un commissaire à la transformation doit évaluer les actifs et attester que les capitaux propres sont au moins au niveau du capital social. Les parts sociales se muent en actions, mais les apporteurs en industrie de l'ex-SNC sont en principe exclus puisque ce type d'apport n'est pas admis dans la SA ;
- la **transformation en SAS** est possible à l'unanimité des associés en nom. Le nombre d'associés peut se limiter à un (SASU). Les autres conditions sont identiques à celles précédemment décrites pour la transformation en SA.

2. Les règles fiscales

2.1 Régime fiscal de la transformation de l'entreprise individuelle en société

a) Droits d'enregistrement

Si l'apport est réalisé au profit d'une société relevant de l'IR, il est exonéré de droits d'enregistrement.

Si l'apport est réalisé au profit d'une société relevant de l'IS, il est taxé à 3 % entre 23 000 et 200 000 € et à 5 % au-delà de 200 000 € de valeur. Mais l'apporteur peut être exonéré de ces droits s'il prend l'engagement de conserver les droits sociaux reçus pendant 3 années au minimum.

b) Plus-values

L'apport de l'entreprise individuelle à une société entraîne la fin de son activité. Le régime de sursis d'imposition des plus-values peut trouver à s'appliquer dans les conditions prévues par l'article 151 *octies* du Code général des impôts.

Les conditions essentielles du sursis sont les suivantes :

- l'apport doit porter sur une branche complète d'activité ou sur une entreprise individuelle (fonds de commerce) ;
- la société bénéficiaire de l'apport doit être soumise au régime réel d'imposition,

Article 151 octies Code général des impôts. Les plus-values (...) réalisées par une personne physique à l'occasion de l'apport à une société soumise à un régime réel d'imposition d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité peuvent bénéficier des dispositions suivantes :

L'imposition des plus-values afférentes aux immobilisations non amortissables fait l'objet d'un report jusqu'à la date de la cession, du rachat ou de l'annulation des droits sociaux reçus en rémunération de l'apport de l'entreprise ou jusqu'à la cession de ces immobilisations par la société si elle est antérieure. Toutefois, en cas de transmission à titre gratuit à une personne physique des droits sociaux rémunérant l'apport ou de la nue-propriété de ces droits, le report d'imposition est maintenu si le bénéficiaire de la transmission prend l'engagement d'acquitter l'impôt sur la plus-value à la date où l'un des événements prévus à la phrase précédente se réalise.

c) IR

L'entreprise cessant son activité, le bénéfice réalisé pendant l'exercice au cours duquel l'apport a été effectué, est immédiatement taxable à l'impôt sur le revenu.

2.2 Régime fiscal de la transformation d'une société en une société d'une autre forme

Politique. L'administration fiscale a mis plusieurs décennies à admettre que la transformation régulière d'une société en une autre société ne soit plus pénalisante. Jusqu'au milieu des années 80, elle considérait qu'il y avait cessation d'activité, dissolution, puis création d'une personne morale nouvelle...

Régime. Le régime actuel dépend essentiellement du point de savoir si la société change ou non de régime fiscal. Il est décrit dans le tableau suivant :

RÉGIME FISCAL DE LA TRANSFORMATION D'UNE SOCIÉTÉ			
	Société conservant son régime fiscal (IR/IR ou IS/IS)	Société passant de l'IR à l'IS	Société passant de l'IS à l'IR
Impôt sur les bénéfices	Sans incidences	Principe : cessation d'entreprise = imposition immédiate des résultats d'exploitation + bénéfices en sursis + PV latentes Atténuation⁽¹⁾ : pas d'imposition immédiate si pas de modification de la valeur comptable des éléments d'actif + imposition des bénéfices et PV possibles dans le cadre du nouveau régime fiscal.	Principe : cessation d'entreprise. Atténuation⁽¹⁾ : pas d'imposition immédiate si pas de modification de la valeur comptable des éléments d'actif + imposition des bénéfices et PV possibles dans le cadre du nouveau régime fiscal.

	Société conservant son régime fiscal (IR/IR ou IS/IS)	Société passant de l'IR à l'IS	Société passant de l'IS à l'IR
Droits d'enregistrement	Droit fixe de 125 €	Principe : 5 % sur les immeubles/Fonds de commerce : 3 % de 23 000 à 200 000 € ; 5 % au delà de 200 000 € Exception : droit fixe de 375 à 500 € si conservation des droits sociaux plus de 3 ans à compter de la transformation.	Droit fixe de 125 €

(1) Art. 221 bis CGI : en l'absence de création d'une personne morale nouvelle, lorsqu'une société ou un autre organisme cesse totalement ou partiellement d'être soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal, les bénéfices en sursis d'imposition, les plus-values latentes incluses dans l'actif social et les profits non encore imposés sur les stocks ne font pas l'objet d'une imposition immédiate, à la double condition qu'aucune modification ne soit apportée aux écritures comptables et que l'imposition desdits bénéfices, plus-values et profits demeure possible sous le nouveau régime fiscal applicable à la société ou à l'organisme concerné.

FICHE 5

L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (EIRL)

La loi du 15 juin 2010 instituant l'EIRL constitue une révolution juridique d'une ampleur rarement atteinte.

1. Contexte

Le principe de l'unité du patrimoine posé par le Code civil sur les fondations d'une théorie séculaire signifie que toute personne (physique ou morale) dispose d'un patrimoine, c'est-à-dire d'un ensemble comprenant ses biens et ses obligations (actif/passif), et surtout que l'ensemble des biens répond de l'ensemble des dettes. À la fois de bon sens et favorisant le crédit, ce principe a vite démontré ses limites pour les entreprises individuelles, puisqu'il impliquait que les créanciers de l'activité professionnelle puissent avoir pour gage les biens à caractère personnel de l'entrepreneur. La faillite de l'activité entraînait donc nécessairement l'engloutissement de tous les biens personnels de l'entrepreneur et notamment la vente de sa résidence principale.

Très tôt des solutions ont été pensées pour tenter de préserver le patrimoine personnel de manière à ne pas décourager l'initiative individuelle. La première avancée fut l'avènement en 1985 de l'EURL, société unipersonnelle, permettant à une même personne d'être à la tête de deux patrimoines distincts : le sien propre et celui de la société unipersonnelle. Sous réserve qu'il n'ait pas donné de garanties personnelles et qu'il ait maintenu une stricte étanchéité entre les deux patrimoines, l'entrepreneur était bien protégé par la constitution d'une EURL.

La loi dite Dutreil du 1^{er} juillet 2003 a ouvert une nouvelle brèche dans la théorie du patrimoine en instituant l'insaisissabilité, par déclaration, de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (Code de commerce art. L. 526-1 et suivants). Cette mesure, étendue en 2008 à tous les biens fonciers à caractère non professionnels, n'a toutefois pas rencontré le succès escompté.

L'estocade finale à la théorie du patrimoine vient donc d'être portée par la loi du 15 juin 2010 instituant l'EIRL (on prendra soin de ne pas confondre avec l'EURL, qui est une SARL, personne morale, à associé unique), qui prévoit qu'un entrepreneur individuel peut *affecter* ses biens et dettes professionnels dans un patrimoine spécifique (dit patrimoine affecté), totalement distinct du patrimoine personnel. Une même personne physique peut donc avoir plusieurs patrimoines, indépendants les uns des autres, sans pour autant créer de personne morale.

2. Dispositif

Le principe est posé par le nouvel article L. 526-6 du Code de commerce.

Principe. Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

Plusieurs points sont à noter :

- l'affectation n'est qu'une possibilité offerte et non un statut obligatoire ; il est donc possible de demeurer entrepreneur individuel de droit commun (EI sans responsabilité limitée).
- l'affectation doit comprendre tous les biens nécessaires à l'activité : fonds de commerce, droit au bail, immeubles, stocks, matériels ; ainsi il n'est pas possible de n'affecter que certains biens en vue de les maintenir à l'écart des créanciers professionnels.
- si une même personne exerce plusieurs activités distinctes, il semble possible de créer plusieurs patrimoines affectés.

Champ d'application et formalités. Tout entrepreneur individuel peut opter pour l'EIRL : commerçant, artisan, agriculteur ou profession libérale. L'option se fait au registre de publicité dont dépend l'activité (RCS, RM, URSSAF...). La déclaration doit notamment comprendre un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur. Tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à un montant de 30 000 € fait l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport annexé à la déclaration établi par un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire désigné par l'entrepreneur individuel.

Effets de la déclaration. Le principe de séparation est très clairement posé par la loi nouvelle : les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté. Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable ont pour seul gage général le patrimoine non affecté.

La déclaration d'affectation est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt.

Elle est également opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire (le Conseil constitutionnel saisi de cette mesure a précisé que les créanciers doivent faire l'objet d'une information individuelle). Dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition en justice à la déclaration. Soit le juge rejette l'opposition, soit il ordonne le remboursement des créances ou encore la constitution de garanties. De cette manière les droits des créanciers antérieurs sont préservés de manière satisfaisante.

Comptabilité/Fiscalité. L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, ce qui constitue une sujétion supplémentaire par rapport à l'entreprise individuelle classique.

Au plan fiscal, et c'est là une véritable innovation, le statut de l'EIRL est pleinement calqué sur celui de l'EURL. Cela signifie notamment que l'EIRL est assujettie à l'IR mais peut opter pour l'IS.

Si elle demeure à l'IR, le bénéfice imposable professionnel résultera de la comptabilité du patrimoine affecté et sera déterminé suivant les règles des BIC, BNC, BA... suivant le type d'activité.

L'entrepreneur établira ensuite une déclaration globale incluant son revenu professionnel et ses revenus d'autre nature (salaires, revenus fonciers...). L'entrepreneur pourra prélever des sommes du patrimoine affecté pour les verser dans son patrimoine personnel (*L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté*), ce qui équivaut à une distribution de dividendes si l'on rapporte ce mécanisme au droit des sociétés.

Si elle opte pour l'IS, le résultat net du patrimoine affecté sera soumis à l'IS au taux normal (33 1/3) ou réduit (15 % jusqu'à 38 120 €). L'entrepreneur pourra ensuite verser des dividendes à son patrimoine personnel. Il sera alors imposé comme des revenus de capitaux mobiliers (avec l'abattement de 40 %). Au plan social, les revenus qu'il se verse ainsi sont soumis de plein droit aux mêmes cotisations qu'un entrepreneur individuel s'ils excèdent annuellement 10 % du montant du patrimoine affecté. Cette dernière mesure vise à éviter que l'entrepreneur ne se rémunère exclusivement par ce moyen, échappant ainsi aux prélèvements sociaux.

Limites à la séparation des patrimoines. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée sera responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave à certaines règles, notamment celle qui prévoit l'obligation d'affecter tous les biens nécessaires à l'exercice de la profession et celle qui rend obligatoire la tenue de comptabilités distinctes.

De même, il est prévu qu'en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers peut alors s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos.

3. Appréciation

À n'en point douter, la loi du 15 juin 2010 remet en cause bien des schémas du droit de l'entreprise :

- elle gomme une part importante de la distinction entre le régime des personnes morales et celui applicable aux personnes physiques. En effet, une personne physique peut se distribuer des « dividendes », être assujettie à l'IS...
- elle rend selon nous caduque de fait la déclaration d'insaisissabilité de l'article L. 526-1 du code de commerce qui ne conservera qu'un intérêt très limité,
- elle pose la question de l'intérêt du maintien de l'EURL comme structure de l'entreprise individuelle (celle-ci conservera une utilité pour des montages de sociétés, au sein de groupes)

Bien des questions demeurent en suspens au lendemain d'une loi des plus novatrices. L'une de ces interrogations est de savoir si des actes juridiques peuvent ou non être passés entre les deux patrimoines, affecté et personnel : vente de bien, location, pourquoi pas donation ? La logique de l'autonomie des deux patrimoines voudrait que la réponse soit positive mais un tel schéma remet en cause des conceptions solidement ancrées et n'est pas approuvé de tous.

FICHE 6

LE STATUT D'AUTO-ENTREPRENEUR (LOI DU 4 AOÛT 2008)

Ce nouveau statut est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 avec pour objectif de simplifier l'exercice de petites activités indépendantes : l'auto-entrepreneur peut exercer une activité commerciale ou artisanale en parallèle d'une activité principale, c'est-à-dire en complément d'un autre statut (salarié, demandeur d'emploi, retraité, étudiant...). Souple, sans trop de formalités, il présente de nombreux avantages sociaux et fiscaux.

Ce statut permet à un auto-entrepreneur d'être affilié à la sécurité sociale et de valider des trimestres de retraite, en s'acquittant forfaitairement de ses charges sociales et de ses impôts uniquement sur ce qu'il encaisse.

Pour exercer une activité commerciale ou artisanale, l'auto-entrepreneur est dispensé d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) pour les activités commerciales ou au répertoire des métiers (RM) pour les activités artisanales (article 8 de la loi de modernisation de l'économie – LME). En effet, pour démarrer une activité permanente ou occasionnelle, il suffit désormais d'une simple déclaration avec le formulaire P0 au centre des formalités des entreprises (CFE) ou directement par la déclaration en ligne auprès de l'Urssaf.

Cette dispense s'applique tant que le chiffre d'affaires ne dépasse pas les limites de la micro-entreprise, soit 81 500 € pour une activité commerciale et 32 600 € pour les prestations de services. Si le chiffre d'affaires HT dépasse les seuils autorisés, sans toutefois excéder 89 600 ou 34 600 €, il est possible de conserver ce statut l'année de dépassement des seuils et les deux années civiles suivantes.

À compter du 1^{er} janvier 2009, ce statut peut être adopté par les nouveaux entrepreneurs, mais aussi par ceux qui sont déjà en activité, sous plusieurs conditions :

- être en entreprise individuelle ;
- être soumis soit au régime fiscal de la micro-entreprise, soit au prélèvement libératoire ;
- opter pour le régime micro-social simplifié.

L'auto-entrepreneur ne constitue pas une forme juridique (qui reste le statut de l'entreprise individuelle), mais seulement une simplification de la formalité de déclaration d'activité. Ce nouveau dispositif s'adresse donc aux personnes physiques souhaitant exercer en entreprise individuelle et ne concerne donc pas les autres statuts d'entrepreneurs, comme les gérants de société par exemple. Cependant, il est toujours possible de changer de statut et d'exercer une activité sous forme de société.

Il est compatible avec d'autres statuts dont il est complémentaire : salarié en CDI ou CDD (du moment que l'obligation de loyauté et de non-concurrence vis-à-vis de l'employeur est respectée), demandeur d'emploi (avec le maintien des allocations chômage), retraité, étudiant...

Deux options sont possibles d'un point de vue fiscal : l'auto-entrepreneur peut opter pour le prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu (s'il a choisi le régime micro-social) ou pour le régime fiscal de la micro-entreprise (avec application du barème progressif de l'impôt sur le revenu). Avec le régime microsocial, toutes les taxes (IR compris) et charges sociales sont remplacées par un prélèvement social et fiscal libératoire forfaitaire, mensuel ou trimestriel, de l'ordre de 23 % du chiffre d'affaires dans les services et de 13 % pour une activité commerciale. Ce forfait qui couvre le règlement des cotisations sociales obligatoires et de l'impôt sur le revenu s'applique uniquement sur le chiffre d'affaires mensuel réel, c'est-à-dire réellement encaissé : s'il est nul, il n'y a ni déclaration, ni prélèvement.

L'auto-entrepreneur est également exonéré de la CFE, cotisation foncière des entreprises, pendant trois ans : l'année de création et les deux années suivantes. Il est automatiquement exonéré de la CVAE, cotisation sur la valeur ajoutée.

Sous le régime micro-social, les charges sociales ne sont plus calculées à titre provisionnel et de manière forfaitaire les deux premières années, mais en appliquant un pourcentage au chiffre d'affaires, ce qui évite l'année suivante des régularisations de charges sociales.

Les revenus sont donc déclarés aux caisses sociales et les charges sont payées au fur et à mesure des rentrées de recettes : soit mensuellement, soit trimestriellement. Comme pour les taxes, si le chiffre d'affaires réalisé est nul, il n'y a pas de cotisation sociale exigible.

Les entrepreneurs bénéficiant du régime fiscal de la micro-entreprise, qu'ils soient immatriculés ou non, doivent tenir une comptabilité allégée.

Ainsi, ils peuvent simplement tenir au jour le jour un livre des recettes encaissées à titre professionnel, qui en mentionne le montant et l'origine, en distinguant les règlements en espèces des autres règlements. Les références des pièces justificatives (factures, notes, etc.) doivent y être indiquées.

En outre, lorsque l'activité consiste principalement à vendre des marchandises, fournitures et denrées à consommer sur place ou à emporter, ou à fournir des prestations d'hébergement, les entrepreneurs doivent alors tenir un registre récapitulant chaque année le détail de leurs achats en précisant le mode de règlement et les références des pièces justificatives (factures, notes, etc.).

De plus, étant sous le régime fiscal de la micro-entreprise, l'auto-entrepreneur n'est pas soumis à la TVA. La prestation fournie est donc facturée hors taxe.

(Source : servicepublic.fr)

FICHE 7

STATUTS TYPES EURL

Décret du 19 décembre 2008 applicable à toute création d'EURL et à défaut de dépôt de statuts différents

Société : (*dénomination sociale*)

Société à responsabilité limitée :

Au capital de : ; (*à compléter*)

Siège social : (*à compléter*) :

Le soussigné : M/Mme (*nom de naissance et, le cas échéant, nom d'usage, prénom, domicile, date et lieu de naissance*) a établi ainsi qu'il suit les statuts d'une société à responsabilité limitée dont le gérant est l'associé unique.

Article 1^{er} : Forme

La société est à responsabilité limitée.

Article 2 : Objet

La société a pour objet : (*indiquer ici toutes les activités qui seront exercées par la société*).

Et, plus généralement, toutes opérations, de quelque nature qu'elles soient, juridiques, économiques et financières, civiles et commerciales, se rattachant à l'objet sus-indiqué ou à tous autres objets similaires ou connexes, de nature à favoriser, directement ou indirectement, le but poursuivi par la société, son extension ou son développement.

Article 3 : Dénomination

Sa dénomination sociale est : (*nom de la société*).

Son sigle est : (*facultatif*).

Dans tous les actes et documents émanant de la société, cette dénomination doit être précédée ou suivie immédiatement des mots : « société à responsabilité limitée » ou des initiales : « SARL » et de l'énonciation du capital social.

Article 4 : Siège social

Le siège social est fixé à : (*indiquer ici l'adresse du siège social*).

Il peut être transféré par décision de l'associé unique.

Article 5 : Durée

La société a une durée de ... années (*indiquer ici la durée, sans qu'elle puisse excéder quatre-vingt-dix-neuf ans*) sauf dissolution anticipée ou prorogation.

Article 6 : Apports

Apports en numéraire : (*indiquer ici le montant des espèces en euros*).

M/Mme apporte et verse à la société une somme totale de

La somme totale versée, soit : a été déposée le au crédit d'un compte ouvert au nom de la société en formation, à (*indiquer ici les coordonnées de l'établissement financier*).

Apports de biens communs (le cas échéant) : (Il s'agit des biens appartenant à la communauté des époux).

Cette somme provient de la communauté de biens existant entre l'apporteur et son conjoint : (*nom, prénoms*), qui a été préalablement averti de cet apport par lettre recommandée avec demande d'avis de réception reçue le, comportant toutes précisions utiles quant aux finalités et modalités de l'opération d'apport.

Par lettre en date du, M/Mme, conjoint de l'apporteur, a renoncé expressément à la faculté d'être personnellement associé, pour la moitié des parts souscrites. L'original de cette lettre est demeuré annexé aux présents statuts.

Apports par une personne ayant contracté un PACS (*le cas échéant*) :

M/Mme réalise le présent apport pour son compte personnel et est en conséquence seul propriétaire des parts sociales qui lui sont attribuées en rémunération de son apport.

Article 7 : Capital social et parts sociales

Le capital est fixé à la somme de : (*indiquer le montant en euros*)

Le capital est divisé en (*indiquer ici le nombre de parts sociales pour le montant du capital et, de manière facultative, le montant de ces parts*) (parts égales d'un montant de chacune), intégralement libérées (*ou : libérées chacune à concurrence du cinquième, du quart, de la moitié, etc.*). La libération du surplus, à laquelle il s'oblige, interviendra en une ou plusieurs fois sur décision du gérant.

Article 8 : Gérance

La société est gérée par son associé unique, M/Mme

Article 9 : Décisions de l'associé

L'associé unique exerce les pouvoirs et prérogatives de l'assemblée générale dans la société pluripersonnelle. Ses décisions sont répertoriées sur un registre coté et paraphé. Il ne peut en aucun cas déléguer ses pouvoirs.

Article 10 : Exercice social

Chaque exercice social a une durée de douze mois qui commence le et finit le (par exception, le premier exercice sera clos le).

Article 11 : Comptes sociaux

L'inventaire et les comptes annuels sont établis par l'associé unique gérant. Leur dépôt au Registre du commerce et des sociétés dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice vaut approbation des comptes.

Le rapport de gestion est établi chaque année par l'associé unique gérant et tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande.

Article 12 : Actes accomplis pour le compte de la société en formation

L'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation a été annexé aux statuts. La signature de ceux-ci emportera reprise de ces engagements par la société, lorsque celle-ci aura été immatriculée au registre du commerce et des sociétés.

Article 13 : Frais et formalités de publicité

Les frais afférents à la constitution des présents statuts et de leurs suites seront pris en charge par la société.

Tous pouvoirs sont donnés au porteur d'une copie des présentes à l'effet d'accomplir toutes les formalités légales de publicité.

Fait à, le

En ... exemplaires.

Signature de l'associé

FICHE 8**LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (SARL)****Généralités**

Nombre : 1 550 000 SARL et EURL environ

Domaine et utilisation : tous usages ; forme particulièrement utilisée par les TPE et PME de tous les secteurs ; possibilité d'exploitation d'une activité commerciale comme civile. EURL utilisée comme structure d'exploitation d'entreprises individuelles.

Personnalité morale : oui, à l'inscription au Registre du commerce et des sociétés.

Responsabilité : limitée aux apports.

Classification : caractère commercial par la forme (quelle que soit l'activité exercée)/ société de personnes ne pouvant se financer par offre au public.

Textes : articles L. 223-1 et suivants du Code de commerce.

Constitution

Nombre d'associés : de 1 (EURL) à 100 au maximum.

Capital social : doit exister ; pas de minimum fixé par la loi ; libération de 20 % à la constitution. Libération du surplus dans les 5 ans.

Type de droits sociaux : parts sociales non négociables ; cession suivant procédé de cession de créance (C. civ., art. 1690).

Apports en numéraire : oui

Apport en nature : oui ; évaluation par un commissaire aux apports obligatoire si le montant total des apports en nature est supérieur à la moitié du capital social ou si l'apport en nature réalisé excède 30 000 €.

Apports en industrie : oui.

Formalités de constitution : rédaction et enregistrement des statuts ; publicité dans un journal d'annonces légales ; dépôt et blocage des fonds ; dossier CFE ; immatriculation RCS.

Direction

Type de gouvernance : gérance unique ou co-gérance.

Statut des dirigeants : personne physique obligatoirement ; associé ou non associé ; cumul des mandats et âge non réglementés ; rééligible.

Rémunération : librement décidée par la société.

Révocation : par la collectivité des associés pour justes motifs, ou en justice sur demande d'un associé pour cause légitime.

Statut social : si minoritaire, statut social assimilé à celui des salariés / si majoritaire, statut social des travailleurs non salariés.

Cumul avec contrat de travail : possible uniquement si le contrat correspond à des fonctions techniques distinctes de celles de la gérance ET si un lien de subordination entre la société et le gérant salarié existe (suppose que le gérant soit minoritaire)

Statut fiscal : assimilé à celui des salariés.

Pouvoirs : dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, et les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers. Le gérant qui agit en dehors de l'objet social ou en violation d'une clause statutaire limitant ses pouvoirs engage sa responsabilité et commet une faute susceptible de justifier sa révocation.

Responsabilités : responsabilité civile en cas de violation de la loi, des statuts ou de faute de gestion ; responsabilité pénale pour certains délits (abus de biens sociaux) ; responsabilité fiscale en cas de fraude ; responsabilité possible en cas de procédure collective touchant la SARL.

Associés

Qualité et capacité : les associés n'ont pas la qualité de commerçant ; mineurs et étrangers peuvent librement être associés ; restrictions pour les majeurs protégés.

Époux : possibilité d'être associés seuls ou avec d'autres dans une SARL. Les apports de biens immeubles ou fonds de commerce communs doivent être autorisés par l'autre conjoint. La qualité d'associé est reconnue à l'apporteur. Le conjoint non apporteur peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales.

Indivision : l'indivision n'a pas la qualité d'associé. Les droits attachés aux parts sociales indivises sont exercés par un mandataire commun nommé par les indivisaires ou en justice en cas de désaccord.

Démembrement de propriété : la qualité d'associé n'est attribuée clairement par la loi ni à l'usufruitier, ni au nu-propiétaire. La doctrine majoritaire attribue cette qualité au nu-propiétaire. Le droit de vote est exercé par ce dernier sauf pour les décisions relatives à l'attribution des bénéfices (usufruitier) ; les clauses d'aménagement du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propiétaire sont valables sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de participation de tout associé et au droit de l'usufruitier de se prononcer sur l'attribution des bénéfices.

Relations entre associés et clauses d'aménagement :

- cession des droits sociaux (agrément) : les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales (double majorité, en nombre d'associés et en capital). Cession libre entre associés, à conjoint, ascendants, descendants, et en cas de liquidation de communauté et succession (sauf clause statutaire contraire instaurant un agrément) ;
- clauses d'inaliénabilité non valables ;
- clauses de préemption statutaires valables ;

- clauses de retrait non valables ;
- clauses de sortie forcée (exclusion) non valables.

Décisions collectives

Mode : assemblée générale ; consultation écrite ; consentement des associés donné dans l'acte.

Compétence AG (non limitatif) : nomination des dirigeants, approbation des comptes, approbation du rapport de gestion, affectation du bénéfice, approbation des conventions réglementées, modification des statuts, augmentation ou réduction du capital, fusions ou scissions, transformation...

Quorum et majorité :

- assemblée ne modifiant pas les statuts : pas de quorum ; majorité absolue au premier tour, relative au second ;
- assemblée modifiant les statuts : si SARL constituée avant le 2 août 2005, pas de quorum et majorité des trois-quarts. SARL constituées après le 2 août 2005, quorum : un quart sur première convocation, puis un cinquième et majorité des deux tiers.

Contrôles

Un *commissaire aux comptes* n'est pas obligatoire mais pourra être nommé dans trois hypothèses :

- à titre facultatif, les associés peuvent nommer, par décision collective majoritaire, un ou plusieurs commissaires aux comptes ;
- sont ensuite tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les SARL qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, deux des trois seuils suivants : 1 550 000 € total bilan ; 3 100 000 € chiffre d'affaires hors taxe ; 50 salariés (C. com. R. 221-5) ;
- la nomination d'un commissaire aux comptes peut être également demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital.

Fiscalité

IR ou IS : la SARL pluripersonnelle relève de l'IS. L'EURL relève de l'IR.

Options : l'EURL peut opter pour l'IS. La SARL pluripersonnelle peut opter pour l'IR dans deux cas :

- SARL dites « de famille », composées exclusivement de membres d'une même famille (parents en ligne directe, conjoints, partenaires liés par un PACS, frère et sœurs).
- SARL ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale aux conditions (cumulatives) suivantes : la société n'est pas cotée et son capital est détenu à plus de 50 % par des personnes physiques et à plus de 34 % par les dirigeants et les membres de leur famille ; la société a moins de 50 salariés et réalise un chiffre d'affaires ou a un total bilan inférieur à 10 millions d'euros. Enfin, elle a moins de cinq années d'existence.

Financement

Offre au public : interdite

Cotation des titres : interdite

Émission actions : interdite

Émission obligations : oui mais à certaines conditions (rare)

Emprunts : oui

Comptes courants : oui

Quasi fonds propres : non

FICHE 9

LA SOCIÉTÉ ANONYME (SA)

Généralités

Nombre : 140 000 environ

Domaine et utilisation : tous usages ; forme sociale pouvant être utilisée pour tout type d'activité, commerciale comme civile. En pratique, la SA est utilisée comme structure d'entreprises d'une certaine taille ; elle peut faire offre au public, coter ses titres, ce qui en fait une forme sociale incontournable pour les activités nécessitant des financements lourds.

Personnalité morale : oui, à compter de l'inscription au Registre du commerce et des sociétés.

Responsabilité : limitée aux apports.

Classification : caractère commercial par la forme (quelle que soit l'activité exercée) ; société de capitaux par excellence quoique des clauses statutaires (agrément, préemption...) puissent introduire une forme d'intuitus personae dans les SA non cotées.

Textes : articles L. 225-1 et suivants du Code de commerce.

Constitution

Nombre d'associés : à partir de 7 à l'infini.

Capital social : minimum fixé par la loi à 37 000 € que la société fasse ou non offre au public (avant l'ordonnance du 22 janvier 2009, les SA faisant appel public à l'épargne devaient avoir un capital social de 225 000 €) ; libération de 50 % à la constitution. Libération du surplus dans les 5 ans.

Type de droits sociaux : actions négociables ; cession simplifiée par inscription en compte.

Apports en numéraire : oui

Apport en nature : oui ; évaluation obligatoire par un commissaire aux apports.

Apports en industrie : interdits

Formalités de constitution : rédaction et enregistrement des statuts ; publicité dans un journal d'annonces légales ; dépôt et blocage des fonds ; dossier CFE ; immatriculation RCS ; publicité au BODACC. Formalités renforcées si la société est constituée avec offre au public (surveillance de l'Autorité des marchés financiers, AMF)

Direction

Type de gouvernance : trois formules possibles :

- conseil d'administration de 3 à 18 membres + président-directeur général (PDG)
- conseil d'administration + président du CA + directeur général
- directoire de 1 à 5 membres + conseil de surveillance de 3 à 18 membres.

Statut des dirigeants : variable suivant le type de dirigeants (administrateur, DG, membre du directoire, membres du conseil de surveillance) ; personne physique ou personne morale admises pour les administrateurs et membres du CS ; personne physique uniquement pour les fonctions de président du CA, DG et membres du directoire ; la qualité d'actionnaire n'est plus exigée obligatoirement mais peut être requise par les statuts ; cumul des mandats (5 au maximum pour les administrateurs) et âge maximum d'exercice des fonctions réglementés / rééligibilité.

Rémunérations : décidées par la société ; peuvent prendre différentes formes (jetons de présence, rémunérations exceptionnelles, stock-options, actions gratuites...) ; limites : peuvent être soumises à la procédure des conventions réglementées ; dans les sociétés cotées, les rémunérations exceptionnelles sont soumises à des conditions de performance.

Révocation : révocation *ad nutum* pour les administrateurs, membres du conseil de surveillance ; révocation pour justes motifs pour les DG et membres du directoire.

Statut social : statut social assimilé à celui des salariés du point de vue des régimes d'assurance-maladie, vieillesse, allocations familiales.

Cumul avec contrat de travail : interdiction aux administrateurs de devenir salariés ; inversement, un salarié peut devenir administrateur ; ce cumul n'est toutefois possible que si le contrat correspond à des fonctions techniques distinctes de celles d'administrateur ET si un lien de subordination entre la société et l'administrateur salarié existe (suppose que l'administrateur soit minoritaire)

Statut fiscal : assimilé à celui des salariés (abattement de 10 % sur la rémunération perçue).

Pouvoirs :

- directeur général, PDG ou membres du directoire : investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la SA, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux actionnaires. La SA est engagée même par les actes de son dirigeant qui ne relèvent pas de l'objet social, et les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. Le dirigeant qui agit en dehors de l'objet social ou en violation d'une clause statutaire limitant ses pouvoirs engage sa responsabilité et commet une faute pouvant justifier sa révocation ;
- conseil d'administration : fixe les orientations de l'activité et les met en œuvre (pouvoir d'orientation), se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société (pouvoir d'évocation), est chargé de la convocation des AG, établit les comptes et le rapport gestion, autorise les conventions réglementées ainsi que les cautions, avals et garanties, autorise les émissions d'obligations, nomme le président du CA, le directeur général et le DG délégué. Le CA exerce également une mission de surveillance en procédant aux contrôles et vérifications opportuns ;
- conseil de surveillance : exerce un contrôle permanent de la gestion du directoire, procède aux vérifications des comptes sociaux, reçoit le rapport trimestriel du directoire et nomme le directoire.

Responsabilités : responsabilité civile en cas de violation de la loi, des statuts ou de faute de gestion (sauf membres du conseil de surveillance puisque n'ayant pas de fonctions de gestion) ; responsabilité pénale pour certains délits (abus de biens sociaux) ; responsabilité fiscale en cas de fraude ; responsabilité possible en cas de procédure collective touchant la SA.

Associés

Qualité et capacité : les associés n'ont pas la qualité de commerçant même si l'activité de la société est commerciale ; les personnes morales, mineurs et étrangers peuvent librement être associés ; restrictions pour les majeurs protégés.

Époux : possibilité d'être associés dans une SA. Les apports de biens immeubles ou fonds de commerce communs doivent être autorisés par l'autre conjoint. La qualité d'associé de la SA est reconnue uniquement à l'apporteur en société (mais les actions reçues en contrepartie d'un apport de biens communs, sont communes).

Indivision : l'indivision n'a pas la qualité d'actionnaire. Les droits attachés aux actions indivises sont exercés par un mandataire commun nommé épar les indivisaires ou en justice en cas de désaccord.

Démembrement de propriété : la qualité d'actionnaire n'est attribuée clairement par la loi ni à l'usufruitier, ni au nu-propriétaire. La doctrine majoritaire attribue cette qualité au nu-propriétaire. Le droit de vote aux assemblées générales ordinaires appartient à l'usufruitier ; le droit de vote aux assemblées générales extraordinaires appartient au nu-propriétaire ; les clauses

d'aménagement du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propiétaire sont valables sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de participation de tout actionnaire et au droit de l'usufruitier de se prononcer sur l'attribution des bénéfices.

Relations entre associés et clauses d'aménagement :

- cession des actions (agrément) ; une clause d'agrément peut être mise en place dans les statuts sauf pour les cessions intra-familiales et dans les SA ouvertes aux marchés ;
- clauses d'inaliénabilité : ne semblent pas autorisées dans les statuts ;
- clauses de préemption statutaires valables dans les mêmes conditions que les clauses d'agrément ;
- clauses de retrait : non valables ;
- clauses de sortie forcée (exclusion) : non valables.

Décisions collectives

Mode : en assemblée générale / vote par correspondance possible / représentation de l'actionnaire possible par un autre actionnaire ou son conjoint / assemblée possible par moyens électroniques.

Compétence AG (à titre indicatif) :

- AGO : nomination et révocation des administrateurs et membres du conseil de surveillance, fixation de leur rémunération, nomination du CAC, approbation des conventions réglementées, approbation des comptes et du rapport de gestion, affectation des bénéfices (mise en réserve ou distribution) ;
- AGE : toute modification statutaire, transformation, restructuration du capital social.
- Quorum et majorité :
- AGO : quorum de 1/5 sur première convocation. Pas de quorum sur deuxième convocation. L'AGO statue à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ;
- AGE : quorum 1/4 sur première convocation, 1/5 sur deuxième convocation. Majorité des 2/3.

Contrôles

La nomination d'un *commissaire aux comptes* est obligatoire dans les SA.

Deux CAC obligatoires si la SA publie des comptes consolidés.

Fiscalité

IR ou IS : la SA est soumise à l'IS de plein droit.

Options : peuvent opter pour l'IR les SA ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale aux conditions (cumulatives) suivantes : la société n'est pas cotée et son capital est détenu à plus de 50 % par des personnes physiques et à plus de 34 % par les dirigeants et les membres de leur famille ; la société a moins de 50 salariés et réalise un chiffre d'affaires ou a un total bilan inférieur à 10 millions d'euros. Enfin, elle a moins de 5 années d'existence.

Financement

Offre au public : possible.

Cotation des titres : possible sur tous marchés.

Émission actions : possible.

Émission actions de préférence : possible.

Émission obligations : possible.

Emprunts : oui

Comptes courants : oui

Quasi fonds propres : oui.

14. ÉTUDE DE CAS

Régime juridique et fiscal de la constitution
et de la transformation des sociétés

N° 14 : ÉTUDE DE CAS

Régime juridique et fiscal de la constitution et de la transformation des sociétés

Cas I

Soit la constitution de la SARL X comme suit :

- M. A apporte 4 000 € de numéraire.
- La SNC Y apporte un fonds de commerce évalué à 45 000 €.
- Mme B apporte un immeuble évalué à 400 000 € mais dont le passif, repris par la SARL, se monte à 200 000 €.

QUESTION

Calculer la fiscalité de la création de cette société (droits d'enregistrement).

Cas II

La SNC D envisage de se transformer en SA. Son actif se compose pour l'essentiel d'un fonds de commerce évalué à 85 000 €.

QUESTION

Décrire sommairement les conditions et les étapes de la transformation et donner des indications sur la fiscalité de cette transformation.

Cas III**QUESTION**

Dans les 4 hypothèses suivantes, vous déterminerez si l'intervention d'un commissaire aux apports pour la constitution d'une SARL est obligatoire ou non :

1. apport d'un brevet de 8 000 € ; capital de 50 000€ ;
2. apport d'un logiciel de 3 000 € ; capital de 10 000€ ;
3. apport d'un véhicule de 5 000 € ; capital de 8 000€ ;
4. apport d'un fonds de commerce de 15 000 € ; capital de 150 000 €.

La direction de l'entreprise et les relations entre ses acteurs

SECTION 1	Les organes de direction
SECTION 2	Les relations dirigeants/associés
APPLICATIONS	

Dans ce chapitre essentiel, nous envisagerons la gouvernance de l'entreprise, à la fois sous l'angle statique (description des organes) et sous l'angle dynamique (relations entre les organes et entre les organes et les associés). Il ne sera question dans les développements qui suivent que de l'entreprise sociétaire et non pas de l'entreprise individuelle.

SECTION 1

LES ORGANES DE DIRECTION

La gouvernance de l'entreprise est une thématique dont les juristes se sont longtemps désintéressés. Elle s'est imposée dans le débat politique et économique depuis une quinzaine d'années sous le vocable anglo-saxon de *corporate governance*. Bel exemple de pénétration du droit par la pratique et l'éthique des affaires, le mouvement de la *corporate governance*, né aux États-Unis et en Angleterre au début des années 80, est un courant d'idées et de pratiques visant à donner aux actionnaires une information et un contrôle accrus sur la gestion de la société, ainsi que la possibilité de sanctionner les performances des dirigeants. Ces idées ont débouché dans les pays cités sur la rédaction des *principles of corporate governance* ou encore des *codes of best practices*. La législation anglo-saxonne a intégré certains de ces principes. En France, le gouvernement d'entreprise a fait une timide percée dans la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, mais s'est plus sérieusement affirmé dans les lois du 1^{er} août 2003 (sécurité financière), du 26 juillet 2005, du 21 août 2007 et du 4 août 2008.

Manifestation. Le mouvement du gouvernement d'entreprise se traduit donc par :

- une information accrue des actionnaires par les dirigeants ;
- des contrôles plus importants des dirigeants par les actionnaires ;
- des sanctions plus nombreuses.

En contrepoint de ces éléments positifs, la *corporate governance* cache mal le rapport « contrôle/rentabilité » qu'elle induit. En effet, la finalité de l'information, du contrôle et de la sanction est bien souvent l'accroissement de la rentabilité des fonds investis. Ainsi, les fonds de pension anglo-saxons, qui contrôlent plus de 40 % de la capitalisation boursière

du CAC 40, jouent un rôle déterminant dans ce mouvement avec à la clé l'exigence d'un rendement de 12 à 15 % des capitaux investis.

On présentera ci-après les principales structures de gouvernance avant de décrire les schémas propres à chaque société.

1. Les structures de gouvernance

L'étude, statique, de la gouvernance des sociétés amène à s'interroger sur les schémas de gouvernance rencontrés ainsi que sur les pouvoirs dévolus à ces organes.

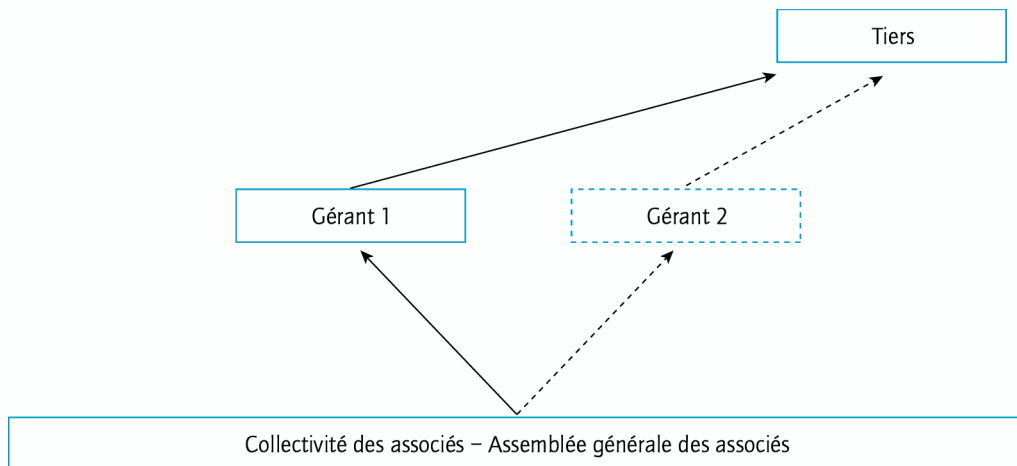
1.1 Schémas de gouvernance rencontrés

Monisme ou dualisme. La classification des structures de gouvernance est simple : soit la loi impose un schéma, qui peut être « moniste » c'est-à-dire ne prévoir qu'un organe de direction, ou « dualiste », soit la loi laisse le soin aux associés de régler cette question, le plus souvent dans les statuts.

Mais la tendance actuelle, dans la lignée du mouvement de *corporate governance*, est de distinguer entre les organes de gestion et les organes de contrôle de la gestion.

a) Les sociétés à structure moniste

Gérance. Ce sont les sociétés qui sont dirigées par un gérant ou plusieurs gérants (co-gérance). Entrent dans cette catégorie les SARL, EURL, société civile, SNC, société en commandite simple ou par actions. Le gérant, qui peut parfois être une personne morale, exerce tous les pouvoirs, à l'exception de ceux dévolus aux assemblées d'associés ou à d'autres organes. La co-gérance n'est pas une organisation collégiale au sens où les décisions ne se prennent pas à une quelconque majorité mais de manière autonome par chaque gérant. Le système relève donc plus de la gestion concurrente que de la co-gestion.



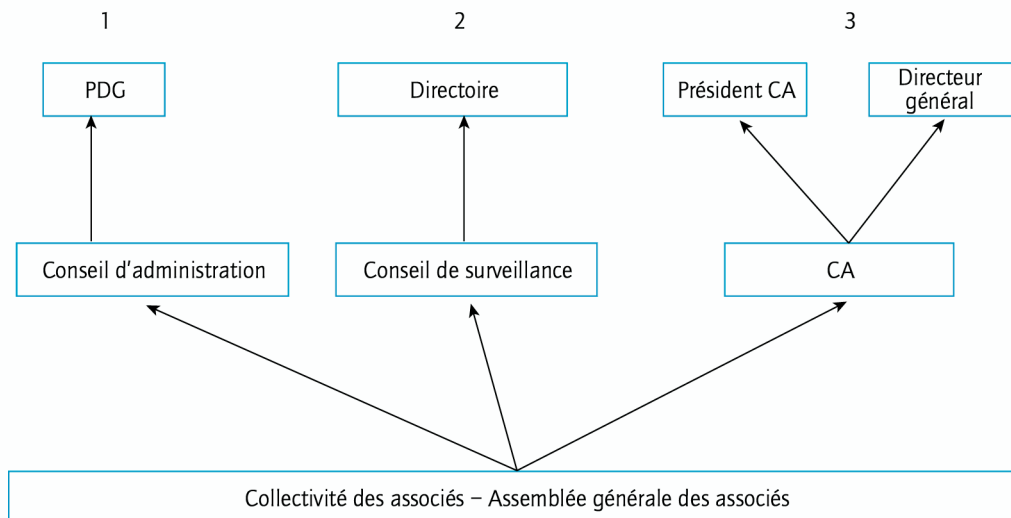
b) Les sociétés à structure dualiste

Variété. Il s'agit principalement des sociétés anonymes dont la structure peut se décliner de trois façons :

- un conseil d'administration, organe collégial, et un président-directeur général (PDG) : plus de 95 % des SA ;

- un conseil de surveillance et un directoire, tous deux organes collégiaux, structure minoritaire ;
- un conseil d'administration, organe collégial, un président du conseil d'administration et un directeur général, formule dérivée de la première ci-dessus, statistiquement encore marginale.

Rôles. Dans ces trois schémas, la gouvernance quotidienne est assurée par l'organe situé au sommet de la pyramide (PDG, directoire...), alors que l'organe collégial interposé entre le précédent et la collectivité des associés, assume soit une fonction de contrôle, soit une fonction de cadrage et d'orientation.



c) Les sociétés à structure libre

Organisation statutaire. La principale illustration de cette catégorie est la SAS. Dans cette société, l'organisation de la direction est libre. La loi prévoit qu'il est nécessaire de nommer un président. L'hypothèse de la coprésidence n'est pas directement envisagée, mais le pouvoir peut être partagé avec un ou plusieurs directeurs généraux. À s'en tenir à la loi, la gouvernance de la SAS ressemble à celle de la SARL ou de la SNC.

Toutefois, les statuts ont toute liberté pour mettre en place un ou plusieurs organes intermédiaires entre la présidence et l'assemblée générale, dont les attributions seront définies par les statuts : conseil d'administration, comité de gestion, comité de surveillance...

LES 3 ENJEUX DU STATUT DU DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ, PERSONNE PHYSIQUE

Le statut du dirigeant personne physique repose sur 3 enjeux principaux : l'enjeu de la responsabilité, celui de la fiscalité de sa rémunération et celui de son statut social.

- la responsabilité, civile ou pénale, étudiée *infra*, est un domaine d'ordre public. Elle ne peut être négociée dans le mandat du dirigeant. On retiendra simplement que cette responsabilité ne dépend pas de la forme sociale adoptée, mais des pratiques de gestion. L'obligation aux dettes à l'égard des créanciers peut, elle, dépendre à la fois de la forme sociale choisie et de la gestion pratiquée ;

- le statut fiscal est un enjeu qui fut capital, mais tend à se réduire. Les rémunérations de certains dirigeants étaient imposables dans la catégorie des traitements et salaires, d'autres comme des bénéfices non éligibles aux abattements pratiqués sur les salaires. Quelle que soit la forme sociale ou le pourcentage de participation détenu, ce statut tend aujourd'hui à être neutre ;
- le statut social demeure un point important ; il y a bien entendu le régime d'assurance-maladie ou le régime de retraite qui peut varier suivant la forme de la société, mais c'est surtout le droit à l'assurance chômage en cas de cessation des fonctions qui pose problème. Le principe est que le dirigeant social n'est pas un salarié et ne bénéficie d'aucune assurance chômage s'il est révoqué, ou si la société dépose son bilan (sauf à avoir contracté une assurance privée à cette fin). En contrepartie bien sûr, il ne cotise pas pour cette assurance. Soucieux de cette situation, beaucoup de dirigeants souhaitent cumuler leur mandat social avec un contrat de travail afin de bénéficier de la même protection sociale. La loi et les organismes sociaux tels que Pôle Emploi ne voient pas cette situation d'un bon oeil et réglementent ce cumul de manière très stricte.

1.2 Schémas de dévolution des pouvoirs

a) Définition des pouvoirs

Mandat. On énonce souvent que les dirigeants sont des mandataires sociaux. Cette assertion est globalement fautive, même s'il existe des similitudes entre le mandataire et le dirigeant. La principale différence est que le dirigeant tient ses pouvoirs de la loi, alors que le mandataire les tient du contrat de mandat. Également, le mandataire est cantonné dans une fonction de représentation du mandant, alors que le dirigeant social assume également des fonctions de gestion de l'entreprise.

Fonctions. Les fonctions de dirigeant peuvent se décomposer en deux axes :

- la représentation de la société à l'égard des tiers ; le dirigeant est le « représentant légal » de la société. À ce titre, il contracte en son nom, embauche et licencie le personnel, représente la société en justice (comme demandeur ou défendeur) ;
- la gestion quotidienne interne et externe de la société.

La loi ne définit pas ces pouvoirs de la même manière dans chaque type de société :

- pour la SAS, la SARL et la SA, on trouve la formulation suivante : *la société est représentée à l'égard des tiers par...* (un président, un gérant, un directeur général...) ; *le* (président, gérant, directeur général...) *est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société.* Les limitations de pouvoirs sont évoquées dans la suite des textes :

Article L. 225-56 al. 1^{er} (SA). Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration.

- pour le « couple » SNC-société civile, la loi définit les pouvoirs de manière quasi similaire : *le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société.*

Article 221-4 al. 1^{er} Code de commerce (SNC). Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société.

Art. 221-5 al. 1^{er} Code de commerce (SNC). Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social.

LA CO-GÉRANCE, UNE SITUATION COMPLEXE

La co-gérance est une situation fréquente dans les SARL de petite taille ou dans certaines SCI. Elle se double souvent d'une répartition strictement égalitaire du capital social.

La co-gérance ne signifie pas la collégialité de la gérance, mais l'indépendance de chaque gérant. Chacun, indépendamment de l'autre, a le pouvoir de représenter et d'engager la société. C'est donc une situation dangereuse pour celle-ci, surtout en cas de mésentente entre les deux têtes de la société. La loi réserve toutefois la faculté d'opposition de chaque gérant aux actes de l'autre, mais cette mesure est inopposable aux tiers. Elle fondera tout au plus une action en responsabilité ou la révocation du gérant fautif.

Mais cette définition « positive » des pouvoirs n'est pas très éclairante et ne permet pas de comprendre de manière exacte la latitude de gestion des dirigeants. Il faut croiser les règles ci-dessus avec celles relatives aux limitations de pouvoirs, pour avoir une vision d'ensemble.

b) Limites aux pouvoirs

Même si les textes ci-dessus le laissent entendre, aucun dirigeant n'est omnipotent.

Plusieurs limitations existent, d'inégale portée et d'inégale opposabilité, suivant les sociétés et les situations.

■ Les pouvoirs des autres organes légaux

Le principe de spécialité des organes légaux d'une société signifie que chacun agit dans sa sphère de compétence, et que par conséquent tout empiètement est sévèrement sanctionné.

L'organe de direction ne doit donc pas s'immiscer dans les fonctions de l'assemblée générale des associés, ni dans les fonctions des organes de contrôle. Par exemple, un directeur général de SA est sans pouvoirs pour certifier des comptes sociaux (empiètement sur la fonction du commissaire aux comptes) ou encore pour approuver ces comptes (prérogatives de l'AG des actionnaires). Pas plus ne peut-il :

- procéder à une distribution de dividendes ;
- modifier les statuts de la société ;
- changer la raison sociale...

Ces limitations sont opposables à tous, ce qui signifie que l'acte passé par le dirigeant dans la sphère de compétence d'un autre organe social est frappé de nullité.

■ Les textes prohibitifs ou restrictifs

Diversité. Avec une amplitude variable suivant le type de société considérée, certains textes viennent brider la liberté d'action du dirigeant, moraliser son action, ou bien tout simplement lui interdire d'agir.

- tout d'abord, les conventions passées entre un dirigeant et sa propre société (exemple : location à la société d'un local dont il est lui-même propriétaire) sont « suspectes » et font

l'objet d'une procédure de contrôle variable suivant le type d'acte. Cette procédure est décrite *infra* et applicable essentiellement aux SA, SAS et SARL ;

- ensuite, certains actes sont interdits, comme le fait de contracter un prêt auprès de la société que l'on administre, ou encore de faire cautionner ses dettes par elle ;
- enfin, dans la SA, les cautions, avals et garanties consentis par le dirigeant au nom de la société doivent préalablement être autorisés (code de commerce, art. L. 225-35).

■ L'objet social

Limite. L'objet social délimite le champ de l'activité de la société. Il est généralement rédigé en des termes précis et borne les pouvoirs des dirigeants.

Cet objet social est prévu dans les statuts de la société.

Permettre aux dirigeants d'agir en dehors de l'objet social est un risque important pour les associés sur qui pèsera la responsabilité pécuniaire de ses actes. Mais cette responsabilité n'est pas identique dans toutes les formes de sociétés.

D'un autre côté, sanctionner par la nullité tous les actes du dirigeant passés en dehors de l'objet social, c'est faire courir un risque important aux tiers qui, à chaque fois qu'ils contracteront avec un mandataire social, devront vérifier dans les statuts les contours de l'objet social...

Afin de concilier ces impératifs, la loi distingue entre les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés à responsabilité indéfinie.

• Sociétés à responsabilité limitée : SA, SARL, SAS

Validité. Le dirigeant doit agir dans les limites de l'objet social à l'égard des associés de la société, mais les actes passés en dehors de l'objet social sont tout de même valables à l'égard des tiers.

Comment comprendre ce double traitement d'un même acte ?

- l'acte hors objet social reste valable ; il n'est pas annulé, ce qui est de nature à protéger les tiers qui contractent avec la société ;
- le dirigeant ayant violé les statuts (l'objet social est une disposition statutaire), est responsable devant les associés : il encourt bien évidemment une révocation mais également une mise en jeu de sa responsabilité civile, voire pénale.

EXEMPLE

Un gérant d'une SARL de coiffure réalise des investissements immobiliers spéculatifs importants. Les acquisitions immobilières ne seront pas remises en cause mais le gérant sera de toute évidence révoqué et condamné à réparer le préjudice subi par la société.

Seule limite : si le tiers savait que l'acte dépassait l'objet social ou ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, l'acte pourra être annulé. La seule publication des statuts est insuffisante à prouver que le tiers connaissait le dépassement d'objet social.

• Sociétés à responsabilité indéfinie : SNC, société civile

Nullité. Dans ces sociétés, le dépassement de l'objet social ferait courir un grand risque aux associés dont la responsabilité s'étend à leur patrimoine personnel.

Pour cette raison, même à l'égard des tiers, les actes dépassant l'objet social ne sont pas valables. Cela signifie que les tiers contractant avec une SNC ou une société civile doivent impérativement connaître, par le biais des statuts, l'objet social de la société.

■ Les clauses statutaires

Il est fréquent qu'à l'intérieur même de l'objet social, les statuts brident la liberté de gestion du dirigeant en lui imposant contrôles et procédure d'autorisation.

Ces clauses se rencontrent fréquemment en matière d'emprunt bancaire.

EXEMPLE

Clause prévoyant que le directeur général ne peut emprunter une somme supérieure à 100 000 € sans avoir obtenu l'autorisation préalable du conseil d'administration.

Ces clauses ne sont valables qu'à l'intérieur de la société et ne sont jamais opposables aux tiers. Pour reprendre l'exemple ci-dessus, un emprunt contracté pour 150 000 € au mépris de cette clause, engage valablement la société. La violation de la clause constituera toutefois une faute dont le dirigeant sera comptable à l'égard de la société.

POUVOIRS DES DIRIGEANTS ET NOMENCLATURE DES ACTES PASSÉS		
	SARL • SAS • SA	SNC • Société civile
Acte contraire intérêt social	• Acte non annulable • Met en jeu la responsabilité de son auteur • Peut entraîner la révocation de son auteur	• Acte non annulable • Met en jeu la responsabilité de son auteur • Peut entraîner la révocation de son auteur
Acte hors objet social	• Acte non annulable sauf connaissance par le tiers du dépassement d'objet social • Met en jeu la responsabilité civile et/ou pénale du dirigeant • Peut entraîner la révocation de son auteur	• Acte annulable • Peut en outre entraîner révocation et responsabilité de l'auteur
Acte dans l'objet social mais violant une clause statutaire	• Acte non annulable • Peut entraîner révocation et responsabilité de l'auteur	• Acte non annulable • Peut entraîner révocation et responsabilité de l'auteur
Acte dans l'objet social et ne violant aucune clause statutaire	Acte pleinement valable sans conséquences internes	Acte pleinement valable sans conséquences internes

2. Les règles spéciales

Ces règles seront, pour des raisons de simplicité, présentées sous la forme d'un tableau.

2.1 Société anonyme

Le tableau (voir pages suivantes) présente les principaux traits du statut des organes de gestion dans les trois formules de gouvernance envisageables : CA + PDG/CA + P + DG/directoire + Conseil de surveillance.

Pour le cas, fréquent, où le PCA est en même temps DG (il est alors PDG), les conditions relatives au statut et les pouvoirs décrits dans le tableau ci-après doivent se combiner.

	Conseil d'administration	Président du CA	Dir. gal.	DG délégué	Directoire	Cons. surveillance
Nombre membres	3 à 18 – maximum porté à 24 si fusion	1	1	5 maximum	1 à 5	<i>Idem</i> CA
Pp ou Pm	Pp ou pm (représentant permanent)	Pp obligatoirement	Pp obligatoire	<i>Idem</i> DG	Pp obligatoirement	<i>Idem</i> CA
Qualité d'actionnaire	Facultative – nombre d'actions libre	Doit être administrateur	Non	<i>Idem</i> DG	Non	<i>Idem</i> CA
Cumul mandats	5 mandats maximum (pour admin. pp) sauf si exercés dans sociétés contrôlées et/ou sœurs (non comptés dans les 5)	2 maximum sauf exercé dans société contrôlée	un seul sauf exercé dans société contrôlée	<i>Idem</i> DG	1 seul sauf exercé dans société contrôlée	<i>Idem</i> CA
Cumul avec contrat de travail	Admin. ne peut devenir salarié Salarié peut devenir admin. si contrat antérieur, effectif + subordination ⁽¹⁾	<i>Idem</i> CA	Oui si subordination et contrat effectif	<i>Idem</i> DG	OK si subordination + travail effectif	<i>Idem</i> CA
Âge	1/3 maximum des admin > 70 ans scc	Maximum 65 scc	Maximum 65 scc	<i>Idem</i> DG	Max 65 sc	<i>Idem</i> CA
Nomination	Par AGO pour 6 ans maxi – rééligibles	Par CA à la majorité 6 ans maxi rééligible	Par CA – durée libre – rééligible	<i>Idem</i> DG	Par CS pour entre 2 et 6 ans – rééligible.	<i>Idem</i> CA
Révocation	<i>Ad Nutum</i> par AGO (2)	<i>Ad nutum</i> par CA	Pour justes motifs ⁽⁴⁾	<i>Idem</i> DG	Par AG pour justes motifs	<i>Idem</i> CA
Rémunération	Jetons de présence votés en AG et répartis par le CA	JDP spéciaux + rémunération spéciale	Décidée CA	<i>Idem</i> DG	Décidée par CS	<i>Idem</i> CA
Statut social	JDP non soumis cot. sociales	<i>Idem</i> salarié ⁽³⁾	<i>Idem</i> salarié	<i>Idem</i> DG	<i>Idem</i> salarié	<i>Idem</i> CA
Statut fiscal	JDP imposés dans catégorie « revenus capitaux mobiliers » sans abattement de 40 %	<i>Idem</i> salarié ⁽³⁾ (abattelements)	<i>Idem</i> salarié	<i>Idem</i> DG	<i>Idem</i> salarié	<i>Idem</i> CA

	Conseil d'administration	Président du CA	Dir. gal.	DG délégué	Directoire	Cons. surveillance
Pouvoirs	• Fixe les orientations de l'activité et les met en œuvre • Se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société • Convocation AG • Établissement comptes et rapport gestion • Autorise conventions et cautions, avals, garanties • Émission obligations • Nomme PCA, DG, DGD	Organise et dirige les travaux du CA / veille au bon fonctionnement des organes sociaux	• Représente la société à l'égard des tiers • Est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société	Assiste le DG. Pouvoirs librement définis par le CA. Peut être calqués sur ceux du DG	Est investi des pouvoirs les + étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Son Pdt représente la société à l'égard des tiers	• Contrôle permanent de la gestion du directoire. • Vérification des comptes • Reçoit rapport trimestriel du directoire • Nomme directoire
Limites par rapport aux associés	Objet social CLP Pouvoirs AG	Objet social CLP Pouvoirs AG	Objet social CLP Pouvoirs AG	Idem DG	Objet social CLP Pouvoirs AG	Pouvoirs AG
Limites par rapport aux tiers	Ni OS ni CLP	Ni OS ni CLP	Ni OS ni CLP	Idem DG	Ni OS ni CLP	Sans objet
Actes interdits	• Prêts, cautions, découverts, avals consentis par la société à ses dirigeants sauf à des administrateurs PM ou si la SA exploite un établissement bancaire	Idem	Idem	Idem	Idem	Idem
Actes réglementés	• Conventions entre la société et ses dirigeants (ex : bail) : autorisation préalable CA + approbation AG <i>a posteriori</i> • Cautions, avals, garanties doivent être autorisés préalablement par CA	Idem	Idem	Idem	Idem	Idem

Liste des abréviations utilisées : AG : assemblée générale ordinaire • ABS : abus de biens sociaux • CA : conseil d'administration • CS : conseil de surveillance • CLP : clauses limitatives de pouvoir • DG : directeur général • DGD : DG délégué • JDP : jetons de présence • OS : objet social • PCA : président du conseil d'administration • PP : personne physique • PM : personne morale • SCC : sauf clause contraire.

Notes :

(1) Cumul de la fonction d'administrateur et d'un contrat de travail : le contrat de travail doit être antérieur afin que la position d'administrateur n'ait pas été utilisée pour sa négociation. Le contrat de travail doit correspondre à un emploi effectif, distinct des fonctions de mandataire social. Enfin, le salarié doit être en état de subordination par rapport à son employeur, ce qui exclut du cumul le dirigeant majoritaire en capital.

(2) Conditions de révocation : *ad nutum* signifie que la révocation n'a pas à être motivée ; un simple vote suffit. La révocation « pour justes motifs » signifie que le dirigeant peut librement être révoqué par l'organe ayant compétence pour le faire, mais que la révocation décidée sans justes motifs ouvre droit à indemnisation au profit du dirigeant. Cas particulier : le PCA est révocable *ad nutum* alors que le DG ne l'est que pour justes motifs. En cas de cumul des fonctions (PDG), ce personnage est révocable *ad nutum*.

(3) L'assimilation fiscale et sociale aux salariés ; cette expression ne signifie pas que le dirigeant EST salarié (il ne l'est en principe jamais sauf cumul autorisé) mais que son statut social (assurance-maladie et régime de retraite mais pas assurance chômage) et fiscal (droit aux mêmes abattements que les salariés) est calqué en certains points sur celui des salariés.

2.2 SARL et SAS

	SAS/président	SARL/gérant
Nombre mb	1 président + éventuellement DG et DGD	Gérant ou co-gérance
Pp/pm	Pp ou pm	Pp obligatoirement
Qualité d'associé	Pas obligatoire	Pas obligatoire
Cumul mandats	Non réglementé	Non réglementé
Contrat de travail	possible si subordination + travail effectif	Oui si subordination + travail effectif
Âge	Non réglementé	Non réglementé
Nomination	Non réglementée : pas obligatoirement par l'AG peut être le fait d'un tiers Durée non réglementée	Par AG pour la durée de la société scc. Rééligible.
Révocation	Non réglementée : toutes possibilités peuvent être statutairement prévues (<i>ad nutum</i> , justes motifs, irrévocabilité...)	Par AG pour justes motifs Par le tribunal pour cause légitime
Rémunération	Non réglementée (ABS si excès)	Non réglementée (ABS si excès)
Statut social	<i>Idem</i> salarié	Gérant minoritaire : <i>idem</i> salarié Gérant majoritaire : régime social des indépendants (RSI)
Statut fiscal	<i>Idem</i> Salarié	<i>Idem</i> salarié
Pouvoirs	Est investi des pouvoirs les + étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société Représente la société/tiers.	Est investi des pouvoirs les + étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société Représente la société/tiers
Limites/associés	Objet social Clauses limitatives pouvoirs Pouvoirs AG	Objet social Clauses limitatives pouvoirs Pouvoirs AG
Limites/tiers	Ni OS ni CLP	Ni OS ni CLP
Actes interdits	Prêts, cautions, découverts, avals consentis par la société à ses dirigeants sauf à des PM ou si la société exploite un établissement bancaire	<i>Idem</i>
Actes réglementés	- Conventions entre la société et ses dirigeants (ex. : bail) : approbation par l'AG <i>a posteriori</i> - Cautions, avals, garanties doivent être autorisés par CA préalablement	Conventions entre la société et ses dirigeants (ex. : bail) : approbation par l'AG <i>a posteriori</i>

2.3 SNC et société civile

	SNC/gérant	Société civile/gérant
Nombre mb	Gérance ou co-gérance (tous les associés sont gérants dans le silence des statuts)	Gérant ou co-gérance
Pp/pm	Pp ou pm	Personne physique ou morale
Qualité d'associé	Pas obligatoire	Pas obligatoire
Cumul mandats	Non réglementé	Non réglementé
Contrat de travail	possible si subordination + travail effectif	Oui si subordination + travail effectif
Âge	Non réglementé	Non réglementé
Nomination	Non réglementée : par l'AG en principe. Première nomination par les statuts ou acte ultérieur.	Par les statuts ou acte distinct ; ou encore par décision des associés à la majorité scc. Nomination pour la durée de la société scc. Rééligible
Révocation	Par AG pour justes motifs Par le Tribunal pour cause légitime	Par AG pour justes motifs Par le Tribunal pour cause légitime
Rémunération	Non réglementée (délict ABS non applicable mais délict d'abus de confiance envisageable)	Non réglementée (délict ABS non applicable mais délict d'abus de confiance envisageable)
Statut social	Gérant rattaché au régime général SS s'il n'est pas associé ; au régime des professions commerciales ou artisanales sinon.	Si associé et majoritaire, rattachement au régime social des indépendants (RSI). Si minoritaire régime salarié. Si non associé, régime salarié
Statut fiscal	Fiscalement, la rémunération est traitée comme un salaire si le gérant est non associé et comme des bénéfices commerciaux (BIC) sinon	Rémunération considérée comme traitement et salaires
Pouvoirs	Accomplit tous les actes que demande l'intérêt de la société Représente la société/tiers	Accomplit tous les actes que demande l'intérêt de la société. Représente la société/tiers
Limites/associés	Objet social/Intérêt social Clauses limitatives pouvoirs Pouvoirs AG	Objet social/Intérêt social Clauses limitatives pouvoirs Pouvoirs AG
Limites/tiers	OS Pas CLP	OS Pas CLP
Actes interdits	Prêts, cautions, découverts, avals consentis par la société à ses dirigeants. Pas d'interdiction directe mais risque infraction pénale et responsabilité civile	Pas d'interdiction directe mais risque infraction pénale et responsabilité civile (prêts, découverts, cautionnements consentis aux gérants...)
Actes réglementés	Pas de réglementation particulière	Conventions entre la société et ses dirigeants réglementées (si activité économique) : approbation AG <i>a posteriori</i> . Cautionnement donné par la SC valable uniquement si accord unanime associés ou communauté d'intérêts entre société caution et débiteur cautionné

SECTION 2

LES RELATIONS DIRIGEANTS/ASSOCIÉS

Enjeux. C'est l'une des thématiques centrales de la *corporate governance* autour du triptyque information/contrôle/sanction. Les intérêts en présence et les enjeux sont importants :

- il est nécessaire de trouver le juste équilibre entre le droit légitime à l'information des associés et la lourdeur « administrative » de sa mise en œuvre. Sans information, aucun contrôle ni sanction ne sont envisageables ;
- les contrôles doivent être mesurés et ne pas constituer une entrave au fonctionnement normal de la société. À ce titre, les conditions de mises en œuvre des contrôles (seuils d'action par exemple) doivent être regardées avec attention ;
- enfin, les sanctions doivent être suffisamment dissuasives pour inciter à une plus grande éthique des affaires, mais ne pas verser dans l'excès, le « tout pénal » étant contre-productif.

1. L'information

Les développements suivants mettront essentiellement l'accent sur le droit applicable à la SA, forme sociale qui concentre les difficultés et les conflits les plus importants dans ce domaine.

1.1 L'information comptable et financière

a) Règles générales

Forme. Outre les questions relatives à l'information sur les rémunérations des dirigeants, l'information comptable et financière des associés ou actionnaires peut prendre trois formes : une information permanente, une information préalable à chaque assemblée et une information contenue dans le rapport de gestion. Le tableau ci-après précise les modalités de cette information dans les trois principales formes de sociétés commerciales : SA, SARL et SAS.

L'INFORMATION COMPTABLE ET FINANCIÈRE DANS LES SOCIÉTÉ COMMERCIALES			
	SA	SARL	SAS
Information permanente	Pour les 3 derniers exercices : – inventaire, bilan, compte de résultat, annexe – comptes consolidés – liste administrateurs – rapports du CA, du CAC, – rémunérations (infra) – PV des assemblées – liste des conventions passées avec la société (infra)	Au siège social, consultation ou copie des documents suivants pour les 3 derniers exercices : – comptes annuels, – inventaire, – rapports aux AG, – PV des AG.	Librement fixée par les statuts



	SA	SARL	SAS
Information préalable à l'AG	Avec l'envoi d'une procuration : exposé de la situation sociale, résultats des 5 derniers exercices, Envoi sur demande : comptes annuels, comptes consolidés, inventaire des valeurs mobilières détenues en portefeuille, tableau des résultats des 5 derniers exercices, rapport du CAC Consultable au siège : inventaire actif/passif, comptes annuels, tableau des résultats sur 5 exercices	Droit de communication des associés : – inventaire (au siège social) – comptes annuels (envoi) – rapport de gestion (envoi) – rapport du CAC (envoi) – liste des dépenses somptuaires (envoi)	Librement fixée par les statuts
Information contenue dans le rapport de gestion	Situation de la société au cours de l'exercice écoulé, évolution prévisible et événements de l'exercice Actionnariat salarié (v. <i>infra</i> stock-options et actions gratuites) État des filiales et participations,	Situation de la société au cours de l'exercice écoulé, évolution prévisible et événements de l'exercice, Dividendes versés au cours des 3 exercices précédents	<i>Idem</i> SA, sauf éléments relatifs à la rémunération des dirigeants
Ce tableau n'est pas exhaustif, il reprend les principaux éléments à caractère comptable et financier constituant le droit d'information et de communication des associés.			

b) Règles propres aux rémunérations des dirigeants

Sujet sensible parmi les sujets sensibles, il ne se passe pas un mois sans qu'un scandale lié à un complément de rémunération élevé n'éclate. La réglementation s'est par conséquent notablement durcie au cours des dernières années.

■ Modalités des rémunérations

Rémunérations attribuées en qualité de dirigeant. Dans la SA, le PDG a droit, comme tout administrateur, à des jetons de présence ainsi qu'à un complément, qui sont traités fiscalement comme des salaires, sans en être bien entendu. Ces rémunérations ne sont soumises à la procédure des conventions réglementées (approbation préalable du CA et vote de l'AG annuelle) que si (art. L. 225-42-1 alinéa 1 nouveau) :

- la société est cotée et,
- il s'agit d'un complément de rémunération lié à la cessation des fonctions.

L'attribution de la rémunération spéciale hors jetons de présence est une compétence exclusive du CA.

Les administrateurs ont des jetons de présence votés par l'AG dont la répartition entre eux peut être inégale. Leur attribution ne constitue pas une convention réglementée même dans une SA cotée.

La rémunération des DG et DG délégués est alignée juridiquement sur celle du président.

Dans la SAS, tout est statutaire. La rémunération est contractuelle et tombe donc sous le coup de l'approbation de la collectivité des associés comme toute convention réglementée.

Rémunérations attribuées en qualité de salarié. Lorsque le cumul de fonctions est autorisé, le dirigeant peut, en sus de la rémunération évoquée ci-dessus, percevoir des salaires dont le montant est précisé dans son contrat de travail. On rappellera ici qu'une rémunération excessive, ou ne correspondant pas à un travail effectif, peut être qualifiée pénalement d'abus de biens sociaux.

Rémunérations exceptionnelles. Cette catégorie non définie clairement, embrasse une réalité qui est souvent décriée aujourd'hui ; par exemple :

- compléments de retraite alloués au dirigeant qui se retire ;
- prime exceptionnelle attribuée en fonction de résultats particuliers ;
- « parachute doré » consistant en une somme conséquente attribuée par la société à son dirigeant en cas de cessation de ses fonctions (démission, arrivée du terme, révocation...).

Légalité. Ces rémunérations exceptionnelles sont, certains le déplorent, parfaitement légales, puisqu'elles reposent la plupart du temps sur une délibération du CA, voire de l'assemblée générale.

Limites. Plusieurs limites existent tout de même :

- celle du risque pénal, au cas où l'excès confinerait à l'abus de biens sociaux ;
- celle de la soumission à la procédure des conventions réglementées par application de l'article L. 225-42-1 al. 1^{er} (texte reproduit *infra*) ;
- celle de la responsabilité civile, pour le cas où la rémunération exceptionnelle causerait un préjudice à la société ;
- celle de la « performance » du dirigeant bénéficiaire, nouvellement posée par la loi du 21 août 2007 dans les termes suivants (art. L. 225-42-1 al. 2, C. com.) :

« Sont interdits les éléments de rémunération, indemnités et avantages dont le bénéfice n'est pas subordonné au respect des conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société [dirigée]. »

Ce texte n'est toutefois applicable que dans les sociétés cotées ;

- enfin celle du principe de libre révocabilité des dirigeants sociaux. L'article L. 225-47 al. 3 dispose à propos du PDG que *le conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite*. Or une rémunération exceptionnelle de type « parachute doré » peut assurément conduire la société à hésiter à révoquer son dirigeant, de peur d'avoir à le payer au prix fort. Mais cette règle ne s'applique qu'au PDG, le seul DG n'étant pas librement révocable au sens du texte précité. La règle est donc d'application réduite. À noter qu'un décret du 7 mai 2008 rend obligatoire la publication de ces rémunérations exceptionnelles sur le site internet de la société concernée.

Stock-options et actions gratuites. Avec les stocks-options, la société offre à des bénéficiaires le droit de souscrire des actions nouvelles ou d'acheter des actions existantes pendant un délai fixé à l'avance et pour un prix ferme fixé au jour où l'option est consentie.

Les stock-options constituent un droit de souscrire des actions conféré à des personnels salariés ou dirigeants de la société. Elles constituent en règle générale un mode de rémunération pour les bénéficiaires dans la mesure où le prix fixé pour exercer l'option est inférieur à la valeur estimée au jour de l'exercice.

EXEMPLE

Droit de souscrire x actions au prix de 100 € entre mars 2006 et mai 2006. La société pense qu'à ce jour la valeur de l'action sera supérieure de n % et pense ainsi faire réaliser une plus-value aux bénéficiaires.

Le mécanisme des attributions d'actions gratuites est très différent des stock-options ; la société attribue gratuitement à ses salariés ou dirigeants des actions de la société. Les bénéficiaires n'ont donc pas à déboursier le montant de la souscription des actions. La particularité de ce mécanisme tient à ce que l'opération se déroule en deux temps : dans un premier temps, la société attribue provisoirement des actions à des bénéficiaires dénommés sous la condition suspensive qu'elle détermine préalablement et librement (ce peut être à la condition que le salarié n'ait pas été licencié ou n'ait pas démissionné, qu'il ait atteint des objectifs professionnels...). Passée la période dite d'acquisition, et si la condition est remplie, la société attribue définitivement les actions à leurs bénéficiaires ; s'ouvre alors une deuxième période dite d'indisponibilité, pendant laquelle les actions ne peuvent être revendues.

Ces deux mécanismes constituent des modes de rémunération complémentaires pour les dirigeants, offrant à la fois la caractéristique d'être incitatifs, et de ne pas peser trop lourdement sur la trésorerie de la société.

■ Information et contrôle des rémunérations

Les rémunérations constituant des conventions réglementées. Le principal vecteur d'information et de contrôle est constitué de l'application à certaines rémunérations de la procédure des conventions réglementées. Cette procédure, décrite *infra*, prévoit schématiquement une autorisation du CA en amont et une ratification par l'AG en aval de l'attribution de la rémunération.

Outre les contrats de travail passés entre la société et les dirigeants, on doit aux lois du 1^{er} août 2003 et du 26 juillet 2005 d'avoir intégré certaines rémunérations dans la liste des « conventions réglementées ».

Article L. 225-46 Code de commerce. Il peut être alloué, par le conseil d'administration, des rémunérations exceptionnelles pour les missions ou mandats confiés à des administrateurs. Dans ce cas, ces rémunérations, portées aux charges d'exploitation sont soumises aux dispositions des articles L. 225-38 à L. 225-42.

Article L. 225-42-1 Code de commerce. Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42. »

La loi du 21 août 2007 est venue ajouter à ce texte :

- que l'autorisation préalable du CA doit être rendue publique (sur le site internet de la société) ;
- que le vote en AG (en aval) doit se faire sous la forme de résolutions séparées pour chaque bénéficiaire.

On remarquera que le premier de ces textes ne vise que les rémunérations exceptionnelles, mais s'applique à toutes les SA. En revanche, le second vise directement la pratique des

« parachutes dorés », concerne une palette plus importante de dirigeants, mais ne s'applique qu'aux sociétés cotées.

Les deux textes demeurent donc complémentaires.

Le rôle du commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes a l'obligation de certifier la rémunération globale versée aux 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées (5 si moins de 200 salariés, 10 au-dessus).

Il doit en outre faire un rapport spécial à l'AG sur les conventions réglementées (voir liste ci-dessus).

Il doit également procéder à la révélation des faits délictueux, dont les ABS liés à des rémunérations excessives.

L'information directe des actionnaires. Deux modalités : le rapport de gestion et le droit de communication des actionnaires.

L'article L. 225-102-1 du Code de commerce, applicable aux seules sociétés cotées, prévoit que le rapport de gestion devra contenir des informations détaillées sur les rémunérations versées aux dirigeants.

Article L. 225-102-1 du Code de commerce. Le rapport visé à l'article L. 225-102 rend compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social, y compris sous forme d'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances de la société ou des sociétés mentionnées aux articles L 228-13 et 228-93.

Il indique également le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 ou de la société qui contrôle, au sens du même article, la société dans laquelle le mandat est exercé.

Ce rapport décrit en les distinguant les éléments fixes, variables et exceptionnels composant ces rémunérations et avantages ainsi que les critères en application desquels ils ont été calculés ou les circonstances en vertu desquelles ils ont été établis. Il fait mention, s'il y a lieu, de l'application du second alinéa, selon le cas, de l'article L. 225-45 ou de l'article L. 225-83. Il indique également les engagements de toutes natures, pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci. L'information donnée à ce titre doit préciser les modalités de détermination de ces engagements. Hormis les cas de bonne foi, les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance des dispositions du présent alinéa peuvent être annulés.

Il comprend également la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun de ces mandataires durant l'exercice.

Enfin, avant chaque AG, les actionnaires peuvent consulter des informations sur la rémunération globale versée aux 5 ou 10 personnes les mieux rémunérées au sein de la société (5 si moins de 200 salariés, 10 au-dessus).

Information relative aux stock-options et attributions d'actions gratuites. Compte tenu de certains scandales relatifs aux stock-options détenues par des dirigeants sociaux déjà très fortunés, et de la relative opacité de la procédure d'attribution, la loi NRE du 15 mai 2001 a prévu que chaque année, un rapport spécial soit adressé à l'AGO pour l'informer des plans d'option adoptés et des options consenties au cours de l'année écoulée.

Ce texte prévoit qu'un rapport spécial informe chaque année l'assemblée générale ordinaire des opérations réalisées en vertu des dispositions prévues aux articles L. 225-177 à L. 225-186.

Ce rapport rend également compte :

- du nombre, des dates d'échéance et du prix des options de souscription ou d'achat d'actions qui, durant l'année et à raison des mandats et fonctions exercés dans la société, ont été consenties à chacun de ces mandataires par la société ;
- du nombre, des dates d'échéance et du prix des options de souscription ou d'achat d'actions qui ont été consenties durant l'année à chacun de ces mandataires ;
- du nombre et du prix des actions souscrites ou achetées durant l'exercice par les mandataires sociaux de la société en levant une ou plusieurs des options détenues.

S'agissant des actions attribuées gratuitement, l'article L. 225-197-4 du Code de commerce prévoit un dispositif d'information analogue à celui décrit ci-dessus pour les stock-options : un rapport spécial à l'assemblée annuelle portant sur le nombre et la valeur des actions attribuées aux salariés et mandataires.

1.2 Obligations « environnementales »

La loi a introduit des considérations environnementales dans le rapport de gestion que les dirigeants doivent présenter annuellement aux actionnaires de la SA.

Installations classées. Le premier de ces textes est l'article L. 225-102-2 ci-après applicable à toutes les SA :

Article L. 225-102-2 du Code de commerce. Pour les sociétés exploitant au moins une installation figurant sur la liste prévue au IV de l'article L. 515-8 du code de l'environnement (classement SEVESO risque haut) le rapport mentionné à l'article L. 225-102 du présent code :

- informe de la politique de prévention du risque d'accident technologique menée par la société ;
- rend compte de la capacité de la société à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations ;
- précise les moyens prévus par la société pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité.

Sociétés cotées. Le second texte, l'article L. 225-102-1 al. 4, ne concerne que les sociétés cotées :

Article L. 225-102-1 al. 4 du Code de commerce. Il comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable. Un décret en Conseil d'État établit la liste de ces informations en cohérence avec les textes européens et internationaux, ainsi que les modalités de leur présentation de façon à permettre une comparaison des données.

L'alinéa précédent s'applique aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi qu'aux sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'État.

Il est intéressant de noter que le champ d'application de ce texte est assez restrictif, ce qui laisserait penser un peu rapidement que les SA non cotées, les SARL, les SAS ne polluent pas !

Contenu. La liste des éléments figurant au rapport est la suivante :

Article R. 225-105 du Code de commerce

1. La consommation de ressources en eau, matières premières et énergie avec, le cas échéant, les mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables, les

conditions d'utilisation des sols, les rejets dans l'air, l'eau et le sol affectant gravement l'environnement et dont la liste est déterminée par arrêté des ministres chargés de l'environnement et de l'industrie, les nuisances sonores ou olfactives et les déchets.

2. Les mesures prises pour limiter les atteintes à l'équilibre biologique, aux milieux naturels, aux espèces animales et végétales protégées.

3. Les démarches d'évaluation ou de certification entreprises en matière d'environnement.

4. Les mesures prises, le cas échéant, pour assurer la conformité de l'activité de la société aux dispositions législatives et réglementaires applicables en cette matière.

5. Les dépenses engagées pour prévenir les conséquences de l'activité de la société sur l'environnement.

6. L'existence au sein de la société de services internes de gestion de l'environnement, la formation et l'information des salariés sur celui-ci, les moyens consacrés à la réduction des risques pour l'environnement ainsi que l'organisation mise en place pour faire face aux accidents de pollution ayant des conséquences au-delà des établissements de la société.

7. Le montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, sauf si cette information est de nature à causer un préjudice sérieux à la société dans un litige en cours.

8. Le montant des indemnités versées au cours de l'exercice en exécution d'une décision judiciaire en matière d'environnement et les actions menées en réparation de dommages causés à celui-ci.

1.3 Règle comply or explain

Depuis la loi du 3 juillet 2008, une règle nouvelle directement issue du mouvement du gouvernement d'entreprise prévaut dans les sociétés cotées et prévoit que ces sociétés ont la possibilité de se conformer à un code du gouvernement d'entreprise (élaboré par le MEDEF et d'autres organisations, sous l'égide de l'AMF). Si elles décident de ne pas s'y conformer, elles doivent en expliquer les raisons.

Article L. 225-37 du Code de commerce. Dans les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100, L. 225-102, L. 225-102-1 et L. 233-26, de la composition du conseil et de l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes en son sein, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés. Sans préjudice des dispositions de l'article L. 225-56, ce rapport indique en outre les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général.

Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport prévu au présent article précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise.

2. Les contrôles

2.1 Le contrôle par le commissaire aux comptes

Quatre fonctions. Les développements suivants ne visent qu'à lister les fonctions du commissaire aux comptes (CAC) dans ses rapports avec les dirigeants. Son rôle principal de certification des comptes n'est pas abordé ici (bien que la certification des comptes constitue un moyen de contrôle indirect de l'action des dirigeants).

- contrôle du respect du principe d'égalité entre actionnaires : bien que ce principe soit à la fois délicat à définir et illusoire à mettre en œuvre, le CAC doit s'assurer, notamment lors des émissions de titres nouveaux, que les porteurs d'une même catégorie de titre bénéficient de droits identiques ;
- contrôle de la détention minimale par les administrateurs du nombre d'actions prévu dans les statuts ;
- mise en œuvre de la procédure d'alerte, lorsque dans l'exercice de sa mission il relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.
- obligation de révélation des faits délictueux ; il s'agit de l'obligation la plus délicate du CAC. En effet, la loi lui prescrit de révéler au Procureur de la République, sous peine de sanctions pénales, les faits délictueux dont il a connaissance dans l'exercice de sa mission. Il n'est tenu de révéler que les faits présentant un caractère significatif et délibéré. En pratique, cela vise toutes les infractions relatives à la présentation de comptes inexacts et bien entendu l'abus de biens sociaux.

EXEMPLE

Le fait pour le PDG de partir en week-end avec la voiture de fonction de la société est constitutif d'un abus de biens sociaux. Théoriquement, il devrait être révélé par le CAC...

2.2 Le contrôle des conventions passées entre la société et ses dirigeants

Enjeu. Cette thématique, dite des conventions réglementées, est centrale dans le droit des sociétés. Elle naît du conflit d'intérêts pouvant exister entre la société représentée par son dirigeant, et le même dirigeant pris individuellement.

On prendra trois exemples de conventions présentant un conflit d'intérêts.

EXEMPLE

- 1) La société a besoin de louer des locaux, et le PDG ou le gérant est propriétaire de locaux pouvant convenir à la société. Un bail sera donc passé entre la société et son gérant ou PDG, ce dernier contractant à double titre, propriétaire et représentant du locataire.
- 2) Le PDG de la société doit emprunter une forte somme à la banque pour financer une acquisition immobilière personnelle. Il va demander à la société de se porter caution de son emprunt.
- 3) Le gérant d'une SARL exploitant un petit commerce d'alimentation achète chaque semaine dans son propre magasin un panier de nourriture complet.

Analyse. On perçoit intuitivement que ces trois cas ne sont pas traités par la loi de la même manière. Le cas n° 1 appelle la méfiance mais pas la prohibition ; si le local est loué à des conditions normales, pourquoi ne pas autoriser un tel bail ? Dans ce cas un contrôle de la part de la collectivité des associés s'imposera. Le cas n° 2 est plus choquant puisque les engagements financiers personnels du dirigeant vont peser directement sur la société. Cette

hypothèse appelle donc une franche prohibition légale. Quant au cas n° 3, il fait apparaître un conflit d'intérêt bénin, appelant un contrôle très léger, voire une absence de contrôle. Compte tenu des spécificités du régime des conventions dans chaque société, il est préférable d'étudier séparément la SARL, la SA et la SAS.

a) Les conventions passées entre la SA et ses dirigeants ou associés

Méthode. Deux phases d'analyse distinctes et successives sont nécessaires afin de déterminer si une convention entre ou non dans le champ d'application de la réglementation.

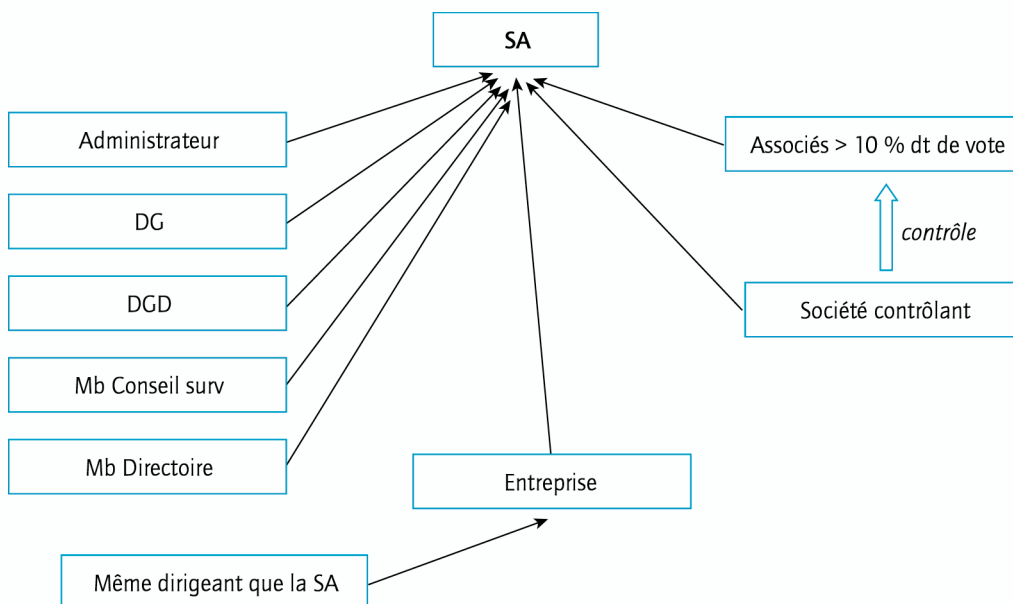
Il est en premier lieu nécessaire d'identifier les parties à la convention. En effet, si par exemple la société se porte caution des dettes d'une personne X qui n'est ni dirigeante, ni associée, ni apparentée à eux, le conflit d'intérêt disparaît et le contrat reste valable. Il faut ensuite s'attacher à l'objet de la convention.

■ Personnes visées

Il s'agit des conventions passées entre la SA et :

- les administrateurs ;
- les directeurs généraux et DG délégués ;
- les membres du directoire et du conseil de surveillance ;
- les actionnaires disposant de plus de 10 % des droits de vote ;
- une société contrôlant une société actionnaire ayant plus de 10 % des droits de vote ;
- une entreprise, si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est également propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, membre du conseil de surveillance ou, de façon générale, dirigeant de cette entreprise.

SCHÉMA RÉCAPITULATIF : CHAMP DES CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES DANS LA SA



La réglementation s'applique même si la personne citée ci-dessus n'a qu'un intérêt indirect à la convention ou si la convention est passée par personne interposée (cas du bail passé avec la femme du PDG).

■ **Objet de la convention et règles applicables**

Si la convention met aux prises les contractants cités ci-dessus, il est nécessaire de passer à la deuxième phase d'analyse, relative à l'objet de la convention ; cet objet déterminera le régime juridique. Dans la SA, on distingue 3 catégories de conventions (régime simplifié par la loi du 17 mai 2011).

Catégorie 1 : conventions courantes et conclues à des conditions normales

Antérieurement à la loi du 17 mai 2011, toute convention courante et conclue à des conditions normales mais « significative » en raison de son objet ou de son implication financière devait faire l'objet d'un formalisme minimal consistant en une chaîne d'information : le contractant informait le président du CA, qui communiquait la liste au CA puis au CAC. Aujourd'hui, ces conventions sont libres de tout formalisme et ne font l'objet d'aucun contrôle.

Catégorie 2 : prêts, cautions, découverts, avals (art. L. 225-43)

Ces opérations sont sanctionnées par la nullité absolue. Cela signifie que même un vote de l'assemblée ne peut leur donner de validité. Deux exceptions existent :

- en faveur des administrateurs personnes morales, la convention devient une convention devant être approuvée par le CA et ratifiée par l'AG (catégorie 4 ci-dessous) ;
- si la société exploite un établissement bancaire ou financier, l'interdiction ne s'applique pas aux conventions courantes conclues à des conditions normales (un administrateur d'une banque peut contracter un emprunt personnel auprès de cette banque).

Catégorie 3 : convention ni courante, ni conclue à des conditions normales,

n'étant ni un prêt, ni un découvert, ni un cautionnement, ni un aval

ET rémunérations spéciales des articles L. 225-46 et L. 225-42-1

Code de commerce (v. *supra*)

Cette catégorie n'est définie que négativement. Il s'agit de toute convention qui n'entre pas dans la catégorie des conventions interdites et qui n'est ni courante, ni conclue à des conditions normales. Elles sont dites réglementées.

Procédure. Cette convention devra tout d'abord faire l'objet d'une autorisation préalable par le conseil d'administration ; l'intéressé ne prend pas part au vote. La convention fait par la suite l'objet d'une transmission au CAC qui fait un rapport spécial à l'AG annuelle, laquelle doit approuver la convention. Le contractant ne prend pas part au vote de l'AG.

Sanction. Si la procédure n'est pas respectée ou si la convention est désapprouvée, les sanctions sont les suivantes :

- conventions non autorisées par le CA : elles peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. La nullité est prescrite par 3 ans et peut être couverte par un vote de l'AG sur rapport spécial du CAC ;
- les conventions approuvées par le CA mais désapprouvées par l'assemblée générale ne sont pas annulées mais peuvent engendrer une responsabilité de leur auteur. Elles produisent donc tous leurs effets à l'égard des tiers.

b) Les conventions passées entre la SARL et ses gérants ou associés

La méthode de détermination du champ d'application de la réglementation est la même.

■ Personnes visées

Il s'agit des conventions passées entre la SARL et :

- les gérants ;
- les associés de la SARL ;
- une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la SARL.

La réglementation s'étend aux conventions passées par personne interposée.

■ Objet de la convention et règles applicables

Dans la SARL, trois catégories de conventions sont recensées.

Catégorie 1 : les conventions courantes conclues à des conditions normales. Elles sont entièrement libres. Aucun formalisme ne les affecte.

Catégorie 2 : les prêts, découverts en compte courant, cautions et avals sont interdits. La sanction de nullité absolue frappe également le contrat passé par personne interposée ou bénéficiant aux conjoint, ascendants et descendants. Exception identique à la SA en cas d'exploitation d'un établissement financier (rare sous forme de SARL).

Catégorie 3 : conventions ni interdite, ni courante, ni conclue à des conditions normales. Elles font l'objet d'un rapport du gérant ou du CAC à l'assemblée des associés qui statue sur ce rapport. L'intéressé ne prend pas part au vote.

Les conventions désapprouvées par l'assemblée générale ne sont pas annulées mais peuvent engendrer une responsabilité de leur auteur. Elles produisent donc tous leurs effets à l'égard des tiers.

Si le gérant n'est pas associé (rare mais possible), la convention doit être préalablement approuvée par l'AG.

c) Les conventions passées entre la SAS et ses dirigeants ou associés

La méthode demeure identique.

■ Personnes visées

Il s'agit des conventions passées entre la SAS et :

- son président ;
- l'un de ses dirigeants ;
- l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ;
- une société contrôlant une société actionnaire ayant plus de 10 % des droits de vote.

La réglementation s'étend également aux conventions passées par personne interposée.

■ Objet de la convention et règles applicables

Les règles sont très proches de celles appliquées dans la SA, également simplifiée par la loi du 17 mai 2011.

On retrouve les mêmes catégories de conventions.

Catégorie 1 : courante et conclues à des conditions normales ; pas de formalisme. Ces conventions sont libres.

Catégorie 2 : prêt, cautions, avals et découverts en compte courant. Ces conventions sont interdites dans les mêmes conditions que pour les SA.

Catégorie 3 : conventions n'appartenant à aucune des 2 catégories ci-dessus (art. L. 225-47 et L. 225-42-1 du Code de commerce non applicables) ; la procédure est ici que le CAC s'il en existe un, ou le président, présente un rapport à l'assemblée des associés qui statue sur ce rapport. Si l'AG n'approuve pas le rapport, la convention produit néanmoins tous ses effets à l'égard des tiers sauf pour le contractant à endosser la responsabilité de la convention si elle devait avoir des conséquences dommageables pour la SAS.

d) Tableau de synthèse

Voir page suivante.

2.3 L'expertise de gestion

a) Généralités

Objectifs. Le but de l'expertise de minorité ou de gestion est de compléter l'information légale pour le cas où elle serait insuffisante, en permettant aux associés, notamment minoritaires, de demander une expertise à un professionnel en vue d'obtenir un éclairage sur une opération spécifique. C'est un instrument difficile à manier, entre le droit légitime d'information et la capacité de nuisance de certains associés. D'où des restrictions liées aux conditions de mise en œuvre de cette procédure.

Issue. Le, ou les demandeurs, vont obtenir un rapport sur une opération de gestion, rapport qui sera bien souvent un préalable à une action en révocation, responsabilité, nullité, voire une action pénale (pour ABS). L'expertise sera dans tous ces cas un moyen de preuve.

L'expertise de gestion est donc généralement une phase pré-contentieuse des rapports dirigeants-associés.

L'expertise de gestion est réglementée dans la SARL et la SA (SAS et SCA par extension) sous une forme presque identique (art. L. 223-37 et L. 225-231). Pour les autres sociétés, la jurisprudence permet d'appuyer la demande d'expertise sur un texte du Code de procédure civile.

Article 145 Code de procédure civile. S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

Ce texte, beaucoup plus général, est également appliqué dans les sociétés commerciales quand les conditions du code de commerce ne sont pas réunies, notamment du point de vue des demandeurs à l'action.

b) Conditions et procédure de l'expertise de gestion

■ Qui peut demander l'expertise ?

Dans les SA, SCA et SAS, l'expertise peut être demandée par une association d'actionnaires, ou par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 1/20^e du capital social. À cette liste s'ajoutent le ministère public, le comité d'entreprise et l'Autorité des marchés financiers.

Dans la SARL, l'action est ouverte aux associés regroupant au moins 1/10^e du capital social, au ministère public, et au comité d'entreprise.

	SA	SARL	SAS
Type convention	A. Sans conflit d'intérêt : convention entre la SA et des tiers B. Avec conflit d'intérêt : convention passée entre la SA et son PDG, ses administrateurs, DG, DGD, actionnaire ayant + de 10 % des droits de vote, société contrôlant un actionnaire, entreprise ayant des dirigeants communs avec la SA, etc. Cat 1 : courantes et conclues à des conditions normales Cat 2 : prêts, cautions, découverts, avals Cat 3 : ni courante, ni conclues à des conditions normales, ni interdites + rémunérations spéciales des articles L. 225-46 et L. 225-42-1 C. com.	A. Sans conflit d'intérêt : convention entre la SARL et des tiers B. Avec conflit d'intérêt : convention passée gérants ou associés + convention passée avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou membre du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la société à responsabilité limitée Cat 1 : courante conclue à des conditions normales Cat 2 : prêts, cautions, découverts, avals Cat 3 : ni courante, ni conclues à des conditions normales, ni interdites	A. Sans conflit d'intérêt : convention entre la SAS et des tiers B. Avec conflit d'intérêt : convention passée entre la SAS et son président, ses dirigeants, associés ayant + de 10 % des droits de vote, société contrôlant un associé, entreprise ayant des dirigeants communs avec la SAS, etc. Cat 1 : courantes et conclues à des conditions normales Cat 2 : prêts, cautions, découverts, avals Cat 3 : ni courante, ni conclues à des conditions normales, ni interdites
Régime juridique	A. Libres B1. Libres B2. Interdites sauf adm. PM ou SA établissement bancaire B3. Autorisation préalable CA + approbation AG <i>a posteriori</i>	A. Libres B1. Libres B2. Interdites B3. Rapport gérant AG. Vote AG <i>a posteriori</i>	A. Libres B1. Libres B2. Interdites sauf exceptions (id. SA) B3. Rapport et approbation AG
Sanctions	B2. Nullité absolue B3. Non autorisées : nullité si conséquences dommageables/ non approuvées : responsabilité si conséquences dommageables	B2. Nullité absolue B3. Non approuvées : responsabilité si conséquences dommageables.	B2. Nullité absolue B3. Non approuvées : responsabilité si conséquences dommageables

Note : si la société est une EURL ou une SASU, les conventions soumises à réglementation 4 sont mentionnées au registre des délibérations.

Dans les autres formes sociales, tout intéressé peut solliciter l'expertise en se fondant sur l'article 145 NCPC ; aucune condition de seuil n'est exigée. Même dans les sociétés où l'action est réglementée et où des seuils sont exigés, la jurisprudence accepte que le demandeur se fonde sur le texte du NCPC pour le cas où il ne répond pas strictement aux conditions du code de commerce, ce qui revient à rendre ces conditions ineffectives.

■ *Quelle est la procédure ?*

Dans la SARL, les demandeurs saisissent directement le tribunal de commerce (en référé) qui apprécie les conditions légales, nomme l'expert et fixe sa mission. Les honoraires peuvent être partagés ou mis à la charge demandeur ou de la société. La procédure d'expertise n'est pas obligatoirement contradictoire.

Dans les SA, SAS, SCA, la loi du 15 mai 2001 a instauré une phase préalable servant de filtre aux demandes abusives.

Article L. 225-231 Code de commerce. (...) Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social (...) peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société (...) La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes.

À défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

■ *Sur quoi porte-t-elle ?*

Auparavant, la jurisprudence faisait du droit à expertise une mesure subsidiaire par rapport aux autres modes d'information (nécessité de prouver qu'on n'a pas pu être informé par les canaux normaux – épuisement des moyens autres). Cette condition a disparu aujourd'hui.

Il faut en revanche une présomption d'irrégularité, c'est-à-dire faire la preuve du caractère suspect des opérations de gestion.

La jurisprudence pose ensuite trois limites quant aux opérations de gestion sur lesquelles l'expertise va porter :

- l'expertise ne peut pas concerner toute la gestion ;
- elle ne peut pas porter directement sur la comptabilité (rôle CAC) ;
- elle porte sur les opérations des organes de gestion ce qui exclut les opérations des assemblées d'actionnaires. Cette limite ne joue que pour les opérations de gestion qui sont de la compétence exclusive des assemblées (émission d'obligations par exemple).

Dans les groupes, les questions posées par les actionnaires d'une société peuvent concerner les sociétés contrôlées par celle-ci ; la demande est alors appréciée « dans l'intérêt du groupe ». L'expertise peut donc concerner les filiales.

Ici encore le demandeur peut avoir intérêt à se placer sur le terrain de l'article 145 NCPC afin de s'affranchir des conditions légales et jurisprudentielles ci-dessus décrites.

■ *Quelle est son issue ?*

Le rapport de l'expert est rendu public : il est communiqué aux CAC, dirigeant sociaux, AMF le cas échéant, comité d'entreprise, ministère public, demandeur. De plus, le rapport est annexé au rapport du CAC en vue de l'assemblée générale.

EXEMPLE DE MESURES D'EXPERTISE

- Vérifier qu'il n'y a pas eu de transfert de savoir-faire d'une société au profit d'une autre.
- Enquêter sur les conditions de recouvrement de créances impayées.
- Enquêter sur les conditions d'un prêt, sur les circonstances de l'acquisition de locaux...

3. Les sanctions

Il n'est pas possible de traiter de l'ensemble des sanctions applicables dans les relations dirigeants/associés. Notre propos se concentrera sur la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants ainsi que sur les mesures de révocation.

3.1 La responsabilité des dirigeants à l'égard des associés

a) Responsabilité civile

Cas. La responsabilité civile est, expliquée de manière simple, l'obligation de réparer le dommage que l'on cause. La loi prévoit que les dirigeants sociaux sont civilement responsables :

- en cas de violation de la loi ou des règlements ;
- en cas de non-respect des statuts ;
- et plus généralement de toute faute de gestion.

Mise en œuvre. Elle peut être mise en jeu soit par la société, soit par les associés, soit par les tiers. En principe les régimes spécifiques de responsabilité civile mis en place par le droit des sociétés ne sont pas applicables aux dirigeants de fait. Pour eux c'est le droit commun qui va s'appliquer à savoir l'article 1382 du Code civil.

Qui peut mettre en jeu la responsabilité, ou autrement dit à l'égard de qui les dirigeants sont-ils responsables ?

■ Responsabilité des dirigeants à l'égard de la société (l'action sociale)

Il faut supposer ici que la personne morale, l'entreprise subit un préjudice du fait de l'action (ou l'inaction) des dirigeants. Ce préjudice peut être la perte de trésorerie et plus généralement la mauvaise santé financière de la société.

Titulaires de l'action. La question essentielle est de savoir qui peut agir contre les dirigeants. S'agissant d'une action de la société, il est normal que ce soient ses représentants qui agissent. Or ses représentants sont ceux qui sont justement visés par l'action. Ils ne vont pas tisser la corde pour se pendre... On permet alors aux associés d'agir au nom de la société, d'exercer pour elle l'action sociale. Cela se nomme action sociale *ut singuli* (à titre individuel).

Deux catégories de personnes peuvent agir au nom de la société pour engager la responsabilité des dirigeants :

- les dirigeants eux-mêmes en qualité de représentants légaux de la société, habilités à agir en justice en son nom ; c'est l'action sociale *ut universi* (à titre universel). Il s'agira en principe des nouveaux dirigeants qui agiront contre les anciens ;
- un ou plusieurs associés au nom de la société : action *ut singuli*. Cette action est assez rare car les associés n'en retirent à titre personnel, aucun bénéfice, et le poids de la procédure

pèse sur eux indirectement. L'action sociale *ut singuli* est très protégée par la loi : pas de renonciation possible anticipée, pas de subordination à une quelconque autorisation de l'AG, le *quitus* donné aux dirigeants demeure sans effet sur celle-ci.

Dans les deux cas, s'agissant d'une action intentée au nom de la société, le produit financier éventuel de l'action (dommages et intérêts) sera versé à la société.

■ Responsabilité des dirigeants à l'égard des associés (action individuelle)

Caractère restrictif. Plus rarement l'action des dirigeants sociaux causera un préjudice directement à tel ou tel associé. Si par exemple le dirigeant s'est rendu coupable du détournement des dividendes destinés à un associé. L'associé agira alors pour son compte, à titre individuel, d'où le nom d'action individuelle. En pratique, cette action est strictement encadrée. De jurisprudence constante il est considéré que la perte de valeur des droits sociaux ou des titres liée à une mauvaise gestion n'est pas constitutive d'un préjudice individuel. Cela limite donc considérablement les chefs de responsabilité des dirigeants à l'égard des associés pris individuellement.

■ Responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers

Rare. Les tiers peuvent également mettre en jeu la responsabilité des dirigeants. Le cas sera toutefois rare car, en principe, si les tiers subissent un préjudice, il est dû à la société en tant que personne morale que les dirigeants ne font que représenter. Ils devront donc le plus souvent attaquer la société elle-même et non pas les dirigeants. La personnalité morale fait écran et les protège.

Dans certains cas toutefois, les tiers pourront mettre en cause directement la responsabilité d'un dirigeant s'il a commis une faute détachable de ses fonctions, c'est-à-dire une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales. On songe par exemple au dirigeant dans les sociétés à risque illimité (SNC) qui passe un acte en dehors du champ de l'objet social. Dans ce cas, on sait que la société n'est pas engagée mais que la responsabilité du dirigeant peut être mise en cause par le tiers éconduit.

Cour de cassation, chambre commerciale 20 mai 2003. Conditions de la responsabilité civile d'un dirigeant à l'égard des tiers

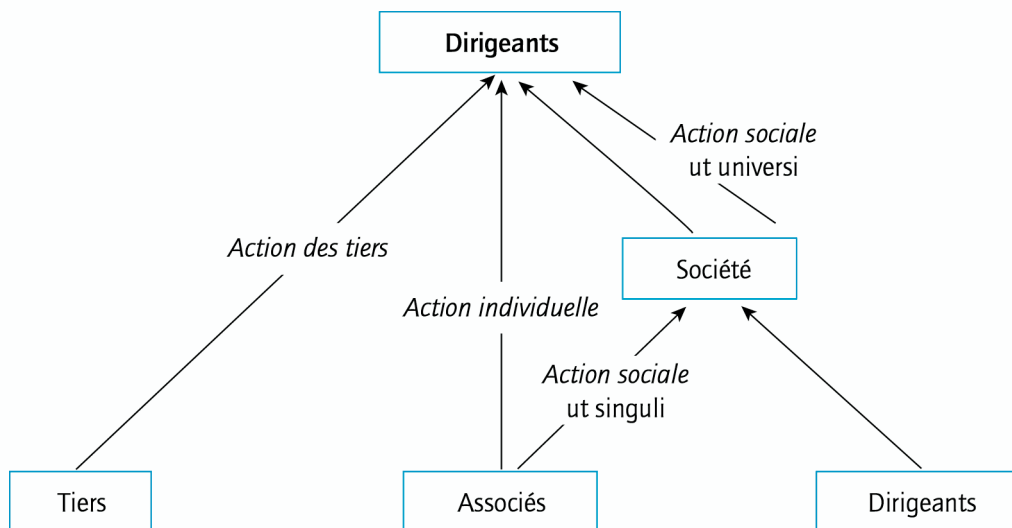
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Saint Denis de La Réunion, 4 mai 1999), que Mme X..., agissant en qualité de gérante de la société SBTR, a cédé à la Société d'application de techniques de l'industrie (société SATI) deux créances qu'elle avait déjà cédées à la Banque de La Réunion ; que la société SATI a demandé que Mme X... soit condamnée à réparer le préjudice résultant du défaut de paiement de ces créances ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt d'avoir retenu sa responsabilité, alors, selon le moyen, que la responsabilité personnelle d'un dirigeant ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement ; qu'il résulte seulement des constatations de l'arrêt attaqué que la société SBTR, représentée par son gérant Mme X..., a cédé à la société SATI en règlement de livraisons de matériaux deux créances qu'elle détenait respectivement sur la SEMADER et la SHLMR après les avoir cédées une première fois à la Banque de La Réunion ; qu'en décidant, pour condamner Mme X... personnellement à réparer le préjudice résultant du non règlement des créances cédées en second lieu, que Mme X... avait ainsi commis une faute détachable de ses fonctions sans caractériser le moindre agissement de cette dernière étranger aux cessions de créances consenties par elle au nom et pour le compte de la société SBTR dans l'exercice de ses fonctions de gérant, la cour d'appel a violé l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 ;

Mais attendu que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ;

Attendu qu'ayant constaté que Mme X... avait volontairement trompé la société SATI sur la solvabilité de la société SBTR qu'elle dirigeait, ce qui lui a permis de bénéficier de livraisons que sans de telles manœuvres elle n'aurait pu obtenir, la cour d'appel en a exactement déduit que Mme X... avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle ; que le moyen n'est pas fondé ;



b) La responsabilité pénale (renvoi)

La responsabilité pénale des dirigeants sociaux est traitée dans le chapitre 3.

3.2 La révocation des dirigeants

Précarité. La fonction de mandataire social est par essence une fonction précaire. Dans la plupart des sociétés, les dirigeants sont nommés par l'assemblée générale pour une durée déterminée. La démission ou l'arrivée du terme du mandat mettent fin aux fonctions.

Il n'existe pas de dirigeants sociaux irrévocables sauf la situation particulière de l'associé unique gérant d'une EURL ou président d'une SASU.

La révocation avant l'échéance du mandat répond à des règles bien spécifiques suivant le type de sociétés.

Ad nutum. Les membres du CA ou du CS sont révocables sans motifs particuliers et à tout moment « *ad nutum* ». La fonction s'apparente à un siège éjectable. La décision est prise par l'AG à la majorité. Il en est de même du PDG révocable *ad nutum* par le CA. Ces révocations n'ouvrent jamais droit à indemnisation, sauf dans le cas exceptionnel où elles sont jugées vexatoires et injurieuses.

Justes motifs. Les autres dirigeants, gérants, directeurs généraux, membres du directoire, ne peuvent être révoqués que pour justes motifs. Cela ne veut pas dire qu'en dehors de ce cas

la révocation est impossible, mais que la révocation prononcée sans justes motifs ouvre droit à des dommages et intérêts.

Deux hypothèses doivent être distinguées :

- soit le dirigeant est révoqué par décision des associés. Dans ce cas la loi prévoit un vote majoritaire. Toute révocation décidée dans ces conditions est définitive au sens où le dirigeant ne pourra pas réintégrer ses fonctions. Les textes prévoient simplement que la révocation décidée sans justes motifs peut donner lieu à des dommages et intérêts à son profit. Du point de vue de la charge de la preuve, cela signifie que le dirigeant qui se prétend injustement révoqué devra rapporter la preuve de l'absence de justes motifs ;
- soit le dirigeant est révoqué par décision de justice pour « cause légitime ». En effet, la révocation par les associés décidée collectivement peut être tenue en échec dans le cas où notamment le dirigeant est majoritaire, ou bien encore dans le cas où les statuts prévoient une révocation à l'unanimité des associés. Il ne semble pas qu'il faille faire une distinction entre la cause légitime et le juste motif de révocation. En revanche du point de vue de la procédure et de la preuve, cette forme de révocation se distingue de la précédente : ici l'associé demandeur devra prouver la cause légitime. S'il la prouve et que le juge est convaincu, le dirigeant est révoqué sans indemnisation. S'il ne convainc pas le juge, le dirigeant reste en fonction.

CAUSES DE RÉVOCATION : QUELQUES REPÈRES

Exemples de justes motifs de révocation : non-convocation de l'assemblée, commande d'un audit inutile et coûteux, justificatifs de remboursements falsifiés, faire voter une personne absente à une AG en faisant croire qu'elle est présente...

Considérés également comme justes motifs, des fautes personnelles du gérant telles :

- l'abandon de fonctions ;
- le détournement de fonds sociaux ;
- l'absence de tenue de comptabilité ;
- un découvert bancaire important de longue durée.

Même en l'absence de faute personnelle du dirigeant, la révocation peut être justifiée si l'intérêt social la justifie (situation financière compromise et perte de confiance des associés).

En revanche et par exemple, la révocation du gérant d'une SARL intervenue pour des causes extérieures à la société (vie privée...) est considérée comme dépourvue de cause légitime et ouvre droit à des dommages et intérêts.

SAS. Enfin, il faut rappeler que le dirigeant de la SAS est révocable dans les conditions prévues par les statuts. Toutes les solutions sont envisageables, depuis la révocabilité *ad nutum* jusqu'à l'irrévocabilité, en passant par la révocation pour justes motifs, faute simple, faute lourde...

Cumul. La révocation d'un dirigeant social n'exclut nullement que sa responsabilité civile soit mise en jeu pour les mêmes faits que ceux qui ont motivé sa révocation. Les sanctions, civiles, pénales et professionnelles peuvent donc parfaitement se cumuler.

15. ÉTUDE DE CAS

La gouvernance des sociétés

16. ÉTUDE DE CAS

La responsabilité des dirigeants

N° 15 : ÉTUDE DE CAS

La gouvernance des sociétés

La société Stil est une SA au capital de 1 500 000 € ayant pour forme de direction, un CA et un PDG. Elle n'est pas cotée en bourse mais envisage son introduction sur Alternext prochainement. En outre, cette société détient 55 % du capital de la SAS Real (capital social 300 000 €, non cotée, dotée d'un président, d'un DG et de 3 directeurs généraux délégués).

L'objet social Stil est ainsi rédigé : « toutes activités liées à la création de logiciels de comptabilité à l'exclusion de toute autre activité ».

L'objet social de Real est « toutes activités liées à la commercialisation de logiciels, et toutes activités connexes ou complémentaires ».

En outre, les statuts de Stil comportent une clause prévoyant que « le PDG ne pourra engager la société pour des contrats d'un montant supérieur à 200 000 € sans avoir au préalable recueilli l'accord exprès du CA par vote à la majorité des trois quarts ; tout acte contrevenant à cette disposition est nul et sans objet ».

- Le PDG de Stil, qui détient 3 % du capital social de la SA, a obtenu, lors du dernier CA, que lui soit donné le droit d'acheter 3 000 actions de la société (à émettre lors d'une augmentation de capital) au prix préférentiel de 19 € l'unité, dans le mois qui précédera l'introduction en bourse, soit dans 18 mois. L'action est aujourd'hui valorisée entre 21 et 24 € suivant les experts, et il est fort probable que lors de son introduction en bourse, elle s'apprécie de 20 %.
- En outre, le PDG de Stil vient, lors d'un déplacement en Chine, de signer un contrat inédit de location de licences de logiciels à une firme chinoise, pour un montant de 850 000 € par an.
- Son CA vient de lui en faire le reproche, d'autant qu'il a signé le contrat seul, et que ce dernier fait intervenir, à titre d'intermédiaire, une SARL familiale dont le PDG de Stil est gérant et possède 60 % des parts.
- Ses administrateurs brandissent la menace de la révocation sur le champ sans préavis ni indemnité ; l'intéressé sollicite votre expertise de la situation et vous demande notamment ce qu'il advient du droit d'acheter des actions lors de l'introduction en bourse. Il vous précise également que, lors de sa nomination, une délibération du CA a prévu une indemnité de départ (applicable en cas de révocation), de 800 000 €.

• Parallèlement, le président de Stil SA a négocié plusieurs engagements en lien avec Real SAS et sa banque. Dans le cadre d'un contrat signé par la filiale Real SAS, il s'est engagé au nom de la SA et à l'égard du client, à ce que sa société mette tout en œuvre pour assurer la bonne fin du contrat, notamment en ses implications financières. Dans le même cadre, la SA s'est portée caution d'un prêt bancaire contracté par la filiale.

QUESTION

Qu'en est-il de la validité de ces opérations et de leurs conséquences ?

Du côté de Real, il apparaît que le président de la SAS a conclu une convention avec sa société prévoyant que celle-ci l'autoriserait, lors de la prochaine augmentation de capital, à acquérir des actions dont le montant serait avancé par la trésorerie de la société et remboursé en moins prenant lors des distributions de dividendes ultérieures ; en outre, sur la période, la société percevra un taux d'intérêt de 3 %.

QUESTION

Les actionnaires de la SAS vous demandent de vous prononcer sur la validité des opérations décrites et vous demandent de leur indiquer sur quelle base le président pourrait être révoqué.

Enfin, en raison de ces remous au sein des deux sociétés, la firme chinoise est inquiète et vous demande si le contrat sera honoré et si, le cas échéant, il lui est possible de mettre en jeu la responsabilité du PDG de Stil et de l'ensemble des administrateurs solidairement ?

N° 16 : ÉTUDE DE CAS

La responsabilité des dirigeants

Dans les cas suivants vous déterminerez si le dirigeant de la SAS X (dont l'objet social est l'import-export de chaussures et vêtements) est civilement responsable des actes décrits et qui peut mettre en jeu cette responsabilité (société / associés à titre individuel / tiers) :

- le président de la SAS décide de signer un important contrat avec l'Indonésie prévoyant la livraison de 4 000 paires de chaussures chaque semaine, sans consulter les associés ;
- le président convoque une AG et omet volontairement de convoquer un associé minoritaire qui souhaitait déposer une motion contre sa gestion ;
- le président emprunte une somme de 1 500 000 € à la banque alors que les statuts lui imposent dans ce cas de préalablement requérir l'avis de l'assemblée des associés ;
- le président de la SAS décide de revendre à une société située en Ile-et-Vilaine un lot de vêtements pour enfants qu'il a revendu une première fois à une société belge.

L'utilisation des NTIC par l'entreprise

SECTION 1	La gestion des données informatiques
SECTION 2	Le commerce électronique
APPLICATION	

Le droit de l'informatique n'est pas une branche du droit comme le sont le droit civil ou le droit commercial. Certaines dispositions lui sont spécifiques bien sûr, mais il emprunte beaucoup à diverses branches autonomes du droit. Surtout, l'informatique, en tant qu'outil d'information et de communication (l'acronyme NTIC désigne les nouvelles technologies de l'information et de la communication), a bousculé les perceptions traditionnelles du droit et a conduit à un renouvellement sensible de celui-ci. Seuls quelques aspects, les principaux, de pareil renouvellement seront envisagés.

SECTION 1

LA GESTION DES DONNÉES INFORMATIQUES

Article 1^{er} de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques.

Champ de l'étude. L'entreprise, au fil de son existence, accumule et traite des données informatiques. La question de la protection juridique de ces données – par exemple de base de données – est essentielle pour l'entreprise. Cette protection relève notamment de la propriété intellectuelle et ne sera pas étudiée ici. C'est un autre aspect du droit de l'informatique qui nous retiendra : celui de la protection des personnes et des libertés contre un certain traitement des données informatiques par les entreprises.

Traitement des données à caractère personnel. Les entreprises, comme les autorités publiques, développent des données à caractère personnel pouvant porter atteinte aux libertés individuelles et à la vie privée. Celles-ci sont protégées par la loi dite « Informatique et libertés », n° 78-17, du 6 janvier 1978, modifiée notamment par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 (qui transpose une directive européenne du 24 octobre 1995) et la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits. Cette loi de 1978 a institué la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), chargée notamment de contrôler la bonne application de la loi.

EXEMPLES

Voici quelques exemples dans lesquels l'activité de l'entreprise peut impliquer un traitement de données personnelles : constitution de fichiers de clients, de fournisseurs ou de sous-traitants ;

constitution de fichiers du personnel de l'entreprise ou des candidats à l'embauche ; contrôle de l'accès à l'entreprise par des badges ; autocommutateurs téléphoniques ; sites internet collectant des informations auprès des utilisateurs ; traçage électronique sur l'internet (sites visités, forum de discussion...).

1. Conditions du traitement licite de données à caractère personnel

Champ d'application. La loi de 1978 s'applique aux traitements, automatisés ou non, de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers. Par « donnée à caractère personnel », il faut entendre « toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres » (art. 2). Enfin, le responsable du traitement de données à caractère personnel est généralement « la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens » (art. 3). Il ne s'agit donc pas du salarié ou du sous-traitant à qui a été confiée la tâche de réaliser les fichiers.

Limitation générale. La loi de 1978 n'interdit pas le traitement de données personnelles, mais elle en fixe les conditions (art. 6). Les données doivent être :

- collectées et traitées de manière loyale et licite ;
- collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne doivent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ;
- adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ;
- exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ;
- conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

EXEMPLE

La CNIL a sanctionné la société Leclerc Arcydis exploitant un centre auto d'une grande surface Leclerc parce que son fichier client comportait des dizaines de commentaires excessifs tels que : « Attention ne plus intervenir sur le véhicule client de mauvaise foi problème crédit » ; « Mari avocat maître chanteur voir Monsieur R. avant intervention ».

Limitations spéciales. Par ailleurs, la loi de 1978 prévoit des dispositions propres à certaines données. Par exemple, en principe est interdit la collecte ou le traitement des données relatives aux origines raciales ou ethniques, aux opinions politiques, philosophiques ou religieuses, à l'appartenance syndicale des personnes, à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci (art. 8).

2. Formalités préalables au traitement de données à caractère personnel

Déclaration préalable. Depuis la réforme de 2004, l'ampleur des formalités à effectuer préalablement au traitement de données à caractère personnel repose sur un critère tenant à la nature des données traitées. En principe, toute donnée à caractère personnel doit faire

l'objet d'une déclaration préalable auprès de la CNIL. Par exception, la loi n'exige dans certains cas aucune déclaration ou, au contraire, impose une autorisation.

Absence de déclaration préalable. Aucune déclaration préalable n'est nécessaire dans les cas suivants :

- les traitements ayant pour seul objet la tenue d'un registre qui, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, est destiné exclusivement à l'information du public et est ouvert à la consultation de celui-ci ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime ;
- les traitements particuliers mis en œuvre par les associations et tous autres organismes à but non lucratif et à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical (L. 78, art. 22, II) ;
- lorsque le responsable du traitement désigne, parmi son personnel ou à l'extérieur, un « correspondant à la protection des données à caractère personnel ». (L. 78, art. 22, III) ;
- parmi les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés, la CNIL peut définir celles qui sont dispensées de déclaration.

Autorisation préalable

- L'autorisation préalable de la CNIL est nécessaire lorsque le traitement concerne certaines données, par exemple portant sur des données relatives aux infractions, condamnations ou mesures de sûreté, sauf les traitements qui sont mis en œuvre par un avocat par exemple (L. 78, art. 25).
- L'autorisation préalable du ministre compétent, après avis de la CNIL, est nécessaire pour les traitements mis en œuvre pour le compte de l'État intéressant la sûreté de l'État, la défense, la sécurité publique, les infractions pénales ou exécution de condamnation (L. 78, art. 26).
- L'autorisation préalable du Conseil d'État, après avis de la CNIL, est nécessaire lorsque le traitement concerne certaines données, par exemple des données à caractère personnel mises en œuvre pour le compte de l'État qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes (L. 78, art. 27).

Sanction pénale :

Article 226-16 Code pénal. « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. »

Demande du consentement. Au-delà des formalités sus-énoncées, il convient de noter qu'un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée (L. 78, art. 7). La règle comporte des exceptions, par exemple lorsqu'il s'agit d'obéir à une obligation légale incombant au responsable du traitement (cas de l'employeur qui doit remplir ses obligations déclaratives auprès des administrations fiscales et sociales).

SECTION 2

LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Article 14, alinéa 1^{er}, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004. Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.

1. La création d'un site sur la toile

Règles communes. Les règles qui seront exposées ci-dessous ne sont pas propres à l'utilisation d'un site à des fins commerciales ; elles sont communes à tout site conçu et hébergé sur la toile mondiale (*world wide web*, en anglais), celle-ci étant une des composantes de l'internet.

1.1 La conception du site

Conception par un prestataire. L'entreprise qui souhaite créer un site sur la toile, mais ne dispose pas des ressources humaines en interne, s'adressera à un tiers prestataire de services. La création reposera alors sur un contrat conclu entre les parties et obéissant au droit commun des contrats (voir *supra*, chapitre 1). Il s'agira plus exactement d'un contrat d'entreprise (voir *supra*, chapitre 1). L'obligation d'information du prestataire professionnel (l'entrepreneur) sera très importante face à un client inexpérimenté et une prestation très technique.

Le site peut constituer une œuvre de l'esprit s'il est suffisamment original au sens du Code de la propriété intellectuelle, protégée en conséquence par le **droit d'auteur**. Le prestataire est l'auteur. Le plus souvent il cède (contrat de cession de droit d'auteur) le droit d'exploitation de l'œuvre au client ; mais il pourrait, en droit, seulement accorder une licence d'exploitation. Par ailleurs, un site est amené à évoluer, alors que le droit moral de l'auteur doit être impérativement respecté et que la clause qui prévoirait que le client est habilité à modifier seul le site est nulle. En d'autres termes, l'autorisation de l'auteur doit être demandée pour chaque modification qui ne respecterait pas l'œuvre.

Conception en interne. Lorsque le site est conçu par un salarié de l'entreprise qui entend l'exploiter, c'est le contrat de travail qui détermine la relation entre les deux. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que cette utilisation par l'entreprise ne sera juridiquement possible que si le salarié lui a cédé ses droits patrimoniaux. En effet, le salarié est l'auteur du site. En revanche, si le site est une œuvre collective créée à l'initiative de l'employeur qui l'a divulguée, seul ce dernier est investi des droits d'auteur (CPI, art. L. 113-5).

Traitement de données à caractère personnel. Lorsque le site permet la collecte d'informations à caractère personnel auprès des utilisateurs, ce qui est toujours le cas s'agissant de sites marchands, l'entreprise qui l'exploite doit se soumettre à la loi du 7 janvier 1978 dite « informatique et libertés » (voir *supra*).

1.2 L'hébergement du site et accès

Hébergement du site. Une fois le site conçu, son exploitant entend le mettre à la disposition du public. Pour cela, il conclura un contrat d'hébergement par lequel un prestataire technique – le **fournisseur d'hébergement** – s'engage à stocker l'ensemble des données composant le site. Pareille convention peut-être analysée comme une location d'un espace du disque dur appartenant au prestataire technique. L'hébergeur a l'obligation d'assurer la

sécurité des données stockées ; c'est une obligation de résultat. Il est tenu également d'en assurer l'accès continu ; c'est une obligation de moyens.

En principe, le fournisseur d'hébergement ne peut pas voir sa responsabilité civile ou pénale engagée s'il héberge un site dont le contenu est illicite. Il en va autrement s'il a une connaissance effective du caractère illicite et si, malgré tout, il n'a pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible (L. 21 juin 2004, art. 6).

REMARQUE

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que le régime spécial de responsabilité, esquissé ci-dessus, ne saurait s'appliquer à une activité d'hébergement qui n'est que l'accessoire d'une activité principale d'édition. Il s'agissait en l'espèce d'un distributeur, via un site internet marchand, de compléments nutritionnels pour sportifs de différentes marques. Il laissait la possibilité aux internautes d'inscrire sur le site leurs avis sur les produits qui y étaient commercialisés. L'un des fabricants de produits avait agi en responsabilité contre le distributeur en raison des avis postés. L'activité consistant à publier ces avis relève certes de l'hébergement, mais elle est accessoire à celle de distribution en ligne.

Un contentieux est né de la difficulté existant, parfois, à distinguer l'hébergeur de l'éditeur d'un site internet, seul le premier bénéficiant du régime spécial de responsabilité édicté par la loi de 2004. L'hébergeur stocke des données, tandis que l'éditeur détermine le contenu mis à la disposition du public. La réalité, révélée dans de nombreux procès, montre que la distinction n'est pas si aisée, pas si claire. Sont concernés les acteurs du web 2.0, c'est-à-dire ces sites « communautaires » ou « contributifs », tels Youtube, Dailymotion, MySpace, Overblog...

La première Chambre civile de la Cour de cassation, adopte une conception large de l'hébergeur. Elle a jugé que la société Dailymotion, dont l'activité consiste à stocker et mettre en ligne des contenus déposés par des internautes, était un hébergeur (Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, pourvoi n° 09-67.896). La qualification est retenue alors même que l'activité du site n'est pas neutre ; elle n'est pas celle d'un simple prestataire technique dont la vocation se limite à la mise à disposition d'un espace d'expression. La société concernée reformate les fichiers envoyés par les internautes et met en place des outils de classement des objets déposés.

Accès au site. Afin de mettre le site à disposition du public (les internautes), il est nécessaire de créer une adresse, c'est-à-dire de conférer un point d'accès audit site. Techniquement, le site est identifié par une adresse URL, laquelle est le plus souvent composée d'un **nom de domaine**. Ce dernier est un identifiant commode (par exemple « dunod.com ») qui évite d'avoir à inscrire, dans la barre d'adresse, le numéro IP, mais qui y est nécessairement rattaché puisque celui-ci identifie l'ordinateur (ou « serveur ») qui héberge le site.

Le choix du nom de domaine par l'exploitant du site est libre. Cette liberté comporte d'abord des limites essentiellement techniques, puisqu'un nom de domaine est unique, de sorte qu'il n'est plus aujourd'hui aisé de trouver un nom libre. Il existe aussi des limites juridiques, tracées par le droit de la propriété intellectuelle notamment. Par exemple, le dépôt et/ou l'utilisation d'un nom de domaine reprenant l'appellation d'une marque déposée est susceptible de constituer un acte de contrefaçon réprimé pénalement. La loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 a même avancé la protection de la propriété intellectuelle au stade de l'enregistrement du nom de domaine (CPCE, art. L. 45-2).

2. Les contrats du commerce électronique

Réglementation. Le commerce électronique se concrétise, juridiquement, par la conclusion de contrats à distance de fourniture de biens ou de services. À ce titre, il relève du droit commun des contrats, ainsi que de la réglementation relative aux contrats à distance inscrite dans le Code de la consommation, du moins lorsque le client est un consommateur. Ce dernier bénéficie alors d'un droit de rétractation (voir *supra*, chapitre 1, section 6).

Par ailleurs, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transposant notamment la directive européenne du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, comporte un ensemble de dispositions propres au commerce électronique. Les propos qui vont suivre ne concernent que ces règles spécifiques.

Champ d'application. Les dispositions spécifiques au commerce électronique ne concernent pas uniquement les rapports entre professionnel et consommateur. Elles s'appliquent aussi aux contrats conclus, à distance et par voie électronique, entre professionnels.

2.1 La conclusion du contrat

Écrit exigé à titre de validité. En principe, l'écrit n'est pas une condition de validité du contrat (consensualisme). Par exception, le législateur exige pour certains contrats – notamment ceux conclus entre un professionnel et un consommateur –, ou pour certaines clauses, un écrit à peine de nullité (écrit *ad validitatem*).

Lorsque ces contrats sont conclus sur l'internet, se pose la question de savoir si le support électronique peut valoir écrit *ad validitatem*. En d'autres termes, l'écrit électronique a-t-il la même portée juridique que l'écrit traditionnel ? La question est importante car de nombreux contrats proposés sur l'internet sont des contrats pour lesquels la loi, par exception, exige un écrit à titre de validité.

La loi de 2004 a inséré l'article suivant dans le Code civil :

Article 1108-1 du Code civil. « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique (...). »

Obligation de conservation de l'acte. Dans une section relative à la conclusion d'un contrat sous forme électronique, le Code civil dispose :

Article 1369-4 du Code civil. « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. »

Offre. L'auteur de l'offre (par exemple, l'exploitant d'un site marchand sur la toile) reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait (C. civ., art. 1369-4). Par ailleurs, la loi exige qu'une telle offre comporte certaines mentions, ce qui déroge bien sûr au principe du consensualisme et relève du **formalisme informatif**. « L'offre énonce en outre :

1. les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
2. les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
3. les langues proposées pour la conclusion du contrat ;

4. en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
5. les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

Processus contractuel. « Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. » (C. civ., art. 1365-5, al. 1^{er}). Est ainsi légalisé le processus d'acceptation par le « double-clic ». Puis, « L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. » (C. civ., art. 1365-5, al. 2).

Exceptions. Le formalisme informatif de l'offre, ainsi que les deux règles ci-dessus présentées relatives au processus contractuel, ne s'appliquent pas (C. civ., art. 1369-6) :

- aux contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ;
- si les parties en ont écarté l'application, ce qui n'est possible qu'entre professionnels.

2.2 L'exécution du contrat

Bonne exécution. Toute personne physique ou morale exerçant l'activité de commerce électronique est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services (L. 2004, art. 15, al. 1). Bien sûr, elle pourra ensuite exercer un recours contre ceux-ci.

EXEMPLE

L'exploitant d'un site qui offre des voyages touristiques est responsable du bon déroulement de ces voyages à l'égard de ceux qui ont contracté sur ce site, même si les prestations de transport, d'hébergement, de visite, etc., sont assurées par des tiers. Par dérogation, le Code du tourisme écarte pareille responsabilité de plein droit lorsque la vente n'a porté que sur des billets d'avion (« vols secs »).

Exonération. « Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure. » (L. 2004, art. 15, al. 2).

3. La signature électronique

Signature. En vertu du principe du consensualisme, l'établissement d'un écrit ne conditionne pas la validité d'un acte juridique. *A fortiori*, aucune signature ne s'impose. En revanche, lorsqu'un écrit est exigé à titre de preuve (*ad probationem*), la signature est nécessaire à la perfection de l'acte. À défaut, il ne vaudrait que commencement de preuve par écrit. Enfin, lorsque l'écrit est exigé, par exception au principe du consensualisme, à titre de validité (*ad validitatem*), la signature fait partie de cette exigence.

La fonction de la signature est d'identifier celui qui l'appose et de manifester son consentement aux obligations découlant de l'acte signé (C. civ., art. 1316-4, issu de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000).

Signature électronique. La signature électronique « consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État » (C. civ., art. L. 1316-4, al. 2). La loi confère ainsi à la signature électronique la même valeur juridique que la signature autographe, mais à la condition qu'elle réponde à certaines exigences techniques. Lorsque la signature électronique n'obéit pas auxdites conditions fixées par décret, il appartient alors à celui qui entend s'en prévaloir de prouver que, malgré tout, le procédé utilisé permet l'identification fiable du signataire. Si, à l'inverse, la signature électronique obéit à ces conditions, c'est à celui qui la conteste de démontrer le défaut de fiabilité du procédé utilisé.

Avant la loi pour la confiance en l'économie numérique, du 21 juin 2004, la reconnaissance de la signature électronique ne s'appliquait qu'à l'écrit exigé *ad probationem*. Cette loi ayant permis l'établissement d'un écrit *ad validitatem* sous la forme électronique (voir *supra*), il est possible d'affirmer que la signature électronique a pleine valeur juridique même lorsqu'elle est apposée sur un écrit exigé à titre de validité.

Conditions de fiabilité. Le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4, prévoit que :

(art. 2). « La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en oeuvre une signature électronique sécurisée ». Le texte ajoute qu'une signature électronique sécurisée est « établie grâce à un dispositif sécurisé de création d'une signature électronique et la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié. »

Un tel certificat est délivré par un prestataire de service de certification électronique répondant aux exigences réglementaires.

N° 17 : QCM**Commerce électronique**

Veuillez choisir au moins une réponse.

1. Une agence de voyages souhaite créer un site internet. À cette fin, elle s'adresse à une entreprise spécialisée dans la création de sites internet. À quel(s) droit(s) est soumis le contrat conclu ?

- a) Au droit commun des contrats
- b) Au droit du contrat d'entreprise
- c) Au droit de la vente

2. Quelles sont les obligations contractuelles d'un fournisseur d'hébergement de site internet ?

- a) Délivrer un nom de domaine
- b) Stocker les données composant le site internet et en assurer la sécurité
- c) Déterminer le contenu du site qui sera mis à la disposition du public
- d) Assurer l'accès continu au site internet
- e) Assurer le gîte et le couvert

3. Quelles sont les obligations contractuelles d'un éditeur de site internet ?

- a) Délivrer un nom de domaine
- b) Stocker les données composant le site internet et en assurer la sécurité
- c) Déterminer le contenu du site qui sera mis à la disposition du public
- d) Assurer l'accès continu au site internet
- e) Assurer le gîte et le couvert

4. Dans l'hypothèse où un fournisseur d'hébergement héberge un site dont le contenu est illicite, dans quelle(s) situation(s) engage-t-il sa responsabilité civile ou pénale ?

- a) Dans tous les cas, sa responsabilité étant automatique
- b) Jamais, parce que le fournisseur bénéficie d'une immunité
- c) Dès lors qu'il est prouvé que le fournisseur avait connaissance du caractère illicite, de sorte qu'il importe peu qu'il ait retiré les données illicites ou rendu l'accès impossible

- d) Lorsque le caractère illicite lui a été signalé par un tiers et que le fournisseur n'a malgré tout pas agi rapidement pour y remédier
5. À quel(s) droit(s) est soumis le contrat conclu entre une entreprise exploitant un site internet marchand et un client personne physique contractant pour ses besoins personnels ?
- Au droit commun des contrats
 - Au droit des contrats à distance édicté par le Code de la consommation
 - À la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
 - Aux pratiques restrictives de concurrence interdites par le Code de commerce
6. À quel(s) droit(s) est soumis le contrat conclu entre une entreprise exploitant un site internet marchand et un client constitué sous forme de société commerciale ?
- Au droit commun des contrats
 - Au droit des contrats à distance édicté par le Code de la consommation
 - À la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique
 - Aux pratiques restrictives de concurrence interdites par le Code de commerce
7. Lorsque la loi exige un écrit pour la validité d'un contrat, cet écrit peut-il être établi sous forme électronique et, en conséquence, sur un site internet ?
- Oui
 - Non
8. La loi exige que l'offre présentée sur un site internet comporte certaines mentions. Elle impose aussi des obligations quant au processus contractuel. Dans quel(s) cas, ces règles ne s'appliquent pas ?
- Ces règles s'appliquent toujours ; il n'y a pas d'exception
 - Lorsque le contrat est conclu exclusivement par échange de courriers électroniques
 - Lorsque le contrat stipule une clause écartant l'application de ces règles ; pareille clause n'étant valable que si le client est un consommateur
 - Lorsque le contrat stipule une clause écartant l'application de ces règles ; pareille clause n'étant valable qu'entre professionnels
9. Un voyageur a créé un site internet qui propose des séjours de vacances à l'étranger. Un client a contracté en utilisant ce site. Lors de son séjour, une sortie est annulée par l'hôtelier en raison d'insuffisance de personnel. L'hôtelier est une personne juridique distincte de l'exploitant du site internet. Quelles sont les conséquences juridiques de cette situation ?
- Le voyageur engage sa responsabilité civile à l'égard du client, même si la défaillance n'est pas de son fait, mais de celui de l'hôtelier
 - Le voyageur n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard du client, parce que la défaillance n'est pas de son fait, mais de celui de l'hôtelier
 - Le voyageur n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard du client, parce que la défaillance est due à un événement de force majeure
10. À qui incombe la charge de la preuve relativement à la fiabilité du procédé utilisé lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ?
- À la partie qui entend se prévaloir de la signature électronique créée
 - À la partie qui entend contester la fiabilité du procédé utilisé

La fiscalité des échanges internationaux de l'entreprise

SECTION 1

Les principes généraux

SECTION 2

Applications aux principales impositions

APPLICATION

Complexité. Le droit fiscal n'a pas la réputation d'être un droit simple. Mais le franchissement des frontières de l'hexagone par une entreprise ou par des marchandises vendues à l'étranger rend la fiscalité nettement plus complexe puisque chaque État impliqué dans la relation a potentiellement vocation à revendiquer l'application de sa règle fiscale. Ce chapitre ne vise pas à l'exhaustivité mais simplement à donner une vision d'ensemble des principes fiscaux applicables aux échanges internationaux.

SECTION 1

LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

Deux grands principes gouvernent le droit fiscal applicable aux échanges internationaux : le principe de territorialité de l'impôt et le principe de non double imposition.

1. Le principe de territorialité de l'impôt

Tour d'horizon. Il est difficile de dissenter sur le principe de territorialité de l'impôt sans entrer dans le détail des différentes impositions : IR, IS, TVA...

Un premier tour d'horizon est toutefois nécessaire, autour de quelques idées fortes :

a) le principe de territorialité signifie tout d'abord que, sauf exception rare, la règle fiscale française ne reçoit application que sur le sol national français et ses dépendances. Le droit fiscal français est un droit d'application territoriale, ce qui signifie qu'un juge étranger, sauf convention internationale en ce sens, ne l'appliquera jamais ; de la même manière, le juge français appliquera le droit fiscal français et non un droit étranger. Cette règle déroge au principe de droit international privé qui veut que la compétence du juge ne coïncide pas toujours avec celle de la loi applicable : un juge peut ainsi appliquer une loi étrangère.

Territoire français – La territorialité suppose également que l'on s'interroge sur la notion de territoire français. Le Code général des impôts considère que la France fiscale comprend :

- le territoire de la métropole, y compris la Corse ;
- les départements d'outre mer (DOM) suivants : Guadeloupe, Martinique, Réunion, Guyane, Mayotte.

En revanche, les TOM, collectivités territoriales ou pays d'outre-mer rattachées à la France, ont en principe leur propre droit fiscal. C'est le cas de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française, de Wallis et Futuna, et de Saint Pierre et Miquelon.

Le territoire de l'Union Européenne joue un rôle important en matière fiscale, notamment s'agissant de la TVA (voir *infra*) ; elle compte aujourd'hui 27 pays qui sont : la France, l'Espagne, le Portugal, l'Angleterre, l'Irlande, l'Italie, l'Allemagne, l'Autriche, la Suède, la Finlande, le Danemark, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, la Pologne, la Grèce, la République Tchèque, la Slovaquie, la Lettonie, la Lituanie, l'Estonie, Chypre, Malte, la Roumanie, la Hongrie, la Slovénie et la Bulgarie.

b) On prendra soin de ne pas confondre la territorialité et la nationalité ; la nationalité est un concept qui joue peu en matière fiscale, où seules les notions de domicile, de siège social, de lieu de réalisation d'un profit, sont prises en compte.

c) Le principe de territorialité est appliqué par la plupart des États mais de manière parfois différente. Cette absence d'uniformité est bien entendu de nature à provoquer des conflits. Ainsi par exemple, si un pays pose en règle qu'une personne a son domicile fiscal en France dès lors qu'elle y séjourne plus de 6 mois par an, et qu'un autre pays fixe ce délai à trois mois, une même personne pourra être considérée comme fiscalement rattachée à deux États, ce qui a toutes les chances d'induire une double imposition.

Par conséquent des conventions internationales, le plus souvent bilatérales, doivent régler ces questions afin d'éviter que le contribuable ou l'entreprise ne subisse une double imposition.

IR. En matière d'IR, le principe de territorialité signifie qu'est imposée en France, en application du droit fiscal français, toute personne (particulier, entrepreneur ou associé d'une société à l'IR), quels que soient sa nationalité et l'origine de ses revenus, à partir du moment où elle y a son domicile fiscal. La localisation en France du domicile fiscal vient donc conditionner l'application du droit français. La notion de domicile fiscal sera définie *infra*. La territorialité englobe ici non seulement les revenus tirés d'une activité localisée en France mais également ceux d'une activité localisée à l'étranger, sauf convention fiscale contraire.

IS. En matière d'IS, le principe de territorialité a une signification différente, puisque ne sont imposés en France au titre de l'IS que les bénéfices réalisés par des entreprises exploitées en France. Par conséquent une société étrangère (c'est-à-dire ayant son siège à l'étranger) est assujettie à l'IS en France en raison des profits réalisés par un de ses entreprises en France. Inversement, une société française réalisant des profits par le biais d'une entreprise située à l'étranger, ne relève pas de l'IS français.

TVA. En matière de TVA, le principe de territorialité signifie qu'en présence d'une opération telle que livraison, acquisition, prestation de service, l'application de la TVA française dépendra de la « localisation » de l'opération. Si l'opération est « localisée » en France (la loi répute certaines opérations réalisées en France), les règles françaises recevront application, sinon on sera en présence d'une opération extraterritoriale n'appelant pas l'application du droit français. Les critères de localisation et les règles de territorialité sont aujourd'hui définis par le CGI, mais relèvent originellement d'une directive européenne (directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006 transposée dans le CGI).

2. Le principe de « non double imposition » et le rôle des conventions internationales

2.1 Objectifs

Conflits. La souveraineté de chaque État dans la détermination de ses principes fiscaux peut conduire à des phénomènes de double imposition.

Ainsi, le principe de droit français suivant lequel tout contribuable domicilié en France est imposé à raison de l'intégralité de ses revenus que la source en soit française ou autre, est en elle-même de nature à générer des conflits dans la mesure où la plupart des États considèrent qu'il est légitime d'imposer suivant leur loi les revenus trouvant leur source dans cet État.

EXEMPLE

M. Y est domicilié en France et fait état de revenus de source française et de source d'un pays Z. En vertu du droit français, l'intégralité des revenus est imposable en France ; toutefois, la probabilité est forte que le pays Z impose également les revenus qui en émanent. On se trouvera alors confronté à un conflit générateur de double imposition.

Diversité. La France est partie à près de 120 conventions (incluant celles conclues avec la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie et Saint-Pierre-et-Miquelon). Il y a un peu plus de 180 États dans le Monde, ce qui signifie que la France n'est liée par aucune convention avec plus de 60 États... Citons par exemple : Cuba, la Corée du Nord, la Papouasie Nouvelle-Guinée, le Cambodge, le Laos, le Vatican... En sus et de façon prévisible, on trouve également dans cette liste un nombre important de « paradis fiscaux ».

Buts. Les conventions fiscales internationales auxquelles la France est partie ont plusieurs objectifs :

- l'échange d'informations par le biais de clauses d'assistance administrative dans le but de faciliter l'application des dispositions de la convention liant les deux États ou encore de rendre plus aisée la mise en recouvrement de certaines créances. Dans ce dernier cas, la convention peut prévoir l'assistance de l'État étranger dans le recouvrement d'une créance fiscale (ces dispositions sont toutefois exceptionnelles et ne concernent qu'un faible nombre de conventions, États-Unis, Algérie, Allemagne, Luxembourg par exemple) ;
- la prévention et le traitement des situations de double imposition, notamment par la mise en œuvre de procédures amiables à la demande de l'un des contribuables concerné par la situation ;
- la lutte contre l'évasion fiscale ; les clauses d'assistance prévoient ici que la France peut demander des renseignements sur le contribuable concerné à l'État étranger dans le but de pouvoir l'imposer.

2.2 Force juridique des conventions

Supériorité. En application de l'article 55 de la Constitution, ces conventions ont, dans l'ordre juridique français, une force supérieure aux lois, que ces dernières soient codifiées ou non. Par conséquent, elles dérogent intégralement au Code général des impôts.

Ce principe de supériorité implique notamment que :

- le juge, administratif comme judiciaire, doit les appliquer par préférence aux lois internes, en cas de conflit entre ces dernières et la norme internationale ; en pratique toutefois, le

- juge va d'abord rechercher si une norme de droit interne est applicable à la situation (c'est-à-dire si le contribuable peut être imposé en France en application du CGI) ; si tel est le cas, il recherchera ensuite si une disposition tirée d'une convention internationale liant la France fait obstacle à l'application du droit interne ; le plus souvent, la partie concernée soulèvera devant le juge l'application du droit conventionnel ;
- des notions essentielles en droit interne, comme celle de domicile fiscal, peuvent être écartées au profit de notions différentes, et conduisant à des résultats différents, comme par exemple celle de « résident d'un État » ;
 - l'application du droit issu d'une convention liant la France peut avoir un effet neutre sur l'imposition dans le cas, fréquent, où le droit interne et le droit conventionnel sont en accord. Exceptionnellement, le conflit entre les deux normes sera résolu par la suprématie du droit international et pourra conduire :
 - à une imposition moindre qu'en droit interne, voire à une suppression complète de l'imposition prévue par le CGI,
 - plus rarement à une imposition supérieure à celle prévue en droit interne.

EXEMPLE

L'article 4 bis 2° du CGI prévoit que « sont également passibles de l'impôt sur le revenu (...) les personnes de nationalité française ou étrangère, ayant ou non leur domicile fiscal en France, qui recueillent des bénéfices ou revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions ».

La disposition ci-dessus déroge explicitement au droit interne qui fonde l'IR sur le domicile fiscal en France, puisqu'une convention peut prévoir l'imposition à l'IR en France d'une personne qui n'y est pas domiciliée.

2.3 Contenu

Dispositions conventionnelles. On trouve en règle générale 4 types de dispositions au sein des conventions auxquelles la France est partie :

- des définitions communes, comme par exemple celle du domicile fiscal, du résident, de l'entreprise, de l'établissement... Ces définitions prévalent sur celles données par les lois nationales ;
- des dispositions prévoyant, pour chaque catégorie de revenus, le droit de chaque État d'imposer le contribuable ; par exemple, la plupart des conventions prévoient que les revenus des biens immobiliers sont imposés dans l'État de situation de ces biens ;
- des techniques d'élimination des doubles impositions, ce qui suppose que les dispositions ci-dessus n'ont pas pu être appliquées, ou bien qu'elles ne prévoyaient pas le cas rencontré (imputation, exonération... voir *infra*) ;
- des règles de non-discrimination entre les nationaux et les non nationaux placés en situation équivalente.

2.4 Le traitement des situations de double imposition

Dualité. Plusieurs situations peuvent se présenter :

- un même contribuable est imposé dans deux États pour le même revenu ;
- deux entreprises ayant des liens juridiques sont installées dans deux États différents et un conflit naît sur l'assiette de l'impôt (IS le plus souvent).

Afin de traiter ces situations, les conventions procèdent en 3 étapes : définition de notions communes, détermination du droit de chaque État à imposer un contribuable et méthode de résolution des cas de double imposition.

a) Définitions arrêtées communément dans la convention

Deux définitions sont particulièrement importantes : celle de résident d'un État contractant et celle d'établissement stable.

Résident. La notion de résident concerne les personnes physiques à titre principal et repose sur plusieurs critères : foyer principal, centre des intérêts familiaux et économiques, séjour permanent ou habituel...

Établissement stable. La notion d'établissement stable ou de base fixe d'affaires est utilisée pour les personnes morales et se réfère à des critères matériels comme l'installation de lignes de production, la situation des locaux, etc.

EXEMPLE

Disposition conventionnelle relative à la notion de résident

1. Au sens de la présente Convention, l'expression « résident d'un État contractant » désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située.
2. Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne physique est un résident des deux États contractants, sa situation est réglée de la manière suivante :
 - a) Cette personne est considérée comme un résident de l'État où elle dispose d'un foyer d'habitation permanent ; si elle dispose d'un foyer d'habitation permanent dans les deux États, elle est considérée comme un résident de l'État avec lequel ses liens personnels et économiques sont les plus étroits (centre des intérêts vitaux) ;
 - b) Si l'État où cette personne a le centre de ses intérêts vitaux ne peut pas être déterminé, ou si elle ne dispose d'un foyer d'habitation permanent dans aucun des États, elle est considérée comme un résident de l'État où elle séjourne de façon habituelle ;
 - c) Si cette personne séjourne de façon habituelle dans les deux États ou si elle ne séjourne de façon habituelle dans aucun d'eux, elle est considérée comme un résident de l'État dont elle possède la nationalité ;
 - d) Si cette personne possède la nationalité des deux États ou si elle ne possède la nationalité d'aucun d'eux, les autorités compétentes des États tranchent la question d'un commun accord.

EXEMPLE

Disposition conventionnelle relative à la notion d'établissement stable

1. Au sens de la présente Convention, l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité.
2. L'expression « établissement stable » comprend notamment :
 - a) Un siège de direction ;
 - b) Une succursale ;
 - c) Un bureau ;
 - d) Une usine ;
 - e) Un atelier, et

f) Une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles.

3. Un chantier de construction ou de montage ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse 183 jours.

b) Détermination du droit d'imposer

Catégories de revenus. La convention définit ensuite, par catégorie de revenus, à quel État revient le droit d'imposer. Nous prendrons deux exemples.

Pour les revenus immobiliers, il est fréquent de prévoir que les revenus qu'un résident d'un État contractant tire de biens immobiliers situés dans l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. Si donc M. X réside en A mais possède un immeuble en B, il est fréquent que la convention prévoie une imposition en B.

Pour le cas des bénéfices des entreprises, il est courant de rencontrer une disposition prévoyant que les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si la société X a son siège social en A mais dispose d'un établissement stable en B, les bénéfices dudit établissement seront imposés en B et non pas en A.

c) Méthode de résolution des cas de double imposition

Deux méthodes sont appliquées dans les conventions auxquelles la France est partie : la méthode de l'exonération et celle de l'imputation.

■ Méthode de l'exonération

Cette méthode consiste à exonérer de l'impôt français les revenus provenant de l'autre État contractant et qui sont imposables dans cet État en application de la convention.

EXEMPLE

Monsieur X, célibataire et sans enfants, est domicilié en France où il est salarié (20 000 € de salaire net imposable après abattement de 10 %) ; il possède un immeuble de rapport en Espagne (10 000 € de revenus fonciers charges déduites). Ses salaires seront seuls imposables en France ; ses revenus fonciers le seront en Espagne.

Mais cette règle est susceptible d'être appliquée de manière différente suivant le mode de calcul pratiqué.

Le mode de calcul dit « avec progressivité » consiste à ne pas intégrer le revenu taxé dans l'autre État dans l'assiette de l'impôt payé en France.

Ainsi dans l'exemple ci-dessus :

- si tous les revenus étaient taxés en France, l'IR de M. X serait de 3 433 € (tranche supérieure à 30 %) ;
- avec seulement 20 000 € de salaires taxés en France, son IR serait de 1 460 € (tranche supérieure à 14 %)

La méthode de calcul dite « au taux effectif » consiste à intégrer le revenu imposé par l'État étranger dans l'assiette taxable, puis de réduire l'impôt en proportion de la part taxée par l'État étranger.

Cela donne, en reprenant les données ci-dessus :

- IR intégrant l'ensemble des revenus : 3 433 € ;
- part représentée par les revenus imposés en Espagne : 1/3, soit 1 144 € ;
- IR payé en France : $3\,433 - 1\,144 = 2\,289$ € (à comparer avec la somme de 1 460 € résultant du calcul avec progressivité).

À noter que ce dernier mode de calcul est fréquemment utilisé en matière d'IR par les conventions dont la France est signataire (voir toutefois *infra*).

BARÈME IR 2011	
Revenu €	Taux
0 à 5 963	0 %
5 963 à 11 896	5,5 %
11 896 à 26 420	14 %
26 420 à 70 830	30 %
+ de 70 830	41 %

■ Méthode de l'imputation

Cette méthode, très usitée dans les conventions récemment signées par la France, consiste à inclure les revenus taxés à l'étranger dans l'assiette taxable en France, puis de déduire de l'imposition un crédit d'impôt correspondant à l'impôt payé à l'étranger (dans une limite fixée par la convention et le droit national – voir exemple ci-après). Ainsi si l'on reprend l'exemple ci-dessus, l'IR de M. X sera calculé en intégrant ses revenus fonciers imposés en Espagne, mais il déduira un crédit d'impôt correspondant au montant imposé en Espagne.

EXEMPLE

Disposition conventionnelle relative à la double imposition et appliquant la méthode de l'imputation

Les revenus qui proviennent du pays B, et qui sont imposables ou ne sont imposables que dans cet État conformément aux dispositions de la présente Convention, sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français lorsque leur bénéficiaire est un résident de France et qu'ils ne sont pas exemptés de l'impôt sur les sociétés en application de la législation française. Dans ce cas, l'impôt du pays B n'est pas déductible de ces revenus, mais le bénéficiaire a droit à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français.

Ce crédit d'impôt est égal :

- i) pour tous les revenus autres que ceux qui sont mentionnés au ii ci-après, au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus ;
- ii) pour les revenus visés aux articles 10 et 11, aux paragraphes 1 et 2 de l'article 12, au paragraphe 3 de l'article 14, à l'article 15 et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 16, au montant de l'impôt payé dans le pays B par le bénéficiaire sur les revenus considérés conformément aux dispositions de ces articles ou paragraphes ; ce crédit ne peut toutefois excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus.

SECTION 2

APPLICATIONS AUX PRINCIPALES IMPOSITIONS

On reviendra ici sur trois impositions principales : l'IR, l'IS et la TVA.

1. Impôt sur le revenu (IR)

Article 4 A CGI. Les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus.

Celles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française.

1.1 Principe

Domicile fiscal. On rappellera en premier lieu que toute personne dont le domicile fiscal est situé en France est passible de l'IR en France, quelle que soit sa nationalité et pour l'ensemble de ses revenus, que leur source soit française ou étrangère. C'est ce que l'on nomme l'obligation fiscale illimitée.

Ainsi, lorsque le contribuable (entrepreneur individuel) relève des BIC et qu'il a son domicile fiscal en France, il est imposé en France pour l'ensemble de ses BIC, que la source soit en France ou à l'étranger. Toutefois, les BIC provenant de l'étranger ne sont imposés en France qu'à défaut de conventions bilatérales prévoyant un autre traitement (le plus souvent les conventions prévoient une imposition par le pays étranger d'accueil à partir du moment où l'entreprise y dispose d'un établissement stable).

Les personnes domiciliées hors de France mais ayant des revenus en France sont assujetties à l'IR pour certaines catégories de revenus et en fonction de leur source ; c'est une obligation fiscale restreinte. Ainsi par exemple, un entrepreneur individuel domicilié hors de France mais disposant en France d'une exploitation dégageant des BIC est imposé sur des derniers d'après la règle fiscale française (sous réserve d'une convention internationale dérogatoire).

1.2 Notion de domicile fiscal

Article 4 B CGI

1. Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4 A :
 - a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ;
 - b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ;
 - c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques.
2. Sont également considérés comme ayant leur domicile fiscal en France les agents de l'État qui exercent leurs fonctions ou sont chargés de mission dans un pays étranger et qui ne sont pas soumis dans ce pays à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus.

4 situations. Le domicile fiscal est une notion complexe qui peut se définir de manière alternative :

- soit par le lieu du séjour principal en France ; une personne est réputée avoir son lieu de séjour principal en France dès lors qu'elle y séjourne plus de 183 jours au cours d'une même année ;

- soit par le foyer, au sens du lieu où la famille a sa résidence habituelle ; la famille s'entend du conjoint et/ou des enfants ; en application de cette disposition, une personne qui exerce une activité à l'étranger mais dont la famille est demeurée en France peut être considérée comme ayant son domicile fiscal en France ;
- soit par l'exercice d'une activité professionnelle, salariée ou indépendante, en France ;
- soit encore par la situation en France du centre des intérêts économiques (centre des investissements / siège des affaires de l'intéressé...).

Une seule des quatre situations visées ci-dessus est susceptible de constituer le domicile fiscal au sens du texte de l'article 4B du CGI. On rappellera enfin que la notion française de domicile fiscal est susceptible d'être battue en brèche par une convention internationale à laquelle la France serait partie.

1.3 Personnes non domiciliées en France

a) Revenus concernés

Obligation restreinte. Les personnes non domiciliées en France et ayant des revenus de source française sont, de manière restreinte, soumises à la législation française, pour leurs seuls revenus de source française. Cette règle ne s'applique bien entendu qu'à défaut de convention internationale contraire (certaines conventions prévoient que la France ne peut imposer les revenus de source française dès lors que le contribuable a son domicile fiscal dans un autre pays).

Les revenus concernés, dits de « source française », peuvent être des revenus fonciers d'immeubles localisés en France, des revenus de capitaux mobiliers placés en France, des revenus de tous types d'activité (salariée ou non, agricole, industrielle, commerciale...), des droits d'auteurs (si débiteur localisé en France), des pensions ou rentes viagères (si débiteur domicilié en France).

b) Mode d'imposition

Assiette. L'assiette taxable est calculée de la même manière que si le contribuable avait son domicile fiscal en France ; notamment les déductions et imputations de déficits obéissent aux mêmes règles.

Si l'entreprise est une société relevant de l'IR, on sait que l'impôt est payé par les associés pour la quote-part théorique des bénéfices qui leur reviennent, en proportion de leurs droits sociaux. Si l'associé réside à l'étranger, l'imposition se fait en France dans la mesure où la société exerce son activité en France. Bien entendu, il peut être dérogé à cette règle par des conventions internationales.

Plancher. Dans le cas où le contribuable est imposé en France alors que son domicile fiscal est à l'étranger, ses revenus sont soumis au barème de l'IR progressif applicable en France mais l'impôt payé ne peut être inférieur à 20 % du revenu net imposable (sauf preuve par le contribuable que son taux moyen d'imposition serait inférieur si l'ensemble de ses revenus étaient imposés en France). Si l'impôt effectivement calculé est d'un montant inférieur à 304,90 €, il n'est pas mis en recouvrement.

EXEMPLE

Le contribuable est domicilié en Argentine ; il retire 30 000 € de BIC d'une activité commerciale exercée en Argentine et 20 000 € de BIC d'une activité commerciale exercée en France. Sauf convention contraire, les 20 000 € réalisés en France sont imposés en France au barème progressif avec un

plancher de 4 000 € (20 % de 20 000 €). Toutefois, ce plancher ne sera pas appliqué si le contribuable prouve que son taux moyen d'imposition en France pour l'ensemble de ses revenus (50 000 €) est inférieur à 20 %.

Retenue à la source. Compte tenu des risques liés au non-recouvrement de l'IR, il est appliqué, pour la très grande majorité des impositions, une retenue de l'impôt à la source. Dans certains cas, cette retenue sera libératoire de l'IR, dans d'autres cas le contribuable pourra avoir à payer une somme complémentaire en application du barème (en sens inverse, si la retenue est supérieure au montant résultant du barème, aucun remboursement ne sera dû).

Ci-après le montant de certaines retenues à la source :

- revenus non salariaux : 33,34 % (non libératoire) ;
- traitements et salaires : 3 tranches (0 % en dessous de 13 170 € ; 12 % de 13 170 € à 38 214 € ; 20 % au-delà de 38 214 €) ;
- dividendes : 18 % ou 25 % suivant le cas.

1.4 Cas particuliers

a) Taxation forfaitaire des personnes ayant une habitation en France

Article 164 C CGI. Les personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal en France mais qui y disposent d'une ou plusieurs habitations, à quelque titre que ce soit, directement ou sous le couvert d'un tiers, sont assujetties à l'impôt sur le revenu sur une base égale à trois fois la valeur locative réelle de cette ou de ces habitations (...)

Principe. Ce système met en place une taxation forfaitaire minimale qui trouve théoriquement à s'appliquer lorsque le contribuable n'a pas de revenus de source française ou bien lorsque ces revenus se situent en dessous de la base forfaitaire d'imposition. L'assiette est constituée normalement du loyer réel (méthode par comparaison) et le montant de la taxation ressort de l'application du barème IR.

Cette taxation forfaitaire est assez critiquable dans son principe. Elle est en pratique très peu appliquée compte tenu des nombreuses dérogations qui lui sont apportées.

Exceptions. Elle ne trouve notamment pas à s'appliquer :

- si les revenus de source française des intéressés sont supérieurs à cette base, auquel cas c'est le montant de ces revenus sert de base à l'impôt ;
- si le domicile fiscal de l'intéressé est situé dans un pays avec lequel la France a conclu une convention bilatérale relative à la double imposition ;
- si le contribuable est de nationalité française et justifie être soumis dans le pays où il a son domicile fiscal à un impôt personnel sur l'ensemble de ses revenus, et si cet impôt est au moins égal aux deux tiers de celui qu'il aurait eu à supporter en France sur la même base d'imposition ;
- l'année du transfert du domicile fiscal hors de France et les deux années suivantes, aux contribuables de nationalité française qui justifient que ce transfert a été motivé par des impératifs d'ordre professionnel.

b) Agents français en poste à l'étranger

Domicile fiscal en France. Les agents de l'État en poste à l'étranger sont considérés comme ayant leur domicile fiscal en France même si les critères de l'article 4B CGI ne sont pas réunis.

Leurs revenus salariés et traitements sont donc totalement imposés au barème IR. L'assiette est constituée des revenus qu'ils auraient perçus s'ils avaient travaillé en France, à l'exception donc des indemnités spécifiques liées à l'expatriation.

c) Salariés français détachés à l'étranger

Exonération. Les salariés fiscalement domiciliés en France, employés par une entreprise établie en France ou dans l'UE et envoyés en mission à l'étranger sont exonérés totalement de l'IR en France lorsqu'ils sont soumis, dans le pays où l'activité est exercée, à une taxation au moins égale aux deux tiers du montant qui serait perçu en France s'ils y exerçaient leur activité.

Sont également exonérées un certain nombre d'activités salariées liées aux chantiers de construction, aux exploitations minières et forages, à la prospection commerciale...

Lorsque le salarié ne répond pas aux conditions ci-dessus, il reste soumis à l'IR en France mais uniquement pour la part de son salaire qu'il aurait touchée en restant en France. Les indemnités spécifiques liées au détachement ne sont pas imposables en France.

2. IS

2.1 Principe : bénéfices des entreprises exploitées en France

Territorialité des bénéfices. Alors que la territorialité de l'IR se focalise sur le domicile fiscal en négligeant le critère tiré de la source des revenus, les règles applicables à l'IS sont différentes. L'IS ne touche que les entreprises exploitées en France et réalisant des bénéfices en France ; la règle de territorialité est donc appliquée plus strictement.

Par conséquent, et sauf convention internationale contraire :

- une entreprise étrangère de par son siège social, et ayant un établissement en France, est passible de l'IS pour la part des bénéfices réalisée en France ;
- au contraire, une entreprise française par son siège social, et réalisant des bénéfices par le biais d'un établissement situé en territoire étranger, ne relève pas de l'IS en principe.

Article 209 I CGI – (...) les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés (...) en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions.

La notion de siège social est donc sans effet sur la détermination de la loi fiscale applicable ; la seule notion retenue est celle d'entreprise exploitée en France.

2.2 Entreprise exploitée en France

Jurisprudence. L'application du texte ci-dessus nécessite que l'on précise l'expression « entreprise exploitée en France ». En l'absence de définition légale, la jurisprudence considère qu'une entreprise est exploitée hors de France (et donc exclue du champ de l'IS), si :

- elle y possède un établissement permanent et autonome de type succursale, ligne de production, usine... ;
- ou bien si elle dispose de représentants à l'étranger ;
- ou bien encore si elle réalise à l'étranger un cycle commercial complet distinct des opérations traitées par l'entreprise située en France (exemple : fabrication ou transformation ou achat + promotion + vente sur le sol de l'état étranger).

Convention. Le plus souvent, le recours à la jurisprudence est inutile puisqu'une convention bilatérale lie la France à un autre État contractant. Dans ce cas, la notion fréquemment retenue est celle d'établissement stable et non d'exploitation en France. La notion d'établissement stable a été définie *supra*.

Appliquée à l'IS elle signifie :

- que lorsqu'une entreprise française a un établissement stable à l'étranger, l'État étranger contractant impose seul les bénéfices réalisés par cet établissement ;
- que lorsqu'une entreprise étrangère a un établissement stable en France, l'IS français est applicable aux bénéfices réalisés par cet établissement.

REMARQUE

Une entreprise étrangère n'ayant pas d'établissement stable en France ou n'y exploitant pas d'entreprise, peut tout de même être imposée en France, soit à raison des immeubles dont elle est propriétaire en France et qui génèrent des revenus, soit en raison des bénéfices réalisés par des sociétés assujetties à l'IR dont elle serait associée. Dans ce dernier cas, si par exemple la société Lambda, exploitée au Luxembourg et ayant son siège dans cet État, possède 2 % d'une SNC basée en France, elle sera redevable de l'impôt en France à raison de la quote-part des bénéfices de la SNC lui revenant.

2.3 Bénéfices réalisés en France

Répartition. Seul le bénéfice réalisé en France étant imposable au titre de l'IS, il est également nécessaire de déterminer la part de ce bénéfice. Ainsi, si une entreprise basée en France commercialise des produits sur notre territoire alors que la production est délocalisée dans un autre pays, il faudra ventiler les bénéfices réalisés afin de n'imposer en France que ceux réalisés en France. Cette ventilation peut se faire de différentes manières :

- soit les deux entreprises ont des comptabilités différentes permettant de dissocier de manière nette les bénéfices de chaque structure ;
- soit il est nécessaire de procéder à une répartition proportionnelle des charges en fonction des recettes de chaque implantation ;

EXEMPLE

Une entreprise de confection de vêtements pour enfants dont le siège est à Strasbourg dispose d'une usine de fabrication et d'un service de commercialisation à Bratislava en Slovaquie. Cette dernière unité fait ressortir un CA de 24 millions d'euros contre 16 millions d'euros pour le siège français. Le total des charges de l'entreprise se monte à 32 millions d'euros. Le bénéfice de l'implantation slovaque sera estimé à : $(40\,000\,000 - 32\,000\,000) \times 24/40 = 4\,800\,000$ €, qui seront taxés hors de France.

- soit, encore que cette méthode soit très approximative, on procédera par comparaison avec des entreprises de taille équivalente opérant dans un secteur économique identique.

2.4 Aménagements

Bénéfice mondial ou consolidé. Certains groupes de sociétés peuvent avoir intérêt à ce que l'ensemble des résultats réalisés par leurs entreprises, quelles que soient leurs localisations, soit imposé en France au titre de l'IS.

Ce système permet à une société française de déterminer son résultat imposable à l'IS en tenant compte des bénéfices réalisés en France et de ceux réalisés par ses établissements étrangers.

Cette mesure suppose un agrément préalable du ministère de l'Économie et des Finances, et bien entendu l'existence de conventions internationales qui en facilitent l'application.

Article 209 quinquies CGI. Les sociétés françaises agréées à cet effet par le ministre de l'Économie et des Finances peuvent retenir l'ensemble des résultats de leurs exploitations directes ou indirectes, qu'elles soient situées en France ou à l'étranger, pour l'assiette des impôts établis sur la réalisation et la distribution de leurs bénéfices.

Déduction des déficits des PME. Depuis le 1^{er} janvier 2009, les PME répondant à certains critères sont autorisées à déduire de leur résultat imposable, les déficits générés par leurs filiales ou succursales situées en territoire étranger.

Article 209C CGI. Les petites ou moyennes entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun qui disposent de succursales ou qui détiennent directement et de manière continue au moins 95 % du capital de filiales, établies et soumises à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans un État de l'Union européenne ou dans un État ayant conclu avec la France une convention fiscale (...), peuvent déduire de leur résultat imposable de l'exercice les déficits de ces succursales et filiales subis au cours du même exercice dans l'État où elles sont imposées.

3. TVA

3.1 Notions préalables / méthode

Localisation en France. Comme cela a déjà été expliqué, l'application des règles françaises suppose la localisation en France d'un événement générateur.

La notion de territoire français s'entend de la métropole, de la Corse et de Monaco (où la législation française en matière de TVA est déclarée applicable). Les DOM reçoivent un traitement particulier. Les TOM et autres collectivités territoriales sont considérés comme des pays tiers.

L'Union Européenne s'entend des 27 États membres à ce jour.

Critères. Les critères permettant de déterminer où l'opération est localisée varient suivant que l'on est en présence d'une opération portant sur un bien ou sur un service. Les opérations intra-communautaires mettant aux prises la France et un pays membre de l'UE reçoivent un traitement particulier distinct des échanges avec des pays tiers (hors UE).

S'il résulte de l'application des critères qui vont être exposés que l'opération est « territoriale » c'est-à-dire localisée en France, la TVA française est applicable dans ses taux et modalités de déclaration et recouvrement.

Si l'opération est localisée dans un autre pays, il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un État membre de l'UE ou d'un pays tiers. Dans le premier cas (UE), l'éviction du droit français entraîne corrélativement l'application du droit du pays de l'UE dans lequel l'opération est localisée (mais le taux peut être différent de celui applicable en France) ; dans le cas d'un pays tiers, la taxation de l'opération dépendra du point de savoir si ce pays connaît ou non une taxe comparable à la TVA (la plupart des pays appliquent une taxe sur le chiffre d'affaires à des taux variables).

3.2 Opérations relatives à des biens

a) Application des règles françaises

Dualité. La TVA française va s'appliquer en principe :

- lorsque les biens concernés sont livrés en France ;
- ou lorsqu'une acquisition intracommunautaire est réputée se situer en France.

Mais cette règle appelle un certain nombre de précisions, notamment car la notion de livraison est complexe à appréhender.

■ *Lieu de livraison*

Cas 1. Pour les biens livrés en l'état (sans opération de montage ou d'installation), il faut distinguer :

- les biens partent de France pour être livrés ailleurs (France/UE/pays tiers) : la livraison est réputée se produire en France et la TVA française s'applique ;
- les biens partent d'un État membre de l'UE et arrivent en France ; la livraison est réputée se produire dans le pays de départ ;
- les biens partent d'un pays tiers en direction de la France ; si la livraison est effectuée par l'importateur, l'opération sera taxable en France ; si la livraison est effectuée sans le recours à l'importateur (l'acquéreur des biens les importe lui-même), l'opération n'est pas assujettie à la TVA française.

Cas 2. Les biens sont montés ou installés en France avant leur livraison

Dans ce cas, la livraison est réputée se produire en France quelle que soit la destination du bien ; la TVA française est applicable en tout état de cause.

PRÉCISION

Fourniture de gaz ou d'électricité (CGI art. 258 III)

Le lieu de livraison du gaz naturel ou de l'électricité est situé en France :

- a) lorsqu'ils sont consommés en France ;
- b) dans les autres cas, lorsque l'acquéreur a en France le siège de son activité économique ou un établissement stable pour lequel les biens sont livrés ou, à défaut, son domicile ou sa résidence habituelle.

■ *Lieu d'une acquisition intracommunautaire*

Présomption. Ce lieu est réputé être la France dans deux cas (CGI art. 258 C) :

- lorsque, s'agissant de biens meubles corporels, ils se trouvent en France au moment de l'arrivée de l'expédition ou du transport à destination de l'acquéreur ;
- si l'acquéreur a donné au vendeur son numéro d'identification à la taxe sur la valeur ajoutée en France et s'il n'établit pas que l'acquisition a été soumise à la taxe sur la valeur ajoutée dans l'État membre de destination des biens.

b) Échanges intracommunautaires de biens

Terminologie. Le droit communautaire aujourd'hui retranscrit dans le CGI utilise une terminologie différente du langage courant. Ainsi une importation est désignée comme une acquisition intracommunautaire ; une exportation est une livraison intracommunautaire. L'ensemble forme les échanges intracommunautaires de biens. Les règles ci-après ne concernent pas les particuliers qui acquittent en principe la TVA dans l'État dans lequel ils achètent le bien ; elles ne concernent en principe que des professionnels assujettis à la TVA.

Sont assimilées aux acquisitions et livraisons intracommunautaires les mouvements de stocks ou de biens d'investissement par une même entreprise implantée dans deux pays de l'UE (pas de transfert de propriété).

■ **Acquisition intracommunautaire (importation dans l'UE)**

Principe. Dès lors que ce lieu est réputé être situé en France (en application de l'article 258 C CGI ci-dessus), la TVA française est applicable. De manière concrète, l'acquéreur (assujetti à la TVA) d'un bien en provenance d'un État membre de l'UE, livré en France, est redevable de la TVA française.

Exonérations. Certaines acquisitions intracommunautaires sont exonérées en application de l'article 262 ter CGI.

Article 262 ter CGI. Sont (...) exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée les acquisitions intracommunautaires de biens :

- 1° Dont la livraison en France serait exonérée ;
- 2° Dont l'importation serait exonérée en application du II de l'article 291 du code général des impôts [voir ce texte pour la liste des biens concernés ; exemple : organes, sang et lait humains, devises, billets de banque et monnaies] ;
- 3° Pour lesquelles l'acquéreur non établi en France et qui n'y réalise pas des livraisons de biens ou des prestations de services bénéficierait du droit à remboursement total (...) de la taxe qui serait due au titre de l'acquisition.

Certaines personnes limitativement énumérées (personnes morales non assujetties, exploitants agricoles à certaines conditions, assujettis à la TVA ne réalisant que des opérations ne donnant pas droit à déduction) sont exonérées de TVA pour leurs acquisitions intracommunautaires ne dépassant pas 10 000 € par an.

■ **Livraison intracommunautaire (exportation dans l'UE)**

Exonération. Les livraisons depuis la France à destination d'un État membre de l'UE sont en principe réputées être localisées en France et par conséquent assujetties à la TVA française.

Toutefois ce principe est battu en brèche par une exception d'ampleur prévue par l'article 262 ter I. Lorsque trois conditions sont réunies de manière cumulative, l'opération est exonérée :

- 1) la livraison est effectuée moyennant paiement ;
- 2) le vendeur comme l'acquéreur sont des assujettis ;
- 3) le bien doit être transporté ou expédié hors de France vers un État membre.

Cette exonération ne concerne que la TVA française ; l'opération sera taxée donc dans le pays membre de l'UE à destination duquel la livraison est effectuée.

RÉGIME PARTICULIER DE LA VENTE À DISTANCE DANS L'UE

Est considérée comme une vente à distance une livraison intracommunautaire de biens expédiés par le vendeur à destination d'un acquéreur particulier (personne physique non assujettie), depuis la France vers un autre État membre ou depuis un État membre vers la France.

L'opération de vente à distance est toujours taxable mais sa localisation, et donc la détermination de l'État de la taxation, se modifie en fonction de certains seuils.

En deçà d'un seuil (*infra*) défini en fonction du chiffre d'affaires du vendeur en direction d'un État membre donné, l'opération est localisée dans l'État de départ des biens (système normal) ; au-delà de ces seuils, elle est localisée dans l'État d'arrivée. Le vendeur peut dans tous les cas opter pour la localisation unique dans l'État d'arrivée.

Exemple : A est un vendeur professionnel français qui commercialise des panneaux solaires en Roumanie auprès de particuliers. Jusqu'à un certain seuil l'opération est taxée en France, puis en Roumanie au-delà de ce même seuil. Le vendeur peut opter pour que toutes ces opérations soient taxées en Roumanie.

Les seuils sont appréciés annuellement. Ils sont les suivants :

- vente depuis la France à destination de : Allemagne : 100 000 € (TVA française jusqu'au seuil, allemande au-delà) ; Belgique : 35 000 € ; Pays bas : 100 000 € ; Royaume Uni : 70 000 £ ; Italie : 27 889 €, etc. ;
 - vente depuis un pays membre de l'UE en direction de la France : TVA du pays membre jusqu'à 100 000 € ; TVA française au-delà du seuil de 100 000 €. Option possible du vendeur pour une taxation unique en France quel que soit le montant des ventes réalisé.
-

c) Échanges de biens avec des pays tiers

Même si les règles sont proches de celles appliquées en matière intracommunautaire, les échanges entre la France et des pays tiers à l'UE nécessitent quelques précisions.

■ *Importations en provenance de pays extérieurs à l'UE*

TVA française. Le principe est ici la taxation suivant la fiscalité française (perception de la TVA française), principe proche de celui des acquisitions intracommunautaires. La différence réside dans le fait que la TVA est perçue lors de l'importation par le service des douanes lui-même.

Cette TVA est déductible si elle est acquittée par une entreprise assujettie pouvant déduire. L'assiette taxable est constituée de la valeur douanière des biens (CGI art. 292), c'est-à-dire de leur valeur de transaction telle qu'attestée par le prix facturé.

Exonérations. Des exonérations sont prévues par les articles 291 II et III du CGI, communes aux régimes des acquisitions intracommunautaires et à celui des importations ; elles concernent des opérations spécifiques et des biens particuliers notamment les produits de la pêche, les prothèses dentaires, les organes, le sang, les monnaies et devises...

Sont de même exonérés, les biens importés aux fins d'exportation dans un pays tiers ou de livraison intracommunautaires.

■ *Exportations à destination de pays extérieurs à l'UE*

Exonération. Les exportations suivent un régime proche de celui des livraisons intracommunautaires. Le principe est la taxation en France, mais l'opération est exonérée dans une majorité de cas.

- l'exportation par le vendeur lui-même ou pour son compte est exonérée si ce dernier prouve la réalité de l'opération d'export ; cette preuve se fera par les livres comptables et par la déclaration douanière d'exportation ;

- si l'exportation est le fait d'un acheteur non établi en France, elle est également exonérée aux conditions (très souples) de l'article 262 I 2° du CGI, ci-après reproduit :

Sont exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée : 1° les livraisons de biens expédiés ou transportés par le vendeur ou pour son compte, en dehors de la Communauté européenne ainsi que les prestations de services directement liées à l'exportation ; 2° les livraisons de biens expédiés ou transportés par l'acheteur qui n'est pas établi en France, ou pour son compte, hors de la Communauté européenne (...)

Ici encore, l'exonération signifie simplement que la TVA française n'est pas applicable ; bien entendu, la plupart du temps, le pays tiers destinataire de l'exportation (c'est-à-dire le pays d'importation) taxera lui-même l'opération.

3.3 Opérations relatives à des services

Puisqu'un service n'est pas directement « livrable », il est normal que le droit fiscal, interne comme communautaire, mette en place des règles de localisation différentes.

a) Imposition en France des prestations de service

Principe. La directive entrée en application le 1^{er} janvier 2010 distingue entre la relation entre assujettis et la relation entre assujetti et particulier :

- dans le premier cas, la règle est l'imposition au lieu d'établissement du client de la prestation (nommé le **preneur**) ;
- dans le second cas, la règle est l'imposition au lieu où est établi le prestataire.

Dérogations à la règle de l'établissement du prestataire. Certaines dérogations sont prévues à cette règle, notamment pour les prestations « matériellement localisables » ou les prestations immatérielles, qui échappent à la règle de l'établissement du prestataire pour répondre à des règles spécifiques.

Prestations matériellement localisables (CGI 259-A). Cela concerne notamment les cas de :

- location de moyens de transport : application de la TVA française quand le loueur est établi en France et que le bien est utilisé par le locataire en France ou dans l'UE ; application de la TVA française également quand le loueur est établi hors de l'UE mais que le bien est utilisé en France ;
- prestations se rattachant à un immeuble (ex : opérations réalisées par un architecte) : application de la TVA française si l'immeuble est localisé en France ;
- transports de voyageurs et de marchandises : la TVA française est applicable si le parcours se déroule en France (même partiellement) ;
- prestations culturelles, artistiques, sportives, éducatives... : la TVA française est applicable si la prestation est matériellement exécutée en France ;
- travaux et expertises sur des biens meubles corporels : la TVA française est applicable si la prestation est matériellement exécutée en France ;
- hôtellerie, restauration et activités assimilées : TVA française applicable si la prestation est matériellement exécutée en France.

Prestations immatérielles. Sont considérées comme des prestations immatérielles les activités suivantes (art. 259 B CGI) :

- 1° Cessions et concessions de droits d'auteurs, de brevets, de droits de licences, de marques de fabrique et de commerce et d'autres droits similaires ;

- 2° Locations de biens meubles corporels autres que des moyens de transport ;
- 3° Prestations de publicité ;
- 4° Prestations des conseillers, ingénieurs, bureaux d'études dans tous les domaines y compris ceux de l'organisation de la recherche et du développement ; prestations des experts comptables ;
- 5° Traitement de données et fournitures d'information ;
- 6° Opérations bancaires, financières et d'assurance ou de réassurance, à l'exception de la location de coffres-forts ;
- 7° Mise à disposition de personnel ;
- 8° Prestations des intermédiaires qui interviennent au nom et pour le compte d'autrui dans la fourniture des prestations de services désignées au présent article ;
- 9° Obligation de ne pas exercer, même à titre partiel, une activité professionnelle ou un droit mentionné au présent article.
- 10° Prestations de télécommunications ;
- 11° Services de radiodiffusion et de télévision ;
- 12° Services fournis par voie électronique fixés par décret .
- 13° accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité ou de gaz naturel, acheminement par ces réseaux et tous les autres services qui lui sont directement liés.

Concernant les prestations immatérielles, il est dérogé à la règle de l'établissement du prestataire au profit des règles ci-après :

- la TVA française est applicable si le prestataire est établi en France et si :
 - le client/preneur est établi en France,
 - ou si le client/preneur est établi dans un autre État membre de l'UE sans être assujetti ;
- la TVA française est également applicable lorsque le prestataire est établi hors de France et si :
 - le client/preneur est un assujetti établi en France,
 - client/preneur non assujetti établi en France et utilisant le bien en France ;
- dans les autres cas (exemple : prestataire établi en France et client/preneur hors UE), la TVA française n'est pas applicable.

b) Transports intracommunautaires de biens

Les transports se rapportant à des échanges intracommunautaires peuvent être perçus comme des services liés à ces échanges.

Est considéré comme un transport intracommunautaire de biens corporels mobiliers tout transport dont le point de départ et le point d'arrivée se trouvent dans deux différents États membres de l'UE.

La TVA française s'applique à ces transports dans les deux cas suivants :

- le lieu de départ se trouve en France ;
- le départ a lieu dans un autre État membre mais le client/preneur a fourni au prestataire son numéro d'identification à la TVA en France.

Les opérations accessoires au transport (déchargement par exemple, manutention...) sont assujetties à la TVA française lorsqu'elles sont matériellement exécutées en France, ou lorsqu'elles sont matériellement exécutées dans un autre État membre et que le client/preneur a fourni au prestataire son numéro d'identification à la TVA en France.

N° 18 : ÉTUDE DE CAS**Fiscalité des échanges internationaux****Cas I**

Un entrepreneur individuel exerçant une activité commerciale en France réside environ 8 mois par an à Paris et le reste du temps dans un pays X où sa famille est établie. La France est liée au pays X par une convention bilatérale prévoyant qu'est considéré comme résident permanent d'un pays celui qui y réside plus de 3 mois dans l'année et y a des attaches familiales stables. La convention ajoute que le résident d'un État membre au sens de la convention est soumis à la fiscalité du pays de résidence pour les revenus de toutes sources.

QUESTION

Vous déterminez si l'imposition relève ou non de la loi française.

Cas II

Monsieur Z, célibataire et sans enfants, est domicilié en France où il est expert en informatique à son compte (35 000 € de BNC imposable charges déduites) ; il possède un appartement au Danemark lui procurant 15 000 € de revenus fonciers une fois les charges déduites). La convention (fictive/imaginée pour le cas) liant la France au Danemark prévoit que les revenus locatifs sont imposés dans le pays où l'immeuble est situé ; elle prévoit également que double imposition est éliminée par exonération (méthode du taux effectif).

QUESTION

Vous calculerez le montant de l'IR dû et comparerez avec la méthode de la progressivité.

Cas III

Monsieur Z, commerçant est domicilié au Sénégal ; il dégage 50 000 € de revenus (BIC net après déduction des charges) d'une activité commerciale exercée dans ce pays, et 10 000 € (net après déduction des charges) d'une activité similaire exercée en France. Il est célibataire et sans enfants.

QUESTION

Vous déterminez si l'imposition relève ou non de la loi française.

Cas IV

La SA Y a son siège social à Grenoble où elle dispose également d'un service de vente à distance de cosmétiques. Sa production est réalisée en Albanie dans une usine employant plus de 100 salariés. Cette dernière usine est exploitée sous la forme d'une société de droit albanais appartenant à la SA Y.

QUESTION

Vous déterminez si l'imposition relève ou non de la loi française.

Cas V

On considère les cas suivants :

- a) transport de marchandises depuis Reims, devant être livrées à Hambourg.
- b) contrat d'assurance entre une société basée à Niort en France et un client habitant à Moscou.
- c) exportation par une société basée à Paris de mobiliers à destination de la Chine.
- d) location de véhicule de luxe par une société basée à Washington, à un client résidant en France et utilisant le véhicule à Paris et dans la région parisienne.
- e) importation de tissus en provenance d'Indonésie.
- f) vente à distance par une société basée à Munich de marchandises en direction de la France (chiffre d'affaires 2009 – 56 000 €).
- g) vente à distance par une société basée à Toulouse de marchandises en direction de l'Allemagne (chiffre d'affaires 2009 – 75 000 €).

QUESTION

Vous déterminez si la TVA française est applicable (il sera répondu par oui ou par non).

3

PARTIE

CHAPITRE 9

CHAPITRE 10

CHAPITRE 11

CHAPITRE 12

CHAPITRE 13

LE FINANCEMENT DE L'ENTREPRISE

Le financement par fonds propres

Le financement par compte courant

Le financement par le crédit

Le financement par la mobilisation de créances

Les nouveaux instruments de financement

Le financement est le problème numéro un des entreprises. Les modes de financement, binaires à l'origine (on opposait classiquement fonds propres et emprunt), se sont diversifiés sous l'impulsion de la pratique, amenée à rechercher le meilleur compromis entre les besoins des entreprises et les aspirations des investisseurs. Non seulement les catégories traditionnelles se sont enrichies (actions, obligation), mais de nouveaux instruments sont récemment apparus.

Le financement par fonds propres

SECTION 1	Les titres représentatifs de fonds propres
SECTION 2	Les opérations sur capital social
SECTION 3	L'ouverture aux marchés : offre au public et cotation des titres financiers
FICHES • APPLICATIONS	

Définition. Les capitaux propres (ou fonds propres, *equity capital* en anglais) correspondent aux ressources stables de l'entreprise. Ils sont composés du capital social, des réserves, du report à nouveau et du résultat de l'exercice.

L'origine de ces fonds est essentiellement de deux ordres :

Origine externe : les apports en capital réalisés par les actionnaires notamment lors de la constitution de la société mais aussi à la suite d'augmentation ou de réduction de capital au cours de la vie de l'entreprise.

Origine interne : les bénéfices et les pertes accumulées de l'entreprise depuis son origine sous déduction des bénéfices distribués – les dividendes.

L'ensemble de ces fonds correspond à la situation nette de l'entreprise.

On s'intéressera successivement aux titres représentatifs de fonds propres, aux opérations sur le capital social (augmentation, réduction, amortissement) et enfin à l'appel public à l'épargne et aux sociétés cotées. Par nécessité, ce chapitre ne traitera de la question que sous l'angle des sociétés par actions et spécifiquement de la SA.

SECTION 1

LES TITRES REPRÉSENTATIFS DE FONDS PROPRES

Dettes ou capitaux propres ? Le financement par émission de titres représentatifs de fonds propres est-il une panacée ? Même si, dans l'esprit commun, le capital, synonyme d'autonomie, vaut toujours mieux que la dette, synonyme de dépendance, la question mérite d'être posée.

Le financement par fonds propres peut parfois être plus coûteux que la dette, surtout si les actionnaires recherchent une forte rentabilité, parfois au détriment de l'intérêt social et de celui des acteurs de l'entreprise.

Le financement par fonds propres remet en cause l'équilibre des pouvoirs au sein de la société. Puisque, dans le catéchisme du droit des sociétés, une action = une voix, faire entrer du capital depuis l'extérieur, c'est prendre le risque de bouleverser la gouvernance de la société.

Évolution. Les fonds propres sont classiquement représentés par les actions, droits sociaux « ordinaires » ; depuis près de 30 ans se sont développées, en marge de ce modèle, des formules plus souples, permettant à chaque acteur, sociétés en recherche de financement et investisseurs en recherche de rentabilité, de répondre à ses besoins.

1. Les actions ordinaires

1.1 Définition des actions ordinaires

Définition. Les actions occupent une place importante au sein des titres financiers. Ces derniers sont définis comme des titres émis par des personnes morales publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie, et donnent accès directement ou indirectement, soit à une quotité du capital de la personne morale émettrice, soit à un droit de créance général sur son patrimoine.

Les actions se rangent dans la catégorie des titres donnant accès à une quotité du capital de l'émetteur ; ce sont des droits d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil, contenant notamment l'obligation de participer aux pertes, différence majeure avec les droits de créance.

L'action est le droit d'associé dans une société par actions, qui donne des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux. C'est en même temps le titre négociable qui constate ce droit, c'est-à-dire l'inscription en compte sur les registres de la société émettrice ou dans un établissement agréé.

Diversité. Les actions ne constituent pas une catégorie juridique uniforme, loin s'en faut. Dès le milieu des années 70, le législateur, soucieux de renforcer les fonds propres des entreprises, sans pour autant remettre en cause l'équilibre des pouvoirs, a développé des catégories de titres modulant les prérogatives pécuniaires et non pécuniaires : actions à dividende prioritaire sans droit de vote, actions dites de priorité, certificats d'investissement et de droit de vote...

L'ordonnance du 24 juin 2004 a remis de l'ordre dans ce droit devenu complexe : le Code de commerce distingue aujourd'hui les actions ordinaires et les actions de préférence.

Nous rappelons :

- que les actions ne sont pas obligatoirement des titres cotés puisque certaines sociétés par actions ne font pas ou ne peuvent pas faire offre au public ;
- que peuvent en émettre toutes les sociétés par actions, c'est-à-dire les SA, les SAS, les sociétés en commandite par actions (SCA).

LA NOUVELLE TERMINOLOGIE DU DROIT FINANCIER

Sous l'impulsion du droit européen, le législateur français a adopté un certain nombre de nouvelles appellations, qui, si elles ne changent pas la substance du droit applicable, obligent à préciser le sens de certaines expressions, jusque-là inconnues du droit positif.

- la notion de valeurs mobilières a disparu depuis l'ordonnance du 8 janvier 2009, remplacée par celle de titres financiers. Le nouvel article L. 211-1 du Code monétaire et financier dispose que la catégorie des instruments financiers se compose des titres financiers et des contrats financiers. Les titres financiers sont soit des titres de capital par les sociétés par actions, soit des titres de créance, soit des parts ou actions émis d'organismes de placement collectif ;

– la notion d'appel public à l'épargne a elle aussi disparu depuis l'ordonnance du 22 janvier 2009. Cette notion était définie par l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier par l'une des opérations suivantes :

- soit l'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché réglementé,
- soit l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement.

Le nouvel article L. 411-1 du CMF crée la notion d'offre au public définie par l'une des opérations suivantes :

- une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers ;
- un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers.

Parallèlement, l'admission de titres financiers aux négociations sur un marché réglementé (cotation d'actions) continue de jouer un rôle pour l'application de certaines règles.

En définitive, ce sont deux notions qui en ont remplacé une seule. Dans la mesure où, le plus souvent, en pratique, les sociétés qui font offre au public sont également cotées sur un marché réglementé, il est possible de les désigner comme étant des sociétés « ouvertes aux marchés », expression plus évocatrice que l'appel public à l'épargne.

1.2 Les droits conférés par les actions

Droits et obligations. Les actionnaires ont des droits, mais on évoque rarement leurs obligations ; il est vrai qu'ils en ont peu en comparaison des droits. L'obligation essentielle est probablement celle d'effectuer l'apport, laquelle peut être sanctionnée par la vente des titres non libérés, équivalant à une exclusion. La contribution aux pertes se manifeste dans les sociétés à responsabilité limitée par la perte de l'apport initial, et n'implique donc aucune obligation « *positive* » de leur part.

Il est possible de classer ces droits entre les prérogatives dites pécuniaires, c'est-à-dire évaluables en argent, et les droits non pécuniaires (appelés encore extra-patrimoniaux ou politiques). Parfois la distinction sera malaisée. L'optique choisie ci-après est plus énumérative qu'académique.

a) Le droit de participation et le droit de vote conféré par les actions

■ Droit de participation

Droit fondamental. Le droit de participation est fondamental ; il est posé un texte du Code civil, applicable à toutes les sociétés :

Article 1844 Code civil. Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.

Dans les SA, le droit de participer aux AGE a toujours été inconditionnel. Toutefois, la loi du 24 juillet 1966 (aujourd'hui codifiée dans le Code de commerce) prévoyait que les statuts

pouvaient stipuler un nombre minimum d'actions pour participer aux AGO. Ce nombre ne pouvait être supérieur à 10 actions. Cette restriction a été supprimée par la loi NRE du 15 mai 2001 et par conséquent tout associé peut voter aux AG quel que soit le nombre d'actions qu'il possède.

Le droit de participation peut être refusé aux porteurs d'actions non libérées.

Démembrement. En cas de démembrement de propriété la jurisprudence a affirmé que nonobstant toute clause contraire dans les statuts, le nu-propriétaire ne pouvait être privé de son droit de participer aux assemblées. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises depuis.

Participer aux décisions collectives sans voter est concevable mais un peu singulier : cela suppose au minimum que l'actionnaire soit convoqué aux assemblées, puisse y assister, poser des questions, recevoir l'information mise à sa disposition.

LE CARACTÈRE FONDAMENTAL DU DROIT DE PARTICIPATION

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en 1989, M. Michel X... a consenti à ses enfants, dont M. Olivier X..., une donation-partage avec réserve d'usufruit portant sur les parts de la société civile Plastholding ; que les statuts de cette société stipulaient que le droit de vote appartenait à l'usufruitier pour les décisions ordinaires et extraordinaires et précisait que dans tous les cas les nus-propriétaires étaient obligatoirement convoqués aux assemblées générales ; que par décision prise en assemblée générale extraordinaire le 6 septembre 2003, les associés de la société Plastholding ont approuvé un projet de fusion ayant pour objet l'absorption de cette société par la société civile Holding des Boëles, laquelle est à cette occasion devenue la société Plastholding ; que M. Olivier X..., soutenant que la stipulation statutaire réservant le droit de vote à l'usufruitier était illicite, a demandé l'annulation des délibérations prises lors de l'assemblée ;

Sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1844 du code civil ;

Attendu que pour dire que la clause des statuts réservant le droit de vote à l'usufruitier est illicite et annuler les délibérations adoptées grâce au vote de celui-ci, l'arrêt retient que cette clause méconnaît les prérogatives essentielles découlant de la propriété et de l'usufruit en ce qu'elle permet à l'usufruitier de porter atteinte à la substance de la chose sur laquelle porte l'usufruit ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle, si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, dès lors qu'ils ne dérogent pas au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 19 février 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen, autrement composée.

Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt Plastholding, 2 décembre 2008

Commentaire : *Cet arrêt, rendu dans une hypothèse où les parts sociales étaient démembrées entre un usufruitier et un nu-propiétaire, valide la clause statutaire attribuant l'intégralité du droit de vote à l'usufruitier (et lui permettant de décider seul d'une fusion absorption de la société) à la condition que le droit de participation du nu-propiétaire soit maintenu.*

■ **Droit de vote**

Voter est un droit fondamental qui ne peut être supprimé que par la loi, ou encore les statuts si la loi les y autorise.

Modulations du droit de vote. Le droit de vote peut être exceptionnellement supprimé dans les cas prévus par la loi : actions dites aujourd'hui de préférence (actions à dividende prioritaire sans droit de vote anciennement), actions non libérées, actions des dirigeants d'une société mise en redressement ou liquidation judiciaire, préalablement à une procédure d'exclusion dans une SAS, en cas de non-respect de certaines déclarations de franchissement de seuils, ou de la réglementation sur les offres publiques... Ponctuellement, le droit de vote peut être supprimé en cas de conflit d'intérêt entre la société et l'un de ses dirigeants ou associé (vote sur les conventions réglementées).

Les clauses relatives à la suppression du droit de vote sont nulles. Ce droit est un droit essentiel pour l'associé.

Enfin, le droit de vote peut être réduit ou augmenté dans le cadre des actions dites de préférence (voir *infra*).

Exercice du droit de vote dans des cas particuliers

• **En cas d'indivision des actions** (à la suite d'un divorce ou d'un décès). Deux éléments de solution :

- l'indivision n'ayant pas la personnalité juridique, elle ne peut être considérée comme associée de la société. On considère donc que chaque indivisaire a la qualité d'actionnaire ;
- mais pour l'exercice des droits tels par exemple que le droit de vote, il en va différemment. Les indivisaires doivent désigner d'un commun accord un mandataire unique qui les représentera et exercera le droit de vote en leur nom. Les bénéfices, quant à eux, seront perçus par le mandataire unique puis répartis au sein de l'indivision.

• **En cas de démembrement de la propriété des actions.** L'accord se fait généralement sur le point que l'usufruitier n'est pas associé, cette qualité appartenant exclusivement au nu-propiétaire (il existe des opinions différentes). Au plan pratique :

- la société ne reconnaît comme associé que le nu-propiétaire ;
- l'usufruitier aura droit aux bénéfices.

Mais la situation n'est pas aussi simple : l'article 1844 du Code civil (L. 225-110 du Code de commerce dans les SA) énonce que sauf clauses contraires dans les statuts, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, sauf pour les décisions relatives à la répartition des bénéfices où il est exercé par l'usufruitier.

Le droit de vote peut donc être aménagé par les statuts. On peut ainsi prévoir :

- que l'usufruitier et le nu-propiétaire se mettront d'accord avant l'AG sur l'exercice du droit de vote par un mandataire commun, qui peut être l'un ou l'autre ;

- que l'usufruitier vote aux AGO, c'est-à-dire en général celles qui répartissent les bénéfices, et que le nu-propriétaire vote aux AGE, solution reprenant le schéma légal de l'article L. 225-110 du Code de commerce.

b) Le droit d'information

En **permanence**, tout actionnaire a le droit de consulter au siège social de la société : les comptes annuels des trois derniers exercices, la liste des dirigeants, les rapports de gestion des organes sociaux établis lors des 3 derniers exercices, les procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées. Dans les sociétés cotées, il est en outre nécessaire de tenir à disposition des actionnaires toute information susceptible d'avoir une influence sur le cours de bourse.

Préalablement à la tenue d'une AGO, le droit d'information des actionnaires est renforcé : il peut consulter sur place les comptes annuels, le rapport du conseil et du commissaire aux comptes, les projets de résolution, les notices relatives aux candidats aux fonctions d'administrateur, la liste des actionnaires.

Il peut en outre solliciter : le montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, la liste des actions de parrainage et de mécénat et les sommes versées à ce titre. Pour les sociétés cotées, obligation en outre de publier au BALO (Bulletin des annonces légales obligatoires) les comptes et le projet d'affectation des résultats ; les sociétés cotées doivent en outre chaque semestre et trimestre publier des informations concernant leurs résultats (rapport d'activité semestriel et CA trimestriel).

L'information comptable et financière est détaillée dans un tableau chapitre 6.

c) Droit d'agir en justice

La qualité d'actionnaire conditionne le plus souvent celle pour agir en justice. Même si l'on s'interroge sur la capacité à agir d'une personne ayant cédé ses actions, il est clair qu'un tiers n'est pas fondé à agir en justice au même titre qu'un actionnaire.

Certaines actions ne nécessitent aucun quantum du capital social : c'est le cas pour l'action en responsabilité contre les dirigeants menée à titre individuel ou encore au nom de la société ; c'est également le cas pour les actions en nullité contre des délibérations de la société.

D'autres actions en justice ne sont accessibles qu'à partir d'un certain seuil : ainsi la demande de nomination d'un expert de gestion nécessite la réunion d'un vingtième du capital social.

d) Les droits financiers : dividendes, réserves et boni de liquidation

■ Droit aux dividendes

Principes. Concernant le droit aux dividendes et de manière schématique :

- on ne peut distribuer que des bénéfices réalisés et disponibles, sinon est constitué le délit de distribution de dividendes fictifs. On peut piocher, si les dividendes de l'exercice sont insuffisants, dans les réserves des années précédentes, mais uniquement dans les réserves facultatives. La réserve légale, se montant à 5 % du bénéfice de l'année plafonnée à 10 % du capital social, et la réserve statutaire (rare) sont indisponibles. Il n'y a donc formellement de « droit » aux dividendes que s'il se trouve un bénéfice distribuable que l'AG décide de distribuer ;
- la distribution est ensuite librement décidée par les associés. En principe c'est l'AGO qui décide de la distribution. Mais fréquemment les statuts prévoient l'attribution d'un dividende majoré pour récompenser les actionnaires fidèles. Ils peuvent aussi prévoir ce

que l'on nomme un premier dividende, c'est-à-dire un dividende à taux fixe versé à chaque actionnaire dès lors qu'existe un bénéfice distribuable. Ne pas confondre le premier dividende statutaire avec la clause d'intérêt fixe, prohibée, qui prévoit le versement d'un intérêt même en l'absence de bénéfice distribuable.

L'AG vote parfois en sus de ce premier dividende un superdividende, qui est le complément du premier dividende ;

- le versement du dividende se fait dans les 9 mois de la clôture de l'exercice, l'AG devant se tenir dans les 6 mois de cette même clôture. Pour un exercice clos au 31 décembre, l'AG se tiendra au plus tard à la fin du mois de juin, et le dividende sera versé au 30 septembre au plus tard.

LES DÉFUNTES ACTIONS À DIVIDENDE PRIORITAIRE SANS DROIT DE VOTE (ADPSDV)

Il s'agit là d'une création de la loi du 13 juillet 1978, loi relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, sur le modèle anglo-saxon des « *no-voting shares* ». La loi nouvelle consacrait la distinction de fait entre les bailleurs de fonds les « *contrôlares* » et convenait aussi bien aux petites sociétés qu'à celles de taille plus importante.

- les petites sociétés peuvent avoir intérêt à lever capitaux sans modifier l'équilibre des pouvoirs en leur sein ;
- les petits épargnants sont plus souvent en quête d'une rémunération substantielle que d'un pouvoir dans la société.

La création ou l'émission d'ADPSDV n'était accessible qu'aux sociétés ayant réalisé un bénéfice distribuable au cours des deux derniers exercices et si cela avait été prévu par les statuts. Les ADPSDV pouvaient naître par émission au moment d'une augmentation de capital, ou encore par conversion d'actions ordinaires. Une fois créées, elles pouvaient être converties en actions ordinaires.

Deux restrictions affectaient les ADPSDV :

- elles ne pouvaient représenter (une fois émises) plus du quart du capital social, ce qui limitait leur effet dans la lutte contre les OPA ;
- elles ne pouvaient pas être aux mains des dirigeants sociaux, ni de leur proche famille : un dirigeant doit en effet pouvoir voter ; de plus on considère qu'un dirigeant ne peut être admis à bénéficier à la fois de pouvoirs importants liés à sa fonction et de gains financiers extraordinaires liés aux titres détenus.

Sur le plan des droits conférés par les ADPSDV, le principe était simple, elles bénéficiaient de tous les droits reconnus aux autres actionnaires, certains étant augmentés dans leur *quantum*, mais pas du droit de voter, ni de participer aux assemblées d'actionnaires.

Plus précisément :

- Au plan des droits pécuniaires, les porteurs d'ADPSDV avaient droit à un premier dividende affecté d'un double plancher : il ne pouvait être inférieur ni au montant fixé par les statuts, ni à 7,5 % du montant libéré des ADP.

Le droit au superdividende était dû comme aux autres actionnaires mais à la condition qu'un dividende statutaire ou un dividende de 5 % ait pu être versé aux autres actionnaires. Cela signifiait que, si le premier dividende versé aux

porteurs d'ADPSDV pouvait conduire à priver les autres actionnaires de leurs droits, le superdividende était, lui, réparti également.

- Au plan des droits « politiques », les porteurs d'ADP étaient considérés différemment des autres actionnaires. Ils bénéficiaient du même droit à l'information, des mêmes possibilités d'action en justice notamment en vue de demander la nomination d'un expert de gestion. En revanche, le droit de vote et de participation aux AG, ordinaires comme extraordinaires était supprimé, ou plutôt suspendu : en effet, le non-versement du dividende prioritaire pendant plus de 3 années consécutives entraînait une renaissance du droit de vote jusqu'à paiement de toutes les sommes dues. C'était là une épée de Damoclès sur la tête des dirigeants sociaux.

La création d'ADPSDV est interdite depuis l'ordonnance du 24 juin 2004 mais celles émises antérieurement demeurent en circulation. En pratique, les actions de préférence permettent de créer des titres de même nature au sein d'un cadre plus souple.

Modalités. Le versement peut se faire soit en espèces, soit en nature (distribution de vin, de valeurs mobilières détenues par la société), ou bien en actions.

La distribution du dividende en action opère alors une augmentation du capital, ce qui est de l'intérêt de la société puisque ses fonds propres sont renforcés. L'actionnaire peut y avoir intérêt si la société est prospère.

Enfin, la société peut verser un acompte sur dividende à condition qu'un bilan intermédiaire certifié par le commissaire aux comptes soit établi en cours d'exercice, qu'un bénéfice existe et que le dividende n'excède pas ce bénéfice (rare en pratique).

■ **Droit aux réserves**

Distinction. Il est distingué entre la réserve légale, statutaire et libre.

La première est indisponible : elle se monte à 5 % du bénéfice de l'exercice, plafonnée à 10 % du capital social ; le caractère statutaire de la deuxième la rend très contraignante puisqu'il n'est pas possible d'y déroger sauf à modifier les statuts.

La réserve libre est en revanche très souple et c'est contre cette dernière que luttent souvent les actionnaires minoritaires (abus de majorité).

Les réserves disponibles peuvent être distribuées en cours de vie sociale (réserve libre seulement) ou à la dissolution de la société (réserves statutaire et légale comprises). Elles peuvent également être intégrées au capital social.

Le droit des actionnaires existants sur les réserves justifie que les nouveaux entrants paient une prime d'émission lors de l'augmentation du capital social.

■ **Droit au boni de liquidation**

Le boni de liquidation est ce qu'il reste quand le passif est payé, et les apports remboursés. Il se répartit au *prorata* de la participation détenue.

e) **Le droit préférentiel de souscription (DPS)**

Définition. C'est le droit de souscrire à une augmentation de capital par préférence à des tiers, et en proportion de la participation initialement détenue dans le capital social.

EXEMPLE 1

Vous avez 10 % du capital social ; la société émet 100 actions nouvelles, vous pouvez en souscrire 10. Le DPS a une fonction égalitaire ; il évite la dilution de la participation de chacun dans le capital ; sans lui, l'équilibre des pouvoirs serait bouleversé à chaque augmentation de capital.

EXEMPLE 2

SA avec 10 actionnaires ayant chacun 1/10 du capital.

Capital = 1 million d'euros. Si on double le capital, qui passe ainsi à 2 millions d'euros et que :

- le DPS n'existe pas : le droit de chacun tomberait à 1/20. L'actionnaire entrant aurait d'emblée 50 % du capital social ;
- le DPS est réservé à un associé parmi les 10. Il deviendrait majoritaire avec 55 % du capital et les 9 autres deviendraient minoritaires avec 45 % (soit $9 \times 5 \%$).

Renvoi. Le DPS sera étudié en détail ci-après à propos des augmentations du capital social (voir *infra*, section 2).

f) Le droit de céder ses actions

Diversité. Le droit des sociétés n'est pas uniforme de ce point de vue. Il impose de distinguer suivant la forme sociale et la cotation des actions.

SAS. Dans les SAS (dont les titres ne peuvent pas être cotés en raison de l'interdiction de faire appel public à l'épargne), eu égard à la liberté statutaire qui y règne, le droit de céder les actions connaît des limites importantes :

- des clauses d'inaliénabilité peuvent être stipulées à condition de ne pas imposer une inaliénabilité supérieure à 10 années. L'objectif est de permettre une stabilité de l'actionnariat et de s'assurer de la pérennité du contrôle. Cela permet aux SAS de constituer un instrument adapté aux structures de *holding* et plus généralement dans les groupes de sociétés ;
- un autre texte applicable aux SAS prévoit que les statuts peuvent soumettre à l'agrément toutes les cessions d'actions.

SA non cotées. Dans les SA non cotées, les clauses d'agrément sont licites mais de portée plus limitée puisqu'elles ne peuvent jouer en cas de liquidation de communauté, de succession, ni en cas de cession à ascendant, descendant ou conjoint. En revanche, alors que la jurisprudence avait prohibé de longue date le jeu des clauses d'agrément entre actionnaires, la réforme issue de l'ordonnance du 24 juin 2004 a levé cette barrière (L. 228-23 Code de commerce).

Les clauses de préemption sont également valables dans ces sociétés. Elles prévoient que préalablement à toute cession, l'actionnaire est tenu de proposer ses titres aux autres associés.

SA cotées. Dans les SA cotées, les clauses restreignant la libre négociabilité (inaliénabilité, agrément, préemption) sont prohibées. Toutefois, les actionnaires restent libres de stipuler des pactes extra-statutaires dont la portée se limite aux signataires.

2. Les certificats d'investissement

Suppression. Les certificats d'investissement (CI) appartiennent au passé depuis l'ordonnance du 24 juin 2004.

Cette formule procédait d'un véritable démembrement de l'action en deux « titres » distincts : le certificat d'investissement ou CI représentant les droits pécuniaires, et les

certificats de droit de vote, CDV, représentant les droits non pécuniaires. Cette formule avait été créée par la loi du 3 janvier 1983 afin de permettre aux sociétés du secteur public, nouvellement nationalisées, d'être financées par des capitaux privés, tout en restant, du point de vue de leur contrôle, aux mains de l'État.

- **Le CI** représentait les droits pécuniaires : dividende, réserves et boni de liquidation, mais leur quantum était limité à un quart du capital social. Ils étaient créés à l'occasion d'une augmentation de capital (un CI était émis en même temps qu'un CDV) ou par « scission » d'une action existante. Les CI étaient négociables, inscrits en compte et pouvaient être cotés en bourse.

- **Le CDV** représentait le droit de vote. À un CI correspondait nécessairement un CDV. Ils n'étaient pas négociables et ne pouvaient être cédés qu'avec un CI (ce qui valait reconstitution de l'action), ou à un porteur de CI (même effet : reconstitution de l'action).

Désuétude. En dépit de son ingéniosité, la formule CI/CDV restait lourde et contraignante, ce qui explique probablement son succès très relatif... Ainsi tout d'abord, le porteur d'un CI se voyait privé de tout contrôle sur la société alors que ses droits pécuniaires ne sont pas augmentés pour autant, ce qui explique que certaines sociétés aient émis des CI privilégiés (CIP). Ensuite, sur le marché boursier, on notait un très net manque de liquidité des CI dont la cotation était le plus souvent très inférieure à celle de l'action.

Les certificats d'investissement émis en vertu d'une décision d'AG antérieure à l'entrée en vigueur du texte du 24 juin 2004 ne sont pas supprimés, ni convertis. Ils demeurent sous le vocable « catégorie de titres en voie d'extinction », mais passé cette date, il ne peut plus en être créé.

Toutefois, les certificats d'investissement, supprimés pour l'avenir, pourront ressusciter par le biais de la création d'actions de préférence dénuées de droit de vote (voir *infra*).

3. Les actions de préférence

Nouveauté. Le législateur, animé par le souci de renforcer les fonds propres des entreprises, sans pour autant remettre en cause l'équilibre des pouvoirs, a développé des catégories de titres modulant les prérogatives pécuniaires et non pécuniaires : actions à dividende prioritaire sans droit de vote, actions dites de priorité, certificats d'investissement et de droit de vote (voir *supra*)...

Modulation. Ces titres répondent clairement à la demande des acteurs du monde financier, à savoir, pour certains, disposer d'un produit à fort revenu sans exercer de pouvoir de nature politique dans la société, pour d'autres, exercer un pouvoir plus important sans contrepartie financière équivalente.

Ces titres dérogent donc très nettement à la proportionnalité entre les droits politiques et financiers, en vertu duquel 10 % du capital confère une vocation à 10 % des dividendes, et octroie 10 % des droits de vote.

Définition. Les actions de préférence sont définies par l'article L. 228-11 du Code de commerce :

Article L. 228-11 du Code de commerce. Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts (...).

Le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé.

Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social.

Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée.

POURQUOI LES ACTIONS DE PRÉFÉRENCE ?

En premier lieu, il faut remarquer que les formules d'aménagement et de modulation des droits attachés aux actions comme CI/CDV, actions à dividende prioritaire sans droit de vote, actions de priorité présentaient une lourdeur procédurale et un manque de liquidité important.

Mais surtout, le libéralisme anglo-saxon l'a emporté ; il a du capital social une conception bien moins rigide que la nôtre. Le mécanisme des actions de préférence présente des atouts considérables pour les sociétés de capital risque, qui prennent en général une participation minoritaire dans la société mais souhaitent bénéficier de droits particuliers, notamment au niveau de l'information, des sièges dans les organes de direction, etc. Les droits particuliers conférés par les actions de préférence vont permettre de contrebalancer la position minoritaire de certains associés. C'est d'une manière, une nouvelle forme de contrôle qui peut en naître.

Voici quelques éléments du régime juridique des actions de préférence.

Émetteurs d'actions de préférence. Toutes les sociétés par actions peuvent en émettre, c'est-à-dire les SA, SCA et SAS.

Quantum des titres. L'article L. 228-11 dispose que la proportion des actions de préférence sans droit de vote ne peut excéder la moitié du capital social, sauf dans les sociétés cotées sur un marché réglementé, où cette proportion est limitée au quart. Cette proportion appelle trois remarques : tout d'abord, elle est dans la logique du droit antérieur puisque les actions à dividende prioritaire étaient limitées au quart également ; ensuite, l'ordonnance prévoit une proportion de moitié dans les sociétés non cotées sur un marché réglementé, ce qui est quantitativement très important... ; enfin, a contrario, le texte signifie que le capital d'une société peut être entièrement composé d'actions de préférence, à condition que la moitié ou les trois quarts continue d'ouvrir droit de vote.

Droits conférés par les actions de préférence. C'est la souplesse qui prédomine ici. Le texte semble autoriser :

- une **augmentation de droits** : il pourra tout d'abord s'agir d'une augmentation des droits pécuniaires, sans que la loi n'enferme le bonus attribué dans une quelconque limite. Il pourrait également s'agir de droits pécuniaires augmentés « hors dividende » : boni de liquidation, droit sur les réserves, droit à des prestations ou à des éléments d'actif de la société, voire même des garanties ou prêts consentis par la société. L'augmentation des droits non pécuniaires peut également être envisagée : droit de vote double, droit d'information privilégié, sièges dans les organes sociaux (ces deux dernières prérogatives pourront être intéressantes pour les sociétés de capital-risque), dispense d'agrément ou de préemption... ;
- une **réduction de droits** peut également être envisagée.

La réduction de droits, hors droit de vote ci-après, pourra concerner les droits pécuniaires : clause de subordination du dividende ou du remboursement du nominal par exemple ; obligations particulières liées à la cession des droits : agrément, préemption, voire inaliénabilité. Sur ce dernier point, le doute est permis puisque l'inaliénabilité est une exception rarement admise à la liberté de céder.

Droit de vote. Sur le droit de vote *stricto sensu*, le texte est plus explicite et évoque son aménagement pour un délai déterminé ou déterminable, sa suspension pour une durée déterminée ou déterminable ou encore sa suppression. On peut concevoir que l'aménagement du droit de vote consiste en la possibilité de prendre part uniquement à certaines assemblées de la société.

En revanche, la suppression totale et permanente paraît possible, ce qui assurément constitue une révolution : en effet, rien dans le dispositif antérieur ne permettait cela.

Durée des droits réduits ou augmentés. Le texte de l'article L. 228-11 prévoit que les droits particuliers de toute nature sont attribués à titre temporaire ou permanent, ce qui laisse à la société une très grande latitude. Il est ainsi possible d'attirer des fonds propres par une forte rémunération sur une période courte, puis de les réduire. Tout au plus peut-on penser que les droits attribués devront l'être pour une durée déterminée ou déterminable. L'une des questions est toutefois de savoir si la catégorie d'actions de préférence survit ou non à la disparition de ces droits.

Exercice des droits. Les droits particuliers mentionnés à l'article L. 228-11 peuvent être exercés dans la société mère de l'émettrice, ou au contraire dans une filiale de celle-ci.

RÉSUMÉ DES FORMULES DE MODULATION DE DROITS AUTORISÉES DANS LE CADRE DE L'ÉMISSION D' ACTIONS DE PRÉFÉRENCE			
Droit concerné	Augmentation	Réduction	Autre forme de modulation
Dividende	Oui (sauf clause léonine)	Oui (sauf clause léonine)	Dividende prioritaire Dividende subordonné
Apport	Remboursement supérieur	Remboursement inférieur	Remboursement anticipé (amortissement)
Réserve	Oui	Oui	Distribution prioritaire
Boni de liquidation	Oui	Oui	
Actif	Droit à des éléments d'actif prélevés		
Droit préférentiel de souscription	Oui	Oui	Suppression
Droit de vote	Double dans SA Multiple dans SAS	Oui mais pas de suppression du droit de participation	Suppression (maximum 1/2 dans société non cotées, 1/4 sociétés cotées). Pas de suppression droit de participation. Suspension temporaire. Aménagement (vote AGO pas AGE ou inverse).



RÉSUMÉ DES FORMULES DE MODULATION DE DROITS AUTORISÉES DANS LE CADRE DE L'ÉMISSION D' ACTIONS DE PRÉFÉRENCE			
Droit concerné	Augmentation	Réduction	Autre forme de modulation
Droit d'information	Oui	Non	Fréquence renforcée Modalités d'accès à l'information différentes.
Éligibilité aux fonctions sociales			Nombre de sièges garantis au CA

4. Les quasi-fonds propres

Renvoi. Certains titres constituent des quasi-fonds propres. Il s'agit le plus souvent de créances offrant un potentiel de transformation en fonds propres. Le titre de créance peut devenir un titre de capital après son émission, par le biais d'un mécanisme de conversion ou de remboursement (exemple : obligations convertibles en actions). Cette potentialité de transformation justifie l'assimilation à des fonds propres dès le départ : on anticipe ainsi sur l'état futur. L'entreprise émettrice apparaîtra alors comme moins endettée tout en bénéficiant d'une réserve de fonds propres.

De même, certains titres de créance offrent un tel aléa (durée d'emprunt, rang de remboursement...) qu'ils sont assimilés à des ressources permanentes de la société. C'est le cas notamment des titres subordonnés.

Ces quasi-fonds propres font l'objet d'une étude plus approfondie dans le cadre du chapitre 13, Les nouveaux instruments de financement.

SECTION 2

LES OPÉRATIONS SUR CAPITAL SOCIAL

Mode essentiel de financement, le capital social doit pouvoir évoluer au gré des besoins de la société ou de ses difficultés.

Trois opérations sur le capital social seront détaillées, opérations d'inégale importance : l'augmentation, la réduction et l'amortissement. Toutes les sociétés peuvent augmenter, réduire ou amortir leur capital social ; néanmoins, compte tenu des thèmes abordés dans ce chapitre ; les développements suivants ne s'intéressent qu'aux SA.

1. Augmentation du capital social

Réforme. La réglementation des augmentations de capital est restée inchangée pendant plusieurs décennies. La réforme principale fut réalisée par l'ordonnance du 24 juin 2004, texte visant à faciliter les augmentations de capital d'un point de vue procédural (libéralisation des procédés de délégation aux organes de gestion) et à inciter l'entrée d'investisseurs extérieurs dans le capital de la société (assouplissement des conditions de suppression du droit préférentiel de souscription).

On décrira les mécanismes généraux puis les différentes modalités de l'augmentation.

1.1 Mécanismes communs d'augmentation de capital

a) Schémas

Diversité. L'augmentation de capital peut se réaliser par différents moyens (source) et peut également se matérialiser de différentes manières (modalités).

Ces différentes combinaisons sont expliquées dans le tableau ci-après :

Source	Modalités	
	Émission d'actions nouvelles	Augmentation du nominal des actions existantes
Apports en numéraire	Oui	Rare car suppose l'accord de tous les actionnaires (tous participent à l'augmentation/le nominal de toutes les actions augmente)
Apports en nature	Oui	Rare – même raison ci-dessus
Incorporation de ressources propres : réserves, bénéfices...	Oui	Oui – Fréquent
Conversion ou remboursement de titres de créance	Oui	Non car suppose détention préalable d'actions
Exercice d'options donnant accès au capital (BSA, stock-options)	Oui	Non car suppose détention préalable d'actions

On retiendra qu'en principe une augmentation de capital se matérialise par une émission d'actions nouvelles sauf dans le cas où elle est réalisée par incorporation de ressources propres de type réserves, bénéfices..., où elle peut prendre la forme d'une augmentation du nominal des actions.

EXEMPLE

Une SA compte 10 associés détenant chacun 10 % du capital se montant à 100 000 €. Ce capital est divisé en 10 000 actions de 10 €. Il est décidé une augmentation de capital par incorporation de 30 000 € de réserves libres. La SA peut :

- soit émettre 3 000 actions nouvelles distribuées à raison de 300 par actionnaire. Une fois l'opération terminée, le capital sera de 130 000 € ; chaque actionnaire possédera 1 300 actions de 10 € ;
- soit augmenter le montant nominal des actions à 13 €. Chaque actionnaire possédera alors 1 000 actions de 13 €. Le capital sera toujours de 130 000 €.

b) Compétence

AGE. L'augmentation de capital est une décision importante qui revient à l'AGE, laquelle peut procéder à des délégations au profit du CA ou du directoire.

L'augmentation de capital doit être réalisée dans un délai de 5 années à compter de la décision de l'AGE.

Procédure. L'assemblée statue sur la base d'un rapport présenté par le CA ou de directoire indiquant notamment les motifs de l'augmentation, la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours, le montant maximal de l'opération.

D'autres rapports à l'AGE peuvent se greffer sur celui mentionné, notamment un rapport spécial du CAC si le droit préférentiel de souscription est supprimé.

Les conditions de quorum et de majorité sont les suivantes :

	Augmentation par apports nouveaux	Augmentation par incorporation de ressources propres
Quorum	1/4 sur première convocation 1/5 sur deuxième convocation	1/4 sur première convocation Pas de quorum sur deuxième convocation
Majorité	2/3 des actionnaires présents ou représentés	Majorité simple

Délégations. Deux types de délégations peuvent être mis en place par l'AGE au profit du CA ou du directoire :

- une délégation de pouvoirs « classique » portant sur les modalités de l'émission de titres. Cette délégation porte non seulement sur la nature des titres émis (actions ordinaires, actions de préférence...) mais également sur l'ensemble des modalités pratiques de l'opération ;

Article L. 225-129-1 Code de commerce. Lorsque l'assemblée générale extraordinaire décide l'augmentation de capital, elle peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres.

- une délégation de compétence plus large, permettant au délégataire de décider non seulement de l'opportunité de l'augmentation mais également de son montant, de son fractionnement, et bien entendu de ses modalités pratiques. La délégation de compétence est simplement encadrée dans le temps et par un plafond global d'augmentation.

Article L. 225-129-2 Code de commerce. Lorsque l'assemblée générale extraordinaire délègue au conseil d'administration ou au directoire sa compétence pour décider de l'augmentation de capital, elle fixe la durée, qui ne peut excéder vingt-six mois, durant laquelle cette délégation peut être utilisée et le plafond global de cette augmentation (...).

Subdélégations. Des subdélégations peuvent être mises en place dans les sociétés cotées au profit du DG, du DGD ou du président ou d'un membre du directoire :

Article L. 225-129-4 Code de commerce

Dans les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé :

- a) le conseil d'administration peut, dans les limites qu'il aura préalablement fixées, déléguer au directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués le pouvoir de décider la réalisation de l'émission, ainsi que celui d'y surseoir ;
- b) Le directoire peut déléguer à son président ou, en accord avec celui-ci, à l'un de ses membres le pouvoir de décider la réalisation de l'émission, ainsi que celui d'y surseoir.

Les personnes désignées rendent compte au conseil d'administration ou au directoire de l'utilisation faite de ce pouvoir dans les conditions prévues par ces derniers.

c) Prime d'émission

Problématique. Lorsque de nouveaux actionnaires entrent dans le capital à la faveur d'une augmentation de celui-ci, ils vont apporter, en numéraire ou en nature, une somme

correspondant au montant nominal des actions souscrites. Toutefois, ce seul versement est insuffisant car les actionnaires anciens bénéficient de droits sur les réserves et sur l'actif de la société. Dans un souci d'égaliser leurs droits, l'apport du nouvel entrant se scinde le plus souvent en deux parties :

- un apport en numéraire correspondant au montant nominal des actions ;
- une prime d'émission correspondant au droit sur les réserves et autres ressources propres.

EXEMPLE

Une SA au capital de 2 000 000 € divisé en 20 000 actions de 100 € augmente son capital. Or elle dispose de réserves à hauteur de 1 000 000 €. Les actionnaires existants ont donc un titre qui vaut non pas 100 € mais 150 € en raison de l'incidence des réserves (réserves qui seraient distribuées en cas de dissolution ou de liquidation de la société). Si de nouveaux actionnaires entrent dans le capital, ils vont devoir payer un droit d'entrée correspondant à ces réserves lequel porte le nom de prime d'émission. En effet, s'ils ne paient pas cette prime, les droits des anciens actionnaires vont se réduire d'autant. Au moment de l'augmentation de capital, le souscripteur paiera donc 100 € (valeur nominale de l'action) + 50 € (prime d'émission).

Modalité. La prime d'émission est surtout prévue lorsque de nouveaux actionnaires entrent dans le capital de la société. Elle doit être intégralement libérée par les souscripteurs d'actions nouvelles et peut être ensuite, sur décision du CA ou du directoire :

- soit affectée au paiement des frais de l'augmentation de capital ;
- soit distribuée aux actionnaires anciens ;
- soit intégrée au capital ce qui engendrera une distribution d'actions nouvelles aux anciens actionnaires.

1.2 Modalités d'augmentation du capital

a) Augmentation du capital par apports en numéraire

■ Conditions préalables

Deux conditions préalables sont posées par le texte ci-dessous :

Article L. 225-131 Code de commerce. Le capital doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire.

En outre, l'augmentation du capital par offre au public, réalisée moins de deux ans après la constitution d'une société selon les articles L. 225-12 à L. 225-16, doit être précédée, dans les conditions visées aux articles L. 225-8 à L. 225-10, d'une vérification de l'actif et du passif ainsi que, le cas échéant, des avantages particuliers consentis.

La première condition se comprend bien puisque la loi impose que le capital souscrit soit intégralement libéré avant de procéder à une nouvelle augmentation de celui-ci.

La deuxième condition concerne les sociétés constituées sans faire offre au public et qui, dans les deux années de leur constitution « simplifiée », décident d'augmenter leur capital par offre au public. Elles sont alors suspectées d'avoir contourné le formalisme de la constitution avec offre au public, ce qui explique que la loi impose alors une procédure particulière de vérification.

■ **Droit préférentiel de souscription**

Le droit préférentiel de souscription (DPS) vise à permettre aux actionnaires anciens de souscrire à l'augmentation de capital par préférence aux investisseurs extérieurs. Son objectif anti-dilutif ne doit toutefois pas conduire à la fermeture du capital social.

Aussi, ce droit connaît-il un régime particulier : cessibilité, possibilité de renonciation, de suppression...

Voici ses principales caractéristiques.

Proportionnalité du DPS

Le DPS est proportionnel au nombre de titres obtenu.

EXEMPLE

Une SA au capital de 250 000 € divisé en 2 500 actions de 100 €. L'actionnaire B détient 400 actions. Le capital est augmenté de 125 000 €. L'actionnaire B pourra souscrire $(400 / 2\,500) \times 1\,250 = 200$ actions.

Caractère irréductible ou réductible. Ce DPS est « irréductible » au sens où l'actionnaire peut l'exercer intégralement s'il le souhaite. L'assemblée générale peut octroyer en outre un DPS « réductible » à certains actionnaires, leur permettant de souscrire des actions non souscrites dans le cadre du DPS irréductible.

EXEMPLE

L'actionnaire B de l'exemple ci-dessus peut souscrire à titre irréductible 200 actions. S'il décide de ne pas les souscrire en totalité, la portion non souscrite pourra bénéficier à des actionnaires disposant d'un DPS à titre réductible (à titre réductible signifiant qu'ils ne sont pas certains d'obtenir la totalité des actions demandées).

Titulaires du DPS

Il appartient aux titulaires de titres de capital exclusivement : actions ordinaires, actions de préférence, certificats d'investissement... Des règles spéciales sont prévues pour des cas particuliers comme le démembrement de la propriété des actions (à qui appartient le DPS entre l'usufruitier et le nu-propriétaire ?), les actions détenues par un couple commun en biens...

Cession du DPS

Le DPS peut être cédé en totalité ou en partie par l'actionnaire qui en est titulaire, et ceci indépendamment des actions auxquelles il est attaché. La valeur du DPS dépend essentiellement de la loi du marché, même s'il existe des techniques pour le valoriser.

MÉTHODES D'ÉVALUATION DU DROIT PRÉFÉRENTIEL DE SOUSCRIPTION

Une société au capital d'1 000 000 € divisé en 100 000 titres de 10 € décide d'augmenter son capital de 100 000 actions nouvelles de même valeur nominale. La valeur réelle de la société, incluant notamment ses réserves, avant l'augmentation est de 1 500 000 €, soit une valeur mathématique de l'action de 15 €.

Après augmentation du capital, le nombre d'actions sera de 200 000 pour une valeur de la société de 2 500 000 € (1 500 000 + 1 000 000), soit une valeur mathématique de 12,5 €. La valeur du droit préférentiel de souscription est donc de $15 € - 12,5 = 2,5 €$.

Une autre méthode permet d'arriver à ce résultat : chaque actionnaire se voit offrir de souscrire une action nouvelle pour une action ancienne possédée. Un actionnaire nouveau paiera 10 € pour une action mais devra posséder un droit de souscription pour pouvoir l'acheter. L'action nouvelle valant 12,5 €, la valeur du DPS est bien de $12,5 - 10 = 2,5$ €.

Suppression du DPS

Le DPS peut dans certains cas être supprimé par l'AGE. Cette suppression vise le plus souvent à ce que des investisseurs extérieurs puissent entrer dans la société. Portant atteinte à un droit fondamental de l'associé, cette suppression est strictement encadrée par le Code de commerce :

- le principe est que l'assemblée générale extraordinaire qui décide l'augmentation du capital peut la réserver à une ou plusieurs personnes nommément désignées ou catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées. À cette fin, elle peut supprimer le droit préférentiel de souscription. L'AGE statue obligatoirement après un rapport des dirigeants et un rapport du CAC qui indiquent notamment les motifs et les incidences de la suppression envisagée ;
- par exception, dans les sociétés cotées sur un marché réglementé et qui augmentent leur capital par offre au public, le DPS peut être supprimé sans indication du nom des bénéficiaires, afin de faciliter le placement des titres auprès d'investisseurs institutionnels.

Un dérivatif à la suppression « sèche » du DPS a été introduit par la réforme de 2004 sous la forme d'un délai de priorité. Dans les sociétés dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'assemblée peut prévoir que l'augmentation de capital qu'elle décide ou autorise comporte un délai de priorité de souscription en faveur des actionnaires, dont la durée minimale est de 3 jours.

Renonciation au DPS

Enfin, chaque actionnaire peut individuellement renoncer au DPS.

Cette renonciation peut se faire au profit d'un bénéficiaire dénommé, ou sans indication de bénéficiaire. La seconde possibilité est la seule possible dans les sociétés cotées.

	Renonciation au profit de bénéficiaires dénommés	Renonciation sans indication du bénéficiaire
Actions admises aux négociations sur un marché réglementé	Impossible	Possible
Sociétés non cotées	Possible	Possible

La renonciation peut être totale ou partielle.

Elle doit être notifiée à la société.

Quand elle bénéficie à une personne dénommée, la renonciation peut être gratuite, auquel cas elle s'apparente à une libéralité, ou bien comporter une contrepartie financière, auquel cas elle peut être assimilée à une cession du DPS.

■ Réalisation de l'opération

Publicité de l'augmentation de capital

- En premier lieu, lorsque la société ne fait pas offre au public, et outre les formalités de convocation à l'AGE qui statuera sur l'augmentation de capital, la société doit adresser à tous ses actionnaires par lettre recommandée, un document comportant les informations essentielles sur l'opération envisagée : son montant, les dates de souscription et de clôture de celle-ci, les informations relatives au DPS, au montant nominal des nouvelles actions...
- Si la société fait offre au public, les mêmes informations, complétées par d'autres plus précises, sont publiées au BALO. Ces sociétés doivent en outre rédiger un prospectus très complet accompagné d'un résumé, destiné à informer le public de l'opération. Ce prospectus est visé par l'AMF, laquelle a le pouvoir de suspendre ou d'interdire l'opération si elle juge qu'elle est contraire aux dispositions légales ou réglementaires applicables.

Souscription des actions nouvelles

Les actions sont en premier lieu souscrites par les titulaires du DPS dit « irréductible » (soit par le biais d'un bulletin remis à la société, soit par le biais d'un établissement de crédit intermédiaire).

Si les souscriptions précédentes ne couvrent pas la totalité de l'augmentation, les actions sont attribuées aux actionnaires bénéficiaires d'un DPS à titre réductible. Ces actions sont alors réparties entre les titulaires des droits réductibles, dans la proportion de ces droits et dans la limite de leurs demandes.

Article L. 225-133 Code de commerce. Si l'assemblée générale (...) le décide expressément, les titres de capital non souscrits à titre irréductible sont attribués aux actionnaires qui auront souscrit un nombre de titres supérieur à celui auquel ils pouvaient souscrire à titre préférentiel, proportionnellement aux droits de souscription dont ils disposent et, en tout état de cause, dans la limite de leurs demandes.

Échec ou succès imprévu de l'opération

- Si les souscriptions ne couvrent pas la totalité de l'augmentation, les dirigeants peuvent soit la réduire dans son montant global (pas moins de 75 % du montant initialement prévu), soit attribuer les actions à des personnes de son choix, soit encore offrir au public de les souscrire.
- Dans le cas contraire où l'opération rencontre un succès inattendu, les dirigeants peuvent dans les 30 jours de la clôture des souscriptions, augmenter le nombre de titres pouvant être souscrits de 15 %.

Libération des apports

À l'instar des apports en numéraires lors de la création d'une SA, les titres souscrits dans le cadre d'une augmentation de capital doivent être libérés en numéraire pour au moins un quart de leur montant lors de la souscription. Le surplus est appelé dans les 5 années suivantes. Les fonds sont versés chez un dépositaire (banque la plupart du temps) qui remet un certificat de dépôt.

b) Augmentation du capital par apports en nature

C'est une modalité moins fréquente d'augmentation du capital.

Tous types de biens, corporels comme incorporels, peuvent faire l'objet d'un apport : fonds de commerce, branche d'activité, titres, licences, matériels, droit au bail...

En principe, les conditions de l'apport sont constatées dans un contrat d'apport qui décrit la nature des biens et surtout leur évaluation.

S'agissant d'une SA, la désignation d'un commissaire aux apports est obligatoire mais les apporteurs ne sont pas tenus de respecter son évaluation.

La décision d'augmentation revient à l'AGE qui peut déléguer cette compétence dans certains cas.

Article L 225-147 al. 6. L'assemblée générale extraordinaire d'une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé peut déléguer, pour une durée maximale de vingt-six mois, au conseil d'administration ou au directoire les pouvoirs nécessaires à l'effet de procéder à une augmentation de capital, dans la limite de 10 % de son capital social, en vue de rémunérer des apports en nature consentis à la société et constitués de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital.

L'apporteur, s'il est déjà actionnaire, ne peut pas prendre part au vote sur l'évaluation de son apport. L'assemblée a la faculté de réduire l'évaluation des apports en nature.

La libération des apports se fait intégralement lors de la souscription.

c) Autres procédés d'augmentation du capital

■ Par incorporation des réserves ou d'autres capitaux propres

Simplicité. Voici un mode d'augmentation du capital qui ne nécessite aucun apport extérieur ; l'augmentation est réalisée de manière très simple par transfert du compte de réserve au compte de capital. Toutes les réserves peuvent faire l'objet d'une capitalisation : réserves libres, statutaires ou même légale (si elle est dûment pourvue).

D'autres sommes peuvent également être capitalisées : les primes d'émission ou de fusion, les bénéfices de l'exercice...

Modalités. L'augmentation du capital peut se réaliser de deux manières :

- soit par augmentation du nominal des actions existantes, ce qui est une solution simple mais parfois pénalisantes car des actions au nominal plus élevé sont en principe moins liquides sur un marché ;
- soit par attribution d'actions nouvelles au prorata des droits anciens détenus. Les actions sont alors attribuées gratuitement aux actionnaires possédant des droits d'attribution.

EXEMPLE

Société au capital de 150 000 € qui incorpore 50 000 € de réserve.

Le droit d'attribution sera d'une action pour 3 détenues. Si un actionnaire ne possède pas un nombre d'action qui soit un multiple de 3, il devra acheter ou vendre des droits d'attribution « formant rompus » pour obtenir ce nombre multiple. Ainsi, un actionnaire possédant 10 actions se verra attribuer 3 actions nouvelles avec 9 actions anciennes. Le droit d'attribution de la 10^e action pourra être cédé par exemple à un actionnaire n'ayant que 8 actions ; l'actionnaire pourra encore chercher à en acheter 2 droits d'attribution supplémentaires pour atteindre le chiffre de 12 et obtenir 4 actions nouvelles.

La valeur du droit d'attribution est déterminée par le marché même si, à l'instar du droit préférentiel de souscription, il existe des méthodes de chiffrage.

L'assemblée générale extraordinaire statue sur cette augmentation de capital dans les conditions de quorum et de majorité des assemblées ordinaires.

■ Conversion de titres de créance, exercice d'options

Le capital peut également augmenter :

- par conversion d'obligations convertibles en actions (voir *infra* cette partie (Chapitre 5) ;
- par remboursement en actions du nominal d'obligations ;
- par exercice de bons de souscription d'actions ;
- par exercice de stock-options.

2. Réduction du capital social

2.1 Causes de la réduction

Difficultés. Il est rare que la réduction du capital social soit le fait d'une société en bonne santé financière.

Ce sont le plus souvent les pertes accumulées qui justifient cette réduction afin que le capital social corresponde à l'actif réel de la société.

Cette réduction est parfois imposée par la loi, comme le texte suivant le suggère :

Article L. 225-248 Code de commerce. Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société.

Si la dissolution n'est pas prononcée, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue et sous réserve des dispositions de l'article L. 224-2 de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pas pu être imputées sur les réserves, si, dans ce délai, les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital social.

Dans certains cas, la réduction du capital est un préalable à l'entrée d'un nouvel actionnaire dans la société. Une pratique nommée « coup d'accordéon » consiste à réduire le capital à zéro avant de l'augmenter à nouveau pour faire entrer un nouvel actionnaire. Ce schéma conduit clairement à exclure les anciens actionnaires dont le titre n'a plus de valeur.

Plus rarement, une société en bonne santé financière réduira son capital pour l'adapter à l'activité réelle. Cette réduction est fiscalement pénalisante. On ne la confondra pas avec l'amortissement ci-après décrit, lequel n'emporte pas de réduction du capital.

La réduction du capital ne peut avoir pour effet d'amener ce capital à un montant inférieur au minimum légal (37 000 € pour une SA ne faisant pas offre au public) de manière durable. Si tel devait être le cas, ce serait sous la condition suspensive soit d'une augmentation future, soit d'un changement de forme sociale.

VALIDATION JURISPRUDENTIELLE DU COUP D'ACCORDÉON

La société anonyme l'Amy SA, premier fabricant français de montures de lunettes dont l'endettement bancaire excédait, en novembre 1993 215 000 000 francs a, dans le cadre de la procédure de règlement amiable de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, décidé de sa restructuration et de sa reprise par la société de droit anglais Kitty Little Group (KLG), société cotée à Londres ; un protocole a été conclu le 4 juillet 1994 entre les actionnaires majoritaires de la société l'Amy, les treize banques créancières et la société KLG pour

formaliser l'accord des parties sur les conditions et les modalités de réalisation du renflouement de la société l'Amy ; que pour mettre en œuvre ce protocole, l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires réunie le 8 août 1994 et statuant au vu d'un rapport des commissaires aux comptes, a adopté les résolutions suivantes :

- réduction à zéro franc du capital social qui avait été porté à dix-sept millions cinq cent soixante-trois mille neuf cent vingt francs (17 563 920 francs) afin d'apurer à due concurrence le report à nouveau négatif de cent quarante et un millions quatre cent quarante-six mille trois cent onze francs (141 446 311 francs) ;
- annulation des actions existantes et augmentation corrélative du capital de quatre-vingts millions de francs (80 000 000 francs) par l'émission de huit cent mille actions nouvelles de cent francs chacune ;
- suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires au profit de la société Kitty little Group PLC.

Mais attendu, en premier lieu, contrairement à ce que soutient la première branche du moyen, que la cour d'appel qui a retenu que l'opération litigieuse, effectuée afin de préserver la pérennité de l'entreprise et en cela conforme à l'intérêt social, n'avait cependant pas nui à l'intérêt des actionnaires, fussent-ils minoritaires, qui d'une façon ou d'une autre réalisation de l'opération ou dépôt de bilan, auraient eu une situation identique, les actionnaires majoritaires subissant par ailleurs le même sort, n'a pas déduit l'absence d'atteinte à l'intérêt commun des associés de considérations relatives au seul intérêt social ;

Attendu, enfin, qu'ayant relevé, par motifs propres et par motifs non contraires des premiers juges, que l'opération litigieuse avait été décidée par l'assemblée générale des actionnaires pour reconstituer les fonds propres de la société, afin d'assurer la pérennité de l'entreprise, sans cela condamnée au dépôt de bilan, sans nuire aux actionnaires, fussent-ils minoritaires qui, d'une façon ou d'une autre – réalisation de l'opération ou dépôt de bilan – auraient eu une situation identique, les actionnaires majoritaires subissant par ailleurs le même sort, faisant ainsi ressortir que la réduction de capital à zéro ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports, la cour d'appel a pu en déduire, par une décision motivée, que cette opération ne constituait pas une expropriation illégale ;

D'où il suit que le moyen qui manque en fait en sa première branche, est irrecevable en sa troisième branche et n'est pas fondé pour le surplus ; [...]

Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 18 juin 2002.

2.2 Déroulement de l'opération

a) Compétence

À l'instar de l'augmentation du capital, sa réduction est une compétence dévolue à l'AGE qui statue suivant les conditions de quorum et de majorité des modifications statutaires.

Le CAC présente un rapport à l'AGE portant sur les causes et les conditions de l'opération. Ce rapport est communiqué aux actionnaires deux semaines avant la tenue de l'assemblée.

Le CAC est notamment chargé de veiller au respect de l'égalité entre actionnaires.

b) Modalités

Formes. La réduction du capital peut prendre trois formes :

- réduction du montant nominal des actions ;
- annulation des actions ;
- rachat des actions par la société en vue de les annuler. Cette modalité est utilisée en cas de réduction non motivée par les pertes et fait l'objet d'une réglementation particulière destinée à assurer l'égalité entre actionnaires.

Article L. 225-207 Code de commerce. L'assemblée générale qui a décidé une réduction de capital non motivée par des pertes peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un nombre déterminé d'actions pour les annuler.

Publicité. Enfin, la réduction du capital doit faire l'objet de mesures de publicité dans des journaux d'annonces légales, au greffe du tribunal de commerce, au RCS et au BODACC.

2.3 Protection des tiers

Risques. La réduction du capital est de nature à porter atteinte aux droits des tiers créanciers de la société. Ainsi par exemple :

- les créanciers classiques voient leur droit de gage se réduire ;
- des porteurs de titres donnant accès au capital vont également en souffrir (titulaires d'obligations convertibles en actions par exemple), ainsi que les personnes titulaires d'options ou de droits de souscription d'actions.

Droit d'opposition. Le principe est que :

- les créanciers ne peuvent s'opposer à la réduction du capital motivée par des pertes (cas le plus fréquent) ;
- ils peuvent former opposition devant le tribunal de commerce dans le cas contraire où la réduction émane d'une société en bonne santé financière. Le tribunal peut alors soit rejeter l'opposition, soit ordonner la constitution de garanties complémentaires, soit encore ordonner le remboursement des créances.

3. Amortissement du capital social

L'amortissement du capital est une opération rarissime qui consiste à rembourser tout ou partie de l'apport réalisé (le nominal des actions) en prélevant le montant sur les bénéfices ou les réserves.

Les actions ainsi « remboursées » se nomment actions de jouissance et continuent de conférer la plénitude des droits de l'actionnaire à l'exception du droit au remboursement de l'apport.

L'amortissement est un non-sens économique, mais est également très lourd de conséquences fiscales puisque l'opération est traitée comme une distribution de dividendes. Le capital social demeure intact à l'égard des tiers ; il n'est pas réduit.

À noter que l'amortissement est inopposable aux tiers qui conservent intact leur droit de gage.

SECTION 3

L'OUVERTURE AUX MARCHÉS : OFFRE AU PUBLIC ET COTATION DES TITRES FINANCIERS

1. La notion d'ouverture aux marchés

1.1 Définition de l'ouverture aux marchés

L'expression « ouverture aux marchés » a été créée par l'auteur pour englober deux notions juridiques distinctes : l'offre au public de titres financiers et l'admission de titres aux négociations sur un marché réglementé. Ces deux notions étaient, avant l'ordonnance du 22 janvier 2009, regroupées sous le vocable unique d'appel public à l'épargne (APE).

L'ouverture aux marchés suppose qu'une personne morale (société) se finance en utilisant l'épargne des ménages ou des investisseurs professionnels, soit en offrant au public de souscrire des titres (actions par exemple), soit en introduisant ses titres sur un marché boursier en vue de leur cotation.

C'est donc un levier de financement très puissant, ce qui explique que toute société souhaitant atteindre une masse critique doive avoir recours aux marchés. Compte tenu des enjeux, l'ouverture aux marchés appelle une surveillance accrue de la part des pouvoirs publics et donc une réglementation particulière.

a) Offre au public de titres financiers

L'offre au public de titres (on prendra soin de ne pas assimiler l'offre au public de titres et l'offre publique d'achat ou d'échange étudiée *infra*), relève du Code monétaire et financier.

Article L. 411-1 CMF

L'offre au public de titres financiers est constituée par l'une des opérations suivantes :

1. Une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers ;
2. Un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers.

L'article L. 411-2 du CMF décrit les opérations ne constituant pas une offre au public :

I. – Ne constitue pas une offre au public au sens de l'article L. 411-1 l'offre qui porte sur des titres financiers mentionnés au 1 ou au 2 du I de l'article L. 211-1, lorsqu'elle porte sur des titres que l'émetteur est autorisé à offrir au public et :

1. Dont le montant total est inférieur à un montant fixé par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (100 000 €) ou à un montant et une quotité du capital de l'émetteur fixés par le règlement général. Le montant total de l'offre est calculé sur une période de douze mois dans des conditions fixées par le règlement général (*entre 100 000 et 2 500 000 € et pas plus de 50 % du capital de l'émetteur*) ;
2. Ou lorsque les bénéficiaires de l'offre acquièrent ces titres financiers pour un montant total par investisseur et par offre distincte supérieure à un montant fixé par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (50 000 €) ;
3. Ou lorsque la valeur nominale de chacun de ces titres financiers est supérieure à un montant fixé par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (50 000 €).

II. – Ne constitue pas une offre au public au sens de l'article L. 411-1 l'offre qui s'adresse exclusivement :

1. Aux personnes fournissant le service d'investissement de gestion de portefeuille pour compte de tiers ;
2. À des investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint d'investisseurs, sous réserve que ces investisseurs agissent pour compte propre.

Un investisseur qualifié est une personne ou une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers. La liste des catégories d'investisseurs reconnus comme qualifiés est fixée par décret notamment établissements de crédit, sociétés d'assurance, institutions de prévoyance, sociétés de capital risque, sociétés commerciales dont le total bilan est supérieur à 150 millions d'euros.

Un cercle restreint d'investisseurs est composé de personnes, autres que des investisseurs qualifiés, dont le nombre est inférieur à un seuil fixé par décret (100 personnes).

b) Admission aux négociations sur un marché réglementé

L'admission de titres financiers à la négociation sur un marché réglementé signifie en pratique la cotation du titre à l'Eurolist, quel que soit le compartiment (A, B ou C). La cotation sur un marché libre n'est pas assimilée à l'admission sur un marché réglementé, et n'emporte donc pas les mêmes conséquences.

On notera que l'offre au public et l'admission sur un marché réglementé sont deux notions théoriquement distinctes, même si en pratique elles peuvent être confondues. Une société peut ainsi offrir des titres au public sans que ces derniers soient cotés.

1.2 Sociétés pouvant être ouvertes aux marchés

L'ouverture aux marchés, sous la forme de l'offre au public ou de l'admission aux négociations sur un marché réglementé (cotation) est l'apanage de certaines sociétés. L'article 1841 du Code civil interdit aux sociétés qui n'y ont pas été autorisées par la loi de procéder à une offre de titres au public.

Les sociétés civiles ne peuvent pas faire être ouvertes aux marchés (sauf l'exception très particulière des sociétés civiles de placement immobilier, SCPI). De même les sociétés dites de personnes (SARL, SNC, société en commandite simple) sont exclues de ce mécanisme.

Il reste par conséquent les sociétés commerciales dites de capitaux : SA, SAS et SCA. Pourtant la SAS est explicitement exclue de l'ouverture aux marchés compte tenu des clauses autorisées dans les statuts, totalement incompatibles avec le financement sur le marché (clause d'inaliénabilité, d'exclusion...).

En conclusion, seules les SA, les sociétés européennes (SE) et les SCA peuvent être ouvertes aux marchés. C'est d'ailleurs le principal, et presque unique, avantage de la SA sur sa « rivale » la SAS. Toute société qui envisage d'avoir recours au marché pour se financer doit revêtir la forme d'une SA (ou d'une SCA).

2. Les règles propres aux sociétés ouvertes aux marchés

Réglementation atomisée. On peut dire qu'il existe des règles propres aux sociétés cotées, mais pas une véritable réglementation de ces sociétés, qui empruntent encore largement au droit des sociétés ne se finançant pas par le marché (dites sociétés fermées).

Les textes du Code de commerce et du Code des marchés financiers ne sont pas toujours très cohérents puisque cette réglementation « impressionniste » se fonde parfois sur l'offre au public réalisé par la société, parfois sur la cotation de ses titres.

Ces règles seront décrites succinctement autour de plusieurs axes.

2.1 La constitution

Les règles de constitution d'une société de type SA avec offre au public, diffèrent sensiblement de celles de la constitution de la même société sans APE.

Les formalités de constitution sont alourdies. Ces formalités et les différences avec la constitution d'une SA sans offre au public, sont décrites en détail *supra* (chapitre 5).

Jusqu'à l'ordonnance du 22 janvier 2009, le capital minimum des SA faisant appel public à l'épargne était de 225 000 € contre 37 000 € pour celles ne faisant pas appel public à l'épargne. Aujourd'hui, le capital est de 37 000 € minimum que la société fasse ou non offre au public.

2.2 La publicité et l'information du public

En premier lieu, les sociétés ouvertes aux marchés sont astreintes à des mesures de publicité particulières, notamment au BALO (Bulletin des Annonces Légales et Officielles) à l'occasion d'opérations déterminées : opérations sur capital social, convocations des assemblées générales, fusions ou scissions...

De même, l'information financière est plus complète et plus fréquente que pour les sociétés non cotées. Elles doivent en effet publier :

- leur chiffre d'affaires à la fin de chaque trimestre ;
- un tableau d'activité et de résultats semestriel ;
- les comptes annuels et les comptes consolidés annuellement.

Des obligations en matière environnementales pèsent également sur ces sociétés depuis une date récente. Ces obligations spécifiques sont décrites *supra* (chapitre 6).

Dans les sociétés ouvertes aux marchés, le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport (joint au rapport annuel de gestion) des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société.

Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, ce rapport présente les principes et les règles arrêtés, selon le cas, par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux.

On rappellera ici également les règles posées par l'article L. 225-37 en matière de gouvernement d'entreprise (règle « *comply or explain* »), cf. chapitre 6.

2.3 Les contrôles

a) AMF

Toute société ouverte aux marchés est soumise au contrôle de l'AMF. Ces sociétés, principalement des SA, doivent se conformer au Code de commerce, au Code monétaire et financier et au règlement général de l'AMF.

L'AMF dispose d'un pouvoir réglementaire (règlement général), doit autoriser certaines opérations ou apposer son visa sur des documents relatifs à des opérations de marché, et

peut également prononcer des sanctions administratives. Ce pouvoir a été renforcé par la loi du 22 octobre 2010.

b) Commissariat aux comptes

Le commissariat aux comptes n'est pas une obligation propre aux sociétés faisant offre au public ou cotées. En revanche, les nominations et révocations de CAC dans les sociétés faisant offre au public doivent être communiquées à l'AMF. De même, un CAC ne peut certifier les comptes d'une société faisant offre au public pendant plus de 6 années consécutives.

c) Conventions réglementées

On rappellera ici que le champ des conventions réglementées (*supra* chapitre 6) est plus étendu dans les sociétés cotées puisqu'il inclut les parachutes dorés et autres rémunérations exceptionnelles assimilées.

Article L. 225-42-1 al. 1^{er} Code de commerce. Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42.

2.4 La transparence du capital social et des prises de participation et de contrôle

Renvoi. Ces règles sont amplement décrites *infra* (chapitre 15). On énoncera simplement que la réglementation des prises de participations dans les sociétés cotées répond à une logique très différente de celle des sociétés non cotées.

Deux grandes idées gouvernent cette réglementation : la première est la transparence, la seconde est la protection des actionnaires minoritaires.

La transparence. Le propre du marché boursier est la rapidité, peu compatible avec la connaissance de l'actionnariat par la société ; or une société peut légitimement avoir besoin de connaître son actionnariat, soit pour vérifier qu'aucun concurrent n'est entré dans son capital, soit pour mettre en place de manière préventive des stratégies de défense contre une OPA hostile.

Ceci permet d'expliquer les mécanismes de déclaration obligatoire de franchissements de seuils ou de déclaration de pactes liant des actionnaires.

La protection des actionnaires minoritaires est un autre souci du législateur, particulièrement présent dans le droit des offres publiques. On cherche à éviter que les minoritaires ne soient prisonniers d'un changement de majorité non souhaité, et donc à leur permettre de céder leurs titres s'ils le souhaitent. Ceci explique que le passage de certains seuils rende obligatoire le déclenchement d'une offre publique, destinée la plupart du temps, à offrir une porte de sortie aux actionnaires qui le souhaitent.

FICHE 10

LA « CATÉGORISATION » DES DROITS SOCIAUX :
ILLUSTRATIONS ET IMPACTS

Au commencement était la simplicité, synonyme d'uniformité : devenir associé signifiait apporter un bien ou une somme d'argent qui entrait dans le capital social. En contrepartie, l'associé (ou actionnaire) recevait des droits sociaux nommés parts ou actions suivant les cas et conférant à tous les porteurs les mêmes droits. La seule variable différenciant les associés était donc de nature quantitative (combien de droits possédaient-ils ?).

Depuis plus de trente ans, le droit positif et la pratique s'orientent vers une nette diversification ou « catégorisation » des droits sociaux. La « catégorisation » des droits sociaux pourrait être définie comme l'ensemble des mécanismes juridiques permettant à une société d'émettre et de diffuser des droits sociaux (parts ou actions) représentant des prérogatives différenciées par rapport aux droits sociaux classiques, c'est-à-dire par rapport aux parts ou actions conférant des droits uniformes, identiques et proportionnels à l'apport réalisé.

Autrement dit, c'est la **faculté offerte à un associé que son apport soit rémunéré par des droits sociaux correspondant à ses besoins spécifiques** (pouvoir accru / droit de veto / droits financiers supérieurs, plafonnés ou conditionnés...).

Ces modulations sont aujourd'hui largement facilitées par le droit des sociétés, notamment au sein des sociétés par actions grâce à l'introduction des actions de préférence (limitées aux sociétés par actions, SA et SAS). La catégorisation des droits sociaux dans les autres sociétés (SARL, SCI...) pose des questions de nature différente, dont les réponses font largement appel à l'imagination des praticiens.

Peut-on par exemple imaginer une SCI comprenant 3 catégories de parts distinctes :

- parts de catégorie A : droit à dividende prioritaire – vote aux seules assemblées modifiant les statuts ;
- parts de catégorie B : droit de vote triple – information renforcée – droit à dividende normal ;
- parts de catégorie C : droit de veto sur les décisions courantes ; autres droits non modifiés.

La validation d'un tel schéma est un processus complexe, essentiellement car la loi est silencieuse sur ce point. La démarche de validation d'une catégorisation des parts sociales suppose donc une analyse des principes impératifs (*i.e.* auxquels on ne peut déroger) du droit commun ainsi que des sujétions propres à chaque société.

Le mouvement de catégorisation des droits sociaux bouleverse des pans entiers du droit patrimonial et du droit des sociétés. En ouvrant des possibilités jusque-là méconnues, il remet en cause les schémas traditionnels et ne manque pas de poser des questions au plan fiscal.

La notion même d'associé majoritaire ou minoritaire, de participation détenue dans le capital, s'en trouve modifiée. En effet, le taux de participation dans le capital social représente le montant de l'apport effectué, mais ne donne alors plus d'indication réelle sur la puissance politique ou financière d'un associé.

Au plan fiscal, la question centrale est celle de la valeur des parts ou actions catégorisées, question qui rejaillit sur le calcul de l'assiette de plusieurs types d'imposition : plus-values, enregistrement (mutation à titre gratuit), ISF... : une part sociale à droit de vote double mais à dividende subordonné ne peut avoir la même valeur qu'une part sociale à dividende prioritaire dotée d'un droit de vote simple.

L'équation est donc complexe, sauf à occulter totalement les prérogatives exorbitantes conférées par le titre, ou à se limiter à une très irréaliste valeur nominale de celui-ci (laquelle n'exprime que la valeur de l'apport).

En effet, si les prérogatives financières peuvent toujours être valorisées, même de manière approximative, il n'est pas de même de prérogatives extra-patrimoniales : quelle plus-value représente un droit de vote multiple par rapport à un droit de vote simple ? comment valoriser une part ou action comportant un droit d'opposition à certaines décisions ?

FICHE 11

LES STOCK-OPTIONS ET LES ATTRIBUTIONS D'ACTIONS GRATUITES

Les stock-options, qui existent depuis longtemps dans notre droit permettent d'acheter des actions à prix préférentiel, alors que les attributions d'actions gratuites constituent un mode de rémunération parallèle de certains personnels salariés ou dirigeants de la société.

1) Les stock-options

Le principe est qu'une société offre à des bénéficiaires le droit de souscrire des actions nouvelles ou d'acheter des actions existantes pendant un délai fixé à l'avance et pour un prix ferme fixé au jour où l'option est consentie.

Exemple : Droit de souscrire x actions au prix de 100 € entre mars 2008 et mai 2008. La société pense qu'à cette date la valeur de l'action sera supérieure de n % et ainsi faire réaliser une plus-value aux bénéficiaires. En effet, si au jour de levée de l'option le titre vaut 120 €, le bénéficiaire achète 100 € ce qui le jour même en vaut 120, la revente lui permet de dégager une plus-value substantielle. Il faut bien comprendre que les stock-options ne sont un « cadeau » que si la valeur action est supérieure au prix d'exercice.

Le système est très utilisé par les sociétés de la « net-économie », qui, faute de pouvoir rémunérer correctement ses cadres et dirigeants, les dote en stock-options, leur faisant valoir que leur investissement/travail dans la société aura pour conséquence une augmentation de la valeur des titres et donc une plus-value plus importante au jour d'exercice de l'option.

Les stock-options ne représentent donc ni des actions, ni même une rémunération complémentaire, comme cela est souvent avancé. Elles sont seulement un espoir de gain, lié à l'évolution du marché boursier.

L'actualité récente (affaire EADS en juin 2006) a montré que certains dirigeants avaient exercé des options de souscription d'actions dans une période particulière de la vie de la société (annonce des retards de livraison de l'A 380). La loi n'interdit nullement cela ; ce que visent les

textes concerne uniquement le moment où les options sont consenties et non celui où elles sont exercées. Rien n'interdit toutefois à la société qui consent les options de limiter la période d'exercice en considération d'événements de la vie de la société.

Toutefois, l'utilisation d'informations connues avant le public à des fins spéculatives peut être constitutive de délit d'initiés (suite de l'affaire EADS, octobre 2007).

2) Les attributions d'actions gratuites

Le mécanisme est très différent des stock-options ; la société attribue gratuitement à ses salariés ou dirigeants des actions de la société. Les bénéficiaires n'ont donc pas à déboursier le montant de la souscription des actions. La particularité de ce mécanisme tient à ce que l'opération se déroule en deux temps :

- dans un premier temps, la société attribue provisoirement des actions à des bénéficiaires dénommés sous la condition suspensive qu'elle détermine préalablement et librement (ce peut être à la condition que le salarié n'ait pas été licencié ou n'ait pas démissionné, qu'il ait atteint des objectifs professionnels...) ;
- passée la période dite d'acquisition, et si la condition est remplie, la société attribue définitivement les actions à leurs bénéficiaires ; s'ouvre alors une deuxième période dite d'indisponibilité, pendant laquelle les actions ne peuvent être revendues.

Les intérêts sont multiples, d'un côté comme de l'autre :

- pour la société qui attribue, cela permet de « rémunérer » des personnes sans acquitter de charges sociales ;
- pour le bénéficiaire, c'est un revenu dynamique (car le cours évolue), incitatif (car l'acquisition n'est pas définitive immédiatement) et surtout fiscalement intéressant.

Il faut donc considérer deux périodes :

- la période d'acquisition s'étalant entre l'attribution et l'acquisition définitive. En réalité, pendant cette période, l'attribution n'est que conditionnelle et la propriété des actions n'est pas transférée au bénéficiaire. Ce n'est qu'au terme de la période d'acquisition que l'attribution devient définitive et que le transfert de propriété est effectué par inscription en compte.

Cette période d'acquisition est fixée par l'AGE mais ne peut être inférieure à 2 ans.

Pendant cette période, le bénéficiaire n'est pas actionnaire, mais il est fortement incité à rester dans la société et à créer de la valeur pour que la promesse devienne réalité. Les actions objet de la promesse sont bloquées par la direction de la société ;

- la période dite d'indisponibilité où les actions sont la propriété du bénéficiaire, où il exerce pleinement les droits attachés à cette qualité, mais où il ne peut les aliéner. Cette obligation de conservation des titres est d'une durée fixée par l'AGE mais ne peut être inférieure à 2 ans. La loi ne prévoit pas de plafond, mais on sait que l'inaliénabilité ne peut être perpétuelle et, par conséquent, on peut penser, par analogie avec l'inaliénabilité statutaire des actions de SAS, que la durée maximale est de 10 ans. On fera remarquer que l'inaliénabilité maximale des actions achetées dans le cadre des plans de stock-options est de 3 ans.

19. ÉTUDE DE CAS	Augmentation de capital
20. ÉTUDE DE CAS	Offre au public
21. ÉTUDE DE CAS	Actions de préférence

N° 19 : ÉTUDE DE CAS

Augmentation de capital

Soit un SA au capital de 360 000 €, disposant de réserves à hauteur de 140 000 € et qui décide de porter son capital à 600 000 € par apports en numéraire, sans suppression du droit préférentiel de souscription. Le capital avant augmentation est divisé en 36 000 actions de 10 €. Il est décidé par l'AGE que l'augmentation se fera par émission d'actions nouvelles de même valeur nominale que les anciennes. Il est également décidé que les actionnaires pourront souscrire des actions à titre réductible.

Les 10 actionnaires sont :

- A – détient 9 000 actions et souhaite en souscrire 6 000 ;
- B – détient 4 500 actions, ne souhaite pas souscrire et vend son DPS à C ;
- C – détient 1 500 actions et souhaite souscrire 4 000 actions ;
- D – détient 6 000 actions et souhaite souscrire 4 000 actions ;
- E – détient 7 500 actions et souhaite souscrire 3 000 actions ;
- F – détient 1 500 actions et renonce à son DPS sans désigner de bénéficiaire ;
- G – détient 600 actions et souhaite souscrire 3 000 actions ;
- H – détient 1 500 actions et souhaite souscrire 2 500 actions ;
- I – détient 1 500 actions et souhaite souscrire 2 500 actions ;
- J – détient 2 400 actions et souhaite souscrire 1 600 actions.

QUESTION

Vous répartirez le capital après augmentation.

Il sera privilégié une résolution du cas sous forme de tableau.

N° 20 : ÉTUDE DE CAS

Offre au public

Dans les cas qui suivent, vous déterminerez s'il y a ou non offre au public.

Cas I

Une SARL toulousaine ayant besoin d'augmenter son capital de 30 000 € à 120 000 € lance une campagne de petites annonces dans les gratuits de la région et dans la Dépêche du Midi. L'annonce est ainsi libellée : « PME régionale en pleine expansion recherche investisseurs particuliers ou institutionnels pour augmentation de capital. Rémunération exceptionnelle »

Cas II

Une banque bordelaise bien connue propose à tous ses clients lors de l'ouverture d'un compte, de leur permettre d'acquérir des parts de SCI détenant des immeubles de rapport, à un prix très avantageux.

Cas III

Une grande société pétrolière ayant annoncé à plusieurs reprises son introduction en bourse, lance une campagne d'affichage France entière. On peut lire simplement : « apportez-nous vos talents ». Le logo de la société figure sur l'affiche.

Cas IV

Une SA toulousaine fait paraître des encarts publicitaires invitant les particuliers à souscrire à un emprunt obligataire qu'elle lance pour un montant de 140 000 € au taux de 4 % l'an. L'offre est souscrite par une cinquantaine de personnes et une compagnie d'assurance.

N° 21 : ÉTUDE DE CAS

Actions de préférence

Cas I

Madame Duclos est associée dans une SAS créée en 2006 et exploitant une activité commerciale d'export. Madame Duclos a souscrit 5 000 actions de préférence lors de la création pour un montant global de 50 000 € à l'époque. Ces titres sont dénués de droit de vote, confèrent un dividende précipitaire, mais pas de droits sur les réserves. Le capital de la société est aujourd'hui inchangé à 850 000 €, divisé en 10 000 actions de préférences et 93 750 actions ordinaires. La société est évaluée à 2 750 000 €.

QUESTION

Quelle est la valeur actuelle unitaire des actions de préférence ?

Cas II

Soit une entreprise à caractère familial composée d'un fonds de commerce et d'un immeuble d'exploitation. Le chef d'entreprise vous sollicite pour étudier la possibilité de créer une SAS et d'émettre des actions de préférence.

En vue de la transmission future à ses 2 enfants, il souhaite, plutôt que de créer deux structures distinctes, émettre :

- des ADP représentant les droits sur l'immeuble d'exploitation,
- des ADP représentant les droits sur l'activité commerciale.

QUESTION

Vous étudierez la faisabilité de cette opération.

Le financement par compte courant

SECTION 1 La convention de compte courant

SECTION 2 La fiscalité du compte courant

APPLICATION

Définition. Le financement par compte courant est un mode de financement peu formel qui consiste pour un associé, généralement un dirigeant, à mettre à disposition de la société, pour une durée limitée et contre versement d'un intérêt, des sommes d'argent. L'apport en compte courant est donc un prêt de l'associé à la société. Il présente l'avantage notable de permettre de mobiliser des fonds rapidement pour faire face à un besoin de trésorerie, sans avoir à respecter le formalisme d'une augmentation de capital.

SECTION 1

LA CONVENTION DE COMPTE COURANT

1. Caractéristiques

L'apport en compte courant ne doit pas être confondu avec les apports en numéraire qui entrent dans la composition du capital social. Ses principales caractéristiques sont les suivantes :

- il constitue un prêt de l'associé à la personne morale, soustrait aux aléas sociaux (on prendra soin de noter que le schéma inverse est prohibé – prêt de sommes par la société à un associé –, le compte courant fonctionne donc de manière unilatérale) ; l'apporteur en compte courant a donc une double qualité : associé et créancier de la société ;
- il peut prendre la forme d'une mise à disposition de fonds ou bien d'un abandon temporaire de rémunérations ou dividendes dus par la société à l'associé (les sommes sont alors laissées à disposition de la société) ;
- il n'entre pas dans la formation du capital social ;
- il n'est pas soumis au formalisme des augmentations de capital ;
- il peut, mais ceci n'est pas obligatoire, être rémunéré par un intérêt qui bénéficie alors d'un régime fiscal particulier (voir *infra*) ;
- suivant son montant et la personne le réalisant, il peut être considéré comme une convention réglementée, soumise à contrôle de la part de la collectivité des associés, ou bien comme une convention courante conclue à des conditions normales (Code de commerce art. L. 225-38 s.).

2. Réglementation

Droit commun. La convention de compte courant ne fait l'objet d'aucune réglementation. Elle est soumise au droit commun des contrats. Ce sont donc les stipulations de la convention qui fixent les règles applicables entre les parties, la société débitrice et l'associé créancier. Parfois même, l'apport en compte courant est réalisé de manière purement verbale, sans qu'aucune convention ne soit signée.

Contenu. Si une convention est signée, elle devra prévoir :

- le montant mis à disposition ou laissé à disposition de la société ;
- le taux d'intérêt et les modalités de versement des intérêts ; il est notamment possible de prévoir la fréquence de versement des intérêts ou encore la « capitalisation » de ceux-ci. Cela signifie que les intérêts échus sont intégrés au capital et portent à nouveau intérêt au taux prévu (ce procédé se nomme l'anatocisme) ;
- les modalités de remboursement et le terme de la convention ; ici trois schémas sont envisageables :
 - la convention prévoit un terme pour le remboursement,
 - la convention ne prévoit aucun terme, ce qui ne signifie nullement que le remboursement n'est pas dû, mais au contraire que l'associé créancier peut le demander à tout moment,
 - la convention prévoit le **blocage** du compte courant pendant une durée déterminée. Ce blocage a pour effet de rendre tout remboursement impossible. Il est généralement sollicité par des créanciers de la société, à titre de garantie. Le blocage des sommes peut avoir pour effet qu'elles seront considérées comme des quasi-fonds propres et non comme des dettes ;
- le sort du solde créditeur du compte courant en cas de cession des parts ou actions de l'associé ; en effet le cessionnaire des droits sociaux ne se voit pas transférer automatiquement les droits du compte courant.

Modèle de convention de compte courant

Entre :

La société X, au capital social de 56 000 euros, dont le siège social se situe à ..., immatriculée au RCS de ..., sous le n°, représentée par M. Y, domicilié en cette qualité audit siège.

D'une part,

Et M. Z, demeurant

D'autre part,

Il a été convenu ce qui suit :

Article 1

M verse à la société la somme de euros à titre d'avance en compte courant. Cette somme sera inscrite au nom de M en compte courant dans les livres de la société.

Article 2

Cette somme sera productive d'intérêts au taux de % qui seront capitalisés.

Article 3

M pourra solliciter le remboursement de cette somme et des intérêts produits par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception à la société en respectant un préavis de 2 mois.

Article 4

Le compte courant de M ne pourra pas présenter de solde comptable débiteur.

Fait à, le

En exemplaires

SECTION 2

LA FISCALITÉ DU COMPTE COURANT

Fiscalement, la principale question posée par le compte courant concerne le sort des intérêts.

Sous l'angle de la société débitrice, sont-ils déductibles et dans quelle limite ?

Sous l'angle de l'associé créancier, quel est leur régime d'imposition ?

Ce régime fiscal sera présenté sous la forme d'un tableau.

	Sociétés relevant de l'IS	Sociétés relevant de l'IR
Déductibilité pour la société	Les intérêts versés sont déductibles des résultats si 3 conditions sont réunies : – capital de la société entièrement libéré ; – déduction plafonnée à la moyenne annuelle du taux effectif moyen pratiqué par les banques pour des prêts à taux variable aux entreprises d'une durée initiale supérieure à deux ans (environ 4 % en 2011) ; – si les intérêts sont versés à une entreprise liée par une société à l'IS sous-capitalisée, application de l'article 212 du CGI (se reporter au texte pour connaître les conditions de déductibilité).	Les intérêts versés sont déductibles des résultats si 2 conditions sont réunies : – capital de la société entièrement libéré ; – déduction plafonnée à la moyenne annuelle du taux effectif moyen pratiqué par les banques pour des prêts à taux variable aux entreprises d'une durée initiale supérieure à deux ans (environ 4 % en 2011).
Imposition pour l'associé	Si l'associé est une entreprise, les intérêts versés sont intégrés à son bénéfice et imposés à l'IR ou à l'IS suivant son régime fiscal. Si l'associé est une personne physique, les intérêts sont des revenus de capitaux mobiliers : – en principe soumis au prélèvement libératoire de $19 + 12,3 = 31,3$ % ; – exception soumission au régime des RCM classique si intérêts versés à des dirigeants pour des avances supérieures à 46 000 € et pour la fraction des intérêts non déductibles par la société débitrice.	<i>Idem</i> ci-contre
<i>Note : les intérêts excédant les plafonds mentionnés dans le tableau sont réintégrés dans le bénéfice imposable.</i>		

N° 22 : ÉTUDE DE CAS**Compte courant d'associé**

Soit la convention suivante :

Entre :

La société Grosdoc, SA au capital social de 50 000 euros, dont le siège social se situe à Toulouse, représentée par M. Gros son PDG, domicilié en cette qualité audit siège.

D'une part,

Et

M. Doc, demeurant à Grenoble, actionnaire détenant 70 % du capital social.

D'autre part,

Il a été convenu ce qui suit :

Article 1

M. Doc verse à la société Grosdoc la somme de 120 000 euros à titre d'avance en compte courant. Cette somme sera inscrite au nom de M. Doc en compte courant dans les livres de la société.

Article 2

Cette somme est versée le 1^{er} janvier 2009 et sera productive d'intérêts au taux de 7,5 %.

Article 3

M. Doc pourra solliciter le remboursement de cette somme et des intérêts produits au terme d'une période d'une année.

QUESTIONS

Vous déterminerez la déductibilité des intérêts versés au titre de l'année 2009, étant entendu que le capital de la société est entièrement libéré.

On considérera que le plafond correspondant au taux moyen pratiqué par les banques pour des prêts à taux variable aux entreprises d'une durée initiale supérieure à deux ans est de 6,21 % en janvier 2009.

11

CHAPITRE

Le financement par le crédit

SECTION 1	L'emprunt classique
SECTION 2	L'emprunt obligataire
SECTION 3	Le crédit-bail
SECTION 4	Les garanties du crédit
FICHE • APPLICATIONS	

L'entreprise peut se financer en ayant recours au crédit. Le crédit à court terme, c'est-à-dire à moins de deux ans, correspond au financement des besoins d'exploitation de l'entreprise, c'est-à-dire à sa trésorerie. Le crédit à moyen ou long terme permet le financement de ses investissements. Les techniques de crédit sont diverses et variées. On envisagera les principales et, dans le présent chapitre, celles qui ne nécessitent aucune mobilisation de créance. Le chapitre suivant sera consacré au crédit par la mobilisation de créances.

SECTION 1

L'EMPRUNT CLASSIQUE

1. L'ouverture de crédit

Définition. La Cour de cassation analyse l'**ouverture de crédit** comme une promesse de prêt par laquelle l'établissement de crédit (souvent une banque) s'engage à consentir une opération de crédit déterminée. Il reconnaît ainsi une option à son client dont la levée lui permettra d'obtenir le crédit promis. Avant l'exercice de l'option, aucun prêt n'est consenti. L'exercice de l'option donne naissance à un prêt (ce n'est plus une promesse) à concurrence des fonds utilisés par l'emprunteur (Cass. com., 21 janv. 2004, pourvoi n° 01-01129).

Ce peut être une autorisation de **découvert** (ou avance en compte) consistant en une autorisation donnée au client, le plus souvent d'un compte courant, de rendre ce compte débiteur. Il peut s'agir aussi d'un **crédit d'escompte** où le banquier s'engage à escompter les effets de commerce remis par son client (voir aussi *infra*, chap. 12, section 1).

EXEMPLE

La définition de l'ouverture de crédit retenue par la haute juridiction a notamment pour conséquence de rendre insaisissables par les créanciers des fonds promis par le banquier mais non encore utilisés par son client. Par exemple, si le découvert porte sur une somme maximale de 100 et que le client ne l'a pas encore utilisée (il n'a pas levé l'option), cette somme est insaisissable puisque ces fonds ne sont pas à la disposition de ce dernier.

Durée. L'ouverture de crédit peut être consentie pour une durée déterminée ou au contraire pour une durée indéterminée.

Elle peut cesser pour les causes prévues par le droit commun des contrats (voir *supra*, chap. 1, section 4). Mais l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier prévoit une règle propre aux crédits consentis aux entreprises. L'alinéa premier dispose que les crédits à durée indéterminée ne peuvent être réduits ou interrompus que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. La règle ne s'impose que si la réduction ou la rupture est unilatérale. Le second alinéa prévoit une dérogation : l'établissement de crédit n'est tenu de respecter aucun préavis, « que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ».

EXEMPLE

A été jugé gravement répréhensible le comportement d'une entreprise consistant à masquer ses difficultés financières au banquier en lui communiquant un compte de résultat non sincère.

2. Le prêt

Prêt à la consommation. Le Code civil distingue entre le prêt de chose dont on peut user sans les détruire (prêt à usage ou commodat) et le prêt de choses qui se consomment par l'usage que l'on en fait : prêt à la consommation. Le prêt d'argent appartient à la deuxième catégorie. C'est un contrat par lequel le prêteur remet une somme d'argent à l'emprunteur, lequel en devient propriétaire, à charge pour ce dernier d'en restituer l'équivalent, c'est-à-dire le même montant.

Régime juridique. Lorsque le prêt d'argent est consenti à un consommateur, les règles protectrices du droit de la consommation s'appliquent (voir *supra*, chap. 1, section 6). Si l'emprunteur est une entreprise, c'est le droit commun, inscrit dans le Code civil (art. 1892 et suivants), qui régit le prêt consenti.

2.1 La formation du contrat de prêt

Contrat réel ou consensuel ? En principe, la remise de la chose par le prêteur à l'emprunteur participe de la formation du contrat, de sorte que le prêt est un contrat réel. Puisque la remise des fonds n'est pas une obligation née du contrat mais une condition de formation de celui-ci, la promesse de prêt inexécutée n'est sanctionnée que par des dommages-intérêts et non par une exécution forcée en nature.

Depuis quelques années, la Cour de cassation estime cependant que le prêt consenti par un professionnel (telle une banque), n'est pas un contrat réel, mais consensuel. Aussi, la remise des fonds constitue une obligation à la charge de ce professionnel.

Devoir de mise en garde. La jurisprudence met à la charge du banquier prêteur un devoir de mise en garde de l'emprunteur profane (ou non averti) lors de la conclusion du contrat. Il s'agit de mettre en garde ce dernier à raison de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, deux arrêts, pourvois n° 06-11.673 et n° 05-21.104).

Information sur la capacité financière de l'entreprise. La loi 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, offre la possibilité à l'emprunteur d'exiger de

l'établissement de crédit prêteur de lui fournir « les éléments ayant conduit aux décisions de notation (*le*) concernant ». Il s'agit donc d'obliger à la divulgation des notes internes déterminant la capacité financière de l'entreprise concernée.

Article L. 313-12-1 du Code monétaire et financier. Les établissements de crédit fournissent aux entreprises qui sollicitent un prêt ou bénéficient d'un prêt une explication sur les éléments ayant conduit aux décisions de notation les concernant, lorsqu'elles en font la demande. Ces explications ou éléments ne peuvent pas être demandés par un tiers, ni lui être communiqués.

2.2 Le taux d'intérêt

Contrat à titre onéreux. Le prêt peut être consenti à titre gratuit ou à titre onéreux. Lorsqu'une entreprise s'adresse à une banque, le prêt sera bien sûr onéreux. Le caractère onéreux se traduit par la stipulation d'un taux d'intérêt au bénéfice du prêteur (C. civ., art. 1905).

Un écrit. Le Code civil exige que le taux d'intérêt conventionnel soit fixé par écrit (art. 1907, al. 2). L'article L. 313-2 du Code de la consommation dispose que le **taux effectif global** (TEG) doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt. Même s'il figure dans le Code de la consommation, ce dernier texte est applicable entre professionnels (voir CMF, art. L. 313-4), mais ne s'applique que lorsque le dispensateur du crédit est un établissement de crédit. Combinant les deux règles sus-énoncées, la Cour de cassation décide que le taux devant être fixé par écrit est le TEG.

Quelle est la sanction de pareille exigence ? Bien sûr, si le contrat ne prévoit pas l'existence même d'un taux, le prêt est gratuit. Mais la question doit être posée lorsque le principe d'un intérêt est stipulé sans que son *quantum* ne soit fixé par écrit. En pareille situation, les tribunaux jugent qu'il convient de faire application du taux d'intérêt légal à compter de la date du prêt. Ce taux est fixé par décret en début d'année (3,99 % en 2008).

Détermination du TEG. Le taux d'intérêt conventionnel peut être fixe ou variable (voir *infra* fiche « Le coût du crédit »). Pour déterminer le taux effectif global du prêt, il convient d'ajouter au taux d'intérêt conventionnel, « les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels » (C. consom., art. L. 313-1, auquel renvoi CMF, art. L. 313-4).

Si le taux est variable, l'écrit doit mentionner un TEG correspondant à des exemples chiffrés à titre indicatif.

Taux de l'usure. Le Code de la consommation interdit le prêt usuraire. Est usuraire le prêt dont le taux effectif global excède de plus du tiers le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues (C. consom., art. L. 313-3, auquel renvoi CMF, art. L. 313-5).

Le Code de la consommation ajoute, depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, que l'interdiction de l'usure n'est pas applicable aux prêts consentis aux entrepreneurs et aux entreprises. Toutefois, le Code monétaire et financier soumet aux taux de l'usure les découverts en compte consentis à ces entrepreneurs et entreprises (CMF, art. L. 313-5-1).

2.3 Les prêts affectés

Destination des fonds prêtés. L'emprunteur décide librement en principe de la destination des fonds prêtés. À l'inverse, le contrat peut obliger l'emprunteur d'affecter les fonds à une utilisation déterminée (par exemple, l'acquisition d'un matériel de production).

À la différence du crédit à la consommation conclu entre un professionnel et un consommateur, le sort du prêt n'est pas lié à celui du contrat financé, et inversement. Les deux conventions sont distinctes, autonomes. Aussi, l'emprunteur ne peut-il pas se prévaloir de la nullité ou la résolution du contrat financé pour se dégager de son obligation de payer les intérêts du prêt en invoquant l'anéantissement subséquent de ce dernier.

2.4 Restitution des fonds prêtés

Contrat à durée déterminée. Lorsque le prêt a été conclu pour une durée déterminée, le prêteur ne saurait récupérer les fonds avant le terme du contrat, de même que l'emprunteur est tenu de restituer au terme convenu (C. civ., art. 1899 et 1902).

Lorsque l'emprunteur est une entreprise, la possibilité de rembourser le prêt de façon anticipée, c'est-à-dire avant le terme stipulé, se présente dans trois cas.

- Le contrat ne prévoit pas le remboursement anticipé, mais le prêteur l'accepte malgré tout. Il s'agit alors d'une modification conventionnelle du contrat.
- Le contrat ne prévoit pas le remboursement anticipé, mais le terme du prêt a été stipulé dans le seul intérêt de l'emprunteur.
- Le contrat prévoit une clause de remboursement anticipée. Souvent, une telle clause met une indemnité à la charge de l'emprunteur. Pour autant, il ne s'agit pas d'une clause pénale susceptible d'être réduite par le juge.

Déchéance du terme. Si l'emprunteur n'exécute pas ses obligations, notamment celle de rembourser le capital et les intérêts, le prêteur peut demander la déchéance du terme. Il doit rembourser immédiatement sans attendre le terme du contrat. Cette déchéance est souvent prévue par une clause du contrat. Elle s'apparente alors à une clause résolutoire.

Contrat à durée indéterminée. Lorsque le prêt a été conclu pour une durée indéterminée – ce qui pourrait être le cas d'une ouverture de crédit par exemple – chaque partie peut y mettre fin, sous réserve du respect des dispositions édictées par l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier.

SECTION 2

L'EMPRUNT OBLIGATAIRE

Définition. Les obligations sont comme les actions des titres financiers négociables mais, à leur différence, elles ne donnent pas droit à une part du capital social mais à un droit de créance contre la société. L'obligataire est un créancier alors que l'actionnaire est associé aux bénéfices et doit contribuer aux pertes.

Distinctions. On distinguera également l'obligation :

- du titre participatif, qui est un titre empruntant des caractères aux obligations, d'autres aux actions, mais qui, en tout état de cause, ne peut être émis que par des entreprises du secteur public et coopératif ;
- du titre de créance négociable, qui constate une créance individualisée contre l'émetteur, c'est-à-dire non fongible.

Importance et intérêts. Les obligations ont fait leur apparition plus récemment (milieu du XIX^e siècle) que les actions mais représentent beaucoup dans le financement de l'économie.

Du fait notamment de l'augmentation des déficits publics, les émissions d'obligations se sont multipliées. La baisse des taux constatée entre 2003 et 2006, fait des obligations un mode de financement recherché par les entreprises.

L'EMPRUNT OBLIGATAIRE EDF LANCÉ LE 17 JUIN 2009

Bilan de l'emprunt d'EDF auprès des particuliers

L'emprunt lancé le 17 juin dernier par EDF auprès des particuliers a permis à l'entreprise de collecter 3,2 milliards d'euros.

C'est au total 270 000 particuliers qui ont souscrit à cet emprunt, dont près de 20 000 salariés et retraités de l'entreprise (*au travers du FCPE créé au sein du plan d'épargne du groupe*) qui représentent à eux seuls un montant de 70 millions d'euros.

Près d'1 épargnant sur 2 a investi en moyenne un montant inférieur à 5 000 €. L'emprunt a suscité une forte adhésion en région : 72 % des souscriptions ont été passées en province, contre 28 % en région parisienne.

Le règlement de l'ensemble de l'opération est fixé au 17 juillet 2009. Afin d'assurer une liquidité quotidienne, les obligations seront cotées sur Euronext Paris, l'entreprise ayant mis en place des contrats d'animation de marché auprès de trois banques – BNP Paribas, Calyon et Société Générale – pour assurer une cotation en continu.

Premier investisseur industriel en France, EDF aura sur la seule année 2009 engagé 7,5 milliards d'euros, en particulier pour le développement des énergies non émettrices de CO₂.

CARACTÉRISTIQUES DES OBLIGATIONS EDF	
Coupon	4,5 % (brut) l'an, soit un rendement actuariel de 4,5 % ⁽¹⁾
Échéance	5 ans (17 juillet 2014)
Montant total de l'émission	3 268 926 000,00 euros
Valeur nominale	1 000 euros Le montant de souscription doit être un multiple de 1 000 euros.
Prix d'émission et de souscription	100 % (1 000 euros pour une obligation souscrite)





CARACTÉRISTIQUES DES OBLIGATIONS EDF	
Période de souscription	Période initialement fixée du 17 juin au 10 juillet 2009, clôturée de façon anticipée par l'émetteur le 6 juillet 2009 (inclus)
Date de jouissance et de règlement	17 juillet 2009
Lieu de cotation	Euronext Paris
Durée conseillée de l'investissement	5 ans, toute revente des Obligations avant l'échéance peut entraîner un gain ou une perte
Montant total du produit net de l'émission	3 206 922 630,00 euros
Montant des frais de cotation ⁽²⁾	5 500 euros
Animation de marché	BNP Paribas, Calyon et Société Générale ont signé un contrat d'animation de marché avec l'émetteur en date du 10 juillet 2009, comportant une obligation générale d'animation quotidienne du marché secondaire sur Euronext Paris sur la base d'une fourchette prix acheteur/vendeur et permettant ainsi aux porteurs de revendre leurs obligations à tout moment.
(1) Rendement actuariel de 4,5 %, ce qui représente un écart de taux de 1,48 % par rapport au taux de rendement sans frais des emprunts d'État de durée équivalente constaté au moment de la fixation des conditions de l'émission (soit 3,02 % constaté le 27 mai 2009 aux environs de 9 heures). Le taux actuariel est déterminé au 27 mai 2009 et n'est significatif que pour un souscripteur qui conserverait ses obligations jusqu'à leur remboursement final. (2) Les frais de cotation sont à la charge de l'émetteur. EDF, communiqué de presse, 15.07.2009	

Diversification. Dans le même temps, à l'instar de la politique mise en place par les émetteurs de fonds propres, le souci de trouver des financements à conduit le législateur et la pratique à développer des formules attractives ; ainsi à côté des obligations simples conférant le droit aux intérêts et au remboursement du capital, des obligations composées ont vu le jour, comme des obligations remboursables ou convertibles en actions. De même, au sein des obligations dites « simples », de multiples formules modulant le droit au coupon et au nominal, se sont développées.

1. Généralités sur l'emprunt obligataire

Quels sont les avantages et les inconvénients du financement de l'entreprise par emprunt obligataire par rapport au financement ou au placement en fonds propres (actions essentiellement) ?

1.1 Avantages

Financement. L'emprunt obligataire permet un financement sans augmentation de capital, laquelle présente l'inconvénient d'être incertaine en période de crise économique et surtout provoque une modification des pouvoirs, ou risque de la provoquer.

Durée. Par rapport au crédit bancaire, la durée est généralement plus longue et le financement parfois moins onéreux. Suivant la formule d'émission choisie par la société, la rémunération de l'emprunt obligataire peut être plus ou moins importante. De plus, l'emprunt obligataire place la société face à une multitude de créanciers ce qui sauvegarde mieux son indépendance qu'une relation contractuelle de crédit avec une personne unique.

Déductibilité. Déductibilité pour la société emprunteuse des intérêts versés aux obligataires, alors que le dividende ne l'est pas.

Coût. Le financement par fonds d'emprunt paraît aujourd'hui moins onéreux que le financement par fonds propres. Cette tendance se nourrit tout d'abord de la baisse des taux d'intérêt, ensuite du renforcement de l'exigence de rentabilité des actionnaires.

Rémunération. Pour l'épargnant, la rémunération est moindre mais assurée. Surtout, le régime fiscal est plus avantageux avec le prélèvement libératoire.

1.2 Inconvénients

Risque. Pour la société, le versement des intérêts est obligatoire, même si l'exercice est déficitaire, ce qui en cas d'endettement important, peut la conduire au dépôt de bilan. En revanche, l'emprunt obligataire met la société et ses dirigeants à l'abri des pressions des investisseurs exigeant des distributions de dividendes trop importantes.

Érosion du capital. Pour l'emprunteur, il n'a droit à l'échéance de l'emprunt qu'au remboursement de son capital, alors que la valeur d'une action intègre d'autres paramètres tels que l'actif social. En période d'inflation, le placement en obligations est plutôt désavantageux car le principe du nominalisme monétaire conduit au remboursement d'une somme strictement identique à celle placée. Ainsi, une obligation d'un montant nominal de 100 en 1977 aurait été remboursée 100 en 1990, alors que compte tenu de l'érosion monétaire, il aurait dû toucher environ 240. Il est clair que le ralentissement de l'inflation réduit cet effet.

Ensuite, il faut noter que la hausse des taux d'intérêt fait baisser le cours des obligations sur le marché boursier, et inversement. En effet, une obligation émise au taux de 4 % va se valoriser si les taux sont inférieurs (ce qui signifie que les nouvelles obligations émises le seront à moins de 4 % et auront donc un rendement moindre) ; et se déprécier si les taux sont supérieurs (puisque les obligations émises postérieurement seront mieux rémunérées).

1.3 Rapprochement actions-obligations

Il y a donc beaucoup de différences de nature entre actions et obligations. Néanmoins, la situation de l'obligataire tend à se rapprocher de celle de l'actionnaire sur certains points :

- son revenu (intérêt) peut varier en fonction des bénéfices réalisés par la société émettrice (obligations dites « participantes », voir *infra*) ;
- son titre peut se transformer en action (exemple : obligation convertible ou remboursable en actions) ;
- il exerce un certain nombre de prérogatives « politiques » au sein de la « masse » des obligataires, alors qu'un créancier ordinaire n'intervient en rien dans la vie sociale.

2. Approche juridique

L'essentiel des normes applicables aux obligations se trouve aux articles L. 228-38 à 228-90 du Code de commerce.

2.1 Conditions de l'emprunt obligataire

a) L'émetteur de l'emprunt

Sociétés par actions et GIE. L'émission d'obligations est ouverte aux sociétés par actions, SA, SAS ou SCA, mais également à certains GIE (composés exclusivement de sociétés par actions) et associations ayant une activité économique. Traditionnellement, l'État et les collectivités publiques peuvent également émettre un emprunt obligataire.

SARL. Depuis l'ordonnance du 25 mars 2004, les SARL répondant à certaines conditions peuvent émettre des obligations, sans toutefois être autorisées pour autant à faire offre au public. Cette nouveauté marque clairement l'actuelle tendance législative à préférer l'endettement à l'autofinancement.

La société émettrice doit avoir deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires (le but est d'éviter l'émission d'emprunts obligataires par des sociétés fictives, ainsi que de permettre aux investisseurs de connaître la situation financière de la société).

L'émission n'est permise que si le capital social est intégralement libéré. Il est normal de ne pas avoir recours à des investisseurs extérieurs si les actionnaires n'ont pas encore fourni tout ce qu'ils avaient promis.

S'agissant spécifiquement des SARL, une condition supplémentaire est requise.

La SARL doit être éligible au commissaire aux acomptes, c'est-à-dire dépasser deux des trois seuils suivants :

- 3 100 000 € de chiffre d'affaires HT ;
- 1 550 000 € de total bilan ;
- 50 salariés.

Ce sont là les seules conditions ; on notera qu'il n'y a aucune condition relative au montant de l'emprunt (ni minimum, ni maximum), ni à une quelconque autorisation administrative.

b) Compétence

AGO et dirigeants. Avant 2004, l'émission était une compétence exclusive de l'AGO, puisque l'émission n'entraînait pas de modification du capital social. On notera que les emprunts ordinaires restent de la compétence des dirigeants sociaux. Le droit positif autorisait des dérogations à cette règle en prévoyant des délégations de pouvoirs aux dirigeants. L'ordonnance du 24 juin 2004 a modifié cette règle de compétence, hormis pour les SARL ; désormais, l'émission d'obligations est une compétence concurrente de l'assemblée ordinaire et des organes dirigeants de la société : cela signifie que l'AGO peut décider d'en émettre, mais que les dirigeants le peuvent également.

AGE. Si la société décide de l'émission de titres de créance pouvant se muer en titres de capital (comme des obligations remboursables en actions), la compétence revient à l'assemblée extraordinaire car une augmentation de capital s'ensuivra.

c) Titres émis

Inscription en compte. Les obligations comme tous les titres financiers doivent être dématérialisées, ce qui signifie qu'elles sont inscrites en compte. Elles peuvent être, à l'instar

des actions, nominatives ou au porteur, la différence résidant dans le teneur du compte. Les sociétés cotées peuvent émettre des obligations au porteur comme nominatives. Elles seront au porteur la plupart du temps ; en revanche, les sociétés non cotées ne peuvent émettre que des obligations nominatives.

Valeur nominale. Le montant nominal des obligations, ou pair, est librement fixé par la société émettrice, alors qu'il devait consister en un minimum de 15 € auparavant.

Ce montant nominal ou pair est obtenu en divisant le montant de l'emprunt par le nombre de titres.

Autres types de valeurs. On prendra bien garde de ne pas confondre la valeur nominale avec :

- la valeur d'émission : c'est le prix payé par l'investisseur au moment de l'émission ; il peut ne pas correspondre à la valeur nominale ;
- la valeur de remboursement : elle ne sera pas toujours identique au nominal (capital indexé ; prime de remboursement, voir *infra*) ;
- la valeur boursière : elle résulte du libre jeu de l'offre et de la demande sur le marché et dépend très largement des taux d'intérêt. Elle se distingue des trois valeurs ci-dessus.

EXEMPLE

Une obligation peut avoir un nominal de 10 €, être émise à 9 €, remboursée à 11 € et coter 14 €.

2.2 Réalisation de l'émission

Techniques. Le marché veut que, pour attirer des investisseurs, un emprunt obligataire soit d'un certain montant. En pratique, et pour permettre à des sociétés de taille moyenne d'avoir accès au marché obligataire en faisant offre au public, des SA se spécialisent dans l'émission d'emprunts obligataires dont elles répartissent le montant entre des sociétés qui sont ses actionnaires. Elles lancent l'emprunt et leurs associés en bénéficient.

GIE. Les sociétés recourant à l'emprunt obligataire peuvent également se grouper en un GIE, voire émettre conjointement un même emprunt sans constituer de groupement, à la condition d'être solidaires de son remboursement et de désigner un chef de file.

Ces procédés se nomment des émissions syndiquées.

Syndicats. L'émission peut se faire de manière privée, l'émetteur recherchant lui-même ses souscripteurs ; le plus souvent, il aura recours à des intermédiaires pour le placement des titres dans le public, et la société sera donc considérée comme faisant offre au public. Ce placement pourra s'effectuer par le recours à des syndicats financiers (groupements de banques ou établissements financiers).

Il existe plusieurs formes de syndicats :

- syndicats de placement : ils visent au placement des obligations auprès du public ;
- syndicats de garantie : ils souscrivent les titres non placés dans le public ;
- syndicats de prise ferme : ils souscrivent l'ensemble des titres puis les placent dans le public.

En cas d'émission d'obligations avec offre au public, des mesures de publicité sont prévues : note d'information visée par l'AMF, publication au *Bulletin des annonces légales et officielles* (BALO).

Robinet ouvert. Certaines émissions sont dites « à robinet ouvert » cela signifie que la société ou la collectivité émettrice ne fixe ni le montant global de l'emprunt, ni la date de fin de l'émission ; l'émetteur consent à fournir des obligations tant que la demande existe.

2.3 Droits des obligataires

On insistera ici sur les droits non financiers, puisque les droits financiers seront amplement étudiés plus loin.

Droits détenus. L'obligataire, de manière schématique :

- est un créancier et non un associé. À ce titre il bénéficie d'un intérêt et du remboursement du capital à l'échéance ;
- peut défendre ses droits individuels de manière collective en agissant au sein de ce que l'on nomme la masse des obligataires ;
- peut, mais cela n'est pas automatique, bénéficier de garanties offertes par la société émettrice, du type : hypothèques, nantissement, cautionnement d'un tiers (banque, tiers, maison mère). Parfois la société a émis un premier emprunt sans sûreté, et en émet un autre avec sûreté par la suite. Les premiers porteurs sont donc moins bien garantis et, pour leur conférer un traitement égal avec les seconds, les emprunts prévoient une clause dite *pari passu* (traitement égal) qui leur garantit un traitement à égalité avec les autres emprunts ;
- peut librement négocier ses titres.

Masse. Les obligataires sont groupés en une masse, c'est-à-dire un groupement doté de la personnalité morale et destiné à défendre leurs intérêts. La masse comprend tous les obligataires d'une même émission ayant des droits identiques ; il peut donc y avoir plusieurs masses pour une même société, sauf pour celle-ci à grouper les porteurs d'obligations issus d'émissions distinctes mais ayant des droits identiques, en une masse unique.

Ces masses tiennent des AG, et ont un ou plusieurs représentants. Le représentant d'une masse en est le mandataire ; c'est lui qui agira en justice au nom de la masse.

Les AG statuent sur tout ce qui intéresse de près ou de loin l'émission : modification des conditions par exemple. Les règles de convocation, de quorum et de majorité sont largement inspirées de celles des AG d'associés, à la différence près qu'il n'existe pas de distinction entre les assemblées ordinaires et extraordinaires.

Compétence de la masse. Suivant les décisions qui sont envisagées par la société émettrice, l'avis de la masse sera ou non requis et/ou pris en compte.

EXEMPLE

- Changement d'objet ou de forme de la société, fusion, émission d'un nouvel emprunt obligataire dans des conditions préférentielles : avis obligatoire de la masse. La société peut passer outre mais doit alors, soit rembourser les obligataires qui en font la demande, soit leur offrir des garanties suffisantes.
- Modification du taux d'intérêt, des modalités de remboursement : accord nécessaire de la masse. Pas de possibilité de passer outre son refus.

En revanche, certaines décisions sont interdites à la masse ; ce sont les décisions qui touchent aux droits individuels des obligataires : charge supplémentaire, inégalité de traitement entre porteurs de titres d'une même émission, conversion imposée en actions si non prévue dans le contrat d'origine.

3. Approche financière

L'obligation classique prévoit le versement annuel d'un intérêt fixe dénommé coupon, et le remboursement du nominal à l'échéance. Ce schéma s'est nettement diversifié, qu'il s'agisse du taux d'intérêt ou du remboursement du capital.

3.1 Taux d'intérêt

a) Détermination du taux dans l'émission des obligations

Taux facial. Le taux d'intérêt est également nommé taux nominal ou facial. Il sert au calcul du coupon à partir du montant nominal des obligations (le pair) : une obligation de 1 000 € aux taux de 5 % l'an rapportera donc 50 € par an.

Il est en principe fixe, mais, au moment de l'émission, il dépendra surtout du marché financier. Deux émissions n'ont en pratique jamais le même taux ; en revanche, tous les porteurs de la même émission doivent bénéficier du même taux. Il existe en pratique un lien entre la garantie offerte, c'est-à-dire le risque encouru, et la rémunération par le coupon : plus le risque est important, plus le taux sera élevé. Les obligations garanties par l'État ou par une collectivité seront en principe moins bien rémunérées que les obligations du secteur privé.

Les obligations peuvent comprendre un revenu fixe ou variable. En principe le taux d'intérêt versé annuellement est fixe et déterminé une fois pour toutes dans le contrat d'émission. Mais des formules différentes ont été aménagées.

Taux variable. Une obligation peut ainsi avoir un taux d'intérêt variable en fonction des résultats de la société ou en fonction des fluctuations du marché financier ou monétaire. Voici trois types d'obligations comportant des taux d'intérêt particuliers :

- les **obligations participantes**, qui se composent d'un intérêt fixe et d'un intérêt complémentaire variant en fonction des bénéfices de la société. La complexité du produit explique son très relatif succès ;
- les **obligations à taux variables**, qui permettent de se prémunir contre les fortes fluctuations du marché. En général, un taux plancher est convenu et l'on appliquera un taux de référence, inconnu dans son montant à l'origine, pouvant être par exemple le TMO (taux de rendement moyen des obligations), ou encore le taux interbancaire EURIBOR (*Euro Interbank Offered Rate*). Le taux est donc le fruit d'une moyenne sur une période antérieure ;
- les **obligations à taux révisable**, ou flottant, qui bénéficient d'un taux connu à l'avance et révisable périodiquement tous les ans ou tous les trois ans sur la base des taux du marché.

b) Paiement du coupon

Concernant le versement de l'intérêt (ou coupon), en principe celui-ci se fait annuellement mais autres formules sont envisageables.

- **Obligations à coupon zéro** : pas de paiement d'intérêts, mais l'émission se fait très en dessous du pair (montant nominal) et remboursement au pair ; ainsi la rémunération se fait par différence entre le montant de l'émission et celui du remboursement. L'intérêt des obligations à coupon zéro peut être fiscal ; l'obligataire ne recevant pas d'intérêt n'est pas imposé sur le revenu, mais sur la plus-value dont le taux peut être plus intéressant.

- **Obligation à coupon unique** : les intérêts sont capitalisés et versés en une fois au moment du remboursement. Par exception, on pourra même avoir des obligations à coupon unique prépayé au moment de l'émission.

c) Taux d'intérêt et autres taux

Taux facial. Le taux nominal ou facial est le taux d'intérêt de l'émission ; il est fixe, variable ou révisable (voir *supra*).

Taux réel. Le taux réel est le taux facial moins le taux de variation des prix : ainsi, une obligation émise au taux nominal de 6 % alors que la hausse des prix est de 2 %, fournit un taux réel de $6 - 2 = 4$ %.

Taux de rendement. Le taux d'intérêt ne doit pas être confondu avec le taux de rendement d'une obligation, lequel reflète d'autres paramètres très importants comme le prix d'émission, le mode de remboursement, le prix de remboursement, la durée de l'emprunt. Ce taux de rendement réel reflète le rendement réel de l'obligation. C'est l'intérêt reçu par rapport au prix réellement payé.

EXEMPLE

Une obligation de valeur nominale de 1 000 € est achetée sur le marché 840 €. Son taux d'intérêt est de 6 %. On dira que son coupon est de $(6 \times 1\,000)/100 = 60$. Le rendement effectif est par conséquent de $(60/840) \times 100 = 7,14$ %.

Taux actuariel. Le taux actuariel est le taux effectif avant impôt des obligations. Il tient compte de l'ensemble des éléments à la base de la rentabilité réelle des obligations : prime d'émission, de remboursement, coupon payé semestriellement et pouvant être remplacé.

EXEMPLE

Une obligation d'une valeur nominale de 1 000 € est émise au taux facial de 6 %, le coupon étant versé semestriellement. Les intérêts reçus sont donc de 30 au bout d'un an et de 30 au bout de 6 mois. Les 30 perçus au bout de 6 mois peuvent être remplacés et rapporter 1,8 € en plus. Les intérêts sont donc effectivement de 61,8 €. Le taux actuariel est de $(61,8/1\,000) \times 100 = 6,18$ %.

3.2 Capital remboursé

Le principe est que le capital est remboursé à l'échéance à son montant nominal. Là aussi de nombreuses formules de modulation existent.

a) Obligation à amortissement échelonné

C'est le versement tous les ans, ou à échéance régulière, d'une fraction du capital + intérêts.

Variante. Les obligations à fenêtres qui peuvent être remboursées à certaines périodes (les fenêtres) fixées par avance.

b) Obligations à remboursement in fine du capital

Cette formule est plus coûteuse pour la société que le remboursement par amortissement régulier du capital. Comparons un emprunt de 100 sur 5 ans au taux de 6 %, dans le cas d'un remboursement *in fine* et dans celui d'un amortissement linéaire de 20 % chaque année.

HYPOTHÈSE 1 : REMBOURSEMENT <i>in fine</i>			
Année	Capital amorti	Intérêts payés	Charge totale
1	0	6	6
2	0	6	6
3	0	6	6
4	0	6	6
5	100	6	106
Total sur 5 ans	100	30	130

HYPOTHÈSE 2 : AMORTISSEMENT LINÉAIRE DU CAPITAL			
Année	Capital amorti	Intérêts payés	Charge totale
1	20	6	26
2	20	4,8	24,8
3	20	3,6	23,6
4	20	2,4	22,4
5	20	1,2	21,2
Total sur 5 ans	100	18	118

c) Obligations comprenant un remboursement de capital plus élevé que le capital versé

- **Obligations à prime d'émission** : Les obligations sont émises en dessous du nominal fixé, et remboursées au montant du nominal.

EXEMPLE

Émission à 25 € d'une obligation d'un montant nominal de 30 €. Le porteur paiera 25 € et sera remboursé 30 €.

- **Obligations à prime de remboursement** : Les obligations sont émises au pair (montant nominal) mais remboursées au-dessus du pair (montant plus élevé que le nominal).
- **Obligations à double prime** : Les obligations sont émises sous le pair, remboursées au dessus.
- **Obligations participantes** : Le remboursement peut être variable en fonction des résultats de l'entreprise. Ces obligations sont très peu utilisées en pratique.
- **Obligations à capital indexé** : Les obligations sont rémunérées par un taux fixe et un principal variant suivant un indice qui doit être en relation avec l'activité de la société.

EXEMPLE

L'emprunt Giscard dont le capital et les intérêts étaient indexés sur le prix de l'or.

Exemple aussi de PPR, Lagardère, Canal +, Vivendi, Carrefour dont les obligations étaient indexées sur l'évolution du cours boursier pendant une période déterminée.

4. Fiscalité des obligations

Les règles fiscales seront présentées de manière schématique.

4.1 Pour la société émettrice

Pour la société émettrice, la charge financière de l'emprunt obligataire est déductible de son BIC. De même, les frais d'émission de l'emprunt obligataire (frais de publicité par exemple) sont déductibles, soit en une fois, soit sur toute la durée de l'emprunt lui-même.

4.2 Pour le porteur de l'obligation

On n'envisagera que la fiscalité des intérêts versés périodiquement.

Les intérêts des obligations détenues par des particuliers sont en principe soumis au barème de l'IR sans abattement ni crédit d'impôt (+ prélèvements sociaux 12,3 %).

Le contribuable peut choisir un autre régime d'imposition, le prélèvement libératoire, qui correspond à un taux de base de 19 %, auquel s'ajoutent des contributions sociales qui portent ce taux à 31,3 %. L'option pour le prélèvement libératoire suppose que le capital placé et les intérêts servis ne soient pas indexés (sauf depuis 1998 sur le niveau général des prix).

Cette option doit être prise au moment où ces revenus sont encaissés et elle est irrévocable pour l'année fiscale en cours.

LA NOTATION DES INSTRUMENTS FINANCIERS

La crise des *subprimes* met la question de la solvabilité et de l'appréciation du risque-crédit sous les feux de l'actualité. Des agences spécialisées (bien connues sous les noms de Moody's, Fitch, etc...) sont chargées d'attribuer une note à l'émetteur afin que l'investisseur puisse évaluer le couple risque-rémunération.

La notation concerne :

- les émissions d'obligations ;
- les opérations de titrisation ;
- titres hybrides ;
- de manière plus générale, tout type de dette financière.

La note tient compte de la capacité de remboursement de l'emprunteur.

Le tableau ci-après reprend les principales notes et leur signification

AAA	Risque nul – Emprunteur de grande qualité
AA	Haute qualité mais risque pouvant apparaître sur le long terme
A	Bonne qualité – risque pouvant naître de la modification des circonstances économiques
BBB	Investisseur de qualité moyenne.
BB	Risque de crédit possible
B	Remboursement incertain – risque assez fort
CCC	Risque très important de non-remboursement
CC	Faillite proche
C	Faillite

SECTION 3

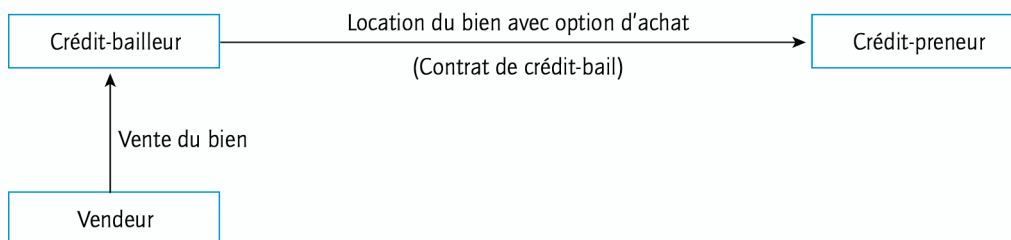
LE CRÉDIT-BAIL

Crédit à moyen ou long terme. Le crédit-bail est une technique permettant de financer l'équipement de l'entreprise, à moyen (entre deux et sept ans) ou long terme (au-delà de sept ans).

Opération de crédit-bail. L'opération de crédit-bail est soumise au monopole des établissements de crédit. La société de crédit-bail entre dans la catégorie des sociétés financières.

L'opération de crédit-bail, mobilier ou immobilier, comporte plusieurs contrats :

- le **contrat de crédit-bail** proprement dit est celui par lequel le crédit-bailleur loue une chose au crédit-preneur et lui promet de lui vendre cette chose si celui-ci le souhaite à une date donnée. Ce contrat se décompose donc en une convention de louage de chose et une promesse unilatérale de vente. Celle-ci est déterminante de la qualification de crédit-bail ; à défaut, il s'agit d'une location simple ;
- un **contrat de vente** lie le crédit-bailleur à un vendeur. En effet, l'originalité de l'opération tient à ce que le crédit-bailleur est un établissement financier qui, à la demande du crédit-preneur, acquiert la chose qui sera par la suite louée à ce dernier.



Réglementation. Lorsque la chose financée par crédit-bail est d'un usage professionnel, le Code monétaire et financier régit l'opération. Les opérations portant sur des biens à usage non professionnel sont soumises à la liberté contractuelle (on ne les appelle d'ailleurs pas crédit-bail, mais *location assortie d'une option d'achat*).

1. Le crédit-bail mobilier

Champ d'application. Le Code monétaire et financier prévoit que la réglementation qu'il met en place en matière de crédit-bail mobilier concerne les choses corporelles comme incorporelles.

	Type de meubles visés par la loi	Observations
Meubles corporels	Biens d'équipement ou de matériel d'outillage	Toutefois, c'est l'usage du bien qui importe ; de sorte, par exemple, qu'un véhicule de tourisme acquis pour les besoins d'une entreprise peut faire l'objet d'un crédit-bail relevant du Code monétaire et financier. Par ailleurs, celui-ci ne s'applique que si l'achat de la chose, par le crédit-bailleur, est le préalable au contrat de crédit-bail. Ainsi, le contrat portant le bien fabriqué par une entreprise et prévoyant sa location avec option d'achat n'est pas un crédit-bail.
Meubles incorporels	Fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels Parts sociales et d'actions	L'achat préalable de l'élément incorporel n'est pas nécessaire à la qualification de l'opération. Toutefois, cet achat aura généralement lieu car le crédit-bailleur est un financier qui, par conséquent, ne possède pas le bien donné en location. La location doit être assortie d'une option d'achat, ce qui soumet le contrat au même régime que le crédit-bail mobilier corporel, sauf quelques particularités.

Rémunération. Le crédit-preneur est tenu de verser un prix au crédit-bailleur pour la location de la chose (loyer) jusqu'à la fin de celle-ci. Ce terme se manifeste lors du choix effectué par le preneur à une date donnée. Soit il renonce à l'acquisition du bien. Soit il exerce son option d'achat et devient alors propriétaire de la chose, en contrepartie du versement d'un prix qui doit, au terme du Code monétaire et financier, tenir compte, au moins partiellement, des loyers déjà versés.

En cas de défaut de paiement, le preneur s'expose à la résolution du contrat, d'après les règles du droit commun des contrats.

Contrat de vente. Le plus souvent, la vente liant le crédit-bailleur au fournisseur du bien, est conclue par l'intermédiaire du crédit-preneur (tiers à la vente), lequel s'occupe aussi de retirer la chose achetée (lorsqu'elle est corporelle). Il faut en déduire l'existence d'un mandat entre le crédit-bailleur (le mandant) et le crédit-preneur (le mandataire).

Ce mandat marque le retrait du crédit-bailleur par rapport à la vente. Certaines clauses généralement insérées dans le contrat de crédit-bail le montrent encore davantage. Il s'agit de stipulations qui mettent à la charge du preneur les risques liés à la chose, ou par lesquelles le crédit-bailleur transfère au crédit-preneur l'ensemble des droits et actions dont il est titulaire vis-à-vis du vendeur. Ces dernières clauses justifient la renonciation, le plus souvent stipulée, du crédit-preneur à toutes actions contre le crédit-bailleur en cas de difficultés liées à la chose louée.

Délivrance et garantie de la chose par le crédit-bailleur. Le Code monétaire et financier ne prévoit que partiellement les règles gouvernant les rapports entre les parties au contrat de crédit-bail. Aussi, convient-il de se référer au droit commun du louage édicté par le Code civil (art. 1713 et suivants). Il en résulte qu'il appartient au crédit-bailleur de délivrer la chose louée et garantir celle-ci contre ses vices cachés. Toutefois, comme il vient d'être écrit ci-dessus, une clause interdit souvent au crédit-preneur d'exercer contre le crédit-bailleur toute action liée notamment aux vices de la chose (clause de non-recours). Et la

jurisprudence admet la validité de pareille stipulation dès lors que le crédit-preneur a choisi lui-même le bien loué et que le contrat lui transfère l'ensemble des droits et actions dont il est titulaire vis-à-vis du vendeur.

Cession du contrat de crédit-bail. Le contrat de crédit-bail est marqué par l'*intuitu personae*, du moins pour le crédit-bailleur. Aussi, le consentement de ce dernier est indispensable à la cession du contrat par le crédit-preneur.

Quant à la cession par le crédit-bailleur sans l'accord du preneur, elle est indirectement permise par le législateur : « En cas de cession de biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l'opération, le cessionnaire est tenu aux mêmes obligations que le cédant qui en reste garant » (CMF, art. L. 313-8).

Publicité du contrat de crédit-bail. La loi impose la publicité du contrat de crédit-bail, même mobilier. S'agissant des meubles, cette formalité doit être effectuée par le crédit-bailleur auprès du greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement. À défaut de publicité, le contrat est inopposable aux tiers.

2. Le crédit-bail immobilier

Champ d'application. Le Code monétaire et financier prévoit que la réglementation qu'il met en place en matière de crédit-bail mobilier concerne les biens immobiliers à usage professionnel achetés par la société de crédit-bail ou construits pour son compte.

La qualification de crédit-bail est emportée dès lors que l'opération permet au locataire de devenir propriétaire (CMF, art. L. 313-7, 2^o) :

1. soit par l'exécution d'une promesse de vente (comme en matière mobilière, voir *supra*) ;
2. soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués ;
3. soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire.

Le deuxième cas vise la pratique consistant à créer une société civile immobilière (SCI) entre le crédit-bailleur et le crédit preneur, laquelle achète le bien construit ou le terrain nu. Le bien est alors loué au crédit-preneur par la SCI, tandis que le crédit-bailleur promet au locataire de lui vendre le bien à l'issue du bail.

Le troisième cas vise l'hypothèse où le crédit-preneur est propriétaire du terrain. Un montage consiste alors à louer le terrain au crédit-bailleur pour une longue durée (bail emphytéotique ou bail à construction), ce qui autorise ce dernier à construire l'immeuble sur ledit terrain. Enfin, l'immeuble édifié est donné en location au crédit-preneur, et au terme de la location, le crédit-preneur devient de plein droit propriétaire de la construction par voie d'accession.

Cession du contrat de crédit-bail. Les règles présentées à propos du crédit-bail mobilier s'appliquent aux immeubles.

Publicité du contrat de crédit-bail. La loi impose la publicité du contrat de crédit-bail. S'agissant des immeubles, cette formalité doit être effectuée par le crédit-bailleur auprès du bureau des hypothèques. À défaut de publicité, le contrat est inopposable aux tiers.

SECTION 4

LES GARANTIES DU CRÉDIT

Présentation. Les garanties sont des mécanismes juridiques ayant pour fonction de prémunir les créanciers contre les risques du crédit, c'est-à-dire, pour l'essentiel, l'insolvabilité de leurs débiteurs. Les principales garanties sont des **sûretés** dont la finalité est de permettre directement le recouvrement de la créance impayée. Le droit des sûretés a été substantiellement réformé par une ordonnance du 23 mars 2006.

Épousant la distinction traditionnelle, qui est aussi celle du Code civil, on présentera tout d'abord les garanties personnelles puis les garanties réelles.

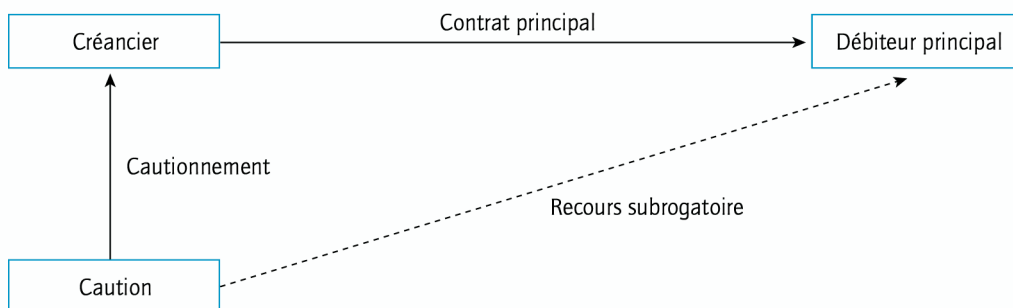
1. Les garanties personnelles

Notion. Une garantie personnelle est un contrat conclu entre le créancier et un garant ; ce dernier étant une personne autre que le débiteur principal. Elle confère au créancier le droit de réclamer au garant le paiement de ce qui lui est dû.

1.1 Cautionnement

Article 2288 du Code civil. Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

Définition. Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'engage à payer le créancier dans le cas où le débiteur principal viendrait à ne pas payer ce dernier. Aussi, l'engagement de la caution est-il accessoire par rapport à celui du débiteur principal.



Cautionnement simple et cautionnement solidaire. Le cautionnement est dit simple lorsque la caution peut se prévaloir du bénéfice de discussion – elle impose au créancier de poursuivre le débiteur pour se faire payer avant de la poursuivre – et du bénéfice de division – en présence d'une pluralité de garants, elle exige du créancier de diviser ses poursuites entre eux. Le cautionnement est dit solidaire lorsque la caution renonce aux bénéfices de discussion et de division.

Réglementation. Les règles relatives au cautionnement ont leur siège dans le Code civil. Mais il faut aussi compter avec d'autres codes, notamment le Code de la consommation dont les dispositions protègent les cautions personnes physiques à l'égard des créanciers professionnels.

Formalité. Les règles du droit commun des contrats gouvernant leur formation sont applicables au contrat de cautionnement. Celui-ci est soumis cependant à des règles spéciales. Notamment, en tant qu'acte par lequel une seule partie (la caution) s'engage envers une autre (le créancier) à payer une somme d'argent, le contrat doit être constaté dans un écrit comportant la signature de la caution ainsi que la mention, écrite par celle-ci, de la somme en toutes lettres et en chiffres (C. civ., art. 1326). À défaut l'acte reste valable, mais ne peut constituer qu'un commencement de preuve par écrit. Par conséquent, ce n'est pas une condition de validité, mais une règle de preuve.

Proportionnalité. Depuis la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, le Code de la consommation prévoit que l'engagement de la caution ne doit pas être manifestement disproportionné à ses biens et revenus (art. L. 341-1). Le texte fait suite à une évolution de la jurisprudence en la matière. Il concerne les cautionnements conclus entre un créancier professionnel et une caution personne physique (mais nécessairement en qualité de consommateur).

Caractère accessoire. Le cautionnement est une garantie accessoire. Ce caractère accessoire traduit un lien de dépendance entre la caution et l'obligation principale garantie. Il en découle notamment les deux règles suivantes. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur (C. civ., art. 2290). La caution est en droit d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette (C. civ., art. 2313). En d'autres termes, la caution peut se prévaloir à l'égard du créancier des moyens de défense appartenant au débiteur.

Mais la loi ajoute que sont inopposables les exceptions purement personnelles au débiteur. Pendant longtemps, la jurisprudence a écarté l'application de cette restriction à l'opposabilité, parce qu'elle contredit le caractère accessoire du cautionnement. Dans une décision importante, la Cour de cassation a jugé l'inopposabilité d'une exception purement personnelle au débiteur. Il s'agissait du dol dont fut victime ce dernier.

Extinction du cautionnement. L'extinction du cautionnement peut trouver sa source dans les relations entre le débiteur principal et le créancier, principalement lorsque celui-là paie celui-ci.

La source peut par ailleurs se trouver dans le rapport entre la caution et le créancier. Notamment, quand la dette garantie est une dette présente, le paiement par la caution éteint son obligation. Cette dernière dispose alors d'un recours subrogatoire contre le débiteur principal.

Enfin, la caution est libérée en cas de faute du créancier. C'est par exemple le cas lorsque celui-ci néglige de préserver ses droits de recours contre le débiteur principal, ce qui empêche la caution d'exercer son recours subrogatoire contre ledit débiteur (C. civ., art. 2314).

1.2 Garanties indépendantes

Article 2321, al. 1^{er}, du Code civil. La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Présentation. Les garanties indépendantes ou autonomes ne sont pas nées de la loi mais de la pratique et, plus précisément, de la pratique bancaire internationale. Elles sont dites indépendantes en ce que le garant, une banque, s'engage à payer une somme sans pouvoir différer le paiement ou soulever une quelconque contestation. Son efficacité est redoutable parce qu'elle n'est pas accessoire, à la différence du cautionnement, et qu'en conséquence le garant doit payer la somme avant de pouvoir contester.

Cette efficacité a poussé les opérateurs à utiliser les garanties indépendantes dans leurs relations internes. L'ordonnance du 23 mars 2006, qui a réformé le droit des sûretés, en a introduit une définition dans le Code civil (art. 2321, cité ci-dessus). Mais, son utilisation est interdite pour les crédits mobiliers et immobiliers contractés par les consommateurs (C. consom., art. L. 313-10-1).

Régime juridique. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation principale. En d'autres termes, il ne saurait se prévaloir d'un moyen de défense reposant sur le contrat principal qui lui éviterait de payer (par exemple son inexécution par le créancier titulaire de la garantie). Toutefois, le garant est admis à se prévaloir de l'abus ou de la fraude manifeste du bénéficiaire ou de la collusion entre ce dernier et le donneur d'ordre.

En principe, si la créance garantie est cédée, la garantie autonome n'est pas transmise avec elle. Mais il s'agit là d'une règle supplétive, de sorte qu'il reste possible de prévoir que la garantie suit l'obligation principale (C. civ., art. 2321, al. 4).

2. Les garanties réelles

Notion. Les garanties réelles consistent en l'affectation d'un ou plusieurs biens, meubles ou immeubles, appartenant au débiteur ou à un tiers au paiement du créancier, ce dernier disposant sur ces biens d'un droit réel. On envisagera les principales garanties réelles.

2.1 Le gage

Définition. Le gage est un contrat par lequel le débiteur ou un tiers – appelé le constituant – accorde au créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un ou plusieurs **biens mobiliers corporels**, présents ou futurs (C. civ., art. 2333 et 2334), fongibles ou non fongibles. Il peut être réalisé avec dépossession au profit du créancier ou sans dépossession.

Formalités. La validité de la constitution du gage nécessite l'accomplissement d'une formalité : l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité de biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature. Le gage est donc un contrat solennel (à propos de cette notion, voir *supra*, chap. 1, section préliminaire).

L'opposabilité du gage aux tiers (notamment les autres créanciers) nécessite une autre formalité : la publicité par une inscription sur un registre spécial. Mais celle-ci n'est pas nécessaire si le créancier a la possession du bien gagé, cette possession suffisant à l'opposabilité.

Défaillance du débiteur. En cas de défaut de paiement de la dette à son échéance par le débiteur, le créancier gagiste peut faire ordonner en justice soit la vente du bien gagé, afin de se faire payer par préférence sur le prix, soit que le bien lui demeure en paiement. Enfin, le contrat peut prévoir qu'à défaut de paiement, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. Le recours au juge n'est alors pas nécessaire.

Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier dispose d'un **droit de rétention**, lequel trouve tout son intérêt quand le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. Si le gage est constitué sans dépossession, le créancier dispose également d'un droit de rétention (loi du 4 août 2008). Cette nouveauté est surprenante car on ne voit pas comment le créancier pourrait retenir ce qu'il ne possède pas. Peut-être ce droit de rétention résulte-t-il du droit de suite attaché au gage et qui permet au créancier de faire valoir son droit contre le tiers acquéreur (lorsque le constituant a aliéné le bien gagé).

2.2 Le nantissement

Définition. Le nantissement consiste à affecter en garantie un bien meuble incorporel, y compris une créance, présent ou futur. Pareille affectation peut résulter d'un contrat ou d'une décision de justice (C. civ., art. 2355).

Réglementation. Le nantissement constitué par décision de justice, ou judiciaire, est régi par les règles relatives aux procédures civiles d'exécution.

Quant au nantissement constitué par contrat, ou conventionnel, il faut distinguer selon l'objet sur lequel porte la garantie.

S'il s'agit d'une créance, un régime juridique lui est réservé dans le Code civil (art. 2356 et suivants, résultant de la réforme de 2006 ; laquelle ne supprime pas pour autant les formes spéciales de nantissement de créances existantes, notamment la cession de créance professionnelle).

Si la garantie porte sur un autre meuble incorporel, les règles qui s'appliquent sont celles édictées pour le gage de meubles corporels, sauf si des dispositions spéciales existent pour tel ou tel bien (c'est le cas par exemple pour les fonds de commerce, les films de cinéma, les logiciels informatiques, les parts sociales, les comptes d'instruments financiers, les contrats d'assurance).

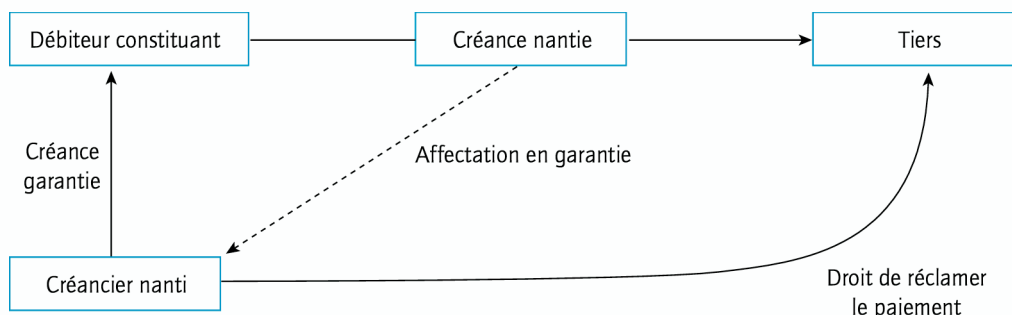
Nantissement conventionnel de créance. Le nantissement conventionnel de créance consiste à affecter une créance que le débiteur, dit aussi le constituant, détient sur un tiers (qui est son débiteur) en garantie du paiement de la créance initiale (voir *infra* schéma).

Ce nantissement doit être conclu par écrit, à peine de nullité. Il s'agit donc d'un contrat solennel. Il devient opposable à la date de l'acte. Mais, pour être opposable au tiers (le débiteur de la créance nantie) le nantissement doit lui être notifié. Son intervention à l'acte rend aussi la garantie opposable à son égard.

Lorsque la créance nantie vient à échéance avant la créance garantie, le créancier reçoit les fonds du tiers et doit les conserver à titre de garantie sur un compte bancaire. Le créancier doit les restituer si l'obligation garantie est exécutée. En revanche, si cette obligation n'est pas exécutée à son échéance, alors le créancier affecte lesdits fonds au remboursement de sa créance.

Lorsque la créance nantie vient à échéance après la créance garantie, soit le débiteur constituant paie sa dette et le nantissement prend fin, soit il ne paie pas et alors la loi offre un choix au créancier :

- il décide d'attendre l'échéance de la créance nantie et de se faire payer par le tiers, ce paiement s'imputant sur la créance garantie ;
- ou il décide de ne pas attendre et de se faire attribuer la créance nantie par le juge (attribution judiciaire), ou dans les conditions prévues par la convention de nantissement (pacte comissoire).



2.3 L'hypothèque

Article 2393, al. 1^{er}, du Code civil. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

Article 2395 du Code civil. Elle est ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle.

Hypothèque immobilière conventionnelle. L'hypothèque immobilière conventionnelle est une sûreté constituée par contrat et portant sur un droit immobilier. Le débiteur constituant reste propriétaire de la chose et en conserve la possession. L'hypothèque ne peut en principe porter que sur des biens présents (c'est-à-dire non futurs). Il s'agit d'un contrat solennel : un écrit est nécessaire à sa validité et cet écrit doit être rédigé par notaire. Quant à son opposabilité, elle est conditionnée à la réalisation d'une publicité foncière et par son inscription.

En cas de défaillance du débiteur constituant, le créancier est en droit de faire vendre le bien hypothéqué et obtenir ainsi paiement sur le prix, ou se faire attribuer le bien par décision de justice (attribution judiciaire), ou dans les conditions prévues par la convention (pacte comissoire). Dans ses rapports avec les autres créanciers du débiteur constituant, le créancier hypothécaire dispose d'un **droit de préférence** qui lui permet d'être payé en priorité. Enfin, ce dernier est titulaire d'un **droit de suite** qu'il peut exercer en cas d'aliénation du bien : il est en droit de faire saisir l'immeuble aliéné, puis de le faire vendre pour être payé sur le prix.

Hypothèque légale. Les hypothèques légales sont celles attribuées par le législateur au bénéfice de certains créanciers.

EXEMPLE

Les mineurs disposent d'une hypothèque sur les biens du tuteur ou de l'administrateur légal. Elle doit être inscrite par le conseil de famille en cas de tutelle ou par le juge des tutelles en cas d'administration légale.

Hypothèque judiciaire. L'hypothèque judiciaire résulte le plus souvent d'une décision de justice en faveur d'un créancier qui l'a sollicitée afin de prévenir l'insolvabilité future de son débiteur.

L'obtention de pareille garantie suppose d'abord une autorisation d'inscription provisoire, laquelle permettra ensuite au créancier d'obtenir une inscription définitive. L'hypothèque prendra rang au jour de l'inscription provisoire.

2.4 Les privilèges

Article 2324 du Code civil. Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.

Notion. Le privilège est une sûreté que la loi accorde à certains créanciers en raison de la qualité de leur créance et qui le confère un droit de préférence pour être payé. Les privilèges généraux ont pour assiette un ensemble de biens, tandis que les privilèges spéciaux portent sur des biens déterminés.

EXEMPLES

Exemples de créances bénéficiant d'un **privilège mobilier général** (il n'existe plus de privilège immobilier général) : les frais de justice ; les salaires ; les créances postérieures à une procédure collective (voir *infra*, chapitre 19, section 2).

Exemples de créanciers bénéficiant d'un **privilège immobilier spécial** : le vendeur d'immeuble ; le prêteur de deniers.

Exemples de créanciers bénéficiant d'un **privilège mobilier spécial** : le bailleur d'immeuble, le vendeur de meuble, le vendeur du fonds de commerce (voir *infra*, chapitre 18, section 1).

2.5 Droit de rétention

Définition. Le droit de rétention est le droit reconnu par la loi à certains créanciers de retenir la chose qu'il doit remettre ou restituer à son débiteur, tant que ce dernier ne l'a pas payée. Le rétenteur dispose d'un droit réel sur la chose retenue.

Créanciers bénéficiaires (C. civ., art. 2286)	Exemples
« Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ».	Le créancier gagiste avec dépossession.
« Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ».	Le vendeur de meuble lorsque la vente est au comptant.
« Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ».	Le garagiste dont le prix de la réparation ne serait pas payé.
« Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession ».	Voir <i>supra</i> , gage.

2.6 La fiducie-sûreté

Article 2011 du Code civil. La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

Sources. La fiducie a été introduite en droit français par la loi du 19 février 2007. Auparavant on trouvait dans notre législation des dispositions épousant le mécanisme de la fiducie, mais c'est cette loi qui en a dessiné la notion et le régime général. Elle a permis le renouveau en France de cette institution dont le succès outre-manche – où elle prend le nom de trust – a sans nul doute incité notre législateur. Mais, par crainte des fraudes, fiscales notamment, le domaine de la fiducie fut restreint et les conditions définies strictement. La loi dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a élargi le domaine et assoupli les conditions, tandis qu'une ordonnance du 30 janvier 2009 a accompagné cette réforme. Désormais, les

règles générales relatives à la fiducie sont inscrites aux articles 2011 à 2030 du Code civil. Enfin, l'ordonnance du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, a réglé les interactions entre la fiducie et le droit des entreprises en difficulté.

a) Notion de fiducie-sûreté

Définition de la fiducie. La fiducie est définie par l'article 2011 du Code civil en des termes très généraux afin d'en préserver toutes les potentialités. Il s'agit d'un mécanisme qui permet au constituant de transférer temporairement tout ou partie de ses biens ou ses droits dans un patrimoine d'affectation (dit fiduciaire) géré par un fiduciaire au profit d'un bénéficiaire. Il autorise donc la réalisation d'opérations de gestion ou la mise en place de sûretés.

Fiducie-sûreté. Par la fiducie-sûreté, le constituant transfère au fiduciaire la propriété d'un bien mobilier ou immobilier en vue de garantir une dette. Le créancier peut être le fiduciaire lui-même – auquel cas il est également le bénéficiaire. La fiducie est alors réalisée sans entiercement : le bénéficiaire n'est pas un tiers. Le créancier peut aussi être un tiers et dans ce cas la fiducie est réalisée avec entiercement : le bénéficiaire est un tiers. Le fiduciaire devra rétrocéder la propriété du bien au constituant dès lors que la garantie n'a plus lieu de jouer (créance payée par exemple). Il devra en revanche la transmettre au bénéficiaire – le créancier – en cas de défaillance du débiteur. Les parties peuvent prévoir que le constituant conservera la jouissance des biens transmis en propriété.

EXEMPLE

L'entreprise A emprunte une somme d'argent auprès d'une banque B. Les parties concluent un contrat de fiducie par lequel A transfère à B la propriété de son local d'exploitation. L'acte stipule le droit pour A d'utiliser le local aux fins d'exploitation de son fonds de commerce. Au terme de l'emprunt, remboursé sans difficulté, B rétrocède la propriété du bien à A.

b) La formation du contrat de fiducie

Parties au contrat. Depuis la loi dite de modernisation de l'économie du 4 août 2008, le constituant peut être une personne physique ou morale, tandis qu'avant cette loi, seules les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés étaient concernées.

La qualité de fiduciaire est réservée à certaines personnes : les établissements de crédit, les sociétés d'investissement, les entreprises d'assurance et, depuis la loi de 2008 précitée, les avocats.

Forme du contrat. Le contrat de fiducie est formalisé par un écrit. Un acte sous seing privé est suffisant, excepté lorsque les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, auquel cas le contrat doit être établi par acte notarié à peine de nullité (C. civ., 2012).

Contenu du contrat. À peine de nullité, le contrat de fiducie détermine (C. civ., art. 2018) :

- les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
- la durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ;
- l'identité du ou des constituants ;
- l'identité du ou des fiduciaires ;
- l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ;
- la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

Lorsqu'il s'agit d'une fiducie-sûreté, le contrat doit mentionner en outre la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 2372-2).

Enregistrement et publicité. La loi soumet la fiducie à des formalités d'enregistrement et de publicité (voir C. civ., art. 2019).

c) Les effets du contrat de fiducie

Création d'un patrimoine d'affectation et obligations du fiduciaire. La fiducie conduit à la création d'un patrimoine d'affectation. Le fiduciaire en est titulaire. À ce titre, il doit rendre compte de sa mission (C. civ., art. 2022) et il est responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission. Les conséquences de pareille responsabilité pèsent sur son patrimoine propre (C. civ., art. 2026).

Droits des tiers créanciers. Pour faire de la fiducie un mécanisme efficace et attractif, la loi protège le patrimoine d'affectation en limitant les droits des tiers créanciers. Dans la fiducie-sûreté, il faut donc bien distinguer ces « tiers créanciers » du créancier bénéficiaire de la fiducie. Ainsi, le patrimoine fiduciaire échappe aux créanciers du constituant ou du fiduciaire, sauf dans certains cas (voir C. civ., art. 2025, al. 1^{er}).

Défaut de paiement et fiducie-sûreté. Si la dette garantie n'est pas payée, le bénéficiaire (le fiduciaire ou le créancier) acquiert la libre disposition du bien.

Rechargement de la fiducie-sûreté. Si le contrat le prévoit, la fiducie-sûreté peut être rechargée. Le rechargement consiste à affecter en garantie de nouvelles créances les biens cédés initialement et composant le patrimoine fiduciaire. Lorsque le constituant est une personne physique, la loi limite cette faculté de rechargement : le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge (C. civ., art. 2372-5, pour les biens mobiliers ; art. 2388-5 pour les biens immobiliers).

d) La fin du contrat de fiducie

Révocation. Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire. Après acceptation par le bénéficiaire, il ne peut être révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.

Extinction. Le Code civil prévoit plusieurs causes d'extinction (C. civ., art. 2029) :

- le décès du constituant lorsque ce dernier est une personne physique. Le patrimoine fiduciaire fait alors retour à la succession. Toutefois, depuis une loi du 12 mai 2009, la fiducie-sûreté n'est pas concernée par cette cause d'extinction ;
- la survenance du terme ;
- la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme ;
- la renonciation du bénéficiaire ;
- la liquidation judiciaire ou la dissolution ou disparition du fiduciaire par suite d'une cession ou d'une absorption ;
- une sanction disciplinaire frappant l'avocat fiduciaire ;
- la liquidation judiciaire frappant le constituant et seul bénéficiaire du contrat de fiducie. Elle entraîne la résiliation de plein droit de ce contrat et le retour des biens du patrimoine fiduciaire dans son patrimoine (C. com., art. L. 641-12-1).

FICHE 12

LE COÛT DU CRÉDIT

Crédit à titre onéreux. Lorsque le crédit est consenti à titre onéreux, le coût du crédit est constitué par la rémunération du dispensateur de crédit ainsi que par les frais exposés par ce dernier. Ce coût se traduit dans le taux d'intérêt.

Éléments du taux d'intérêt. Le taux d'intérêt conventionnel est librement déterminé par les parties, sous réserve des contraintes économiques (la concurrence au premier chef) et juridiques (l'usure). En pratique, il est fixé sur la base du taux de base bancaire. Il s'agit d'un taux de référence déterminé par chaque établissement de crédit et lié au coût des ressources et aux taux auxquels la banque se refinance sur les marchés. À partir de ce taux de base, la banque proposera un taux d'intérêt tenant compte de différents facteurs, tels la durée du crédit, les risques existants... Selon la Banque de France, ce taux « sert encore de référence à la tarification d'environ un tiers des crédits à court et moyen termes consentis aux entreprises, notamment aux PME ».

Taux fixe ou taux variable. Le taux d'intérêt conventionnel peut être fixe, indexé ou variable :

- fixe, le taux n'évolue pas, ni à la hausse ni à la baisse ;
- indexé, il suit proportionnellement l'évolution d'un paramètre. La dite évolution est répercutée proportionnellement sur le taux conventionnel : on calcule le pourcentage d'évolution du paramètre et on l'applique au taux ;
- variable, l'évolution d'un paramètre choisi est répercutée sur le taux conventionnel, mathématiquement et non proportionnellement. Le paramètre peut être lié à la situation du client, par exemple ses profits réalisés à l'aide du crédit octroyé. Il peut s'agir aussi du taux de base de la banque. Il peut s'agir encore d'indices, tel que l'indice du coût de la construction ou encore des indices des marchés monétaires (par exemple EONIA, TMM, EURIBOR) ou obligataires (par exemple TME, TMO, TRBO).

Stipulation expresse du taux. En principe, les intérêts débiteurs ne courent que si la convention le prévoit en vertu de l'article 1905 du Code civil. Cette règle reçoit exception pour le compte courant dont le solde débiteur produit de plein droit des intérêts (la jurisprudence est constante).

Détermination du TEG. Le taux effectif global (TEG) n'est pas le taux d'intérêt conventionnel. Il est un indicateur légal destiné à informer le bénéficiaire du crédit sur le coût de celui-ci, mais aussi à vérifier si le prêt est usuraire. Pour déterminer le taux effectif global du prêt, il convient d'ajouter au taux d'intérêt conventionnel (et qui correspond à la rémunération du prêteur), « les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi

du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels » (C. consom., art. L. 313-1, rappelé par CMF, art. L. 313-4). Si le taux est variable, l'écrit doit mentionner un TEG correspondant à des exemples chiffrés à titre indicatif.

Bien sûr on y inclut les frais correspondant à l'ouverture d'un dossier, de même que les frais de rédaction d'un acte notarié (sauf s'il s'agit d'un crédit à la consommation) ou de constitution de garanties, sauf si, dans ces deux cas, le montant ne peut être indiqué précisément avant la conclusion définitive du contrat (C. consom., art. L. 313-1).

Qu'en est-il alors des primes d'assurance ? L'assurance – par exemple contractée par le débiteur et garantissant certains événements comme son décès ou son invalidité ou encore un incendie affectant le bien financé – ne participe pas directement du coût du crédit puisqu'elle présente un intérêt distinct du crédit lui-même : en cas de réalisation du risque, le crédit est pris en charge par l'assureur. Aussi peut-on penser que les primes d'assurances ne devraient pas composer le TEG. Toutefois, pareil raisonnement est faussé lorsque la souscription d'une assurance est exigée par le dispensateur de crédit, lequel conditionne alors l'obtention du crédit à la souscription d'une assurance. La Cour de cassation tient compte de toutes ces considérations. Elle juge que les primes d'assurance doivent être comptées dans le TEG lorsque l'assurance est obligatoire, tandis qu'elles doivent en être exclues lorsque l'assurance est facultative : « que le coût d'une assurance facultative dont la souscription ne conditionne pas l'octroi du prêt, n'entre pas dans la détermination du taux effectif global » (Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2007, pourvoi n° 04-18.668).

Plus généralement, tous les frais qui conditionnent le crédit doivent être considérés comme ayant un lien direct avec ce dernier et, en conséquence, être comptés dans le TEG. Il en va ainsi des coûts de souscription de parts sociales d'une banque mutualiste. Et il importe peu que ces parts sociales puissent être rétrocédées à la fin de la relation contractuelle. Il en va également ainsi d'une prime incorporée au capital restant dû lors du réaménagement du prêt et se présentant comme la contrepartie d'une réduction du taux d'intérêt.

23. ÉTUDE DE CAS

Prêt

24. ÉTUDE DE CAS

Calculs relatifs aux obligations

N° 23 : ÉTUDE DE CAS**Prêt**

M. Nardo est artisan maçon dans le cadre d'une entreprise individuelle. Pour les besoins de son activité professionnelle, il a contracté un prêt auprès d'une banque, pour une somme de 30 000 euros. Le taux d'intérêt conventionnel est bien stipulé dans l'acte écrit qui a été établi et signé par les parties, mais pas le taux effectif global. Par ailleurs, ce prêt a pour objectif de financer l'acquisition, par M. Nardo, de matériel d'équipement. Le contrat de prêt indique l'obligation pour l'emprunteur d'utiliser les fonds prêtés audit achat.

QUESTIONS

1. Dans l'hypothèse où la banque refuserait de verser les fonds à M. Nardo, celui-ci peut-il obtenir juridiquement un tel versement ?
2. Dans l'hypothèse où les fonds ont été versés par la banque, où le bien a été acheté à l'aide desdits fonds, et où quelques mois plus tard, M. Nardo obtient la résolution de la vente pour manquement à l'obligation de délivrance conforme, M. Nardo peut-il obtenir de ne pas payer les intérêts du prêt ?

N° 24 : ÉTUDE DE CAS**Calculs relatifs aux obligations****QUESTIONS**

1. Vous comparerez les taux de rendement réel des obligations ci-après :
 - a) obligation X d'un montant nominal de 100 €, émise avec prime à 90 € au taux nominal de 4 % sur une durée de 8 ans.

- b) obligation Y à coupon unique émise au taux de 5 % au nominal de 200 € sur une durée de 6 ans. Remboursement du capital et versement du coupon unique à l'échéance. Capital indexé sur l'indice INSEE du coût de la construction. Indice au moment de l'émission 1167 ; indice au moment du remboursement 1342.
- c) obligation Z à coupon zéro : valeur nominale de 120 €. Durée de l'emprunt 6 ans. Émission à 75 €, remboursement 120 €.
2. Quelle formule vous semble la moins coûteuse pour la société émettrice :
- a) une émission de 1 500 000 € d'obligations au taux de 5 % sur 10 ans avec coupon payé annuellement et remboursement du capital *in fine* ?
 - b) une émission du même montant sur 15 ans avec amortissement linéaire du capital et à taux identique ?
3. M. Y est porteur de 1 500 obligations de la société ERF émises au pair à 10 € au taux facial de 5 %. Calculez l'imposition due au titre des coupons versés en 2008 (impôt payé en 2009) si M. Y opte pour le prélèvement libératoire.

12

CHAPITRE

Le financement par la mobilisation de créances

SECTION 1	L'escompte des effets de commerce
SECTION 2	L'affacturage
SECTION 3	La cession et le nantissement de créances professionnelles
APPLICATION	

Notion de mobilisation de créances. Une créance est juridiquement mobilisée lorsqu'elle est transférée à un établissement de crédit en propriété ou à titre de nantissement. La mobilisation des créances est un mécanisme de crédit, à court terme, lorsque l'établissement de crédit accorde à son client cédant, en contrepartie du transfert, une somme d'argent d'un montant équivalent, moins les frais et commissions. Le crédit ainsi accordé sera remboursé par le recouvrement des créances transmises par l'établissement de crédit auprès du tiers débiteur. On présentera dans ce chapitre trois techniques de crédit par mobilisation de créances : l'escompte d'effets de commerce, l'affacturage, la cession de créance professionnelle.

SECTION 1

L'ESCOMPTE DES EFFETS DE COMMERCE

Effet de commerce. La loi ne définit pas l'effet de commerce.

Il s'agit d'un **titre négociable** – c'est-à-dire susceptible d'être transmis plus rapidement et plus efficacement que ne le permettent les procédés du droit civil – qui donne droit au paiement d'une somme d'argent à vue ou à une échéance assez proche. « À vue » : c'est alors un instrument de paiement ; « à une échéance assez proche » : c'est un instrument de crédit.

Pendant très longtemps, la lettre de change fut la seule forme d'effet de commerce utilisée. Celle-ci n'est plus utilisée aujourd'hui que comme un instrument de crédit (du fait de la concurrence du chèque). À côté de la lettre de change, toujours très utilisée, on constate un regain d'intérêt pour le billet à ordre.

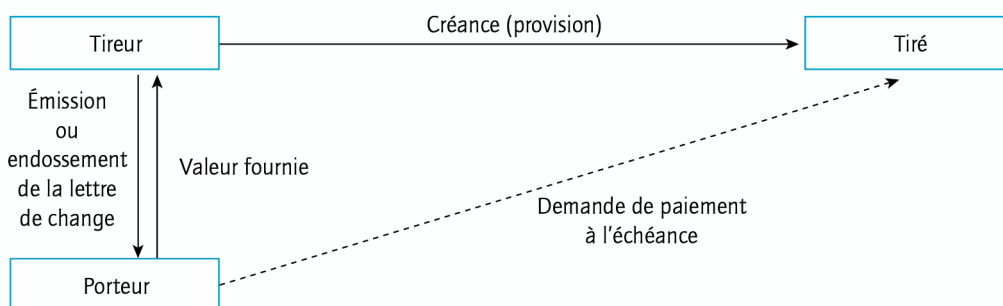
■ La lettre de change

« Écrit par lequel une personne, le *tireur*, invite une deuxième personne, le *tiré*, à payer une troisième personne, le *bénéficiaire* ou porteur ou à l'ordre de cette dernière une somme d'argent à une échéance en général assez proche » (Voc. Cornu). La lettre de change est souvent appelée « traite » dans la pratique des affaires.

La transmission au porteur de la lettre de change opère de plein droit transfert à ce dernier des droits sur la provision, c'est-à-dire de la créance de somme d'argent détenue par le tireur à l'égard du tiré. La prestation réalisée par le porteur au bénéfice du tireur, et qui justifie l'émission de la lettre de change puisque le second devient alors débiteur du premier, est appelée la valeur fournie.

Le porteur a la possibilité de demander au tiré d'accepter de se reconnaître débiteur principal de la lettre de change : l'acceptation crée un engagement cambiaire du tiré. Pareille acceptation est une garantie supplémentaire de paiement pour le porteur. À l'heure actuelle, elle est rare.

Lorsque, à l'échéance, le porteur s'adresse au tiré, ce dernier peut lui opposer les exceptions (c'est-à-dire des moyens de défense) qu'il aurait pu opposer au tireur ; on parle d'opposabilité des exceptions. Celles-ci sont toutefois inopposables lorsque le tiré a accepté la lettre de change.



■ Le billet à ordre

Le billet à ordre met en présence deux personnes, un souscripteur et un bénéficiaire. C'est un « écrit par lequel le souscripteur s'oblige à payer à court terme ou à vue une somme déterminée au bénéficiaire désigné ou à son ordre » (Voc. Cornu).

Le souscripteur prend un engagement cambiaire de payer le bénéficiaire ou toute autre personne qui lui sera substituée par voie d'endossement.

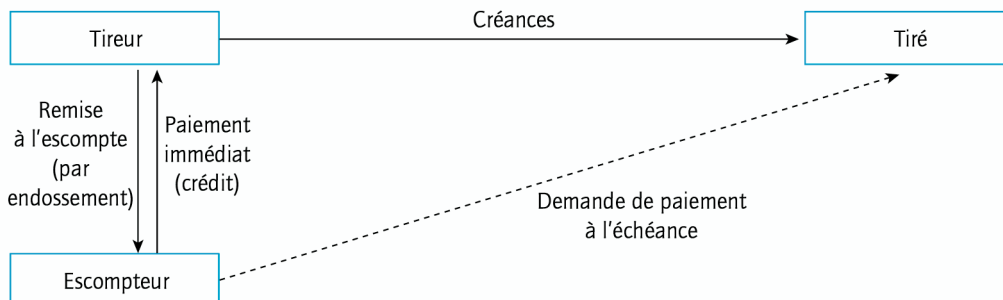
■ L'escompte

Définition. L'escompte est une opération de crédit à court terme par laquelle la propriété d'effets est transférée à une personne appelée *l'escompteur* – généralement une banque – lequel procède à leur paiement immédiat, sous déduction des intérêts et commissions.

Mécanisme de l'escompte. L'escompte concerne le plus souvent les effets de commerce, notamment la lettre de change. Il est généralement lié à un compte courant. Le client cédant les effets est habituellement le tireur : il transmet les effets au banquier ; celui-ci porte le montant des effets escomptés au crédit du compte courant du client, et se fera ensuite payer par le tiré.

Les effets peuvent également être présentés à l'escompte par le tiré, celui-ci agissant alors pour le compte du tireur, c'est-à-dire en qualité de mandataire (« escompte fournisseur »). L'utilité réside dans la faculté pour le tiré d'obtenir de meilleures conditions de crédit que le tireur.

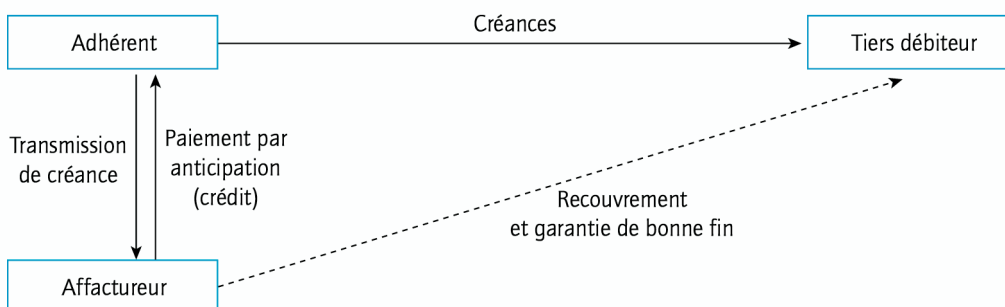
L'escompte présente l'avantage pour l'entreprise de se procurer des liquidités en mobilisant ses créances dont elle est titulaire sur ses clients. Le banquier, lui, devient propriétaire des effets transférés et bénéficie à ce titre des garanties du droit cambiaire. Toutefois cette opération présente un coût important que le banquier répercute sur les commissions dues par son client. Elle reste usuelle.



SECTION 2

L'AFFACTURAGE

Définition. L'affacturage, ou *factoring*, est l'opération « par laquelle un client, appelé *adhérent* ou *fournisseur*, transmet ses créances à une société d'affacturage, dénommée *factor* ou *affactureur* – établissement de crédit soumis au Code monétaire et financier – qui, moyennant rémunération, se charge d'en opérer le recouvrement, d'en garantir la bonne fin même en cas de défaillance du débiteur et de régler par anticipation tout ou partie des créances transférées » (T. Bonneau, 2005).



Old line factoring. L'affacturage est apparu en France vers 1965, par inspiration des techniques anglo-américaines. Il correspondait alors à la définition indiquée ci-dessus, que certains appellent l'affacturage traditionnel (ou encore *old line factoring*). Celui-ci est à la fois :

- une technique de gestion commerciale : le factor gère les comptes client de l'adhérent ;
- une technique de financement à court terme (moins de 180 jours) : le factor paie par anticipation le montant des créances mobilisées ;
- une technique de garantie : le factor assure le risque de non-paiement par le tiers débiteur.

New line factoring. Des formules modernes de factoring (*new line factoring*) conservent certaines fonctions de l'affacturage traditionnel pour en laisser d'autres de côté :

- le *maturity factoring* exclut le crédit (le factor ne paie pas par anticipation) pour n'être qu'une technique de gestion et de garantie ;
- l'*agency factoring* exclut la gestion ;
- le *factoring with recourse* exclut la garantie de bonne fin. L'affactureur conserve alors un recours contre l'adhérent en cas de défaillance du tiers débiteur.

1. La transmission des créances

Clause d'exclusivité. Aucun texte général ne régit la relation entre l'affactureur et l'adhérent. La transmission des créances s'inscrit dans le cadre d'une convention obéissant au droit commun des contrats. Cette convention contient généralement une clause dite de globalité ou d'exclusivité : l'adhérent s'engage à ne pas transférer ses créances, pour affectation, à une autre personne que son cocontractant factor.

Approbation des factures et règlement. Pour autant, ce dernier n'est pas tenu d'accepter toutes les créances qui lui sont présentées par l'adhérent. Il conserve la liberté d'approuver ou de rejeter les créances. Pour cela, la convention prévoit en pratique la communication par l'adhérent des pièces justificatives ou encore, à la demande de l'affactureur, des documents commerciaux, administratifs ou comptables destinés à vérifier la sincérité et l'exactitude des pièces fournies par l'adhérent.

Les créances non approuvées par l'affactureur peuvent toutefois être recouvrées par lui en qualité de mandataire. Dans ce cas, il ne devient pas propriétaire de créances ; celles-ci ne lui sont pas transmises.

Compte courant. Le plus souvent un compte courant est ouvert entre l'affactureur et l'adhérent. L'affactureur inscrit alors le montant des créances approuvées au crédit du compte et débite celui-ci au même instant de la rémunération à lui due. Dans l'hypothèse d'un affectation avec recours, et si l'affactureur contre-passe au débit du compte le montant de la créance impayée à son échéance par le tiers débiteur, la créance de recours de l'affactureur contre l'adhérent est éteinte, de sorte qu'il est dépourvu de droit d'agir pour obtenir paiement de la créance affectée. Elle est restituée à l'adhérent (Cass. com., 21 mars 2000).

Modalité de transfert : la subrogation. Généralement, l'affectation repose sur la technique de la subrogation conventionnelle gouvernée par les articles 1249 et suivants du Code civil : l'affactureur (le subrogé), par le paiement effectué des créances à son adhérent, se substitue dans les droits, privilèges ou hypothèques de celui-ci (le subrogeant) contre le tiers débiteur. C'est donc une transmission de créance s'effectuant sur le fondement du paiement (de l'adhérent par l'affactureur). La subrogation a lieu dans la mesure du paiement, ce qui la distingue de la cession de créance. Ce qui signifie, que l'affactureur ne peut obtenir du tiers débiteur que ce qu'il a payé à l'adhérent.

Au titre de la subrogation, l'affactureur ne pourra se substituer à l'adhérent que s'il est en possession d'une quittance subrogative remise par ce dernier, quittance qui atteste du paiement effectué par le premier. Il devient propriétaire des créances ; en cette qualité, la subrogation est opposable aux tiers à la date du paiement (de l'adhérent par l'affactureur). En principe, donc, du fait de cette opposabilité, le tiers débiteur ne se libère valablement

qu'entre les mains de l'affactureur. Malgré tout, l'affactureur aura tout intérêt à donner information au tiers débiteur de l'existence de la subrogation, et ce le plus tôt possible c'est-à-dire dès la subrogation. Cette information n'est pas obligatoire, mais elle est utile pour éviter un paiement effectué par le tiers débiteur, de bonne foi parce qu'ignorant la subrogation.

Rémunération du factor. La rémunération de l'affactureur se compose de commissions et intérêts, dont le paiement est dû par l'adhérent. Un taux d'intérêt est ainsi généralement stipulé en contrepartie du paiement anticipé par l'affactureur. La Cour de cassation a pu juger que le taux d'intérêt pratiqué en cas de paiement anticipé devant être écrit dans le contrat, à peine de nullité de la stipulation d'intérêt, était le taux effectif global (TEG), en application de l'article 313-12 du Code de la consommation (Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2006, pourvoi n° 03-17.646). Où l'on voit que le champ d'application de ce texte n'est pas fonction de la qualité de consommateur, mais de l'existence d'un crédit, qu'il s'agisse d'un prêt classique ou, comme dans l'espèce jugée, d'un affacturage (avec paiement anticipé).

2. Le recouvrement des créances

Droit de l'affactureur contre le tiers débiteur. Une fois subrogé, l'affactureur n'a aucun droit contre l'adhérent dès lors qu'il garantit la bonne fin du recouvrement (il en va donc différemment du *factoring with recourse*). Subrogé à l'adhérent, le factor recouvre sa créance auprès du débiteur. À compter du paiement effectué par l'affactureur, le débiteur ne se libère valablement qu'entre les mains de celui-ci.

L'affactureur est propriétaire d'une créance transmise avec ses qualités, telles des sûretés, mais aussi ses vices.

Droit du tiers débiteur contre l'affactureur. Parce que la créance est transmise avec ses qualités, mais aussi ses vices, le débiteur peut opposer à l'affactureur les exceptions qu'il aurait pu invoquer à l'encontre de l'adhérent.

Hypothèse	Solution	Observations
Exceptions inhérentes à la créance transmise	Elles sont opposables à l'affactureur.	<i>Exemple</i> : l'inexécution du contrat conclu entre l'adhérent et le débiteur.
Les exceptions non inhérentes à la créance transmise	Elles ne sont opposables que si elles sont antérieures à la subrogation.	<i>Exemple</i> : la compensation entre la créance transmise au factor et une créance détenue par le débiteur sur l'adhérent. Des auteurs estiment que la compensation postérieure à la subrogation est également opposable lorsque les créances réciproques sont connexes. Sont connexes les dettes nées d'un même rapport de droit ou appartenant à un ensemble contractuel unique encadrant les relations entre les parties.

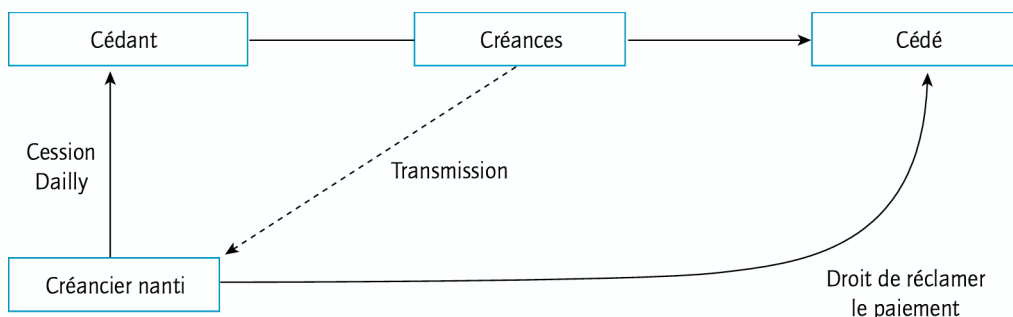
SECTION 3

LA CESSION ET LE NANTISSEMENT DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES

Présentations. La cession et le nantissement de créances professionnelles sont une création de la loi du 2 janvier 1981, dite loi Dailly, du nom du sénateur qui en est à l'origine. On parle aussi de cession Dailly ou encore de bordereau Dailly. Les dispositions de cette loi ont été codifiées dans le Code monétaire et financier (art. L. 313-23 et suivants). La création de cette technique de cession s'explique notamment par le coût de l'escompte.

Mécanisme. Le bordereau Dailly peut ne constituer qu'un instrument de paiement. Mais il est surtout utilisé comme un instrument de crédit, sans être lui-même une forme de crédit. En effet, le bordereau Dailly peut réaliser une opération de crédit ou venir garantir un crédit.

Cession en propriété		Nantissement
Cession escompte	Cession à titre de garantie	
La cession en propriété de créances professionnelles réalise une opération de crédit lorsque le cessionnaire a vocation à demeurer propriétaire des créances cédées. On parle de cession escompte. Le compte du client est crédité du montant des créances, diminué de la rémunération du banquier.	La cession en propriété peut être réalisée à titre de garantie des concours de toute nature que l'établissement de crédit consent à son client (découvert, CMCC...). Le transfert de propriété est provisoire, la restitution de la créance cédée étant subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie. En d'autres termes, la restitution peut être exigée lorsque la créance garantie (un prêt par exemple) est éteinte (par remboursement dudit prêt par exemple, ou encore par prescription, etc.)	Le bordereau peut-être utilisé pour réaliser un nantissement des créances. Les créances professionnelles sont alors nanties, c'est-à-dire affectées en garantie. C'est là une technique de garantie expressément prévue par la loi. Mais elle reste moins efficace que la cession en propriété à titre de garantie, notamment en cas de procédure collective affectant le cédant.



1. Les conditions de la cession

Conditions tenant aux personnes. La cession Dailly est une opération juridique à trois personnes, cédant, cédé et cessionnaire.

Le cessionnaire ou bénéficiaire de la transmission est nécessairement un établissement de crédit. Le cédant peut être « une personne morale de droit privé ou de droit public, ou une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle » (CMF, art. L. 313-23, al. 1^{er}). Cette activité ne doit pas nécessairement être commerciale.

Le cédé ne peut refuser la cession. La loi déclare nuls les clauses ou contrats interdisant à un contractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui (C. com., art. L. 442-6, II, c). Cette solution avait déjà été retenue par la jurisprudence. Elle s'applique à la cession Dailly.

Créances cédées. Les créances pouvant faire l'objet d'une cession par bordereau Dailly sont définies par la loi. Il s'agit de toute créance que le bénéficiaire du crédit détient sur un tiers, personne morale de droit privé ou de droit public ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle. Sont transmissibles par bordereau les créances liquides et exigibles, mais encore les créances à terme et les créances futures. Il suffit qu'elles soient identifiables pour pouvoir figurer dans le bordereau.

Lexique. Une créance est liquide lorsqu'elle est déterminée dans son montant ; elle est exigible si son paiement peut être réclamé immédiatement ; elle est à terme lorsqu'elle est née mais pas encore arrivée à échéance ; elle est future si elle n'est pas encore née.

Mentions du bordereau. Le bordereau peut contenir plusieurs créances, ce qui constitue l'une des raisons de son succès (avec la possibilité d'y inscrire des créances futures). Il est un acte soumis à un grand formalisme. C'est un acte écrit devant comporter des mentions obligatoires. Parmi celles-ci figurent les suivantes :

- la dénomination, selon le cas, « acte de cession de créances professionnelles » ou « acte de nantissement de créances professionnelles » ;
- la mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier ;
- le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire ;
- la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement.

L'absence de ces mentions n'est pas sanctionnée par la nullité de la cession. Si l'une des mentions fait défaut, le titre ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles au sens du code monétaire et financier. En conséquence, l'acte conservera une valeur juridique opposable par le cessionnaire au cédé que si les formes du droit commun ont été observées, ce qui est rarement le cas en pratique.

REMARQUE

Dans l'hypothèse où le bordereau est entaché d'irrégularité et si le débiteur cédé a accepté la cession, pareille acceptation ne vaut pas renonciation, par le cédé, à se prévaloir de l'irrégularité (Cass. com., 16 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.675).

2. Les effets de la cession

Transfert de la propriété. La créance est transmise par la seule remise du bordereau répondant aux conditions de forme énoncées. La notification au débiteur n'est pas une condition de la cession mais permet seulement de renforcer l'efficacité de celle-ci à son égard.

Relations entre cédant et cessionnaire. Le cessionnaire devient propriétaire de la créance à la date mentionnée sur le bordereau. Les sûretés attachées à la créance sont également transmises, sauf convention contraire. Le cédant ne peut modifier unilatéralement les droits attachés à la créance. Il devient, sauf convention contraire, garant solidaire du paiement des créances cédées ou nanties (CMF, art. L. 313-24, al. 2). En cas de défaillance du débiteur cédé, l'établissement de crédit cessionnaire dispose donc d'un double recours contre le cédant : celui-ci peut se voir actionner en qualité de garant solidaire et en qualité de bénéficiaire du crédit consenti.

REMARQUE

En tant que garant, le cédant est tenu à titre subsidiaire, même si la garantie est dite solidaire par la loi. Pour autant, le cessionnaire ne doit pas justifier, préalablement à l'exercice de la garantie, d'une poursuite judiciaire contre le cédé ni même la mise en demeure de celui-ci. En revanche, il a été jugé qu'il devait justifier d'une demande amiable adressée au cédé ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement (Cass. com., 18 sept. 2007, pourvoi n° 06-13.736).

Relations entre cessionnaire et cédé. Jusqu'à la notification de la cession ou du nantissement, le débiteur cédé peut valablement se libérer entre les mains du cédant. La notification n'est pas une obligation pour le banquier :

- si le banquier ne notifie pas, il peut toujours exercer son recours contre les cautions du cédant en vue d'obtenir le paiement des créances cédées, sans faire valoir préalablement ses droits contre le débiteur cédé ;
- s'il notifie, dans les formes prescrites par la loi, le paiement effectué par le débiteur à une personne autre que le banquier n'est pas libératoire.

Le débiteur a la possibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu faire valoir à l'encontre du cédant. Les règles imposant de distinguer selon que l'exception est inhérente ou pas à la créance transmise sont les mêmes qu'en matière d'affacturage (voir *supra*, section précédente). Par ailleurs, le débiteur n'engage pas sa responsabilité pour n'avoir pas indiqué pareilles exceptions au cessionnaire après notification. Enfin, pour faire obstacle à l'opposabilité des exceptions, le banquier peut demander au débiteur cédé d'accepter la cession.

Relations avec les tiers. L'article L. 313-27 du Code monétaire et financier dispose que la cession, ou le nantissement, devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau. La référence à cette date permet de régler les conflits entre le cessionnaire et les tiers se prévalant d'un droit sur la créance. Si ce droit est né postérieurement à la date apposée sur le bordereau, le cessionnaire Dailly est préféré. C'est de cette façon que l'on règle le conflit entre cessionnaire Dailly et un créancier saisissant ou d'autres cessionnaires Dailly ou un affactureur. Ces situations de conflit ne sont pas rares en pratique.

La question est plus difficile à solutionner lorsque le conflit se présente avec le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. L'hypothèse est celle d'un créancier qui a cédé sa créance à une banque par bordereau Dailly et tiré sur le débiteur une traite qu'il a escomptée

auprès d'une autre banque. Si le débiteur paie le porteur de la traite avant notification de la cession Dailly, il est libéré.

Lorsqu'aucun paiement valable n'a été fait, les tribunaux distinguent selon que la lettre de change a été ou non acceptée. En l'absence d'acceptation, on sait que le droit du porteur sur la provision n'est définitivement fixé qu'à l'échéance de l'effet de commerce. Par conséquent, le cessionnaire Dailly est prioritaire si la date apposée sur le bordereau est antérieure à l'échéance de la lettre de change. En cas d'acceptation, en revanche, la Cour de cassation a jugé que le débiteur acceptant doit payer le porteur de l'effet de commerce si l'acceptation est antérieure à la notification de la cession Dailly ; il doit payer le cessionnaire Dailly si l'acceptation de l'effet a lieu postérieurement à la notification de la cession Dailly (Cass. com., 21 mars 1995).

ABSENCE D'ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE		
	Bordereau antérieur à l'échéance de la lettre de change	Bordereau postérieur à l'échéance de la lettre de change
Titre primant l'autre	Cession Dailly	Lettre de change

ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE		
	Notification de la cession antérieure à l'acceptation de la lettre de change	Notification de la cession postérieure à l'acceptation de la lettre de change
Titre primant l'autre	Cession Dailly	Lettre de change

N° 25 : ÉTUDE DE CAS**Affacturage**

L'entreprise « Toutransport » a effectué le 1^{er} juillet 2011 le transport de pièces détachées pour automobiles en exécution d'un contrat conclu avec une entreprise de fabrication de ces pièces (« Ets PiècesAuto »). Les conditions générales rédigées par l'entreprise de transport, auxquelles font référence les conditions particulières, prévoient que le prix (2 000 € en l'occurrence) est payable dans les 30 jours suivant la livraison de la marchandise au destinataire. Le 2 juillet de la même année, « Toutransport » a acheté à l'entreprise PiècesAuto des pièces détachées, pour sa flotte de camions dont elle assure elle-même l'entretien. Le prix a été fixé à 2 500 €. La livraison a eu lieu le jour suivant. La facture est stipulée payable dans les 30 jours de la livraison.

L'entreprise de transport a, le 15 janvier 2007, conclu avec un établissement de crédit un contrat d'affacturage reposant sur le mécanisme de la subrogation. Le factor a accepté la créance, pour le transport du 1^{er} juillet, dès le 5 juillet 2011 et en a effectué le paiement au transporteur le même jour, lequel lui a remis une quittance. Le 15 juillet, il informe par courrier l'entreprise PiècesAuto de la transmission à son bénéfice de la créance pour la prestation réalisée le 1^{er} juillet 2011.

QUESTION

Quels sont les droits de l'affactureur pour obtenir paiement de la créance qui lui a été transmise ?

Les nouveaux instruments de financement

SECTION 1	Les titres complexes
SECTION 2	Les titres subordonnés
FICHE • APPLICATIONS	

Législation cadre. Au croisement des besoins de financement des entreprises et des exigences de rendement des placements, se développent depuis une vingtaine d'années des titres de nature hybride ou complexe, empruntant des caractéristiques aux titres de capital, représentatifs de fonds propres, et d'autres aux titres d'emprunt, représentatifs de créances. Ces nouveaux titres doivent plus à l'ingéniosité de la pratique qu'à l'art législatif. Après avoir timidement tenté de réglementer certains de ces produits, le législateur contemporain a préféré mettre en place une législation cadre, bornant de manière simple la liberté des praticiens.

Classification. Il n'est pas évident de classer ces nouveaux titres que la pratique nomme parfois **quasi-fonds propres** car ils peuvent être assimilés à des fonds propres sans en être de manière intrinsèque. On distinguera donc d'une part les titres complexes, c'est-à-dire, schématiquement, les titres pouvant se muer ou donner droit à une autre catégorie de titres (exemple : une obligation remboursable en actions), et d'autre part les titres dits subordonnés qui sont des titres de créance (famille des obligations) offrant la particularité de n'être remboursables qu'après toutes les autres créances, et parfois sans délais.

SECTION 1

LES TITRES COMPLEXES

Caractéristiques. Depuis plus de vingt ans, le droit français a favorisé l'émission de titres que nous appellerons « complexes », c'est-à-dire :

- des titres qui demeurent négociables ;
- qui peuvent se transformer en un autre titre, à partir d'un titre initial ; par exemple des obligations pouvant être converties ou remboursées en actions ;
- qui peuvent conférer des droits supplémentaires de ceux conférés par le titre initial ; par exemple des obligations avec bons de souscription d'actions ou encore des bons de souscription de titres de capital.

1. Intérêts et évolution

1.1 Intérêts

Coûts. Le premier intérêt est de permettre à l'émetteur des titres de se financer dans de meilleures conditions (c'est-à-dire à un moindre coût) en offrant des titres attractifs pour

le souscripteur. Par exemple, on admet qu'une obligation remboursable en action soit moins rémunérée qu'une obligation remboursable en numéraire.

Réserve de capital. Le deuxième intérêt est, pour certains titres, de permettre à l'émetteur de disposer d'une réserve de capital : c'est le cas de tous les titres qui offrent la possibilité de souscrire des droits d'associé (bons de souscription d'actions, obligations avec bons de souscription d'actions, actions avec bons de souscription d'actions...). Cette réserve peut être utile pour financer tel ou tel projet, mais surtout pour se défendre contre des *raids* inamicaux.

Solvabilité. Le troisième intérêt est que certains de ces titres constituent des « quasi-fonds propres ». Il s'agit de créances offrant un potentiel de transformation en fonds propres. Le titre de créance peut devenir un titre de capital après son émission. Cette potentialité de transformation justifie l'assimilation à des fonds propres dès le départ : on anticipe ainsi sur l'état futur. L'entreprise émettrice apparaîtra alors comme moins endettée tout en bénéficiant d'une réserve de fonds propres. Cela permet de réduire le ratio « endettement sur fonds propres », et de manière générale d'améliorer la solvabilité des entreprises.

1.2 Évolutions liées à l'ordonnance du 24 juin 2004

L'ordonnance du 24 juin 2004 sur les valeurs mobilières a réformé en profondeur le régime des titres complexes.

Jusque-là coexistaient une législation catégorielle et une législation cadre.

a) La législation catégorielle

Le législateur avait prévu un régime juridique spécifique à certains de ces titres : les OCA, les OEA, les OBSA et les BSA. Cette législation catégorielle a été abrogée en 2004 sans effet rétroactif ; les titres émis demeurent en circulation.

■ Les obligations convertibles en actions ou OCA

L'OCA est une obligation qui peut être convertie en action.

Régime. L'OCA a été instituée par une loi du 25 février 1953 mais véritablement réglementée en 1969. Elle bénéficiait d'un régime juridique spécifique à la différence de l'obligation remboursable en actions (ORA) qui n'est qu'une forme de valeur mobilière composée.

Conversion. La conversion :

- a lieu à l'initiative du porteur qui peut préférer conserver le titre d'origine. Il dispose véritablement d'une option. En pratique, on considère que la moyenne de la part convertie en action est de 50 %. Si le porteur laisse passer la période de conversion, l'OCA devient une obligation ordinaire mais comportera généralement un taux plus élevé ;
- peut en général intervenir à tout moment, mais le contrat d'émission peut prévoir des périodes de conversion ;
- opère une augmentation de capital. Au plan comptable, le compte 161 (emprunts obligataires convertibles) est débité par le crédit du compte 101 (capital).

Intérêts. Intérêts des OCA pour la société émettrice : l'emprunt coûte moins cher (taux de rémunération < au taux des obligations ordinaires) en général (exemple : en mars 1994, Peugeot émettait des OCA à 2 % alors que l'État empruntait à 6 %).

La technique constitue en outre une bonne défense anti-OPA (réserve de pouvoir) et représente une potentialité de fonds propres importante.

Pour l'investisseur l'OCA offre une formule très souple avec la certitude d'un revenu garanti et la possibilité de convertir au moment le plus favorable pour réaliser une plus-value.

Ces divers avantages expliquent le succès des OCA (Accor, Beghin-Say, Alcatel-câble...) qui sont aujourd'hui devenues un procédé courant de financement. *

■ **Les obligations échangeables en actions ou OEA**

Définition. L'OEA a été introduite par la loi du 24 juillet 1966. Cette formule consiste en l'émission d'obligations qui seront échangées contre des actions soit déjà émises et détenues par un tiers, en général un établissement bancaire, soit émises dans le cadre d'une augmentation de capital simultanée. La différence avec les OCA réside dans la préexistence des actions qui vont servir à l'échange, alors que, dans la formule des OCA, les actions sont émises au moment et au fur et à mesure de la conversion.

Abandon. L'OEA est une formule lourde, et qui de surcroît ne peut concerner que les sociétés cotées sur un marché réglementé. Cette formule n'a rencontré qu'un succès très relatif depuis sa création et on peut quasiment considérer qu'elle est tombée en désuétude. En effet, le tiers, dit tiers échangiste (banque le plus souvent) qui acceptait de souscrire les actions dans l'attente de leur échange prenait un risque financier important en dépit de sa rémunération.

■ **Les obligations avec bon de souscription d'action ou OBSA**

Définition. L'OBSA ou obligation à « warrant » est une valeur mobilière apparue Outre-Atlantique au début du siècle et réglementée en France depuis la loi Delors du 3 janvier 1983.

L'OBSA est une obligation + un droit de souscrire des actions. C'est une formule « deux-en-un » avantageuse pour la société comme pour le porteur. L'investisseur est et reste obligataire, mais peut devenir actionnaire lors de l'augmentation de capital à venir. Il n'y a pas d'option entre la qualité d'obligataire et d'actionnaire (comme OCA, ORA), mais cumul entre les deux qualités.

Intérêts. Les intérêts pour l'émetteur sont nombreux et finalement assez proches de ceux recensés pour les OCA :

- émission des OBSA à un taux inférieur à celui du marché ;
- réserve de capital importante pouvant être libérée en cas d'attaque hostile sur la société.

Liberté. L'investisseur porteur d'OBSA est très libre puisqu'il peut à son gré :

- céder le bon et conserver l'obligation ;
- céder l'obligation et conserver le bon ;
- céder le bon et l'obligation ;
- conserver le bon et l'obligation.

Une fois acquise la qualité d'actionnaire, l'obligation et l'action sont totalement indépendantes. Pour la société émettrice, l'endettement ne se réduit pas par la souscription des actions (en revanche les OBSA étant moins bien rémunérées que les obligations classiques, l'émetteur emprunte moins cher), mais les fonds propres augmentent. En clair le BSA attaché à l'obligation (et qui peut d'ailleurs s'en détacher et se négocier indépendamment) représente une potentialité de capital social. Néanmoins cette potentialité n'est pas toujours prévisible car rien n'oblige le porteur du bon à l'exercer. Le renforcement des fonds propres est toujours conditionnel pour la société.

■ Les bons de souscription d'action ou BSA

Définition. Les BSA sont également nommés « bons secs » ou warrants. Jusqu'en 1985, les bons de souscription d'actions pouvaient être négociés séparément des obligations auxquelles ils étaient attachés, mais ne pouvaient pas être émis indépendamment d'autres valeurs mobilières.

Intérêts. La loi du 14 décembre 1985, introduit cette possibilité qui offre deux avantages :
– pour la société, ces BSA permettent de mobiliser rapidement des capitaux sans être astreinte au formalisme des augmentations de capital ;
– pour le porteur, et en fonction de l'évolution du cours de l'action, le BSA offrira un important effet de levier comme le montre l'exemple ci-après.

EXEMPLE

Soit un BSA donnant le droit de souscrire une action au prix de 10 €.

Si l'action vaut sur le marché :

- 10 €, la valeur du BSA est nulle ;
- 15 €, la valeur du BSA est de 5 € ;
- 30 €, la valeur du BSA est de 20 €.

Cela montre que quand l'action double de valeur, celle du bon quadruple de valeur. Cet effet de levier joue bien entendu à la baisse, ce qui explique bien que les marchés d'options sont très spéculatifs.

b) La législation cadre

Loi de 1985. En 1985, le législateur mit en place un cadre général permettant aux sociétés d'émettre des valeurs mobilières composées en dehors des cas prévus précédemment (articles L. 228-91 s. du Code de commerce, réd. ant. ord. 24 juin 2004). Cette nouvelle liberté fut largement utilisée par les émetteurs ; on était donc passé au stade des valeurs mobilières librement composées ou sur-mesure.

La loi prévoyait ainsi qu'une société par actions pouvait émettre des valeurs mobilières donnant droit par conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon ou de toute autre manière, à tout moment ou à date fixe, à l'attribution d'une quotité du capital de la société émettrice.

Toutes les combinaisons étaient autorisées et permettaient d'obtenir à partir d'un titre de capital ou de créance, un titre de capital ; l'opération inverse – transformation de capital en endettement – était en revanche interdite (prohibition par exemple des actions convertibles en obligations).

Toutefois, il paraissait possible d'émettre des actions avec bons de souscription d'obligations (ABSO) puisque le titre de capital demeure et n'est nullement converti ou transformé en titre de créance.

Possibilités. Toutes ces formules se caractérisaient par :

- un titre initial, de capital ou de créance ;
- une opération : conversion, échange, remboursement, attribution d'un bon... ;
- un titre final, représentatif du capital de la société, le plus souvent une action.

Sur ces bases législatives, la pratique a créé (toutes les innovations ne peuvent être recensées et nous n'en passerons en revue qu'un petit nombre) :

- les **ABSA** ou actions à bon de souscription d'actions, qui consistent en une action et un bon permettant d'en souscrire une autre à des conditions déterminées ;
- les **OCEANE** qui sont une forme plus élaborée d'OCA. L'obligation à option de conversion ou d'échange en actions nouvelles ou existantes, offre à son porteur une obligation classique que l'émetteur peut choisir de rembourser par conversion en actions nouvelles (OCA classique), ou d'échanger contre des actions existantes prélevées sur l'auto-contrôle ou encore rachetées sur le marché. La seconde branche de l'alternative présente l'intérêt de ne pas diluer le capital existant. Les OCEANE (s) offrent au souscripteur les mêmes avantages qu'une émission classique d'OCA, mais plus de souplesse à l'émetteur. Il semble que ce produit connaisse un succès important, tendant à supplanter les OCA classiques ;
- les **ORA**, ou obligations remboursables en actions, sont des obligations ordinaires avec toutes leurs caractéristiques, à la différence qu'à l'échéance de l'emprunt, elles donnent lieu à un remboursement en actions et non en numéraire. Le prêteur devient obligatoirement associé sans option et sa créance remonte au bilan au rang des fonds propres. Le capital social augmente donc au moment du remboursement ;
- les **OBSO** sont calquées sur le modèle des OBSA. Ce sont des obligations permettant en outre de souscrire pendant une période déterminée des obligations de même nature. L'obligation et le bon sont négociables séparément. L'intérêt de cette formule se présente surtout en période de baisse des taux d'intérêt, puisque le bon permettra de souscrire une obligation offrant un rendement supérieur à celles que l'on peut trouver sur le marché.

AVIS D'ÉMISSION D'Océane

Le 21 mai 2001, Elior SCA annonce le lancement ce jour d'une offre d'obligations à option de conversion et/ou d'échange en actions nouvelles ou existantes.

Les Océanes seront offertes au public en France et à des investisseurs institutionnels dans le cadre d'un placement privé international, réalisé également aux États-Unis.

Le montant de cette offre sera d'environ 130 millions d'euros, ce montant pouvant être augmenté de 15 % en cas d'exercice de l'option de surallocation pour être porté à un montant maximum d'environ 150 millions d'euros. Les Océanes auront une durée de 6 ans à compter de leur date d'émission et devront rapporter un intérêt annuel de 1 %, payable chaque année, le premier versement étant prévu le 8 juin 2002, et un taux de rendement actuariel brut compris entre 3,875 % et 4,375 %. Les Océanes seront remboursées à leur date d'amortissement fixée le 8 juin 2007 à un prix compris entre 119,0 % et 122,6 % de leur valeur nominale. La valeur nominale de chaque Océane, qui sera également le prix d'émission, devrait être fixée à un montant correspondant à une prime comprise entre 26 % et 30 % du prix de cession des actions dans le cadre de l'offre secondaire réalisée concomitamment. Les obligataires auront la faculté de convertir ou d'échanger leurs Océanes en actions ordinaires Elior, selon le ratio d'attribution initial de une action pour une Océane. Elior SCA

pourra rembourser par anticipation les Océanes en circulation à leur valeur actuarielle, partiellement ou en totalité, à compter du 28 juin 2004, si la moyenne des cours de l'action Elior pendant une période donnée dépasse 115 % de la valeur nominale de l'Océane.

L'admission aux négociations sur le Premier Marché d'Euronext Paris SA sera demandée en vue d'une cotation à compter du 8 juin 2001, date d'émission.

c) La réforme de 2004

Généralisation. L'ordonnance réformant les valeurs mobilières en 2004 a généralisé le système mis en place en 1985 : la législation catégorielle (celle des OCA, des OEA, des OBSA...) a disparu, remplacée par une législation-cadre unique très accueillante, permettant aux sociétés d'émettre des « valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance ». La rédaction nouvelle est en effet beaucoup plus simple, mais ne modifie pas substantiellement le champ des possibles.

2. Le nouveau régime des titres complexes (issu de l'ordonnance du 24 juin 2004)

Comme cela a été indiqué, l'ordonnance du 24 juin 2004 a remis en ordre et libéralisé les émissions de valeurs mobilières complexes.

Fin de la législation catégorielle. La législation catégorielle a disparu et la législation-cadre des articles L. 228-91 et suivants du Code de commerce a été remaniée. Du point de vue de l'application dans le temps de ces nouvelles dispositions, les titres émis antérieurement à l'ordonnance vont demeurer soumis au droit antérieur. Ainsi, des OCA émises avant 2004 demeurent soumises au droit antérieur ; mais il ne faut pas en déduire qu'il n'est plus possible d'émettre des OCA : cette émission se fera en application de la nouvelle législation-cadre adoptée.

En clair, une société peut émettre encore aujourd'hui des OCA, ORA, OEA, OBSA, etc., mais ces titres sont pleinement soumis à la nouvelle législation ci-après décrite.

2.1 Principes

Le nouvel article L. 228-91 du Code de commerce prévoit qu'il est possible d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance. Cette définition très large permet de réaliser tous les montages antérieurs mais va au-delà.

En effet, compte tenu que l'ordonnance de 2004 a introduit la possibilité d'émettre des actions dites de préférence, on peut penser que les nouvelles valeurs mobilières complexes pourront utiliser ce mécanisme.

On pourrait ainsi émettre des :

- obligations convertibles en actions de préférence, OCAP ;
- actions ordinaires à bons de souscription d'actions de préférence, AOBSAP...

En revanche, l'utilisation de certificats d'investissement dans le schéma des valeurs mobilières complexes n'est plus possible puisque ces titres ont disparu.

2.2 Régime juridique

Certains éléments de ce régime sont nouveaux, d'autres étaient déjà appliqués dans la législation antérieure.

Émission. L'émission est autorisée par l'AGE sur rapport du conseil d'administration et sur rapport spécial du CAC. Lors de l'émission, les actionnaires ont un droit préférentiel de souscription proportionnel aux actions qu'ils détiennent.

Conversion ou transformation. La conversion ou la transformation de titres de capital en titres de créance demeure interdite.

Groupes. L'une des nouveautés concerne les groupes de sociétés : la possibilité des émissions intra-groupes est libéralisée puisque désormais la mère peut émettre des titres d'accès au capital de la filiale et non plus seulement l'inverse. Dans ce cas, les AGE des deux sociétés sont amenées à autoriser l'émission. On notera que cela ne concerne que l'émission de titres de capital et non de créance. L'obligation émise par une société peut être convertie en une action de sa mère ou de sa filiale, mais une OBSO ne peut donner le droit de souscrire à un emprunt de la mère ou de la filiale.

Caractère indissociable. Autre nouveauté : le contrat d'émission peut prévoir que ces valeurs mobilières et les titres de capital ou de créance auxquels ils donnent droit ne peuvent être négociés qu'ensemble. Si l'on prend l'exemple d'une OBSA régie par l'ancienne législation, on pouvait céder l'obligation sans le bon et inversement. Dans la nouvelle législation, on pourra décider dans le contrat d'émission que l'OBSA sera « insécable ».

Masse. Les articles L. 228-98 à L. 228-106 du Code de commerce contiennent des dispositions relatives à la protection des porteurs en cas d'événements affectant la vie sociale. Il est notamment prévu que les porteurs de titres donnant accès au capital sont groupés en une masse dotée de la personnalité morale.

Rachat. Enfin, une disposition intéressante est prévue à l'article L. 228-102 et concerne les valeurs mobilières donnant accès au capital : sauf disposition spéciale du contrat d'émission (...) la société ne peut imposer aux titulaires de valeurs mobilières donnant accès à son capital, le rachat ou le remboursement de leurs droits. Faut-il comprendre *a contrario* que si le contrat d'émission le prévoit, ce rachat ou ce remboursement est possible ? Dans l'affirmative, il faut y voir une hypothèse d'exclusion, puisque la disposition peut s'appliquer aux ABSA par exemple. La disposition est par conséquent très novatrice.

2.3 Tableau de synthèse (combinaisons admises L. 228-91 C. commerce)

Titre final	Titre initial			
	Action ordinaire	Action de préférence	Obligations	Titres subordonnés
Action ordinaire	ABSA	APBSA	OCA OCEANE OEA ORA OBSA	TSCA TSEA TSRA TSBSA



Titre final	Titre initial			
	Action ordinaire	Action de préférence	Obligations	Titres subordonnés
Action de préférence	ABSAP	APBSAP	OCAP OCEAPNE OEAP ORAP OBSAP	TSCAP TSEAP TSRAP TSBSAP
Obligations	Combinaison Interdite	Combinaison Interdite	OCO OEO ORO OBSO	TSCO TSEO TSRO TSBSO
Titres subordonnés	Combinaison Interdite	Combinaison Interdite	ORTS OETS OCTS OBSTS	TSCTS TSRTS TSETS TSBSTS
Abréviations : A : actions ordinaires • AP : actions de préférence • O : obligations ordinaires • TS : titres subordonnés • R : remboursable • C : convertible • E : échangeable • BS : avec Bon de Souscription de...				

SECTION 2

LES TITRES SUBORDONNÉS

1. Notion

Définition. La notion de titre subordonné (TS) est apparue en 1985 en France, inspirée de la pratique américaine des *subordinated debentures* et des *perpetuals bonds*.

Les TS sont des créances d'avant dernier rang détenues par un porteur sur la société émettrice.

Subordination. L'ordre de remboursement sera donc le suivant :

- créanciers privilégiés ;
- créanciers chirographaires (littéralement : ceux qui ne tiennent leur créance que de leur signature manuscrite) ;
- titres subordonnés ;
- titres participatifs (valeurs mobilières se situant à mi-chemin entre l'action et l'obligation et qui ne peuvent être émis que par des personnes morales spécifiques) ;
- enfin, les actionnaires de la société.

Législation. Le droit français ne réglemente pas à proprement parler les TS, mais l'article L. 228-97 du Code de commerce pose un cadre dans les termes suivants :

Article L. 228-97 du Code de commerce. Lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice, y compris celles donnant le droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion ou y compris des titulaires de prêts

participatifs et de titres participatifs, nonobstant les dispositions de l'article L. 228-36 du présent code et celles des articles L. 313-13 et suivants du code monétaire et financier.

Dans ces catégories de valeurs mobilières, il peut être également stipulé un ordre de priorité des paiements.

2. Les différentes catégories de TS

2.1 Les titres subordonnés à durée indéterminée ou TSDI

a) Mécanisme

Origine. Leur origine est le secteur nationalisé dans les années 80. Les entreprises nationalisées n'ont qu'un seul actionnaire, l'État, ce qui rend impossible, idéologiquement en tout cas, l'entrée d'investisseurs privés dans le capital. De plus l'État, à cette époque-là, est incapable de faire face aux besoins de fonds propres de ces entreprises.

Caractéristiques. Les TSDI sont donc des créances d'avant-dernier rang présentant en outre les caractéristiques suivantes :

- le coupon a un intérêt variable, qui peut être totalement variable ou bien comprendre une partie fixe et une partie variable, voire encore un coupon progressif ;
- le coupon pourra parfois être différé dans son paiement, certains émetteurs subordonnant le paiement du coupon à l'existence d'un bénéfice distribuable, ce qui contribue encore au rapprochement avec la qualité d'associé ;
- une absence de date certaine de remboursement ; on nomme ainsi parfois les TSDI, « obligations perpétuelles ». Cette durée indéterminée ne signifie nullement que la créance ne sera pas remboursée, mais que ce remboursement pourra seulement intervenir à la discrétion de l'émetteur et non du souscripteur.

b) Avantages des TSDI

Ils sont considérés comme des quasi-fonds propres pour l'appréciation des ratios d'endettement ; le risque de dilution du contrôle n'existe pas. En revanche, la durée de l'engagement et leur caractère risqué pour le souscripteur, en font une charge financière assez importante pour l'émetteur : en effet le coupon est plus élevé que celui d'une obligation classique (notion de prime de risque) et doit se payer sur une durée plus longue.

2.2 Les titres subordonnés remboursables

On les nomme TSR ou encore titre subordonnés à durée déterminée (TSDD) ; ces titres sont très largement employés aujourd'hui par des sociétés du secteur privé. Ils sont assez proches de l'obligation classique avec comme seule caractéristique dérogatoire leur subordination. Les TSR sont généralement émis à taux fixe. Un exemple d'émission de TSR est donné plus loin.

EXEMPLE

Le TSDDRA d'Alstom

À l'été 2003, le constructeur du TGV est bien mal en point. Il est au bord du dépôt de bilan et l'État français envisage alors d'entrer dans son capital, ce qui constituerait une première en pleine vague de privatisation. Plus de 100 000 emplois sont en jeu. Le projet d'augmentation de capital est pourtant condamné par la Commission européenne qui considère à juste titre que l'entrée de l'État dans le capital d'Alstom est contraire aux règles de libre concurrence au sein de l'UE. L'aide de l'État prendra donc la forme de la souscription de titres subordonnés remboursables à 20 ans en actions.

LES TSR CRÉDIT DU NORD (AVIS FINANCIER DE LA BANQUE CRÉDIT DU NORD)

Le Crédit du Nord a émis le 24 mai 2004 un emprunt obligataire sous la forme de titres subordonnés remboursables (TSR) d'un montant de 40 millions d'euros extensible à 50 millions d'euros.

Cet emprunt est destiné à conforter la solidité financière à moyen et long terme du Crédit du Nord, accompagner son développement, et enrichir la gamme de placements proposés à ses clients.

Émis pour une durée de 12 ans, cet appel à l'épargne, est représenté par 133 334 titres subordonnés remboursables de 300 euros de nominal.

Émis à 99,87 % et offrant un taux facial de 4,70 %, son taux de rendement actuariel est de 4,714 %. La souscription est ouverte du 24 mai au 11 juin 2004 inclus et pourra être close sans préavis. La date de jouissance et de règlement est fixée au 14 juin 2004.

Les titres seront amortis en totalité le 14 juin 2016 par remboursement au pair. Toutefois, l'émetteur se réserve le droit d'amortir son emprunt de manière anticipée par rachat en bourse ou par voie d'offre publique d'achat ou d'échange.

La commercialisation de cet emprunt est assurée par les sept banques du groupe Crédit du Nord. Cet emprunt a reçu de l'AMF le visa n° 04-461 en date du 19 mai 2004.

Quelques commentaires :

- les TSR sont émis à 99,87 % ce qui signifie que si le nominal du titre est de 100, le prix d'émission sera de 99,87. Une prime d'émission de 0,13 % est offerte ;
- le taux facial est de 4,7 %, ce qui signifie que chaque titre rapportera 4,7 % du nominal qui est de 300 € ;
- le taux actuariel est supérieur au taux facial, ce qui s'explique par la prime d'émission. En effet le revenu annuel est de 4,7 pour non pas 100 investis mais 99,87 ;
- le remboursement se fera au pair c'est-à-dire au montant nominal, à l'échéance des 12 années ;
- l'émetteur est le plus souvent une banque ou une société d'assurance.

2.3 Les titres super-subordonnés (TSS)

Les TSS ont les mêmes caractéristiques que les TSDI mais comportent des clauses relatives au remboursement du capital et au paiement des intérêts encore plus défavorables au créancier (et donc favorables à l'émetteur). Avec le TSS, on est en présence d'un titre qui ne présente aucune obligation précise de remboursement ou de rémunération (la différence avec l'action est très mince...)

FICHE 13

CRÉDITS SUBPRIMES ET TITRISATION DE CRÉANCES DOUTEUSES

Afin d'accéder à la propriété, des ménages américains défavorisés ont contracté des crédits hypothécaires spécifiques nommés *sub-primes* (car ces ménages sont en dessous des ratios de solvabilités habituels), présentant la caractéristique d'être proposés à des taux très élevés de manière à compenser le risque de défaillance pris par l'établissement bancaire. Le plus souvent, les crédits *sub-primes* comprennent des taux progressifs et un remboursement *in fine*. Le risque lié à la situation précaire des ménages emprunteurs semblait sous contrôle mais la conjonction de la hausse des taux et de la crise immobilière américaine a précipité la situation de nombreux ménages, incapables de faire face à leur endettement, entraînant la vente des immeubles hypothéqués. Jusque-là, rien de théoriquement inquiétant pour la santé du système bancaire et financier mondial : les banques spécialisées dans le crédit *sub-prime* auraient dû déclarer leur faillite et les conséquences auraient été circonscrites. Mais les banques émettrices de ces crédits n'ont pas conservé leurs créances sur les ménages américains à revenus modestes ; elles les ont cédées de manière à transférer le risque sur un tiers et à se refinancer. Là encore, la cession de la créance aurait pu se faire directement à un investisseur, lui-même au fait du risque représenté par ces créances. Au lieu de cela, les banques créancières ont créé des structures (comparables à des OPC), auxquelles elles ont cédé leurs créances ; ces structures (ou véhicules de titrisation, nommés outre-Atlantique *Special Purpose Vehicle*) ont à leur tour émis des titres (obligations) qui ont circulé sur les marchés du monde entier. Le véhicule émettait en règle générale trois catégories ou tranches de titres en fonction du risque accepté par l'investisseur : la tranche *equity* (risque premier et rémunération élevée), puis la tranche *mezzanine* et la tranche *senior*.

Voici comment des créances à risque se sont transformées en titres achetés par des investisseurs variés (banques/compagnies d'assurances...) ; l'un des effets pervers de la titrisation est la perte de conscience du risque par les investisseurs : en effet l'interposition du véhicule de titrisation tend à rendre la créance plus opaque, empêchant parfois toute *traçabilité* du titre. L'autre effet pervers est la dissémination du risque sur toutes les places financières.

La suite est facile à imaginer : la défaillance des emprunteurs *sub-primes* réduit sévèrement la valeur de la créance, donc du titre la représentant et c'est le début de la chute des valeurs et des faillites en cascades. Il faut ajouter à cela la crise de confiance née de la question de savoir si les grandes banques possèdent ou non des titres liés aux *sub-primes* et dans quelle proportion.

N° 26 : ÉTUDE DE CAS**Titres complexes****Cas I : Conversion d'OCA**

M. Y a souscrit 1 500 OCA de la société MS France en 2001. Les obligations ont été émises au pair pour 18 € l'unité. L'échéance est en mars 2009 avec une prime de remboursement de 3 € par titre. Le taux facial est de 3,5 %, coupon payable annuellement. Le capital est indexé sur l'indice INSEE du coût de la construction, lequel a progressé de 19 % depuis l'émission.

La conversion est prévue sur la base de 2 actions pour 1 obligation présentée. Le contrat d'émission prévoit une fenêtre de conversion du 1^{er} mars 2007 au 31 juillet 2007.

Le cours moyen de l'action MS France est établi comme suit :

- octobre 2006 : 7 €
- novembre 2006 : 7,3 €
- décembre 2006 : 8 €
- janvier 2007 : 8,2 €
- février 2007 : 8 €
- mars 2007 : 8,5 €
- avril 2007 : 8,9 €
- mai 2007 : 8,7 €

Le dividende distribué en 2006 était de 0,2 € par action.

QUESTION

En vous plaçant en mai 2007, vous indiquerez à M. Y s'il a intérêt ou non à exercer l'option de conversion.

Cas II : Effet de levier BSA

QUESTIONS

1. Combien se négocie le BSA permettant d'acquérir une action de la société Oméga au prix de 27 € alors que l'action cote 42 € ? Et si l'action cote 25 € ?
2. M. X achète 150 BSA de la société Lambda au prix de 30 000 €. Chaque BSA donne le droit de souscrire une action au prix de 150 €. Combien vaut au minimum sur le marché une action de la société Lambda au moment où les BSA sont acquis ?

Cas III : Effet de levier BSA

J'achète pour 3 € l'unité des BSA donnant le droit de souscrire des actions de la société Z au prix de 35 € l'unité. Au jour de mon achat l'action vaut 38 €.

Le cours de l'action évolue par la suite comme suit :

- mois 1 : 40 €
- mois 2 : 42 €
- mois 3 : 48 €
- mois 4 : 40 €
- mois 5 : 35 €
- mois 6 : 30 €

QUESTION

Vous remplirez le tableau suivant permettant de calculer l'effet de levier du BSA (à la hausse ou à la baisse) :

Mois	Valeur action	Valeur BSA	% var. action/valeur au jour de l'achat	% var. BSA/valeur au jour de l'achat
Achat	38	3	sans objet	sans objet
1	40	?	?	?
2	42	?	?	?
3	48	?	?	?
4	40	?	?	?
6	35	?	?	?
7	30	?	?	?

4

PARTIE

LES RESTRUCTURATIONS ET GROUPES D'ENTREPRISES

CHAPITRE 14

La notion de groupe et ses structures

CHAPITRE 15

Les modalités de constitution des groupes

CHAPITRE 16

Le cadre juridique des groupes

CHAPITRE 17

Les autres modes de coopération interentreprises

Small is not beautiful, pourrait-on écrire en plagiant cette maxime célèbre appliquée au monde économique. Les gouvernements de ce troisième millénaire peuvent toujours encourager les petites entreprises, favoriser le petit commerce, rien ne semble arrêter depuis plus de trente ans maintenant, le développement exponentiel des groupes de sociétés. La concentration économique vise à permettre aux entreprises de faire face à une compétition mondiale grandissante et acharnée. Le mouvement de concentration des entreprises est né outre-Atlantique dès le XIX^e siècle. La vieille Europe a dû s'adapter dans les années 1960 pour constituer un contrepoids offensif face aux géants américains.

Retard. L'heure n'est donc plus à l'autonomie traditionnelle des entreprises à caractère familial. Les organigrammes du capital de certaines sociétés cotées en bourse effraient par leurs dimensions et sont de plus en constant mouvement. Face à ces bouleversements économiques qui dépassent nos frontières, le droit national marque un net temps de retard. En effet, comme nous le savons, le droit des sociétés ne reconnaît pas de personnalité juridique au groupe de société ; le groupe est un amas de personnes morales distinctes et indépendantes, même si leurs capitaux s'interpénètrent. Mais la notion fait progressivement des percées, essentiellement sous l'influence du droit social, fiscal et comptable. La personnalité de groupe sera probablement le grand défi du droit des sociétés pour le siècle à venir.

Les notions de groupes et de restructurations sont intimement liées : le groupe désigne, de manière statique, une entité économique et financière, alors que les restructurations sont des opérations dynamiques contribuant à la formation des groupes.

Plan. Cette partie nous conduira dans un premier temps à aborder la notion de groupe et à étudier les types de structures pouvant exister. Le cœur de l'étude des groupes et des restructurations tiendra dans les modalités de constitution : prise de contrôle, offre publique, fusions, scission... Un troisième chapitre nous conduira à aborder la réglementation des groupes, sous l'angle juridique, fiscal, comptable et social. Enfin, un dernier point traitera des autres modes de coopération interentreprises comme le GIE, et les relations contractuelles entre entreprises indépendantes.

La notion de groupe et ses structures

SECTION 1 La notion de groupe et sa réalité

SECTION 2 Les structures des groupes

APPLICATIONS

Dualité de techniques. La concentration économique et financière se traduit au plan juridique soit par des opérations de fusion où plusieurs personnes morales donnent naissance à une seule, soit par la constitution de groupes reposant sur des liens capitalistiques entre diverses personnes morales. En pratique, la constitution des principaux groupes de dimension internationale utilise les deux techniques.

SECTION 1

LA NOTION DE GROUPE ET SA RÉALITÉ

Cette première section vise à définir de manière complète la notion de groupe de société, et à montrer à la fois son omniprésence dans le droit positif contemporain, et son actualité économique.

1. La notion de groupe

Le groupe est avant toute chose une notion économique. Bien que non définie de manière intrinsèque, cette notion s'insinue partout dans la législation récente.

1.1 Définition

Le groupe de sociétés est un ensemble formé de deux ou plusieurs sociétés distinctes, dotées chacune de la personnalité juridique, mais liées les unes aux autres en raison du contrôle exercé par certaines sur d'autres.

Point de départ. Originellement, les sociétés appelées à composer un groupe sont indépendantes, ce qui signifie :

- qu'elles ont des personnalités morales distinctes et non fictives ;
- qu'elles n'ont aucun lien juridique, ni financier ;
- qu'elles mettent en œuvre des politiques et des stratégies distinctes.

Constitution. La constitution du groupe passera :

- soit par la fusion des personnes morales, nécessitant l'accord de chaque société impliquée dans le processus ;
- soit par la technique de la prise de participation, c'est-à-dire le rachat d'une partie du capital d'une société par une autre.

Cette dichotomie permet de classer les restructurations d'entreprises de la manière suivante : celles qui affectent la personnalité juridique des entreprises impliquées (fusions, scissions...) et celles qui n'affectent pas la personnalité morale des entreprises concernées (prises de participation).

1.2 L'effet perturbateur des groupes de société

Si certains pays, c'est le cas de l'Allemagne, se sont dotés d'une réglementation sur les groupes, c'est que leur puissance et leur taille peuvent menacer des intérêts devant être protégés :

- ainsi en va-t-il des salariés d'une filiale dont l'emploi peut être menacé si la rentabilité de celle-ci est jugée mauvaise par la tête de groupe. La multiplication des personnes morales peut aussi être un moyen pour l'employeur de s'affranchir d'obligations sociales ;
- les **créanciers** également peuvent craindre des transferts d'actifs d'une société vers une autre, située par exemple à l'étranger. Le principe de l'unité du patrimoine limite en effet le gage des créanciers au patrimoine de leur débiteur, c'est-à-dire à celui de la société avec laquelle ils ont contracté ;
- les **associés**, surtout s'ils sont en position minoritaire, peuvent craindre que la multiplicité des sociétés ne rende plus opaque la gestion de la personne morale. Les contrôles qu'ils peuvent exercer à l'intérieur d'un groupe sont nécessairement limités. De plus, à l'instar des salariés évoqués plus haut, les actionnaires minoritaires peuvent redouter d'être marginalisés aux frontières du groupe, et de voir ainsi leur poids, déjà relatif, s'amenuiser encore ;
- enfin, l'État doit veiller à ce que la constitution de groupes transnationaux ne favorise pas l'évasion fiscale, ni ne fausse le libre jeu de la concurrence.

Les enjeux sont par conséquent importants. Pour autant, la législation française est d'une grande hétérogénéité, même si la notion de groupe tend à y être de plus en plus présente.

1.3 Présence de la notion dans la législation récente

Le groupe n'existant pas juridiquement, le législateur le décrit par périphrases ; cela contribue à rendre les textes du Code de commerce particulièrement ardu. On se cantonnera ici à trois exemples tirés du droit des sociétés *stricto sensu*.

EXEMPLE 1

L'article L. 225-197-2 du Code de commerce relatif aux attributions d'actions gratuites introduites par la loi du 30 décembre 2004 énonce :

« 1 I. – Des actions peuvent être attribuées, dans les mêmes conditions que celles mentionnées à l'article L. 225-197-1 :

1° Soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 10 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société qui attribue les actions ;

2° Soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupes d'intérêt économique détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote de la société qui attribue les actions ;

3° Soit au bénéfice des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 50 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de la société qui attribue les actions. »

Ce texte valide les opérations d'attribution d'actions gratuites « intragroupe ». Le 1° prévoit ainsi que les salariés d'une société peuvent se voir attribuer des actions d'une autre société détenant plus de

10 % de son capital. Le 2^o prévoit la situation inverse où les salariés se verront remettre des actions gratuites d'une société dont elle détient plus de 10 % du capital ou des droits de vote.

Enfin, le 3^o prévoit le cas où les salariés d'une société sont nantis d'actions gratuites de la société « sœur ».

On perçoit la difficulté de définir le périmètre du groupe, et au-delà, sa notion même. En effet, si la notion était existante juridiquement parlant, le texte ci-dessus se serait contenté d'énoncer que les attributions d'actions gratuites à l'intérieur d'un groupe sont licites.

EXEMPLE 2

L'article 228-13 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 juin 2004 relative aux valeurs mobilières. Ce texte précise le régime des actions de préférence, qui sont des titres dotés de prérogatives particulières.

« Les droits particuliers mentionnés à l'article L. 228-11 peuvent être exercés dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital. »

Cette rédaction signifie qu'une société mère peut émettre des actions de préférence dotées de droits pouvant être exercés dans sa filiale, ou inversement qu'une filiale peut doter les actions de préférence qu'elle émet, de droits exercés dans la société mère.

EXEMPLE 3

L'article L. 225-42-1 al. 1^{er} du Code de commerce, texte issu de la loi du 26 juillet 2005 sur la confiance et la modernisation de l'économie, attrait aux rémunérations des dirigeants des sociétés cotées.

« Dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les engagements pris au bénéfice de leurs présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, par la société elle-même ou par toute société contrôlée ou qui la contrôle au sens des II et III de l'article L. 233-16, et correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de ces fonctions, ou postérieurement à celles-ci, sont soumis aux dispositions des articles L. 225-38 et L. 225-40 à L. 225-42. »

Ce texte vise à soumettre à la procédure dite des conventions réglementées, les rémunérations octroyées par une société à ses mandataires sociaux. Pour éviter que cette obligation de transparence ne soit tournée au sein des groupes de société, le texte vise également les cas où la rémunération ou l'avantage est octroyé par une mère ou une filiale.

Ces exemples montrent bien comment le droit des sociétés tente de se saisir de situations existantes. On remarquera que le mot groupe est absent de ces textes, de même que ceux de société mère ou filiale. La notion juridique centrale est celle du contrôle ; elle sera définie plus loin.

2. La réalité des groupes

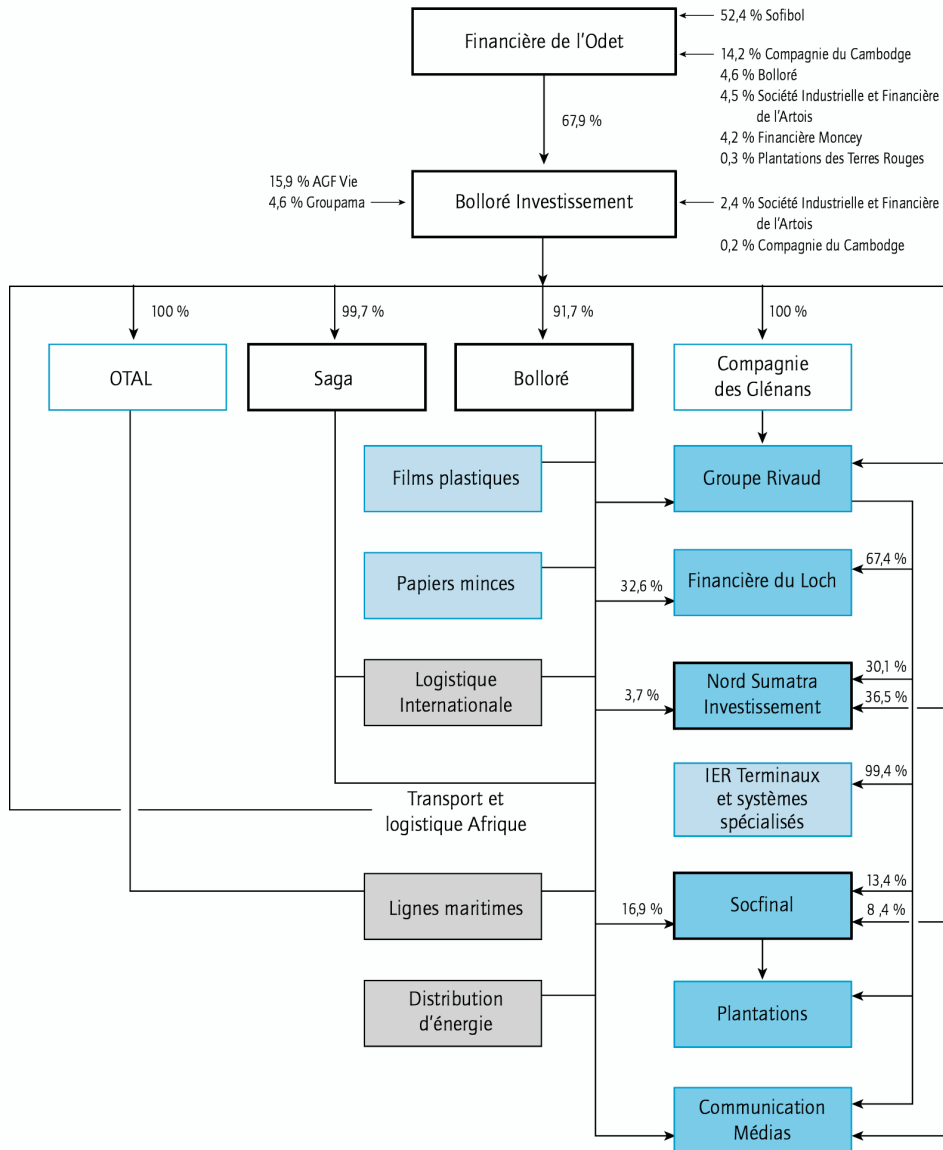
Au-delà d'une définition très accueillante, la notion de groupe recèle une réalité très contrastée. En effet, un groupe existe dès que deux sociétés tissent des liens financiers, voire des liens contractuels pérennes ; à l'opposé, certains grands groupes rassemblent plusieurs dizaines, voire des centaines de sociétés différentes.

Micro. Le « mini-groupe » se compose généralement d'une société commerciale de type SARL ou SAS, gérant un fonds de commerce, et d'une SCI (société civile immobilière) à laquelle sont apportés le ou les immeubles d'exploitation. Les deux structures n'ont pas obligatoirement de liens financiers au sens où l'une n'a pas obligatoirement de parts dans l'autre. En revanche, les liens entre les deux structures vont reposer sur une identité

d'associés et/ou de dirigeants, ainsi que sur un bail commercial (la SCI loue les bâtiments à la société commerciale). Ce schéma est de loin le plus fréquent.

Macro. À l'opposé, on trouve des groupes multinationaux, aux structures complexes, et dont la puissance financière est parfois supérieure à celle de certains États... Quelques-uns de ces mégagroupes concentrent entre leurs mains plus des deux tiers de la richesse d'un pays (voir ci-dessous l'organigramme du groupe Bolloré). À titre de comparaison, le groupe Pinault-Printemps-Redoute compte plus de 700 sociétés.

ORGANIGRAMME GROUPE BOLLORÉ



Source : Site internet du groupe Bolloré.

PETIT GLOSSAIRE DES GROUPES DE SOCIÉTÉS

Acquisition – Terme générique désignant le fait pour une société de se porter acquéreur des actifs ou des titres d'une autre.

Apport partiel d'actifs – Une société apporte un de ses actifs (fonds de commerce, immeuble...) à une autre, et reçoit en contrepartie des droits sociaux. À l'issue de l'opération, la société apporteur détient une part du capital de la société à laquelle l'actif a été apporté. Dans certains cas il sera assimilé à une fusion.

Cession de bloc de contrôle – Vente d'une fraction majoritaire des droits sociaux d'un associé à une tierce personne, occasionnant un changement de majorité.

Fusion – Opération par laquelle deux sociétés s'unissent pour n'en former qu'une seule, soit en créant une société nouvelle, soit par l'absorption d'une société par une autre.

Fusion-acquisition – Terme générique défini usuellement comme un transfert d'activité entre deux entités juridiques distinctes impliquant un transfert de propriété.

Offre publique – Offre faite aux actionnaires d'une société de céder leurs actions à un initiateur à un prix en principe supérieur au marché. On la nomme OP d'achat, OPA, quand l'initiateur rémunère en numéraire, et OP d'échange, OPE, quand il rémunère avec des titres d'une autre société.

Prise de participation – Opération consistant à devenir propriétaire d'une partie du capital ou des droits de vote d'une société.

Scission – Le patrimoine d'une société est scindé pour être transmis à plusieurs sociétés créées ou existantes.

SECTION 2

LES STRUCTURES DES GROUPES

Complexité. Un groupe peut apparaître comme un enchevêtrement désordonné et complexe à décrypter. À y regarder de plus près, on constate que les structures utilisées sont peu variées. Un groupe peut prendre la forme d'une pyramide, d'une étoile ou d'un cercle. Ce qui rend la lecture des schémas complexe est que ces trois formes se mêlent.

Fictivité. L'enchevêtrement apparent ne doit pas conduire à la fictivité : ainsi, si une société détient la majorité du capital d'une seconde, laquelle détient la majorité de la première, la réalité du capital social n'est plus assurée, et surtout il est porté atteinte à des principes essentiels du droit des sociétés, comme celui de la libre révocabilité des dirigeants sociaux. Les participations réciproques et l'autocontrôle sont par conséquent réglementés.

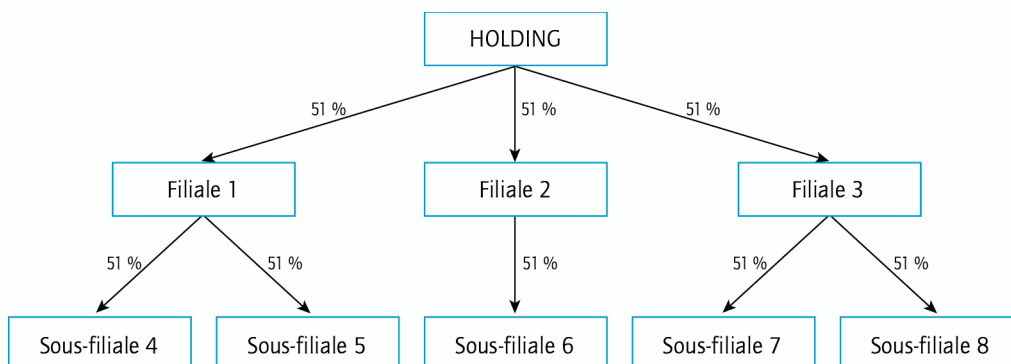
1. Description des montages

Tout groupe repose sur une participation prise par une société dans une autre société. Dès lors, trois schémas sont concevables.

1.1 Le groupe pyramidal

a) Définition et schéma

Holding. Ce type de groupe comprend à sa tête ce que l'on nomme une société holding, dont le rôle est de gérer des participations qu'elle détient dans d'autres sociétés. La holding détient n filiales, lesquelles détiennent à leur tour des « sous-filiales » et ainsi de suite. Le jeu des participations majoritaires conduit à ce que la holding de tête contrôle l'ensemble du groupe.



Effet de levier. Dans ce schéma pyramidal, la holding détient la majorité du capital des filiales, lesquelles à leur tour détiennent la majorité du capital des sous-filiales. On voit ainsi se dessiner l'effet de levier caractérisant les montages incluant une holding (l'effet de levier consiste à accroître une force grâce à un montage juridico-financier).

Pour contrôler la sous-filiale 4, il est nécessaire de posséder 51 % (précisément 50 % + 1 action) de son capital ; c'est la situation de la filiale 1. Mais pour contrôler la filiale 1, il suffit également de détenir la majorité de son capital. Si l'on chiffre cela :

- capital de SF 4 = 1 000 000 € ;
- participation de F1 dans SF4 = 500 001 € ;
- participation de la holding dans F1 = 250 002 €.

L'effet de levier est le suivant : l'actionnaire majoritaire de la holding la contrôle avec un investissement légèrement supérieur à 125 000 €, or la holding détient la majorité des actions de F1, qui détient la majorité de SF 4.

On voit que, sans le montage pyramidal, il aurait été nécessaire de posséder pour plus de 500 000 € d'actions de SF 4 afin de la contrôler. Avec le montage, elle est contrôlée avec à peine plus que le quart de cette somme.

LES SOCIÉTÉS HOLDING

L'expression « société holding » induit généralement en erreur, beaucoup pensant qu'il s'agit d'une forme juridique de société, au même titre que la SA ou la SARL... Le terme holding est dérivé de l'anglais *to hold* qui signifie tenir ou détenir. Une société holding est une société dont l'activité principale est financière, à savoir qu'elle détient des parts ou actions d'autres sociétés. La holding gère des participations et n'exerce en principe aucune activité économique au sens commun du terme. Certaines sociétés sont des holding « pures » à savoir que leurs actifs sont uniquement composés de titres ; d'autres

peuvent avoir conservé une activité propre. C'est, par exemple, le cas de France Télécom SA qui a une activité de téléphonie, et qui de plus détient ses filiales Wanadoo, Orange, et bien d'autres.

La structure juridique des holdings est une autre question, dans laquelle rentrent des paramètres non seulement juridiques (la souplesse, la liberté statutaire) mais également fiscaux.

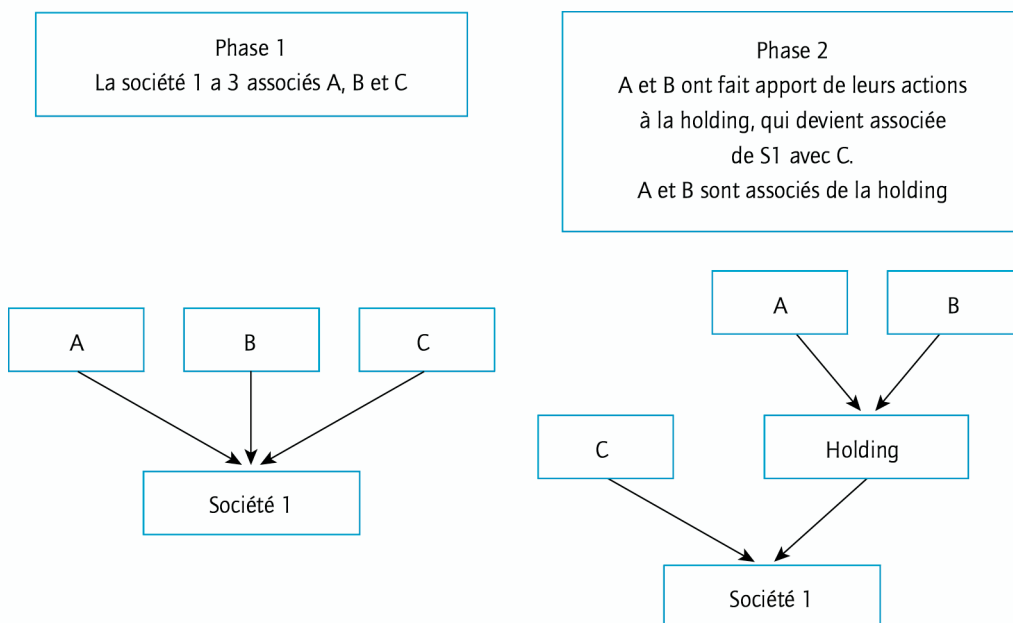
b) Constitution des sociétés holding

Les holdings peuvent être constituées de deux manières, soit par apport de titres (par le haut), soit par filialisation d'activités (par le bas).

■ Holding constituée par le haut

Apport. À l'origine, existe une société dotée d'une activité économique déterminée. Ses associés, ou certains d'entre eux, vont faire apport de leurs actions (qui sont des biens et peuvent par conséquent faire l'objet d'un apport en nature) à une société qu'ils vont créer ; en contrepartie de cet apport, ils vont recevoir des actions ou parts de la société nouvellement créée.

Dès lors, cette société deviendra la holding : elle est en effet propriétaire d'une partie des actions de la société d'origine et se contentera de gérer cette participation. Les associés d'origine sont, eux, devenus actionnaires de la société holding.



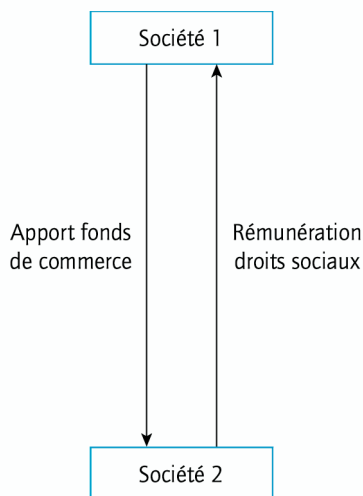
■ Holding constituée par le bas

Filialisation. Une société qui exploite un fonds de commerce, apporte cet actif à une autre société qu'elle crée. L'apport est rémunéré par des actions. À l'issue de l'opération, la société

réalisant l'apport n'a plus d'activité commerciale puisqu'elle a transféré ses actifs, mais elle détient des titres de la société créée. La première est donc devenue holding après avoir été société d'exploitation.

Par conséquent, si une société filialise toutes ses activités, elle se transformera en holding. Cette opération rendra nécessaire la modification de l'objet social le cas échéant, sauf à ce que cela ait été prévu dans les statuts d'origine.

La société 1 crée la société 2 et devient holding. La S2 devra comprendre plusieurs associés, sauf à être unipersonnelle.



c) Intérêts des sociétés holding

Multiplicité. Les intérêts des sociétés holding sont multiples. On en listera quatre principaux : la déconnexion du capital et du pouvoir ; la transmission familiale de l'entreprise ; le rachat d'entreprise parfois appelé LBO (*leverage buy-out*) ; et enfin la mise en œuvre d'une politique commune.

Déconnexion du pouvoir et du capital. Dans les principes traditionnels du droit des sociétés, le pouvoir est assis soit sur les fonctions de direction assurées par une personne, soit sur la détention d'une part du capital de la société, soit sur les deux à la fois. Le lien capital/pouvoir est donc essentiel et c'est même l'un des bases de la doctrine capitaliste.

On l'a compris plus haut, la constitution d'une société holding permet de diminuer le capital nécessaire pour contrôler une ou plusieurs entités. Les sociétés fonctionnant toutes sur un principe majoritaire (pour prendre les décisions essentielles, il faut posséder 50 % des titres + 1, soit la majorité absolue), la constitution d'une holding divise par deux l'investissement nécessaire au contrôle. Ainsi, sans société holding, pour contrôler 100, il faut 50 (+ 1 action). Avec une holding, il faudra 25 ; si l'on crée une autre holding coiffant la première, il faudra 12,5 ; et ainsi de suite. Bien évidemment, l'empilement des holdings (on nomme parfois cela les « cascades de holdings ») peut avoir un aspect fictif. Mais la jurisprudence admet de longue date la validité de ces sociétés constituées dans le seul but d'en détenir d'autres.

**L'AFFAIRE LUSTUCRU/RIVOIRE ET CARRET
OU LA CONSÉCRATION JURISPRUDENTIELLE DES SOCIÉTÉS HOLDING****Cass. com. 24 février 1987**

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué (Paris, 18 juin 1986), rendu sur renvoi après cassation, que suivant un « protocole d'accord » du 27 octobre 1967 (le protocole), les trois sociétés du groupe Rivoire et Carret, d'une part, la société Lustucru et les membres de la famille Cartier-Millon, ses actionnaires principaux, d'autre part, ont décidé d'organiser une gestion commune de ces entreprises par la création d'une société holding chargée de déterminer la politique du nouveau groupe ; que, selon ce protocole, le holding serait doté d'un conseil de surveillance et d'un directoire dont les parties à l'accord se partageaient les mandats ; que la société holding Rivoire et Carret-Lustucru a été créée le 19 juillet 1968 : qu'en 1971, les actions détenues par les membres de la famille Carret ont été cédées aux sociétés Semoulerie de Normandie et Grands Moulins Maurel, dont la majorité des actions est détenue par la famille Cohen Skalli, qui ont ainsi acquis plus de la moitié des actions de la société holding ; qu'à la suite de difficultés financières et après consultation d'un cabinet de conseils, il a été envisagé une restructuration du groupe ; que les représentants des sociétés Lustucru et en particulier les membres de la famille Cartier-Millon ont exprimé leur opposition aux modifications de structure recommandées ; qu'à la suite d'assemblées générales du holding, les membres de la famille Cartier-Millon ont été écartés de leurs postes au conseil de surveillance et au directoire pour être remplacés par les membres du groupe Cohen Skalli ; qu'ils ont introduit une instance tendant à faire prononcer la « résiliation » du protocole ainsi que l'annulation de la société holding ou, subsidiairement, la dissolution de la société pour justes motifs, et des dommages-intérêts pour révocation abusive de M. Jean Cartier-Millon ; que la cour d'appel d'Aix-en-Provence, infirmant une décision du tribunal de commerce de Marseille, leur a donné satisfaction, mais que cette décision a été cassée ;

Attendu qu'il est reproché à la cour de renvoi, qui a confirmé le jugement, d'avoir rejeté les demandes en nullité du protocole et de la société holding Rivoire et Carret-Lustucru en donnant une interprétation insuffisante et erronée des conventions, alors, selon le pourvoi, d'une part, que le juge doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux ; qu'une convention comportant des dispositions relatives à la répartition des postes entre deux groupes d'actionnaires au sein des organes dirigeants d'une société anonyme s'analyse en une convention de contrôle, destinée à régir l'exercice du pouvoir effectif de direction des affaires sociales ; qu'il résulte en l'espèce des propres termes de l'arrêt attaqué que le protocole litigieux comportait non seulement des dispositions relatives à la création de la société holding mais prévoyait aussi « le nombre et la répartition des sièges entre les représentants des composants du groupe au sein du directoire et du conseil de surveillance » ; qu'en relevant néanmoins que l'objet du protocole avait été épuisé par la constitution de la société holding et que ses dispositions ne pouvaient dès lors plus s'imposer aux signataires ou aux tiers, la cour d'appel a méconnu l'obligation qui lui est faite de donner à la convention litigieuse son exacte qualification, en violation de

l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, alors, d'autre part, que, selon les termes de l'arrêt attaqué lui-même, le protocole prévoyait, d'une part, les modalités du rapprochement des deux groupes par la création d'une société holding et, de l'autre, le nombre de sièges au sein des organes dirigeants et la répartition de ceux-ci entre les deux groupes d'actionnaires ; que la cour d'appel n'en a pas moins considéré que le protocole avait pour seul objet la constitution d'une société holding et qu'il devenait caduc à la date où cet objet était réalisé ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a amputé la convention de toutes ses dispositions relatives au pouvoir de contrôle des deux groupes d'actionnaires pendant la durée de vie de la société, dénaturant par là même les termes clairs et précis du protocole en violation de l'article 1134 du Code civil, et alors, enfin, que la contradiction des motifs équivaut à une absence de motifs ; que l'arrêt attaqué constate, d'un côté, que « les dispositions de l'article 6 du protocole constituaient de simples modalités de répartitions des sièges... pour assurer dans les meilleures conditions la gestion du groupe... » et, d'un autre côté, que « la constitution du groupe était l'objet même du protocole, que la réalisation de cet objet... faisait perdre à cet accord toute effectivité..., son objet ayant été épuisé... » ; qu'en affirmant dans le même temps que le protocole prévoyait les modalités de gestion de la société et qu'il n'avait pour seul objet que la constitution de cette même société, la cour d'appel a entaché son arrêt d'une contradiction de motifs en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt que le protocole ayant pour objet la création, après différentes opérations de restructuration, d'une société holding, a effectivement été mis en œuvre d'abord par concentration et transformation des sociétés du groupe Rivoire et Carret, puis par la constitution du holding Rivoire et Carret-Lustucru et que les dispositions de cette convention prévoyant le nombre et la répartition des sièges entre les représentants des composantes du groupe au sein du directoire et du conseil de surveillance ont été prises en compte lors de l'adoption des statuts de cette société et de la désignation des mandataires sociaux ; que la cour d'appel a pu ainsi, hors toute dénaturation et sans contradiction, considérer que la constitution de la société holding étant l'objet même du protocole, la réalisation de cet objet avait fait perdre à cet accord tout autre effet, la société n'étant alors régie que par ses seuls statuts ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.

Transmission familiale de l'entreprise. Soit un chef d'entreprise célibataire, possédant l'immense majorité des actions d'une SA. Il a trois enfants dont un seul est intéressé par la reprise de l'entreprise. À ce stade, s'il décide de faire une donation-partage des actions entre ses enfants, il butera sur une alternative : soit respecter l'égalité entre les trois enfants, ce qui privera le repreneur potentiel de la majorité sein de la société, soit lui conférer la majorité des titres, ce qui créera une entorse à l'égalité en valeur.

L'objectif est alors de faire apport de la majorité des titres de la SA à une société *holding*. Cette dernière sera majoritaire dans la SA lors du vote des résolutions d'assemblée générale. On fera alors donation de la majorité des droits sociaux de la holding à l'héritier repreneur. Il sera par conséquent majoritaire dans la société associée majoritaire de la SA. En revanche, la valeur des titres qui lui permettent de contrôler indirectement la SA est d'environ le quart

de la valeur des actions de la SA. L'égalité est par conséquent respectée, sans que l'unité du contrôle n'en pâtisse. Voici les différentes étapes :

1. le chef d'entreprise possède plus de 99 % des actions d'une SA valorisée à 500 000 € ;
2. il crée une société holding sous forme de SAS, à laquelle il fait apport de 260 000 € d'actions de la SA. En échange il reçoit des actions de la holding. Son héritier repreneur se voit attribuer dans un premier temps 1 action de la holding. Ainsi le capital de la SA est détenu en majorité par la holding et pour le surplus par le chef d'entreprise. Le capital de la holding est détenu en quasi-totalité par le chef d'entreprise ;
3. il va être procédé à une donation-partage des titres : les deux enfants non repreneurs se voient attribuer chacun des actions de la SA à hauteur de 24 % du capital environ. L'héritier repreneur est gratifié de 64 % des actions de la holding, soit une valeur de 166 000 € environ. Les deux autres se partageront les 36 % restant, soit 18 % chacun, soit une valeur de 47 000 € environ ;
4. au final, l'héritier repreneur aura 64 % de la SAS holding, ce qui lui assure la prééminence sur la holding et sur la SA, puisque la holding est majoritaire dans cette dernière. Sa part représente 166 000 € soit un tiers de la valeur de l'entreprise. Les deux autres auront chacun 24 % de la SA et 18 % de la holding, soit en valeur près de la même chose que le repreneur ;
5. l'égalité est donc parfaitement respectée et la direction du « groupe » assurée par un seul héritier.

Rachat ou LBO. La technique de la holding est également utilisée pour le rachat d'entreprise. L'ensemble des opérations de rachat par le truchement d'une holding se nomme parfois LBO, *leverage buy out*, ou LMBO, *leverage management buy out*.

La technique de la holding de rachat consiste en la création d'une société dont l'objet social sera l'acquisition de la majorité des titres de la société reprise :

- **juridiquement**, cette technique permet de contrôler la société reprise avec une mise de fonds moins importante que dans le cas d'un rachat « en direct ». C'est le premier levier ;
- **financièrement**, la société holding empruntera les fonds nécessaires au rachat des titres et assumera le remboursement grâce aux dividendes distribués par la société reprise. L'intérêt est que le remboursement de l'emprunt se fera à des taux inférieurs à la rentabilité de l'entreprise rachetée. C'est le deuxième levier ;
- **fiscalement**, l'opération présente plusieurs utilités : application du régime des sociétés mères, intégration fiscale... (ce régime sera décrit *infra*). C'est le troisième levier.

Mise en œuvre d'une politique commune. La création d'une holding va permettre de créer une unité de direction entre plusieurs sociétés et ainsi de mettre en œuvre une politique commune.

Imaginons qu'une entreprise soit, pour des raisons diverses, divisée en trois sociétés, l'une qui fabrique un produit, l'autre qui le commercialise et enfin une SCI qui détient les immeubles où ces activités sont exploitées.

Sauf à ce que les dirigeants de ces trois entités soient les mêmes personnes, le risque de divergences peut être fort. Pour assurer une unité de politique au groupe, on fera apport de la majorité des titres des trois entités à une holding. Les décisions concernant les trois sociétés seront ainsi prises en un même « lieu ». Au sein de la holding, les dirigeants des trois

entités seront liés par un pacte d'actionnaire les obligeant à se concerter avant toute décision, ou encore leur interdisant de céder leur participation.

En clair, la holding, coiffant les trois structures, crée un ciment entre elles et renforce leur cohésion.

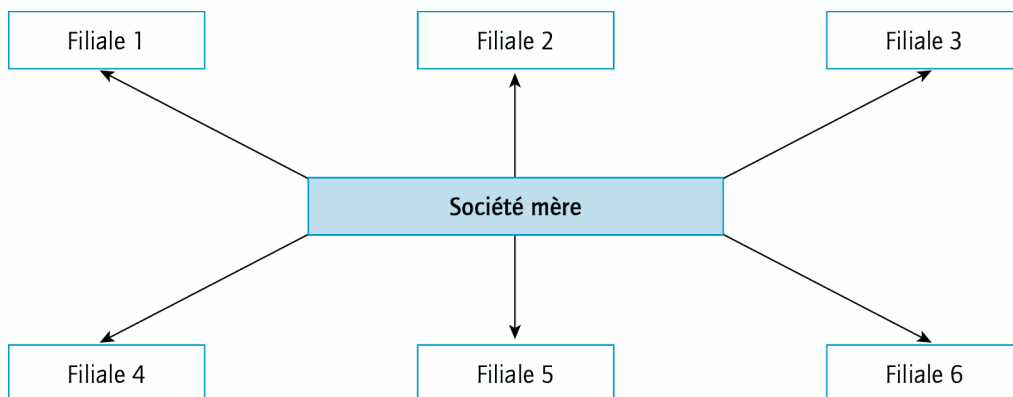
d) Avantages fiscaux

La fiscalité des groupes de société fera l'objet de plus amples développements ; notons d'ores et déjà deux mécanismes importants liés aux groupes de société :

- le régime des sociétés mères. Dès qu'une société assujettie à l'IS détient plus de 5 % d'une autre société assujettie à l'IS, les dividendes distribués par la seconde à la première sont exonérés d'IS sous certaines conditions. On notera que l'expression société mère est très généreuse puisque la « maternité » débute à 5 %... ;
- l'intégration fiscale. Ce régime pour lequel il est possible d'opter, permet à une société détenant au minimum 95 % d'une autre, d'être seule redevable de l'IS au titre des bénéfices réalisés par sa filiale. On imagine l'intérêt et la simplification que représente ce régime, notamment quand une filiale est déficitaire.

1.2 Le groupe radial

Dans le groupe dit radial, la société mère ou holding détient de manière directe toutes les filiales, sans mise en place de sous-filiales.

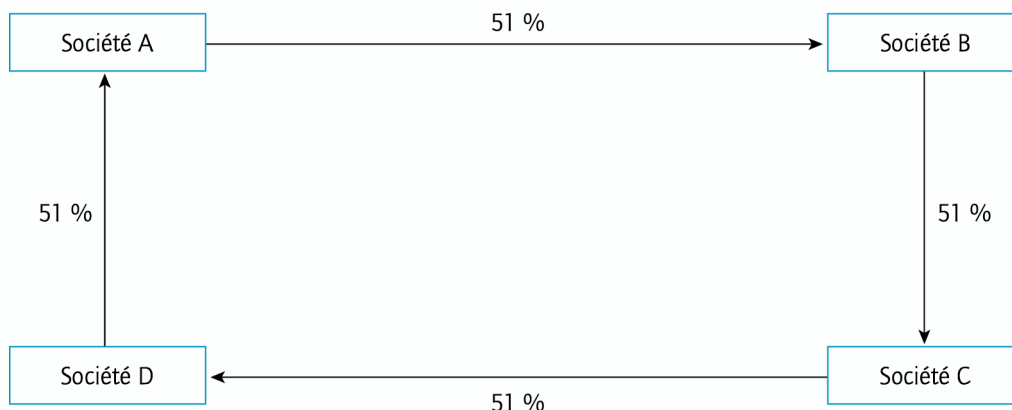


La société mère est qualifiée de holding dans la mesure où sa seule fonction consiste à gérer les participations qu'elle détient dans les six filiales.

1.3 Le groupe circulaire

Il est assez différent des deux autres catégories et se caractérise par des participations créant un autocontrôle des sociétés impliquées.

A détient B qui détient C qui détient D qui détient A.



L'autocontrôle est bien mis en valeur sur ce schéma. Imaginons maintenant une assemblée générale ordinaire de la société A, visant à renouveler son conseil d'administration. En théorie, c'est D qui, en tant qu'actionnaire majoritaire de A, décidera valablement de la nomination des dirigeants ; or D est contrôlée majoritairement par C, et C par B, et B par A... En fin de compte, c'est A par l'intermédiaire de ses dirigeants en place, qui décidera du renouvellement de ces mêmes dirigeants. Belle atteinte au principe de libre révocabilité ! Pour cette raison notamment, les participations réciproques et l'autocontrôle sont réglementés.

2. La réglementation des participations réciproques et de l'autocontrôle

L'enchevêtrement des participations peut conduire, volontairement ou non, à ce que deux sociétés détiennent réciproquement des participations.

Le droit des sociétés réglemente ces montages qui, pour une part sont interdits, pour une autre, voient simplement leurs effets limités.

Il sera distingué entre les participations réciproques ou autocontrôle « direct » (A détient B qui détient A) et les participations réciproques indirectes (A détient B qui détient C qui détient A).

2.1 Les participations réciproques ou autocontrôle direct

a) Définition

Une société détient une part du capital d'une autre société. Cette société détient également une part du capital de la première. Cette situation est préjudiciable à l'intérêt des tiers car le capital social est partiellement fictif ; de même le contrôle de la société est verrouillé puisque les dirigeants ne pourront être révoqués qu'avec leur propre accord.

b) Réglementation

La réglementation ci-dessous vise deux cas : les participations entre sociétés par actions et les participations entre une société par actions et une autre société. Par raisonnement *a contrario*, on peut en déduire que les participations réciproques entre deux sociétés qui ne sont pas des sociétés par actions, sont totalement libres.

Participations réciproques entre sociétés par actions. Cette situation est régie par l'article L. 233-29 du Code de commerce :

Art. L. 233-29 Code de commerce. Une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 %.

Ce texte pose le principe d'une participation réciproque maximale de 10 % entre sociétés par actions (SA, SAS, SCA).

EXEMPLE

- Si la SA 1 possède 12 % de la SA 2, cette dernière ne peut pas détenir d'actions de la SA 1.
- Si la SA 1 possède 9 % de la SA 2, la SA 2 peut posséder jusqu'à 10 % maximum de la SA 1.

À défaut de précisions contraires, le texte n'est applicable qu'aux sociétés françaises, c'est-à-dire ayant leur siège sur le sol français.

Sanctions. Le texte règle ensuite l'hypothèse où le seuil de 10 % serait dépassé par l'une et/ou l'autre des sociétés impliquées : l'aliénation de la participation doit intervenir dans le délai d'un an à compter de la notification de cette prise de participation. Est tenue d'aliéner la société qui détient la plus faible part du capital, ou bien les deux à due concurrence, en cas de participation égalitaire.

Tant que la participation excédentaire n'a pas été aliénée, les droits de vote y attachés ne peuvent pas être exercés.

Participations réciproques entre une société par actions et une autre société. Cette situation est régie par l'article L. 233-30 du Code de commerce :

Art. L. 233-30 Code de commerce. Si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital supérieure à 10 %, elle ne peut détenir d'actions émises par cette dernière. (...).

Si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital égale ou inférieure à 10 %, elle ne peut détenir qu'une fraction égale ou inférieure à 10 % des actions émises par cette dernière.

Ce texte concerne les « couples » SARL/SAS ; SARL/SA ; SA/SNC, etc.

Sous une formulation qui semble plus complexe, le principe demeure le même que celui posé par le texte précédent : la participation réciproque maximale est de 10 %.

EXEMPLE

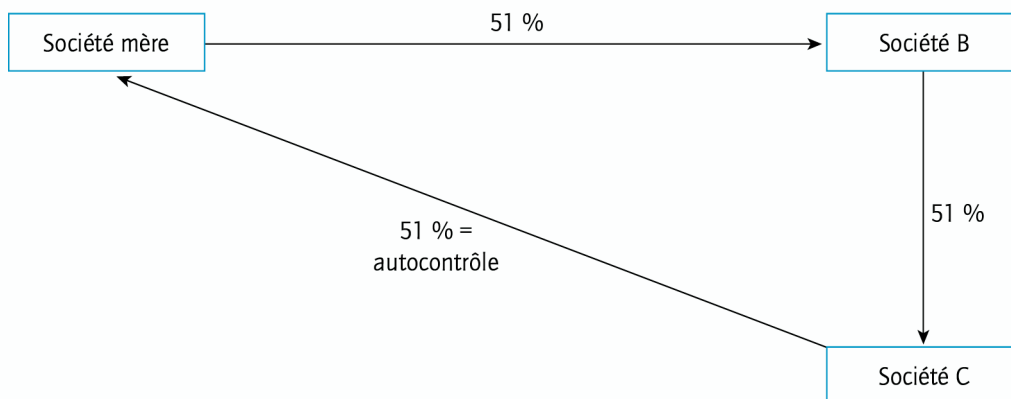
- Une SARL détient 9 % d'une SA ; la SA ne peut détenir plus de 10 % des parts de la SARL.
- Une SAS détient 14 % d'une SARL ; la SARL ne peut détenir aucune action de la SAS.

Les règles relatives à l'aliénation, au délai et aux sanctions sont identiques à celles posées précédemment.

2.2 Les participations réciproques indirectes ou autocontrôle indirect

a) Définition

Lorsqu'une tierce société s'immisce dans le schéma précédent, on n'est plus en présence d'une participation réciproque directe, et la réglementation change. On dit qu'il y a autocontrôle si une société assure son propre contrôle par l'intermédiaire de plusieurs sociétés qu'elle contrôle.



Dans ce schéma, on appelle actions d'autocontrôle la participation détenue par la ou les sociétés contrôlées dans la société mère, c'est-à-dire ici les 51 % que C détient dans la société mère.

b) Réglementation

Le texte applicable est l'article L. 233-31 du Code de commerce :

Art. L. 233-31. Lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote **ne peuvent être exercés** à l'assemblée générale de la société. Il n'en est pas tenu compte pour le calcul du **quorum**.

Sanction ? Le texte ne pose aucune obligation d'aliénation des actions d'autocontrôle ; la seule « sanction » est la suppression du droit de vote de ces actions. Cela signifie de manière concrète que la société C ne peut pas voter aux assemblées de la société mère. En revanche, les autres droits attachés aux actions d'autocontrôle sont maintenus : information, dividendes, droit préférentiel de souscription... Les décisions au sein de la société mère seront donc votées uniquement par ses autres associés.

Limites. On remarquera ici :

- que la limitation ne concerne que l'autocontrôle au sein des sociétés par actions ;
- que les sociétés « interposées » par lesquelles l'autocontrôle est assuré (B et C dans le schéma ci-dessus) peuvent être des sociétés autres que des sociétés par actions ; de même, peu importe que leur siège soit en France ou à l'étranger.

En clair, une SARL qui s'autocontrôle n'est pas concernée par le texte ; au contraire, une SA française qui s'autocontrôle par le biais d'une SNC, d'une SCI et d'une société américaine est touchée par la limitation des droits de vote.

On notera enfin que ce texte fait référence aux actions ou droits de vote possédés, alors que les textes sur les participations réciproques ne raisonnent qu'en participations dans le capital.

Du point de vue des sanctions applicables en cas de violation du texte de l'article L. 233-31, la responsabilité pénale des dirigeants est engagée, ainsi que leur responsabilité civile. La nullité de la décision adoptée au mépris du texte n'est encourue que s'il s'agit d'une décision non modificative des statuts.

27. ÉTUDE DE CAS

Constitution d'une holding familiale

28. ÉTUDE DE CAS

Participations réciproques directes et indirectes

29. ÉTUDE DE CAS

Analyse de la structure d'un groupe

N° 27 : ÉTUDE DE CAS**Constitution d'une holding familiale**

La famille G possède une entreprise de fabrication de carrelages à Rodez. Une SA regroupant les principaux membres de la famille gère l'exploitation. Une SCI est propriétaire des murs.

Le capital social des différentes sociétés est ainsi réparti :

- SA au capital de 150 000 € valorisée à 750 000 € :
 - Monsieur G : 80 %
 - Madame G : 15 %
 - enfant 1 : 2 %
 - enfant 2 : 1 %
 - oncle : 1 %
 - tante : 0,5 %
 - cousin : 0,5 %
- SCI au capital de 3 000 € valorisée à 200 000 € :
 - Monsieur G : 95 %
 - Madame G : 5 %

QUESTION

Soucieux de préparer la transmission de l'entreprise et inquiet sur l'éventualité d'une mésentente entre ses enfants, Monsieur G. souhaite constituer une holding en vue de coiffer les deux sociétés. Vous décrierez les différentes étapes de cette constitution.

N° 28 : ÉTUDE DE CAS**Participations réciproques directes et indirectes****QUESTION**

Vous analyserez les cinq situations suivantes au regard des règles relatives aux participations réciproques :

1. La SA 1 détient 15 % de la SA 2. La SA 2 détient 15 % de la SA 1.
2. La SCI 1 détient 20 % dans la SARL 2. Quelle est la participation maximale de la SARL dans la SCI ?
3. La SAS 1 détient 8 % de la SARL 2, laquelle détient 10 % de la SAS 1.
4. La SARL A détient 53 % de la SARL B qui détient 59 % de la SARL C, qui détient 57 % de la SARL A.
5. La SA 1 détient 59 % de la SA 2, qui détient 78 % de la SA 3, qui détient 45 % de la SA 4, qui détient 53 % de la SA 5, qui détient 80 % de la SA 1.

N° 29 : ÉTUDE DE CAS**Analyse de la structure d'un groupe**

Voici le descriptif sommaire d'un groupe de sociétés :

- La SA 1 : détient 36 % de la SARL 3, et 52 % de la SARL 2.
- La SARL 2 détient 10 % de la SARL 3 et 55 % de la SA 2.
- La SAS 4 détient 62 % de la SA 5 et 10 % de la SA 2.
- La SARL 3 détient 45 % de la SARL 2, 18 % de la SA 2 et 55 % de la SAS 4.
- La SA 5 détient 51 % de la SARL 3.
- La SA 2 détient 3 % de la SARL 3 et 3 % de la SARL 2.

QUESTION

Vous réaliserez son organigramme et tenterez de déceler les éventuels problèmes liés à l'autocontrôle direct ou indirect.

Les modalités de constitution des groupes

SECTION 1	Les structures sociétaires des groupes
SECTION 2	Les prises de participations et de contrôle
SECTION 3	Les fusions et scissions
FICHES • APPLICATIONS	

Dualité. Il y a principalement deux modalités de constitution des groupes : soit les techniques de prises de participations et de contrôle, soit les techniques de fusion et scission. Encore une fois, la ligne de partage juridique provient de ce que le premier procédé ne porte pas atteinte à la personnalité juridique, alors que le second passe par la création ou la disparition d'une ou plusieurs sociétés.

Pratique. Mais ce n'est là qu'une vision juridique des choses. Dans la pratique, la constitution d'un groupe est très progressive et emprunte aux différentes techniques que nous allons recenser. De même il peut y avoir différentes étapes utilisant ces procédés : ainsi une société rachète 10 % d'une autre, puis 50 %, puis finit par en détenir 99 %. Le passage à une détention à 100 % présente des avantages ; mais dès lors se posera la question de la fusion entre la mère et la fille.

Trois temps rythmeront ce chapitre central.

SECTION 1

LES STRUCTURES SOCIÉTAIRES DES GROUPES

SC, SAS, SE. Cette première partie vise à présenter trois formes juridiques fréquemment utilisées dans les groupes de société. En effet, la société civile et la SAS sont particulièrement bien adaptées aux sociétés holding en raison de leur souplesse. Il conviendra également de porter un regard sur une nouvelle forme de société qui devrait être souvent utilisée à l'avenir : la société européenne, SE.

1. L'utilisation de la société civile dans les groupes de sociétés

Objectifs. Une société holding doit répondre à trois objectifs :

- la souplesse de son organisation, permettant de réguler les rapports entre associés ;
- la discipline de ses membres, agissant dans le sens d'une politique commune du groupe ; à cet égard, la possibilité de prévoir des modalités de sanction d'un membre associé récalcitrant est recherchée ;
- enfin, la stabilité de son capital.

Jusqu'en 1994, date à laquelle la SAS a été instituée, la société civile était l'une des formes juridiques les plus adaptées pour répondre à ces objectifs.

1.1 Les atouts de la société civile holding

Fiscalité. Le premier atout est sa neutralité fiscale. En effet, la société civile relève par principe de l'IR mais peut opter pour l'IS de manière irrévocable. L'option IS permettra de bénéficier du régime des sociétés mères et de celui de l'intégration fiscale. Le maintien à l'IR peut présenter d'autres avantages, notamment si la société s'avère déficitaire.

Objet social. Le deuxième atout concerne l'objet social. La société civile doit avoir un objet civil, faute de quoi elle dégénère en société commerciale. Or la gestion de participations n'est en principe pas considérée comme une activité commerciale. Ceci à la condition stricte qu'il s'agisse d'une holding « pure » qui n'exerce par ailleurs aucune autre activité commerciale.

Direction. Le troisième atout concerne la direction de la holding : le mode de nomination, la durée des fonctions, les modalités de révocation du gérant sont librement convenus par les statuts de la société. Il est donc possible de confier la direction de la holding à une personne de confiance, et de « verrouiller » son siège de manière à assurer la stabilité de la gestion du groupe. Concrètement :

- le gérant pourra être un associé ou un tiers à la société holding ;
- la durée de ses fonctions peut être fixée à la durée de la société ;
- il est possible d'exiger l'unanimité des associés pour décider de sa révocation.

Catégorisation des parts. Le quatrième atout réside dans la possibilité de créer des catégories de parts sociales donnant des prérogatives différentes. Ainsi certaines parts pourront recevoir un droit de vote double, voire triple. Dès lors, un associé possédant 20 % du capital de la holding, sera en position majoritaire s'il est nanti de droits de vote multiples.

Agrément. Le cinquième atout réside dans la possibilité de bloquer les cessions de parts. Dans la société civile, et à condition que les statuts le prévoient, un agrément peut être nécessaire pour toutes les cessions de parts, y compris les cessions entre associés et les cessions familiales. De plus, cet agrément pourra être requis à l'unanimité des associés. On pourra ainsi s'assurer de la réelle stabilité du capital social.

1.2 Les faiblesses de la société civile holding

Responsabilité. Tout d'abord, les associés de la SC encourent une responsabilité indéfinie au passif social.

Pouvoirs. Ensuite, les pouvoirs du gérant sont limités, à l'égard des tiers, par l'objet social. Cela peut être perçu comme une saine limitation, mais tranche nettement avec la SAS dans laquelle le dirigeant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société.

Révocabilité. Le gérant, même nommé pour la durée de la société, demeurera toujours révocable à la demande d'un seul associé, en justice, et pour cause légitime.

SNC. Si le groupe vient à compter une SNC dans laquelle la société civile holding détient des parts, cette dernière aura obligatoirement la qualité de commerçant, ce qui lui est interdit. En effet, tous les associés de la SNC sont commerçants. La société civile deviendrait alors une société commerciale de fait, ce qui présente de graves dangers.

Clauses de sortie. Enfin, il n'est pas possible d'interdire à un associé de vendre sa participation dans la holding, ou encore de l'obliger à quitter celle-ci. En effet, les clauses d'inaliénabilité et d'exclusion n'ont pas d'existence légale dans les statuts d'une société civile.

En résumé, la société civile a constitué un outil très performant, mais elle est aujourd'hui nettement supplantée par la SAS.

2. L'utilisation de la société par actions simplifiée dans les groupes de société

1994-1999. La SAS a été instituée par une loi du 3 janvier 1994 mais elle n'était alors qu'une société de sociétés, c'est-à-dire parfaitement adaptée aux groupes. La loi du 12 juin 1999 l'a rendue accessible aux personnes physiques. La loi du 4 août 2008 en a considérablement assoupli le régime.

Cette forme sociale est très performante pour les sociétés holding. Tout ou presque y est possible. Depuis la loi de modernisation de l'économie, la SAS peut à certaines conditions opter pour l'IR (loi du 4 août 2008).

2.1 La présidence de la SAS holding

Souplesse. Les textes du Code de commerce sont encore plus ouverts que ceux sur la société civile.

- le président peut être associé ou non ;
- la loi ne fixe pas l'organe chargé de sa nomination : il peut donc être nommé par les associés, par un comité directeur ou un autre organe social, ou même par un tiers ;
- la durée de ses fonctions n'est pas prévue ; en conséquence il peut être nommé pour la durée de la société ;
- aucune cause de révocation n'est prévue dans la loi. C'est aux statuts de le prévoir. On pourra par conséquent stipuler que le président est irrévocable, ou du moins très difficilement révocable. Aucune règle ne prévoit qu'un associé a la possibilité de demander en justice la révocation pour cause légitime.

En résumé, il est possible de placer à la tête de la SAS holding une personne qui sera protégée contre le risque de révocation.

2.2 Les clauses statutaires dans la SAS holding

Des clauses dérogatoires au droit commun des sociétés vont permettre, dans le cadre d'une SAS holding, d'assurer une discipline et une stabilité de l'actionnariat.

Clauses d'inaliénabilité. Elles sont autorisées à la condition que leur durée soit limitée à dix années. Elles vont permettre de figer tout ou partie du capital pendant cette durée maximale. Il est possible de n'interdire que certaines cessions. Ce type de clause constitue une excellente garantie pour des investisseurs, quant à la composition de l'actionnariat de la société. Ce peut être également un moyen de transmission de l'entreprise à des héritiers : l'interdiction d'aliéner prémunit le chef d'entreprise contre les risques liés à une passation anticipée de pouvoir.

Clauses d'agrément. Elles sont du même type que celles que l'on peut trouver dans d'autres sociétés, comme la SA par exemple. Elles ont dans la SAS la particularité de pouvoir concerner toutes les cessions sans exceptions (associés, tiers, famille...). De même les

conditions de l'agrément sont librement fixées dans les statuts (organe statuant sur l'agrément, conditions de majorité...).

Les clauses relatives à la modification du contrôle d'une société associée dans la SAS présentent un grand intérêt dans les groupes. Elles permettent de s'assurer que le contrôle d'un actionnaire de la SAS ne se modifie pas. Ainsi, il est impossible de contourner une clause d'agrément en entrant majoritairement dans le capital d'une personne morale associée.

L'article L. 227-17 dispose :

Article L. 227-17 du Code de commerce. Les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure. Les dispositions de l'alinéa précédent peuvent s'appliquer, dans les mêmes conditions, à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution.

Clauses d'exclusion. Les clauses d'exclusion constituent la nouveauté la plus remarquable de la loi sur la SAS. Le Code de commerce énonce que les statuts peuvent prévoir qu'un associé sera tenu de céder ses actions. Aux statuts de déterminer la cause de l'exclusion et ses modalités. C'est là un outil de précieux qui permettra, au sein de la holding, de sanctionner des comportements n'allant pas dans le sens de l'intérêt social, ou plus simplement de l'intérêt du groupe.

D'autres clauses sont envisageables au sein de la SAS :

- clauses de préemption, qui obligent celui qui souhaite vendre à proposer ses titres à des personnes dénommées avant toute cession ;
- clause de sortie conjointe, prévoyant que la vente de sa participation par tel associé, l'oblige à faire acquérir la participation de tel autre...

3. La société européenne, instrument de constitution des groupes dans l'Union européenne

Historique. Cette forme sociale a été instituée pour répondre aux besoins des groupes de société dans l'Union européenne.

Le projet existait de très longue date, mais la naissance de la SE remonte formellement à 2001. Le 8 octobre 2001, le conseil européen adoptait simultanément un règlement sur l'organisation de la SA et une directive concernant l'implication des salariés dans la SE. Le règlement aurait dû entrer en vigueur le 8 octobre 2001, mais la directive en étant indissociable, la SE n'est entrée en vigueur que trois années plus tard, délai fixé par le conseil pour la transcription de la directive, soit le 8 octobre 2004.

Concernant la France, aucune transcription n'était intervenue à cette date, et il a fallu attendre la loi du 26 juillet 2005 pour que notre pays se conforme à la norme européenne.

Réglementation. La SE a donc maintenant une existence juridique. Elle est régie, pour la France, par plusieurs corps de règles :

- le règlement et la directive du 8 octobre 2001 ;
- la loi française sur les SA dans la mesure de sa compatibilité avec les mesures spécifiques à la SE ;

- les articles L. 229-1 à L. 229-15 du Code de commerce introduits par la loi du 26 juillet 2005 ;
- dans une certaine mesure, les lois nationales des sociétés membres ;
- enfin, les statuts dont elle est dotée.

3.1 Objectifs de la SE et modalités de constitution

Utilité. L'un des intérêts majeurs de la SE est de permettre aux entreprises des États membres de l'Union européenne d'organiser le plus librement possible leur coopération. Ainsi, la SE n'a pas la nationalité de l'État dans lequel elle a son siège social statutaire, et elle peut transférer facilement son siège social sans que la législation applicable ne soit modifiée.

La SE vise à être également une structure juridique adaptée pour des groupes d'envergure multinationale, en permettant notamment la fusion et le rapprochement entre des sociétés des pays membres de l'Union européenne.

Modalités de constitution. Quatre modalités de constitution sont prévues :

- **constitution par fusion** : il pourra s'agir d'une fusion-absorption ou bien d'une fusion par constitution d'une société nouvelle. La principale condition est qu'au moins deux des sociétés qui fusionnent relèvent de droit d'États membres différents ;
- **constitution d'une SE holding** : elle est possible par des SA ou SARL dont au moins deux doivent relever du droit d'États membres différents. Les associés de ces sociétés doivent apporter un minimum de 50 % des parts ou actions à la SE holding ;
- **constitution d'une SE filiale** : il est alors nécessaire que la souscription au capital de la SE filiale soit effectuée par deux personnes morales relevant du droit d'États membres différents ;
- **transformation d'une société existante en SE** : une SA peut se transformer en SE si elle a, depuis au moins deux ans, une filiale dans un autre État membre. Elle sera une SE mère et pourra dans certaines hypothèses devenir une SE holding.

3.2 Principales règles applicables à la SE

La SE est, sous l'angle du droit français, une SA, c'est-à-dire une société de capitaux dans laquelle la responsabilité des associés est limitée aux apports.

Nombre d'associés. Il est de deux, mais il est possible de créer une SE unipersonnelle, filiale d'une autre SE. En cas de SE unipersonnelle, les règles de l'EURL sont seules applicables.

Siège social. Il devra être situé sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. Il pourra être transféré dans un autre État membre sans que cela n'entraîne la dissolution de la SE. Les règles relatives à ce transfert ont été précisées dans la loi du 26 juillet 2005 et se trouvent aujourd'hui à l'article L. 229-2 du Code de commerce.

Offre au public. Elle peut faire offre au public et est bien entendu dotée de la personnalité juridique à compter de son immatriculation. L'**immatriculation** en France se fera au RCS ; elle s'accompagnera des mesures de publicité prévues par le droit français et par une publication au JO des communautés européennes.

Le capital social est fixé à 120 000 € au minimum, sauf si la loi du siège social fixe un montant minimum supérieur. Ainsi en France, le capital minimum sera de 120 000 € sauf si la SE fait appel public à l'épargne, auquel cas son capital sera de 225 000 € au minimum.

La fiscalité est probablement le point noir de cette nouvelle société. En effet, le règlement se contente de renvoyer à la loi du siège social. Une SE dont le siège est en France sera donc soumise à l'IS, comme toute SA.

Les règles de fonctionnement sont très proches de celles du droit français. Du point de vue des organes de direction, les fondateurs choisiront entre un système moniste à conseil d'administration et un système dualiste à directoire et conseil de surveillance. Les règles relatives aux assemblées sont sensiblement identiques à celles du droit français de la SA.

Droit des actionnaires. La loi du 26 juillet 2005 a décalqué une partie des textes de la SAS relatifs aux droits des actionnaires dans les articles L. 229-11 à 15 du Code de commerce. Il sera donc possible dans les statuts de la SE, à condition qu'elle ne fasse pas appel public à l'épargne, d'aménager les conditions de la cession des actions (inaliénabilité, agrément), de prévoir l'exclusion d'un actionnaire, d'imposer des règles en cas de prise de contrôle d'un actionnaire. Toutes ces clauses ne peuvent être, comme dans la SAS, modifiées qu'avec le consentement unanime des actionnaires.

En définitive, on retiendra que la SE peut se constituer sur le sol de n'importe quel État membre de l'Union européenne, et par la suite transférer son siège social dans un autre. Sachant que la loi du siège social sera applicable à de nombreux aspects de la vie de la SE et notamment à la fiscalité, on pressent la concurrence entre États membres.

SECTION 2

LES PRISES DE PARTICIPATIONS ET DE CONTRÔLE

Après l'analyse de notions préalables, nous décrirons les principales techniques de prises de participations en distinguant principalement entre la réglementation concernant les sociétés cotées et les autres.

1. Notions préalables

Plusieurs notions doivent être connues préalablement. La plus importante est certainement la notion de contrôle. C'est du moins celle qui a le plus d'incidences juridiques.

1.1 Succursale

Non définie. La succursale n'est pas réellement définie en droit des sociétés, la raison en étant qu'elle ne dispose pas de la personnalité juridique. Une succursale, encore parfois nommée établissement, est un démembrement ou une délocalisation d'une société en un lieu autre que le siège social. En principe, cette délocalisation va disposer d'une certaine autonomie de décision.

Donc, du point de vue juridique, la succursale n'a pas d'autonomie, pas de capital social, pas d'associés, pas d'organes.

Les principaux établissements de crédit fonctionnent de cette manière. Les agences bancaires qui maillent notre territoire sont des succursales dépendantes d'un siège généralement parisien.

1.2 Participation

10 à 50 %. La notion de participation est définie dans le Code de commerce par l'article L. 233-2 : il y a participation lorsqu'une société détient dans une autre, une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %. Il n'est pas tenu compte dans ce dénombrement des actions à dividende prioritaires sans droit de vote (ADP). Il s'agit donc d'une fraction de capital « votant ». Le problème vient ici de la suppression des ADP pour l'avenir par l'ordonnance du 24 juin 2004, et leur remplacement par les actions de préférence. Or les textes concernant cette nouvelle catégorie de titres, dont certains pourront être privés du droit de vote de manière définitive, ne précisent pas s'il faut ou non les prendre en compte.

Dans le silence des textes, il y a lieu de penser que les actions de préférence sans droit de vote doivent être prises en compte pour le calcul de ce seuil.

Relativité. D'une manière générale, ce seuil de participation n'est pas véritablement significatif. En effet, il semble signifier qu'en dessous de 10 % du capital, l'investisseur effectue un simple placement de fonds, ce qui ne correspond pas à la réalité des sociétés cotées. En effet, dans certaines sociétés où l'actionnariat est atomisé, une détention de 9 % du capital est réellement significative. Inversement, dans certaines petites sociétés par actions, en dessous du seuil de la minorité de blocage (33,3 %), l'actionnaire n'a pas de poids.

Droits de vote. Ajoutons que les seuils sont exprimés en capital alors que, pour avoir une idée réelle de l'influence d'un associé, il est nécessaire de comptabiliser les droits de vote dont il dispose : ainsi une personne qui détient 8 % d'actions à droit de vote double n'est pas considérée par le texte précité comme ayant une participation, alors que son influence est conséquente...

1.3 Filiale

Plus de 50 %. La notion est plus parlante. L'article L. 233-1 prévoit qu'est filiale une société dont plus de la moitié du capital est détenu par une autre. La même exclusion concerne les ADP ; la même question se pose pour les actions de préférence dénuées de droit de vote.

1.4 Contrôle

Le contrôle est la notion centrale du droit des groupes ; c'est elle qui conditionne l'application de règles importantes.

EXEMPLES

Trois exemples le montreront :

- Le champ d'application de la législation sur les conventions réglementées dépend de cette notion. L'article L. 225-38 al. 1 énonce que « toute convention intervenant directement ou par personne interposée entre la société et son directeur général, l'un de ses directeurs généraux délégués, l'un de ses administrateurs, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la **contrôlant** au sens de l'article L. 233-3, doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration ».
- L'expertise de gestion de l'article L. 225-231 vise les opérations de gestion de la société dont les demandeurs sont actionnaires, mais également les opérations réalisées par les sociétés contrôlées par la société dont sont actionnaires les demandeurs.

- Un troisième exemple sera pris dans le droit de la SAS. L'article L. 227-17 prévoit que si l'une des sociétés associées de la SAS voit son contrôle se modifier, elle devra en avvertir la SAS, laquelle pourra décider de suspendre les droits de vote de son associé, et le cas échéant l'exclure. Cette disposition vise pour l'essentiel à éviter que les clauses d'agrément ne soient contournées par une prise de contrôle d'une société actionnaire.

Ce ne sont là que des exemples ; la notion de contrôle irrigue tout le droit des groupes. Elle en est la pierre angulaire. Il convient dès lors de bien la maîtriser.

Texte. Le contrôle est défini par l'article L. 233-3 du Code de commerce. Compte tenu de l'importance de ce texte, il est reproduit ci-après :

Le contrôle selon l'article L. 233-3 du Code de commerce

I. Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1. Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
2. Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
3. Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
4. Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

Droit de vote. Au préalable on notera que la notion clé pour l'appréciation du contrôle est le droit de vote et non pas le pourcentage du capital. En effet, il n'y a pas toujours de stricte concordance entre le capital détenu et les droits de vote.

- Une action peut être dépourvue de droit de vote : c'était le cas des ADP ou encore des certificats d'investissement. C'est aujourd'hui le cas pour les actions de préférence sans droit de vote, lesquelles peuvent représenter jusqu'à la moitié du capital d'une société non cotée. Il est certain que ce capital « muet » ne peut pas être pris en compte.

Il faut également écarter de cette comptabilité les actions qui, à titre temporaire, ne confèrent pas de droit de vote : actions d'autocontrôle par exemple, actions auto-détenues par la société, actions privées du droit de vote à titre de sanction (voir *infra* sur les déclarations de franchissement de seuils).

- Inversement une action peut conférer un droit de vote double.
- Même si l'ordonnance du 24 juin 2004 y a mis fin pour l'avenir, les certificats de droit de vote représentent un pouvoir politique sans contrepartie dans le capital social.
- Le décalage entre le capital détenu et les droits de vote peut également résulter d'accords entre actionnaires (c'est ce à quoi fait référence le I-2 du texte ci-dessus). Attention, la cession du droit de vote est impossible ; le droit de vote est une des « vaches sacrées » du droit des

sociétés et spécifiquement le principe de la liberté de vote. Il n'empêche que le droit positif reconnaît la validité des conventions de vote extrastatutaires, qui comportent des engagements de voter dans un sens déterminé ou de ne pas prendre part au vote. Ces conventions de vote ne sont valables que si elles ne sont pas contraires à l'intérêt de la société, si elles ont une durée limitée, et si elles sont consenties sans contrepartie financière. Elles concernent le plus souvent la nomination des dirigeants, l'entrée de nouveaux associés ou la politique de la société.

Le contrôle est donc apprécié en faisant masse des droits de votes détenus par une personne seule ou en vertu d'une convention de vote.

Le contrôle est défini de cinq manières.

a) Détention directe ou indirecte d'une fraction du capital conférant la majorité des droits de vote

Cette hypothèse n'appelle pas de développements particuliers. On notera simplement qu'il peut s'agir d'une détention directe ou indirecte. En effet, en vertu de l'article L. 233-4 « toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société. »

EXEMPLE

La société A détient 30 % des droits de vote de B, et 55 % des droits de vote de C. C détient 25 % des droits de vote de B.

A exerce un contrôle direct sur C (55 %).

A exerce un contrôle indirect sur B puisque A détient seul 30 % et que C, contrôlée par A détient 25 %, soit en tout 55 %.

Schéma 1

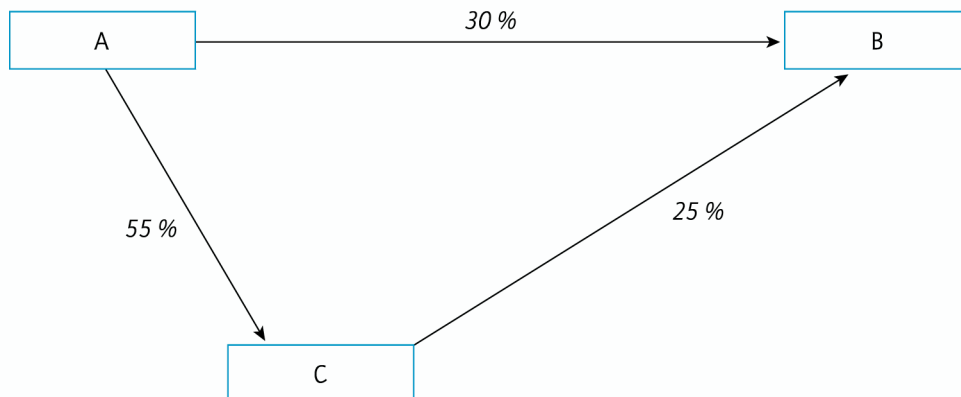
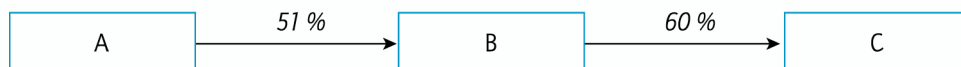


Schéma 2



Dans le schéma ci-dessus, A contrôle directement B ; B contrôle directement C. Par conséquent, A contrôle indirectement C.

b) Détention seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés

Cette hypothèse correspond aux conventions de vote. Bien évidemment, ces conventions étant la plupart du temps occultes, il sera très difficile de rapporter la preuve du contrôle.

c) La société détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales

Hypothèse du contrôle de fait : la société dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote qui sans être majoritaire lui confère en fait une suprématie lui permettant d'imposer ses vues aux assemblées. Exemple : la société dispose de 35 % des droits de vote et le surplus est dispersé dans le public.

La fin du texte vise également le cas du contrôle conjoint, c'est-à-dire le cas où deux ou plusieurs personnes agissant de concert déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale (sur la notion d'action de concert, voir *infra*).

d) La société, en tant qu'actionnaire, dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance

Cette phrase a été ajoutée à l'article L. 233-3 par la loi du 26 juillet 2005 vraisemblablement pour tenir compte des potentialités nouvelles offertes par les actions de préférence (art. L. 228-11 du Code de commerce) ; en effet, il est possible d'émettre des titres donnant le pouvoir de nommer un nombre déterminé d'administrateurs ou de dirigeants, ou réservant des sièges dans ces mêmes organes. De même, au sein de la SAS, il est possible de prévoir que les dirigeants seront nommés autrement que par la collectivité des associés. Dès lors, un associé peut disposer, avec une participation minoritaire, du pouvoir de nomination et de révocation.

e) Présomption de contrôle

Le contrôle est présumé (mais il ne s'agit que d'une présomption simple pouvant être renversée) lorsque la société dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Cette hypothèse est en réalité très proche du contrôle de fait.

2. Techniques de prise de participation et de contrôle

2.1 Recensement des techniques

Distinction. On distinguera en premier lieu la cession d'actifs et la prise de contrôle.

La cession d'actifs consiste pour une société à vendre à une autre, soit son fonds de commerce, soit les immeubles d'exploitation, ou encore une partie de ces biens. La société cédante encaisse les deniers provenant la vente ; le régime fiscal n'est pas favorable puisque l'impôt sur les plus-values sera exigible dans les conditions de droit commun. À l'issue de la cession, le cédant n'est pas propriétaire d'une part du capital du cessionnaire (on distingue en ce sens la cession d'actifs de l'apport d'actifs).

Du côté de l'acquéreur, l'achat d'actifs est net de tout passif, alors que l'acquisition d'une participation sous forme d'actions ou de parts sociales intègre le passif.

Techniques. Plusieurs techniques peuvent être recensées :

- l'apport partiel d'actif, qui consiste pour une société à apporter à une autre, dans le cadre d'une augmentation de capital, une partie de son actif, commercial ou immobilier, ou bien des titres. L'apporteur reçoit en échange des titres et possède donc une participation dans la société ayant augmenté son capital. Dans certaines hypothèses, cet apport sera assimilé à une fusion (voir *infra*) car il portera sur une branche d'activité entière (éléments actifs et passifs). Ce sera un moyen de filialiser une activité ;
- la société qui souhaite prendre une participation dans une autre peut souscrire à une augmentation de capital en numéraire de cette dernière. L'opération suppose, s'il s'agit d'une SA, que les actionnaires existants aient renoncé à leur droit préférentiel de souscription ;
- enfin, l'achat d'actions ou de parts hors toute augmentation de capital reste encore le moyen le plus simple. L'achat de la participation peut se faire directement par la personne morale souhaitant entrer dans le capital de la cible, ou encore par le biais d'un intermédiaire financier (conventions de portage ; voir *infra*). Selon que la société rachetée est ou non cotée, la réglementation est sensiblement différente.

LE PORTAGE D'ACTION, TECHNIQUE DE PRISE DE PARTICIPATION

La convention de portage prévoit qu'une personne se porte acquéreur d'une participation à la demande d'un donneur d'ordre, puis qu'à une échéance déterminée, elle rétrocède les titres acquis à un prix fixé à l'avance. Le « porteur » est généralement un établissement financier et perçoit en principe une rémunération pour le service rendu.

Le portage peut avoir plusieurs visées : un souci de discrétion de la part de l'acheteur, une opération plus complexe comme le rachat de la société par les salariés, ou encore une sûreté en cas d'achat des actions à crédit (la banque achète puis rétrocède quand le prix est payé).

Juridiquement, la convention de portage est une double promesse unilatérale : promesse de l'établissement financier de vendre la participation au donneur d'ordre ; promesse du donneur d'ordre d'acheter la participation à un prix déterminé à l'avance.

Parmi les difficultés juridiques posées par le portage, celle du prix mérite d'être soulignée. En effet, le donneur d'ordre s'engageant à racheter à un prix ferme, il a pu être soutenu que l'établissement financier portant la participation était exonéré des pertes éventuelles de la société, ce qui aurait constitué une clause léonine prohibée par l'article 1844-1 du Code civil. La Cour de cassation, après de vagues hésitations, a validé le prix de sortie fixe en écartant le grief évoqué (Cass. com. 24 mai 1994).

EXEMPLE

L'affaire Executive Life

En 2002, une filiale du Crédit Lyonnais, Artémis, se voit proposer le rachat d'une société américaine d'assurance de personnes, Executive Life, au bord de la faillite. Le Crédit Lyonnais n'est pas intéressé par la compagnie d'assurance, mais par un portefeuille d'obligations très rentable mais à haut risque (ce que la pratique nomme des *junk bonds*) qu'il envisage de revendre avec une forte plus-value. Mais pour acheter le portefeuille, il faut acheter la compagnie. Or, la loi américaine interdit à une banque

de posséder plus de 25 % d'une compagnie d'assurances. Le Crédit Lyonnais demande donc à la MAAF de servir de porteur. Une convention de portage est passée, et la MAAF se porte acquéreur de la société Executive Life, qu'elle revend par la suite à une filiale du Crédit Lyonnais. L'affaire aurait pu en rester là, mais la justice américaine va découvrir la grossière supercherie des Français ; le Crédit Lyonnais sera lourdement condamné ; derrière lui se trouve l'État français et donc les contribuables...

2.2 Prise de participation dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé

Spécificités. Compte tenu de la spécificité de la prise de participation dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, il convient de préciser cette dernière notion. On verra ensuite que la réglementation de ces prises de participation répond à des objectifs précis. Puis seront passées en revue les obligations spécifiques liées aux achats d'actions de sociétés cotées (informations, publicité, déclaration d'intentions...). Enfin, on se penchera sur une technique de prise de contrôle bien connue, l'offre publique.

Achat en bourse et offre publique. Attention : tout achat en bourse n'est pas une offre publique. Pour être parfaitement clair, on précisera :

- qu'une société cotée en bourse n'introduit pas sur le marché la totalité de ses titres. EDF par exemple, qui a fait son entrée sur Euronext en novembre 2005, n'a mis sur le marché que 15 % de son capital. Dès lors, il faut comprendre que l'on peut acheter **hors marché boursier** des actions d'une société cotée. La réglementation des prises de participation s'appliquera de toute manière ;
- que l'on peut acheter des titres sur le marché réglementé sans lancer d'offre publique. Toutefois, des achats trop importants pourront avoir pour effet de déclencher une obligation de lancer une offre publique ;
- que si un initiateur souhaite prendre le contrôle d'une société cotée, de manière instantanée, le procédé de l'offre publique est adapté.

a) Champ d'application de la réglementation, notion de marché réglementé

Admission aux négociations sur un marché réglementé. De manière simplifiée, on pourrait opposer les sociétés cotées et les sociétés non cotées. Mais la réalité est plus complexe et certaines sociétés sont cotées sur un marché réglementé, d'autres non. Du point de vue de la réglementation des prises de participation, ce qui importe est l'admission à la négociation sur un marché réglementé. Les sociétés non cotées, ou encore celles cotées sur un marché libre, ne sont pas concernées par ces règles.

Directive MIF. La structure des marchés a été profondément remaniée par l'ordonnance du 12 avril 2007 transposant en droit français la directive MIF (marché d'instruments financiers) du 21 avril 2004.

Avant cette réforme, la structure des marchés était duale. D'un côté les marchés réglementés : premier marché, deuxième marché, nouveau marché, fondus en 2005 dans les compartiments de l'Eurolist. De l'autre les marchés non réglementés : catégorie très hétérogène et comprenant principalement des marchés peu réglementés nommés marchés OTC (OTC signifie *Over the Counter* ou encore « ouvert à toute cession »).

La transposition de la directive MIF structure aujourd'hui les marchés en trois catégories : les marchés réglementés, les systèmes multilatéraux de négociation et les internalisateurs systématiques. Cette dernière catégorie, résiduelle, ne sera pas abordée.

■ Les marchés réglementés

Définition. Un marché réglementé est à première vue un marché géré par une « entreprise de marché » et soumis à une réglementation et à une surveillance particulières. L'identification des marchés réglementés est très importante car elle conditionne l'application de certaines normes.

Les marchés réglementés sont aujourd'hui définis par les articles L. 421-1 s. CMF qui transposent la directive MIF :

Un marché réglementé d'instruments financiers est un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché, et qui fonctionne régulièrement conformément aux dispositions qui lui sont applicables.

Un marché réglementé est géré par une entreprise de marché (...) L'entreprise de marché effectue les actes afférents à l'organisation et l'exploitation de chaque marché réglementé qu'elle gère. Elle veille à ce que chaque marché réglementé qu'elle gère remplisse en permanence les exigences qui lui sont applicables.

Éléments constitutifs. Les deux éléments clés contribuant à la définition des marchés réglementés sont d'une part l'entreprise de marché et d'autre part la réglementation applicable :

- l'entreprise de marché gère le marché réglementé. Ce sont des sociétés commerciales françaises qui gèrent les marchés réglementés sous le contrôle permanent de l'AMF. Leur rôle est d'établir des règles de négociation des instruments financiers, de fixer les principes d'exécution des ordres et de déterminer les règles d'admission des IF à la négociation ;
- la réglementation applicable aux marchés réglementés comprend trois niveaux : les dispositions législatives et réglementaires du code monétaire et financier, le règlement général de l'AMF et les règles particulières édictées par les entreprises de marché sous le contrôle de l'AMF. Les règles posées par au sein de cet ensemble ordonné sont pour l'essentiel relatives à la déontologie des membres des marchés, à leur organisation et à la transparence de l'information.

Organisation. En 1999, les différentes entreprises de marché ont initié un mouvement de rapprochement au sein de Parisbourse SBF SA. Puis, à la suite de la fusion avec les bourses belges et néerlandaises en 2000, elle a pris le nom d'Euronext. Par la suite, d'autres rapprochements ont eu lieu. L'entreprise de marché se nomme aujourd'hui NYSE Euronext.

Aujourd'hui, les marchés réglementés en France sont unifiés au sein de l'Eurolist qui soumet les entreprises dont les titres sont admis à la négociation au même corps de règles.

Le marché est unique et divisé en 3 segments en fonction de la capitalisation boursière des entreprises émettrices :

- compartiment A (*blue chips*) : capitalisation supérieure à 1 milliard d'euros ; 137 sociétés à ce jour ;
- compartiment B (*mid caps*) : capitalisation comprise entre 150 millions d'euros et 1 milliard d'euros ; 186 sociétés à ce jour ;
- compartiment C (*small caps*) : capitalisation inférieure à 150 millions d'euros ; 297 sociétés à ce jour.

■ Les marchés non réglementés ou systèmes multilatéraux de négociation (MTF)

Définition. La notion de marché non réglementé n'est pas évidente à saisir pour la raison que les marchés non réglementés sont soumis également à des règles hiérarchisées ; la différence entre marchés réglementés et non réglementés est avant tout une question de degré de réglementation.

Originellement, et de manière très classique, les marchés non réglementés se sont constitués en réaction à l'emprise étatique sur les marchés réglementés ; la *coulisse*, premier nom donné au marché non réglementé, évoque bien cette situation où les courtiers agissaient dans les couloirs et arrières salles de la bourse officielle. Ils étaient à la bourse ce que le marché « noir » est au marché de change officiel dans certains pays.

EXEMPLES

Deux exemples de MTF peuvent être cités : Alternext et le marché libre.

Alternext est un MTF lancé le 17 mai 2005, accueillant aujourd'hui 135 sociétés émettrices, géré par une entreprise de marché (NYSE Euronext) et soumis à des obligations d'information et de transparence renforcées le rapprochant des marchés réglementés (système multilatéral de négociation dit organisé ou régulé). Ses règles de fonctionnement sont approuvées par l'AMF et les mécanismes de garantie des cours ainsi que les règles relatives aux franchissements de seuil y sont applicables.

Sur Alternext, chaque émetteur souhaitant s'introduire doit faire appel à un *listing sponsor*, qui est un intermédiaire agréé par l'entreprise de marché, chargé de seconder l'émetteur dans ses démarches d'introduction puis de vérifier qu'il satisfait aux obligations d'information et de communication. Ce « tuteur » original est l'interlocuteur de l'entreprise de marché. Les sociétés souhaitant s'introduire sur Alternext doivent disposer d'un historique de deux années de comptes. Les sociétés peuvent accéder au marché avec ou sans offre au public. Dans les cadres d'une offre publique, il est requis une capitalisation flottante d'au minimum 2,5 millions d'euros.

Le marché libre fonctionne de manière similaire aux marchés réglementés, mais il offre moins de garanties aux investisseurs ; de plus, au vu du faible nombre de transactions, la fluctuation des cours y est plus importante que sur les marchés réglementés. C'est un MTF dit simple, c'est-à-dire dont les règles ne sont pas approuvées préalablement par l'AMF. Il est géré par NYSE Euronext.

Ce marché libre a une fonction d'acclimatation des sociétés aux marchés réglementés. Il accueille aujourd'hui un peu moins de 300 sociétés dont 10 % environ accèdent par la suite au marché réglementé.

b) Justification de la réglementation des prises de participation

La réglementation des prises de participation peut sembler complexe et dépourvue de sens. Toutefois, deux grandes idées irriguent cette partie du droit des groupes : la première est la transparence, la seconde est la protection des actionnaires minoritaires.

Transparence. Le propre du marché boursier est la rapidité. Les titres qui s'y négocient sont tous « dématérialisés », ce qui veut dire qu'ils n'ont aucune existence papier et n'existent que sur un compte appelé « compte-titre ». Les titres négociés en Bourse sont pour l'essentiel des titres « au porteur ». Cette expression signifie que la société émettrice des titres ne connaît pas l'identité de leur titulaire ; en clair, elle ne sait pas qui est actionnaire à un moment donné. En effet, le compte-titre est tenu par un intermédiaire nommé PSI (prestataire de service en investissement), le plus souvent un établissement de crédit. Or une société peut

légitimement avoir besoin de connaître son actionnariat, soit pour contrôler qu'aucun concurrent n'est entré dans son capital, soit pour mettre en place de manière préventive des stratégies de défense contre une OPA inamicale.

Cela explique toutes les mesures visant à informer la société émettrice des prises de participation la concernant.

Attention : cette information ne vise pas à permettre à la société de s'opposer à une prise de participation, mais simplement à le mettre en position de réagir. En effet, dans une société cotée, aucun mécanisme d'agrément ne peut être mis en place.

Protection des actionnaires minoritaires. La protection des actionnaires minoritaires est un autre souci du législateur, particulièrement présent dans le droit des offres publiques. Il faut en effet éviter que les minoritaires ne soient prisonniers d'un changement de majorité non souhaité, et donc leur permettre de céder leurs titres s'ils le souhaitent. L'initiateur d'une offre publique n'a pas besoin de racheter 100 % des titres pour contrôler la société ; les deux tiers suffisent. Mais si l'offre publique pouvait être partielle (ce qui est interdit), les actionnaires minoritaires se verraient imposer une nouvelle politique et surtout, il est fort probable que leur participation minoritaire ne pourrait plus se négocier, ou à un prix très bas. Il est dès lors primordial de leur permettre de sortir aux mêmes conditions que les actionnaires majoritaires. Ceci explique qu'une offre publique ne puisse porter que sur la totalité des titres et surtout que le passage du seuil de participation d'un tiers du capital ou des droits de vote oblige au déclenchement d'une offre publique.

c) Obligations liées aux prises de participation

Les prises de participation et de contrôle génèrent des obligations plus ou moins contraignantes, qui, c'est là une singularité, ne pèsent pas uniquement sur la personne physique ou morale qui prend directement la participation ou le contrôle.

■ **Personnes tenues des obligations, notion d'action de concert**

Rôle. Afin d'éviter des prises de participation occultes, par personnes interposées, ou bien diluées entre plusieurs initiateurs, la loi du 2 août 1989 a créé la notion d'action de concert. Les personnes qui agissent de concert (c'est-à-dire avec une même finalité) sont tenues ensemble et solidairement des obligations relatives aux prises de participation, et notamment les obligations relatives à l'information et au déclenchement d'une offre publique. Si elles ne satisfont pas aux obligations que la loi leur fait, elles seront tenues des sanctions civiles et pénales solidairement.

L'action de concert est définie par l'article L. 233-10 du Code de commerce. Compte tenu de la difficulté de prouver le concert, il existe des présomptions d'action de concert.

Définition

Article L. 233-10 Code de commerce. Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société.

Cette définition est particulièrement vague, et l'on doit reconnaître que le texte est mal formulé ; en effet la loi interdit, à peine de sanctions pénales, de vendre ou d'acheter des droits de vote. Mais ce n'est pas ainsi qu'il faut entendre la définition du concert.

L'accord doit porter sur toute forme de transmission ou de mise à disposition de titres conférant le droit de vote. Ainsi une promesse de vente de titres conférant le droit de vote peut être considérée comme une action de concert.

Mais il faut une deuxième condition, à savoir que l'accord doit viser à mettre en pratique une politique commune vis-à-vis de la société. Là est toute la différence : une promesse de vente ou d'achat révèle en principe des intérêts divergents entre acheteur et vendeur. Ce n'est donc pas une action de concert. Si, en revanche, la promesse vise à un objectif commun, ce pourra être jugé comme une action de concert.

Exemples. Ont par exemple été jugées comme actions de concert :

- un accord prévoyant l'obligation pour les parties de se concerter préalablement à telle ou telle décision ;
- un pacte où les parties s'interdisent mutuellement de céder leurs titres (inaliénabilité) ;
- un pacte de sortie conjointe (voir *infra* les pactes d'actionnaires).

La loi du 31 mars 2006 relative aux OPA a ajouté un cas d'action de concert dans le nouvel article L. 233-10-1 du Code de commerce.

Article L. 233-10-1 Code de commerce. En cas d'offre publique d'acquisition, sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord avec l'auteur d'une offre publique visant à obtenir le contrôle de la société qui fait l'objet de l'offre. Sont également considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord avec la société qui fait l'objet de l'offre afin de faire échouer cette offre.

Présomption. L'article L. 233-10 établit ensuite une liste de présomptions de concert. Ces présomptions ne sont que des présomptions simples, ce qui signifie que la preuve contraire peut être rapportée. Seules quatre sont détaillées ci-après.

« 1) Entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants. »

La loi présume ici une communauté d'intérêts entre une société et ses principaux dirigeants. On notera que la liste des dirigeants présumés agir de concert avec la société qu'ils dirigent est restrictive et exclut les administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

« 2) Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. »

Cette partie du texte se passe de commentaires. Il vise notamment le concert entre une société mère et sa filiale. Si une société détient plus de la majorité des droits de vote d'une autre, il tombe sous le sens qu'elles agissent dans un intérêt commun.

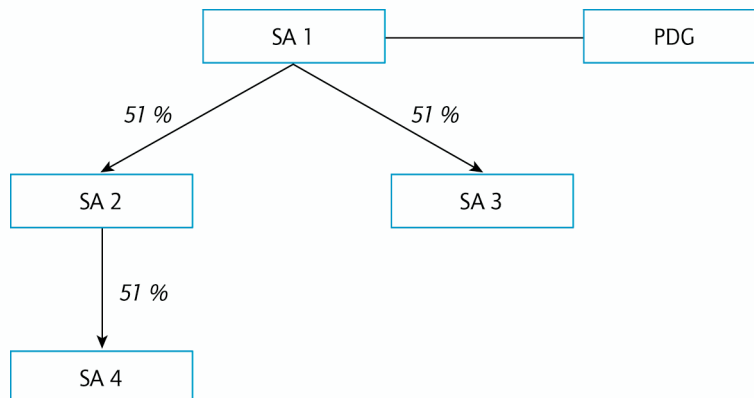
« 3) Entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes. »

Ici c'est le concert entre sociétés sœurs qui est visé. Il est logique qu'elles soient présumées agir de concert puisqu'elles sont contrôlées par la même personne morale.

« 4) Entre les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle. »

Cette hypothèse est plus spécifique. En effet la SAS ne peut pas être cotée sur un marché réglementé, mais le texte vise le concert entre les associés de la SAS et les sociétés contrôlées

par la SAS. Pourquoi cette présomption ? Car le droit de la SAS autorise des clauses qui normalement relèvent des pactes d'actionnaires extrastatutaires ; dès lors ces clauses peuvent être perçues comme des accords en vue de mettre en œuvre une politique commune.



Dans le schéma ci-dessus, le concert est présumé :

- entre SA1 et son PDG ;
- entre SA1 et SA2 (contrôle direct) ;
- entre SA1 et SA3 (contrôle direct) ;
- entre SA2 et SA3 (sœurs) ;
- entre SA2 et SA4 (contrôle direct) ;
- entre SA1 et SA4 (contrôle indirect) ;
- entre SA4 et SA 3 (contrôlées directement ou indirectement par SA1).

La loi du 19 février 2007 a ajouté un cas de présomption de concert en cas de contrat de fiducie.

■ Déclaration de franchissement de seuils

Distinction avec l'obligation d'information « interne » de l'article L. 233-6. L'obligation de déclarer le franchissement d'un seuil de participation pèse principalement sur les personnes (physiques ou morales) qui entrent dans le capital d'une société cotée. Cette obligation prévue à l'article L. 233-7 du Code de commerce ne doit pas être confondue avec l'information sur les prises de participation prévue à l'article précédent, L. 233-6.

L'article L. 233-6 du Code de commerce prévoit une information « interne » à destination des actionnaires de la société initiatrice de la prise de participation. Il est prévu que :

Article L. 233-6, Code de commerce. « lorsqu'une société a pris, au cours d'un exercice, une participation dans une société, représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers ou de la moitié du capital de cette société ou s'est assuré le contrôle d'une telle société, il en est fait mention dans le rapport présenté aux associés sur les opérations de l'exercice et, le cas échéant, dans le rapport des commissaires aux comptes. »

L'objectif est de donner aux associés d'une société des informations sur la politique d'acquisitions des dirigeants. On notera que cette obligation pèse sur les dirigeants de toute société par actions, même si ses titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé.

Principe posé par l'article L. 233-7. Toute personne physique ou morale qui prend une participation dans une société cotée, qui lui fait franchir un seuil légal ou statutaire, en capital ou en droits de vote, doit en informer la société dans laquelle la participation est prise, ainsi que l'AMF.

L'objectif affiché de ce dispositif, introduit en 1989 dans la législation française, est d'éviter le « ramassage en bourse » (achat de petits paquets d'actions, finissant par conférer le contrôle) et de prévenir les offres publiques et toutes autres prises de contrôle. L'information sur le franchissement de seuil permet en effet :

- de connaître à un instant donné l'actionnariat de la société ;
- de déceler la dynamique du capital social : qui y entre, qui en sort.

Qui est tenu de déclarer le franchissement ? Il s'agit de toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert. On se rappellera que les personnes agissant de concert sont tenues solidairement des obligations que la loi leur fait. Cette solidarité existe dans l'obligation comme dans la sanction de l'inexécution.

S'agissant de l'obligation de déclarer, comment faut-il concrètement entendre la solidarité ? L'action de concert existe le plus souvent au sein des groupes ; c'est par conséquent à la société chef de file que revient l'obligation de déclarer le franchissement. Mais si elle ne le fait pas, les autres concertistes devront le faire, faute de quoi ils seront tenus de sanctions civiles et risqueront des sanctions pénales.

Quels seuils doivent être déclarés ? En premier lieu, on notera que doit être déclaré le franchissement à la hausse comme à la baisse. Par exemple, si une personne avait 9 % et achète 2 % supplémentaires, elle doit le déclarer. Inversement, si elle détenait 11 % et en cède 2 %, elle doit également procéder à la déclaration.

Seuils légaux. La loi prévoit des seuils qui sont de :

- 1/20^e soit 5 % ;
- 1/10^e soit 10 % ;
- 3/20^e soit 15 % ;
- 1/5^e soit 20 % ;
- 1/4 soit 25 % ;
- 1/3 soit 33,33 % ;
- 1/2 soit 50 % ;
- 2/3 soit 66,66 % ;
- 18/20^e soit 90 % ;
- 19/20^e soit 95 %.

Précision. C'est le franchissement du seuil qui doit être déclaré, et non pas l'acquisition d'un certain pourcentage du capital ou des droits de vote. Soit une personne possédant 26 % des droits de vote d'une société cotée. Si elle acquiert seule ou de concert une fraction de 5 % du capital ou des droits de vote, sa participation passera de 26 à 31 % ; aucune déclaration n'est à effectuer alors que la participation nouvellement acquise est très significative.

Seuils statutaires. Mais les statuts peuvent renforcer l'obligation légale en prévoyant d'autres seuils de déclaration. Le pacte social peut instaurer des seuils intermédiaires entre les seuils légaux comme par exemple 4/5^e. De même est-il possible de stipuler des seuils inférieurs au seuil légal minimum de 5 %, sans toutefois que les statuts puissent prévoir la déclaration

de franchissement d'un seuil inférieur à 0,5 %. Le passage des seuils statutaires n'a pas à être déclaré à l'AMF ; la société émettrice en est la seule destinataire.

Comment le seuil est-il calculé ? Un seuil est une fraction. Au numérateur se trouve le capital ou les droits de vote détenus, au dénominateur, le nombre total des droits de vote.

• **Numérateur** : l'article L. 233-9 précise les droits de vote dont il faut tenir compte ; il conviendra notamment de comptabiliser les actions représentant du capital et/ou des droits de vote, détenus par la société ayant pris la participation, mais également par toutes celles qu'elle contrôle ou avec lesquelles elle agit de concert.

Article L. 233-9 du Code de commerce

I. Sont assimilés aux actions ou aux droits de vote possédés par la personne tenue à l'information prévue au I de l'article L. 233-7 :

1° Les actions ou les droits de vote possédés par d'autres personnes pour le compte de cette personne ;

2° Les actions ou les droits de vote possédés par les sociétés que contrôle cette personne au sens de l'article L. 233-3 ;

3° Les actions ou les droits de vote possédés par un tiers avec qui cette personne agit de concert ;

4° Les actions ou les droits de vote que cette personne, ou l'une des personnes mentionnées aux 1° à 3° est en droit d'acquérir à sa seule initiative en vertu d'un accord, 5° Les actions dont cette personne a l'usufruit ;

6° Les actions ou les droits de vote possédés par un tiers avec lequel cette personne a conclu un accord de cession temporaire portant sur ces actions ou droits de vote ;

7° Les actions déposées auprès de cette personne, à condition que celle-ci puisse exercer les droits de vote qui leur sont attachés comme elle l'entend en l'absence d'instructions spécifiques des actionnaires ;

8° Les droits de vote que cette personne peut exercer librement en vertu d'une procuration en l'absence d'instructions spécifiques des actionnaires concernés.

• **Dénominateur** : le nombre total des droits de vote d'une société doit être publié au BALO chaque année postérieurement à l'assemblée générale ordinaire. Si ce nombre vient à se modifier, il faudra établir une nouvelle publication. Le rythme des publications est mensuel, sauf si le nombre est inchangé depuis la dernière déclaration. En voici un exemple ci-dessous.

EXEMPLE

PERNOD RICARD

Société anonyme au capital de 290 383 913 €.

Siège social : 12, place des États-Unis, 75116 Paris

582 041 943 RCS Paris

Droits de vote

Conformément aux dispositions de l'article L. 233-8 du Code de commerce, la société informe ses actionnaires que suite à l'augmentation de capital du 9 septembre 2005 provenant de la conversion des océanes 2,50 % 2008 en actions Pernod Ricard, le capital se composait de 93 672 230 actions et représentait un nombre total de droits de vote existant de 107 190 371.

Qui est destinataire de la déclaration ? La société émettrice et l'AMF. Aucune forme particulière n'est exigée. La déclaration doit indiquer le nombre de titres détenus ainsi le cas

échéant que le nombre de titres donnant accès au capital et aux droits de vote existants. Cela signifie par exemple, qu'il faut déclarer les obligations convertibles en actions.

EXEMPLE

Déclaration de franchissements de seuils (article L. 233-7 du Code de commerce)

ALAIN MANOUKIAN

(Eurolist)

Par courrier du 27 octobre 2005, reçu le jour même, complété par un courrier du 28 octobre, la société BCBG Max Azria Group Europe Sarl (3 rue d'Uzès, 75002 Paris) a déclaré avoir franchi en hausse :

- le 29 septembre 2005, les seuils de 90 % du capital et des droits de vote de la société Alain Manoukian et détenir alors 1 958 123 actions représentant autant de droits de vote, soit 94,09 % du capital et 94,58 % des droits de vote de cette société ;
- le 6 octobre 2005, le seuil de 95 % des droits de vote de la société Alain Manoukian et détenir 1 969 530 actions Alain Manoukian représentant autant de droits de vote, soit 94,64 % du capital et 95,13 % des droits de vote de cette société ;
- le 18 octobre 2005, le seuil de 95 % du capital de la société Alain Manoukian et détenir 1 994 164 actions Alain Manoukian représentant autant de droits de vote, soit 95,82 % du capital et 96,32 % des droits de vote de cette société.

Ces franchissements de seuils résultent d'acquisitions d'actions dans le cadre de la garantie de cours visant les titres Alain Manoukian.

À ce jour, la société BCBG Max Azria Group Europe Sarl détient 2 048 030 actions ALAIN MANOUKIAN représentant autant de droits de vote, soit 98,41 % du capital et 98,92 % des droits de vote de cette société.

Dans quel délai faut-il déclarer ? Antérieurement à l'ordonnance du 24 juin 2004, le délai était de 5 jours de Bourse. Le décret du 10 février 2005 a confirmé ce délai. Il demeure donc de 5 jours de Bourse.

Exceptions. Des dérogations à caractère technique figurent à l'article L. 233-7 IV ; elles ont été introduites par la loi du 26 juillet 2005. On se reportera au texte pour en connaître la liste.

Quelle est la sanction de ces règles ? Plusieurs sanctions sont prévues :

- des **sanctions civiles** consistant en une privation des droits de vote. De manière plus précise, l'article L. 233-14 prévoit deux sanctions de privation des droits de vote :
 - une, dite « automatique », qui frappe la fraction des droits de vote excédant le seuil qui aurait dû être déclaré, et qui a une durée de deux années à partir de la régularisation de la notification du franchissement.

EXEMPLE

Un actionnaire avait 4 % des droits de vote et achète 3 % supplémentaires. Il passe le seuil des 1/20^e. Tant qu'il n'a pas déclaré, les 2 % excédant le seuil sont privés du droit de voter ; à compter de la notification tardive, la sanction perdure pendant deux années.

En bonne logique, cette sanction ne peut être appliquée que pour un franchissement à la hausse. Si le franchissement à la baisse n'est pas déclaré ; la seule sanction possible est la suspension facultative des droits de vote (*infra*).

S'il s'agit d'un seuil statutaire, il semblerait (le texte n'est pas d'une totale clarté) que la sanction de privation pendant deux années ne s'applique que si les statuts la prévoient ; ces mêmes statuts pourront alors stipuler qu'il sera nécessaire de posséder une fraction minimale du capital pour demander l'application de la sanction,

- une sanction facultative est prévue également pour le non-respect des franchissements légaux comme statutaires. Le tribunal de commerce peut à la demande de la société émettrice, de l'AMF ou d'un actionnaire, prononcer la suspension de tout ou partie des droits de vote pour une durée maximale de cinq années. Cette sanction est très sévère puisque la suspension peut frapper tous les droits de vote, y compris la fraction n'excédant pas le seuil soumis à déclaration ;
- une sanction pénale (amende) frappe les dirigeants de la personne morale tenue de faire la déclaration. Il n'est pas certain que cette sanction pénale puisse être appliquée au cas de franchissement non déclaré des seuils statutaires. Assurément, la sanction pénale est peu dissuasive en comparaison de la sanction de privation des droits de vote.

EXEMPLE

Franchissements de seuils : un exemple de réaction en chaîne

- Soit la SA 1 possédant 9 % d'une société cotée dénommée Y.
- La SA 2, filiale contrôlée par la SA 1 détenant 0,8 % du capital de Y.
- La SA 3, filiale contrôlée par la SA 2 vient à acquérir 0,3 % de Y.

SA 1, 2 et 3 sont présumées agir de concert. On fera donc masse des droits de vote qu'elles détiennent pour apprécier si un seuil soumis à déclaration est franchi ou non. Or la prise de participation modique (0,3 %) de SA 3 dans Y fait basculer tout le schéma puisque les 3 sociétés concertistes passent la barre des 10 % qui est un seuil à déclarer.

Chacune est réputée détenir 10,1 % de Y.

Chacune sera donc tenue de procéder à la déclaration de franchissement de seuils. En pratique, une seule le fera pour les autres.

En cas de défaillance, les trois seront responsables. C'est dire si au sein des groupes de sociétés, il convient d'être vigilant...

■ **Déclaration d'intentions**

L'article L. 233-7 *in fine* prévoit qu'à l'occasion du franchissement à la hausse des seuils du 1/10^e, 3/20^e, 1/5^e, 1/4^e la personne tenue de déclarer le franchissement doit également déclarer quelles sont ses intentions pour les 6 mois à venir. Cette déclaration pèse sur les mêmes personnes et vise les mêmes destinataires ; elle prend la même forme que le franchissement de seuil ; en pratique, les sociétés tenues procèdent aux deux déclarations (franchissement et intentions) dans le même document. Elle doit être réalisée dans les 10 jours de Bourse suivant la prise de participation.

Cette déclaration précise si l'acquéreur agit seul ou de concert, s'il envisage d'arrêter ses achats ou de les poursuivre, d'acquérir ou non le contrôle de la société, de demander sa nomination ou celle d'une ou plusieurs personnes comme administrateur, membre du directoire ou du conseil de surveillance.

En cas de changement d'intention, lequel ne peut être motivé que par des modifications importantes dans l'environnement, la situation ou l'actionnariat des personnes concernées, une nouvelle déclaration doit être établie.

EXEMPLE

Conformément aux dispositions de l'article L. 233-7 du Code de commerce, LogicaCMG plc déclare, pour les douze mois à venir :

- agir seule (directement et indirectement au travers de sa filiale LogicaCMG UK Ltd) ;
- entendre poursuivre l'acquisition de titres UNILOG par l'intermédiaire de sa filiale détenue à 100 %, LogicaCMG UK Ltd, laquelle a déposé, le 25 octobre 2005, auprès de l'Autorité des marchés financiers un projet d'offre publique portant sur l'intégralité des actions émises par Unilog ;
- entendre acquérir le contrôle d'UNILOG ;
- se réserver la possibilité de demander une modification de la représentation du groupe LogicaCMG au sein du directoire et du conseil de surveillance de la société UNILOG en fonction des résultats de l'offre publique étant précisé que l'assemblée générale ordinaire d'UNILOG du 24 octobre 2005 a déjà nommé, avec prise d'effet le 25 octobre 2005, M. Martin Read, directeur général (Chief Executive) de LogicaCMG plc, et M. Reinoud Drenth, responsable des activités du groupe LogicaCMG plc en France, Belgique, Europe centrale et de l'Est, Pays baltes et Scandinavie, comme membres du conseil de surveillance d'UNILOG.

Il est précisé que les actions UNILOG détenues par LogicaCMG plc seront apportées à LogicaCMG UK Ltd préalablement à la date de règlement-livraison de l'offre publique contre l'émission d'actions nouvelles de LogicaCMG UK Ltd.

■ Sanction du non-respect de la déclaration d'intention

Deux cas sont à considérer :

- **non réalisée.** La déclaration d'intention n'est pas effectuée : les droits de vote excédant les seuils sont suspendus immédiatement et jusqu'à deux années à compter de la régularisation de la notification. Une amende est encourue. Le tribunal de commerce peut aussi décider de suspendre tout ou partie des droits de vote pour une durée de cinq années maximum ;
- **non respectée.** La déclaration d'intention n'est pas respectée dans son contenu (hors cas de changement d'intentions motivé et visé par le texte) : le tribunal de commerce peut décider de suspendre tout ou partie des droits de vote pour une durée de cinq années maximum.

À noter que l'AMF peut également prononcer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 1 500 000 €, montant autrement plus dissuasif que l'amende précitée.

■ Publicité des pactes d'actionnaires

Dans la logique d'une plus grande transparence des rapports entre actionnaires, notamment en période d'offre publique (où il est important que l'initiateur ait connaissance des défenses mises en place par la cible), l'article L. 233-11 prévoit que :

Article L. 233-11 Code de commerce. Toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société qui a émis ces actions doit être transmise dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature de la convention ou de l'avenant introduisant la clause concernée, à la société et à l'Autorité des marchés financiers.

Sur qui pèse l'obligation de transmission des pactes ? Elle s'impose à tous les signataires du pacte, de manière solidaire, qu'ils soient associés ou non de la société émettrice dont les titres sont concernés par le pacte.

Quels sont les pactes concernés ? Le texte évoque les clauses des conventions comportant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition à condition qu'elles soient significa-

tives dans leur volume, c'est-à-dire qu'elles portent sur au minimum 0,5 % du capital ou des droits de vote. Cela inclut au sens strict :

- les promesses de vente ou d'achat ;
- les pactes de préférence ou de préemption.

Quelles sanctions du défaut de transmission ? À défaut de transmission, les effets de cette clause sont suspendus, et les parties déliées de leurs engagements, en période d'offre publique.

EXEMPLE

Convention conclue entre actionnaires (article L. 233-11 du Code de commerce)

BOIRON

(Eurolist)

Par courrier du 4 juillet 2005, reçu le jour même et en application de l'article L. 233-11 du Code de commerce, l'Autorité des marchés financiers a été destinataire d'un pacte d'actionnaires, dénommé « pacte Boiron 2005 », conclu le 29 juin 2005 entre les membres de la famille Boiron, regroupés au sein des familles Jean et Henri et leurs sociétés patrimoniales respectives.

Par ce pacte, la société Sodeva et les membres de la famille Jean, d'une part, la société SHB et les membres de la famille Henri, d'autre part, se sont consentis des droits de préemption réciproques en cas de transfert de titres de la société Boiron. Il est également prévu un droit de préemption entre les actionnaires de Sodeva en cas de transfert des titres de cette dernière et entre les actionnaires de SHB en cas de transfert de titres de cette dernière.

En préambule du pacte, il est indiqué que les parties détiennent ensemble 50,35 % du capital et 63,96 % des droits de vote et qu'elles agissent de concert.

Durée du pacte

Le pacte d'actionnaires a pris effet à compter de sa signature, le 29 juin 2005, et restera en vigueur aussi longtemps qu'au moins deux signataires ou leurs ayants droit seront titulaires de titres Boiron, Sodeva ou SHB, sans toutefois excéder une durée de 12 années.

Droits de préemption

Les actionnaires ont stipulé :

- en cas de cession de titres Boiron par un membre de la famille Jean, un droit de préemption au profit de Sodeva en premier rang, SHB en second rang, de chacun des autres membres de la famille Boiron en troisième rang ;
- en cas de projet de transfert de titres, le cédant doit notifier le transfert projeté au(x) bénéficiaire(s) d'un droit de préemption de premier rang. À l'expiration du délai d'exercice du droit de préemption, si le(s) bénéficiaire(s) n'a(ont) pas exercé son (ses) droit(s) de préemption, pour la totalité des titres dont le transfert est envisagé, le cédant doit notifier sans délai le transfert au(x) bénéficiaire(s) d'un droit de préemption de second rang. Dans l'hypothèse où ce(s) dernier(s) n'exercerait pas à leur tour leur(s) droit(s) de préemption pour l'intégralité des titres disponibles, le cédant doit notifier sans délai le transfert au(x) bénéficiaire(s) d'un droit de préemption de troisième rang.

Dans tous les cas, le ou les bénéficiaires du droit de préemption, quelque soit leur rang, disposeront d'un délai de dix jours à compter de la réception par eux de la notification du projet de transfert pour notifier au cédant, leur intention d'exercer leur droit de préemption, au prix proposé.

Prix de préemption

Dans les cas où le projet de transfert devrait être réalisé sur le marché, le cédant devra déposer un contrat optionnel de reclassement auprès d'Euronext Paris, de sorte que le prix de transfert corresponde au cours du jour précédant le dépôt de ce contrat. Dans les cas où le projet de transfert ne se réaliserait pas sur un marché réglementé, la préemption se fera.

Transferts libres

Ne sont pas soumis au droit de préemption les transferts de titres :

- tout transfert réalisé par un actionnaire personne physique portant sur moins de 0,1 % du capital de Boiron sur une période de douze mois consécutifs ;
- tout transfert à titre gratuit ou onéreux réalisé par un membre de la famille Boiron au profit de ses ascendants, descendants, collatéraux et/ou conjoint, d'une société civile familiale constituée exclusivement par lui, son conjoint et/ou descendants, dirigé par lui et dont il détiendrait la majorité du capital social et des droits de vote, ainsi que toute transmission par décès ou dissolution de communauté de biens ;
- tout transfert résultant de l'éventuelle fusion des sociétés Sodeva et SHB.

Préemption en période d'offre publique

- En cas d'offre publique visant les titres Boiron, chaque signataire qui souhaite apporter tout ou partie de ses titres à cette offre devra notifier son intention aux autres signataires deux jours de Bourse au plus tard après la date de parution de l'avis de recevabilité de l'Autorité des marchés financiers.
- En cas d'offre publique d'échange ou d'achat, d'offre publique de retrait, d'offre mixte ou alternative, la préemption s'exercera au dernier prix de l'offre.

■ **Offre publique obligatoire**

L'ultime conséquence d'une prise de participation dans une société cotée peut être l'obligation de déclencher une offre publique sur la totalité des titres de la société émettrice. Les obligations décrites précédemment nous cantonnaient dans le domaine de l'information. L'article 234-2 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (ci-après RG AMF) pose un principe rigoureux : toute personne physique ou morale, agissant seule ou de concert, qui vient à détenir plus du tiers du capital ou plus du tiers des droits de vote d'une société cotée, est tenue de déposer un projet d'offre publique.

Cette disposition vise clairement à éviter le ramassage en bourse et à assurer une parfaite égalité entre les actionnaires, en protégeant notamment les minoritaires.

d) **Les offres publiques**

■ **Définition et politique législative**

Définition. L'offre publique, qui peut se décliner de diverses manières, OPA, OPE, OPR, consiste pour une personne morale à faire connaître aux actionnaires d'une société dite « cible » qu'elle souhaite acquérir leurs actions à un prix supérieur au cours de bourse, payé soit en numéraire (OPA), soit en titres de l'initiateur (OPE, ces titres peuvent être des actions ou des obligations).

Une offre publique peut porter autant sur des titres de capital que sur des titres de créance ; mais l'objectif premier étant de prendre le contrôle de la cible, il est nécessaire que l'offre

permette de posséder des titres offrant le droit de vote. La plupart des OP portent donc sur des actions.

Objectifs. L'offre publique répond, soit à une logique de concentration économique (verticale ou horizontale), soit à une logique purement spéculative, où l'initiateur achète dans le seul but de revendre l'entreprise en la démantelant (on nomme cela la « revente par appartements ») et en réalisant une forte plus-value.

Faveur législative. Le législateur, en France du moins, perçoit globalement les OP de manière très positive car :

- elles animent le marché boursier ;
- elles permettent des concentrations rapides ;
- elles respectent le principe d'égalité entre actionnaires ;
- elles sont une incitation pour les dirigeants sociaux à bien gérer la société et à considérer comme il se doit l'actionnariat.

Réglementation. Les offres publiques sont réglementées par les articles L. 433-1 à 433-4 du CMF, et surtout, en complément, par le règlement général de l'AMF, articles L. 231-1 et suivants. L'essentiel de la réglementation se trouve dans ce dernier document.

Une directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 a fixé des règles communes en matière d'OP. La loi du 31 mars 2006 (articles L. 233-32 à L. 233-40 du Code de commerce) est venue modifier le droit applicable aux OP, notamment du point de vue des défenses pouvant être mises en œuvre par la société cible.

■ **Déroulement des offres publiques d'achat ou d'échange**

Déclenchement de l'OP : libre volonté ou obligation. Le déclenchement de l'offre se fait en principe par la volonté de l'initiateur qui souhaite délibérément prendre le contrôle d'une cible.

OP obligatoire. Mais dans certains cas, l'offre sera rendue obligatoire par le RG AMF (article 234-2). Cette obligation est motivée par la volonté de respecter l'égalité entre actionnaires et de permettre aux minoritaires de sortir de la société cible afin de ne pas subir le changement de contrôle. Il existe plusieurs cas de dépôt obligatoire :

- 1^{er} cas : une personne physique ou morale, agissant seul ou de concert, détient plus du tiers du capital ou des droits de vote (on notera qu'il s'agit d'une alternative). Dans ce cas, l'offre doit viser la totalité du capital et des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote (exemple : des OBSA sont des titres donnant accès au capital) et ne peut pas être assortie d'un seuil de renonciation (voir *infra* sur cette notion) ;
- 2^e cas : une société détient plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une autre ; ce tiers constitue une part essentielle de ses actifs ; la société détentrice change de contrôle. Le dépôt obligatoire pèse sur la société détentrice. Exemple : la SA 1 détient 40 % des droits de vote de la SA 2 ; le contrôle de la SA 1 se modifie ; la SA 1 doit déposer obligatoirement un projet d'OP sur le capital de la SA 2 ;
- 3^e cas : une société détient seule ou de concert entre un tiers et la moitié du capital ou des droits de vote d'une autre, et vient sur douze mois consécutifs à racheter plus de 2 % de la société cible. Dans ce cas, l'obligation de dépôt se fonde sur la vitesse d'acquisition.

Si le détenteur ne respecte pas cette obligation, il se voit privé des droits de vote excédant le pourcentage ayant entraîné l'obligation de dépôt.

Dérogations. Le RG prévoit bien entendu des exceptions à l'obligation de déposer une offre publique, comme :

- la possibilité d'un franchissement temporaire du seuil du 1/3, à condition qu'il porte sur moins de 3 % du capital ou des droits de vote, et qu'il dure moins de 6 mois. Il doit être autorisé par l'AMF ;
- la donation de titres entre personnes physiques ;
- la souscription à l'augmentation de capital d'une société motivée par ses difficultés financières.

Les autres dérogations sont décrites aux articles 234-6 à 234-9 du RG AMF.

Modalités de l'offre publique :

- **100 % du capital** ; l'offre doit porter sur la totalité du capital : cette règle, qui vise la protection des minoritaires en leur permettant de ne pas rester prisonniers de leurs titres, signifie en clair qu'il ne peut exister d'OP partielle. L'article 233-1 du RG prévoit des dérogations, notamment pour le cas où l'offre émanerait d'un actionnaire possédant déjà plus de la moitié du capital ou des droits de vote ; en ce cas en effet, l'OP n'aura pas pour conséquence un changement de contrôle ;
- **clause de succès** ; l'offre peut être assortie d'un seuil de renonciation également appelée « clause de succès ». En effet, si l'initiateur est obligé dans certains cas de déposer un projet d'OP, les actionnaires de la cible ne sont nullement tenus d'apporter leurs titres à l'OP ; celle-ci peut donc être un échec. Il suffit d'imaginer que l'initiateur dépassant le seuil du tiers, lance une offre publique qui ne lui rapporte que 45 % du capital. Ce seuil n'offre aucun intérêt du point de vue de la prise de contrôle. Le seuil de renonciation permet, s'il n'est pas atteint, de restituer les titres aux actionnaires les ayant apportés. L'initiateur n'aura déboursé que les frais de la procédure ;
- **modalités** ; l'offre peut être unique, mixte, alternative, principale et subsidiaire – une offre est dite unique si l'initiateur propose l'achat ou l'échange des titres de la cible. L'offre sera donc une OPA unique (les actionnaires ne se voient remettre que du numéraire) ou une OPE unique (les actionnaires ne se voient remettre que des titres). L'offre est dite mixte si les actions apportées à l'initiateur sont payées pour partie en numéraire, pour partie en titres. Elle est dite alternative, si l'actionnaire de la cible a le choix entre le paiement en numéraire ou en titre. On parle également d'offres principale et subsidiaire ;
- **CVG** ; l'offre comprend un objet principal (achat ou échange) et des options offertes aux actionnaires. On peut dans ce cadre offrir « en option » la possibilité d'une cession différée d'une partie des titres, ou encore un certificat de valeur garantie (CVG) aux actionnaires qui acceptent un prix ou une parité d'échange moins attractive.

LE CERTIFICAT DE VALEUR GARANTIE, CVG

Le CVG est émis par la société initiatrice dans le cadre d'une OPE. Il suppose en principe que la parité d'échange offerte ne soit pas très attractive, de sorte que le CVG renforce cette attractivité. Il consiste à offrir aux actionnaires de la cible de leur payer en numéraire un complément de prix si l'action remise en échange n'a pas atteint un certain cours.

Exemple

Les actions de A, cible, cotent aujourd'hui 100 €. B est initiateur et offre aux actionnaires de A, une action B contre une action A. Or B cote 100 € également.

Pour renforcer l'attractivité, B offre un CVG en sus de l'action B, prévoyant que si dans deux ans l'action B n'a pas atteint 130 € la différence entre 130 et le cours à deux ans leur sera versée :

- si par conséquent, en 2007, l'action B cote 120 €, chaque actionnaire recevra 10 € par action ;
- si au contraire l'action cote 135 €, ils ne recevront rien.

Avec ce système, l'OPE est moins coûteuse pour l'initiateur qui parie sur une hausse du cours ; l'actionnaire quant à lui est garanti de réaliser une plus-value.

Procédure des OP. Le RG distingue deux procédures : la procédure normale qui suppose que l'initiateur détienne moins de la moitié du capital ou des droits de vote et la procédure simplifiée pour le cas où il détient déjà la majorité dans la société cible. La différence entre les deux procédures tient pour l'essentiel à la durée d'ouverture de l'offre, c'est-à-dire au délai pendant lequel les actionnaires de la société rachetée peuvent amener leurs titres à l'initiateur.

Étapes. Voici de manière schématique, les différentes étapes d'une offre publique :

- l'initiateur prépare l'offre en secret avec l'aide d'un ou plusieurs établissements financiers. Il élabore un projet d'offre ;
- le dossier est présenté à l'AMF et doit préciser notamment les objectifs de l'initiateur, le nombre et la nature des titres qu'il détient déjà, le prix payé ou la parité d'échange. Ce dossier est accompagné d'un projet de note d'information ;
- l'AMF va ensuite publier le projet d'offre et peut demander à suspendre la cotation du titre. S'ouvre le début de la « période d'offre » ;
- l'AMF dispose alors de 5 jours de bourse pour apprécier la recevabilité de l'offre. Si elle refuse, l'initiateur peut agir devant la cour d'appel de paris, seule compétente ;
- si l'offre est jugée recevable, l'AMF publie la note d'information sur laquelle elle appose son visa. À noter que la société cible peut publier une note dite « en réponse ». Le comité d'entreprise de la cible peut également auditionner l'initiateur et se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre. Cette disposition est strictement consultative ;
- l'offre est officiellement ouverte le lendemain de la publication de la note d'information ;
- l'ouverture signifie que les actionnaires de la cible peuvent apporter leurs titres à l'initiateur, c'est-à-dire passer des ordres de vente. En cas de procédure normale, l'offre est ouverte entre 25 et 35 jours de bourse au maximum ; en cas de procédure simplifiée, entre 10 et 15 jours de bourse au maximum ;
- jusqu'à 5 jours de la clôture, il est possible de surenchérir ou de déposer une offre concurrente (voir *infra*) ;
- le résultat est publié 9 jours maximum après la clôture de l'offre ; les titres sont alors livrés et le prix payé, ou l'échange réalisé, le tout sauf jeu de la clause de renonciation si l'offre n'atteignait pas l'objectif fixé initialement.

Offres concurrentes et surenchères. Une offre concurrente émane d'une personne distincte de l'initiateur et qui, en général, vient au secours de la cible.

Une surenchère émane de l'initiateur qui propose un prix supérieur à celui proposé initialement.

Dans les deux cas, l'offre concurrente ou la surenchère ne sont recevables que si le prix proposé est supérieur de plus de 2 % au prix stipulé dans l'offre d'origine.

EXEMPLE

OPA de B à 150 € sur le titre de A. C peut déposer une offre concurrente au prix minimum de 153 €. B, s'il a des informations prédisant un échec de son offre au prix de 150 € peut offrir de surenchérir à partir de 153 €.

■ Offres publiques de retrait et retrait obligatoire (OPR-RO)

OPR. C'est un mécanisme qui vise à ce que les actionnaires minoritaires puissent se retirer de la société dont le contrôle a changé.

Cas. Il y a plusieurs hypothèses d'OPR :

- les actionnaires majoritaires détiennent de concert au moins 95 % des droits de vote ;
- la société est une SA et envisage de se transformer en SCA ;
- l'actionnaire contrôlant la société envisage de demander une modification statutaire importante, ou propose un projet de fusion absorption de la société.

Intérêts. Toutes les parties peuvent avoir intérêt à ce retrait, qui en général s'opère après une OPA ou une OPE :

- les minoritaires peuvent y voir une porte de sortie salutaire, alors qu'ils n'avaient pas jugé utile d'apporter leurs titres à la première offre publique ;
- les majoritaires peuvent souhaiter prendre le contrôle total de la société afin qu'elle ne soit plus considérée comme faisant appel public à l'épargne ;
- enfin, eu égard aux modifications statutaires proposées, l'AMF peut le juger opportun.

Procédure. En conséquence, l'initiative d'une OPR peut appartenir soit aux actionnaires minoritaires, qui vont alors solliciter l'AMF, laquelle va requérir des majoritaires de déposer une OPR, soit aux majoritaires directement. L'AMF peut encore requérir le dépôt d'une OPR de sa propre initiative.

Sous condition de sa recevabilité (le contentieux porte le plus souvent sur le prix offert, surtout quand l'initiative de l'OPR provient des minoritaires), l'OPR est ouverte pendant 10 jours de bourse. À l'issue, et dans le meilleur des cas, l'initiateur aura 100 % des titres de la société. En pratique, quelques irréductibles auront souvent refusé de vendre. Il faudra alors les y obliger : c'est le retrait obligatoire (RO).

Retrait obligatoire. Suite logique de l'OPR, le retrait obligatoire vise les titres non présentés à l'OPR. Pour ce reliquat, les actionnaires majoritaires peuvent demander à ce que les titres leur soient transférés contre indemnisation des minoritaires exclus.

Le RO porte sur au maximum 5 % des titres conférant le droit de vote. Il s'opère sous surveillance de l'AMF. Le prix est défini par l'initiateur après une évaluation suivant des « méthodes objectives » ; ce prix doit bien entendu être validé par l'AMF.

Cette procédure, très particulière, est parfois appelée le *squeeze-out* par référence à la terminologie anglo-saxonne. Elle constitue en droit français une véritable anomalie : en effet, il s'agit d'une forme d'expropriation pour une cause qui n'est pas d'utilité publique. Le droit des sociétés est très attaché au principe que chaque actionnaire doit pouvoir le rester ; les procédures d'exclusion, parce qu'elles portent atteinte au droit de propriété, sont exceptionnelles.

Le retrait obligatoire est également admis indépendamment de l'OPR (art. 237-14 RG AMF) dès lors que l'initiateur de l'offre publique souhaite se voir transférer les titres non présentés (dans la limite de 5 %).

■ **Procédure de garantie des cours**

C'est un succédané d'OPA obligatoire visant les personnes qui, en acquérant un bloc de titres en une seule fois, deviennent majoritaires dans la société concernée, sans utiliser la procédure d'offre publique.

En effet le changement de majorité peut se faire de gré à gré sans achats en bourse ; de plus on notera que le capital d'une société peut n'être qu'en partie admis à la négociation sur le marché. Par exemple, le capital de EDF SA est détenu à 85 % par l'État ; le reste est coté en bourse. Si l'actionnaire majoritaire venait à changer, les minoritaires dont les titres sont cotés pourraient en souffrir.

La procédure de garantie des cours prévoit qu'après avis de l'AMF, l'acquéreur du bloc de contrôle est tenu de se porter acheteur de tous les titres présentés, au prix auquel il vient d'acheter le bloc de contrôle, pendant 10 jours de bourse.

■ **Défenses anti-OPA**

C'est un sujet très ludique et vivant. Ludique en raison de son aspect guerrier et des similitudes avec les jeux vidéo..., vivant car, en raison des fréquentes OPA américaines sur des sociétés françaises, il est question de rechercher les moyens juridiques pour renforcer notre panoplie de défenses. C'est la visée de la loi du 31 mars 2006.

DÉFENSES ANTI-OPA ET TERMINOLOGIE ANGLO-SAXONNE

Ces défenses sont inspirées du droit américain. Il ne s'agit pas de la panoplie française des armes anti-OPA.

- *Shark repellents* : on nomme ainsi tout moyen de faire fuir l'initiateur – littéralement l'expression signifie : repoussoir de requins !
- *White knight* : stratégie du chevalier blanc qui consiste à ce qu'un ami de la cible déclenche à son tour une OPA sur elle pour contrer la première.
- *Pacman defence* : inspirée du jeu vidéo du même nom (l'ancêtre des PS II!) : consiste à ce que la cible attaque l'initiateur.
- *Crown jewels options* : littéralement cela signifie la vente des bijoux de la couronne ; c'est une stratégie visant à décourager l'initiateur en rendant la cible moins attrayante (par la vente, ou la mise entre des mains sûres, de ses actifs majeurs).
- *Staggered board* : clause des statuts prévoyant que les administrateurs seront renouvelés pas tiers tous les ans. Il faudra donc que l'initiateur attende 2 ans avant d'avoir la majorité au conseil d'administration.
- *Supermajority votes* : clauses de majorité qualifiée pour certaines opérations. L'OPA coûtera plus cher à l'initiateur qui devra racheter plus de 50 % des titres.
- *Poison pills* : les pilules empoisonnées ; toutes les clauses des statuts visant à tuer le requin quand il touchera la cible ; exemple : endettement accru.

Défenses fondées sur la dissociation capital-pouvoir. L'initiateur d'une OPA/OPE ne recherche pas le capital, ni les dividendes (au moins dans un premier temps...), mais le pouvoir. Ce que vise tout initiateur, c'est d'arriver à limoger la direction en place pour s'y installer.

La ligne de défense est simple : plusieurs possibilités peuvent être utilisées de manière préventive :

- **émission de capital « muet »** ou non-votant : antérieurement à l'ordonnance du 24 juin 2004, il était possible de créer des actions à dividende prioritaire sans droit de vote (ADP) ou encore de démembrer les actions entre certificats d'investissement et certificats de droit de vote. Ces formules ont été avantageusement remplacées par les nouvelles actions de préférence. L'article L. 228-11 du Code de commerce permet, dans une société cotée, d'émettre au maximum un quart d'actions de préférence sans droit de vote (la proportion est de moitié dans les sociétés non cotées). On peut toutefois, sans aller jusqu'à la suppression totale du droit de vote, procéder à certains aménagements de celui-ci : ainsi par exemple, certains titres peuvent ne donner le droit de vote que pour certaines résolutions. Il est donc possible que le quart du capital soit totalement dépourvu de droit de vote, et une quote-part complémentaire de celui-ci, ne permette pas de voter pour la nomination des dirigeants ;
- **émission de titres à droit de vote double** : le but est ici inverse, à savoir renforcer le pouvoir de certains actionnaires présumés fidèles. Les actions de préférence à droit de vote double doivent avoir fait l'objet d'une inscription en compte nominative au cours des deux dernières années précédant l'attribution du droit de vote double ;
- **plafonnement des droits de vote** : cette possibilité est offerte aux statuts à la condition que le plafonnement soit imposé à tous les actionnaires sans discrimination. Beaucoup de sociétés du CAC 40 ont introduit une clause de plafonnement. Dans la société Danone par exemple, les droits de vote sont plafonnés à 6 % pour les actions ordinaires et à 12 % pour les actions à droit de vote double ; cela signifie que, quel que soit le capital détenu par un seul actionnaire, il ne donnera jamais plus de 6 ou 12 % de voix. Les statuts de cette même société prévoient une caducité du droit de vote si un actionnaire vient à détenir plus de 67 % du capital. Ce sont là de clauses très handicapantes pour un initiateur ;
- **les conventions de vote** peuvent également être d'une redoutable efficacité ; elles sont valables si elles ne contrarient pas l'intérêt social et si elles sont temporaires. Leur seule faille réside dans leur sanction, qui se limite à des dommages-intérêts en cas de violation. Les autres pactes d'actionnaires, et notamment ceux tels les pactes de préemption, qui comportent des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition de titres, doivent être publiés auprès de l'AMF. Les concernant, l'initiateur est censé en avoir connaissance. La loi du 31 mars 2006 vient prévoir que les statuts de la société cible pourront limiter et suspendre les effets d'une telle convention en période d'offre publique.

Défenses fondées sur la dilution de l'initiateur. Le but est ici de noyer la participation de l'initiateur de manière à ce qu'il repasse en dessous de la barre des 50 %, ou bien, mais cela revient au même, à le décourager en rendant plus coûteuse sa tentative de prise de contrôle. Parfois, le droit français, très attaché au principe de loyauté, n'admettra pas la défense envisagée, ou la soumettra à des conditions restrictives :

- **l'augmentation du capital social** souscrite par les actionnaires ou par un tiers « ami » de la société aura un effet dilutif dépendant essentiellement de son montant par rapport au capital existant. Si la capitalisation boursière de la société cible est de 3 millions d'euros, il sera nécessaire de dépenser la moitié de cette somme au minimum pour en prendre le contrôle. Si à la suite d'une augmentation du capital, la société vaut 4,5 millions d'euros, le prix à payer pour la prise de contrôle sera augmenté de 50 %. Ce sera une très mauvaise surprise pour l'initiateur. Pour cette raison, le droit français n'autorise l'augmentation de capital en période d'OP que si elle a été décidée antérieurement à cette offre, et si le droit

- préférentiel de souscription n'a pas été supprimé (ceci interdisant à un chevalier blanc d'entrer dans le capital) ;
- le **paiement du dividende en actions** est toujours possible, même en période d'OPA. Il s'agit en effet d'une attribution souveraine de l'assemblée. Ce paiement aura pour effet d'augmenter le capital. Il demeure un moyen assez limité ;
 - les **stock-options** sont aussi un moyen très utile à double titre : d'abord car les bénéficiaires n'ont pas intérêt à apporter les titres dont ils disposent à un initiateur, ce qui risquerait de faire chuter la plus-value potentielle de leurs options. Ensuite, au moment de la conversion, c'est-à-dire de l'exercice de l'option, le capital va augmenter. Ici également, le principe de loyauté veut que cette défense ne fonctionne que si les *stock-options* ont été attribuées antérieurement au déclenchement de l'offre publique ;
 - **bons ou titres convertibles** ; vont également constituer des défenses de qualité les titres donnant accès au capital tels les bons de souscription d'actions (BSA) ou encore les titres de créance pouvant être convertis en titre de capital : obligations convertibles en actions (OCA), obligations remboursables en actions (ORA), obligations avec bon de souscription d'actions (OBSA) ;
 - la **loi du 31 mars 2006** vient mettre à disposition des sociétés cibles une nouvelle défense parfaitement adaptée :

Article L. 233-32 (partie) Code de commerce. La société visée, statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article L. 225-98, peut décider l'émission de bons permettant de souscrire, à des conditions préférentielles, à des actions de ladite société, et leur attribution gratuite à tous les actionnaires de cette société ayant cette qualité avant l'expiration de la période d'offre publique.

Défenses liées à la structure de la société (tour d'ivoire). Il y aurait beaucoup à dire sur ce sujet. L'idée est de placer les titres dans une société, qui, par sa forme juridique, constitue une bonne défense contre les offres publiques. Deux formes sociales sont visées : la société en commandite par actions et la SAS.

• La **transformation en commandite par actions** est un excellent moyen de défense (toutefois, cette transformation peut être une hypothèse dans laquelle les actionnaires majoritaires seront tenus de déposer un projet d'offre publique, de type OPR – voir *supra*). En effet, dans cette société, il existe deux « castes » d'associés, les commandités, qui ne sont pas titulaires de titres cotés mais qui dirigent la société, et les commanditaires qui sont les actionnaires dont les titres peuvent être cotés, mais qui n'ont pas de pouvoir de gestion. Cela signifie qu'un initiateur ne pourra racheter en bourse que les titres des commanditaires. Or, l'avantage est que le gérant est désigné... par les commandités. Sans entrer dans le détail, il faut tout de même retenir que les commanditaires, s'ils sont persévérants finiront toujours par prendre le contrôle ; mais cela prendra du temps.

Un certain nombre de sociétés désirant allier contrôle familial, introduction en bourse et protection anti-OPA ont eu recours à cette forme de société : Michelin, Lagardère, Eurodisney France...

• La **SAS** peut être utilisée en raison des clauses statutaires permettant de restreindre les mouvements du capital social. Toutefois, la SAS ne peut jamais être cotée ; elle sera principalement choisie comme société holding. Ainsi, si les actionnaires majoritaires d'une société cotée font apport de leurs titres à une holding SAS, la société deviendra une citadelle

imprenable. Cette méthode efficace, coûte toutefois très cher et n'est pas favorable à l'animation du marché boursier.

2.3 Prise de participation dans une société dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé (cession de contrôle)

Renvoi. L'expression cession de contrôle n'est pas propre aux sociétés non cotées ; elle signifie tout d'abord la cession d'une quantité de droits conférant le contrôle de la société cédante (la moitié, les deux tiers ou les trois quarts suivant le cas). Elle pourrait ensuite parfaitement être appliquée à des sociétés cotées.

L'achat de droits d'une société non cotée n'est pas réglementé à la différence de l'achat d'actions en bourse. Il pourra s'agir soit de cessions de parts, de SARL par exemple, soit de cessions d'actions de SA, SAS ou SCA non cotées.

L'absence de réglementation propre n'empêche pas le contentieux de se développer que ce soit sur la problématique de la protection des minoritaires ou encore celle de la protection des parties à la cession. (Voir *infra*, chapitre 18, la cession de contrôle des sociétés).

SECTION 3

LES FUSIONS ET SCISSIONS

Complémentarité. Il faut le dire encore une fois : le couple fusion/scission ne s'oppose aux techniques de prise de contrôle étudiées précédemment que sur un plan juridique :

- le rachat d'une part du capital d'une société par une autre ne porte pas atteinte à la personne morale de l'une comme de l'autre ;
- la fusion ou la scission implique la création ou de la disparition de personnes morales.

Dans la pratique, les deux procédés sont liés : il n'est pas rare que deux sociétés fusionnent après que l'une a racheté progressivement la quasi-totalité du capital de l'autre.

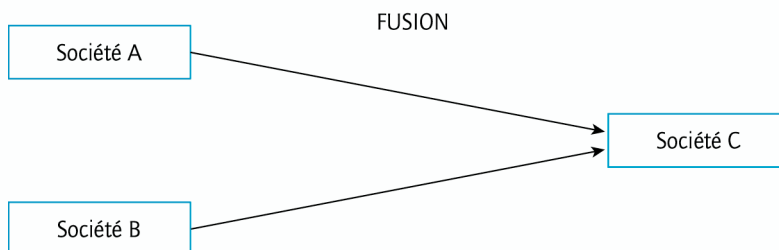
1. Définitions

La **fusion** est l'hypothèse où deux ou plusieurs sociétés se transforment en une seule, soit par dissolution des sociétés précédemment existantes et création d'une société nouvelle, soit par absorption d'une société existante par une autre existante. Ce dernier procédé est de loin le plus courant car c'est également le moins coûteux fiscalement.

Généralités. La fusion implique la dissolution de la personne morale absorbée, sans liquidation de celle-ci, et la transmission universelle du patrimoine de l'une à l'autre. Cela signifie notamment une transmission du passif de la société absorbée.

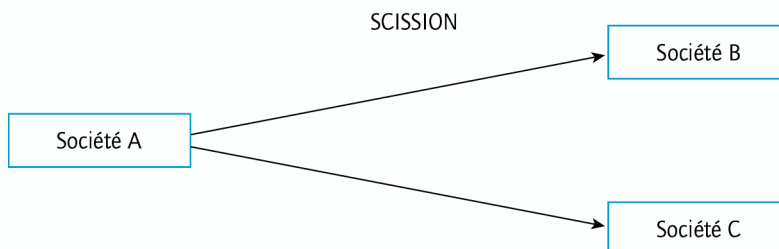
L'un des effets majeurs est que les associés de la société absorbée acquièrent la qualité d'associés de l'absorbante.

Les fusions permettent de renforcer les capacités des entreprises à faire face à leurs concurrents ; elles leur permettent également d'abaisser les coûts de production et de réaliser des économies d'échelle.



La **scission** suppose que le patrimoine d'une société existante est partagé entre deux sociétés existantes ou nouvelles.

Parité. Dans les deux cas, il y aura toujours échange entre deux qualités d'associé suivant une parité d'échange déterminée dans le traité de fusion ou de scission. Il peut y avoir le cas échéant versement d'une soulte en espèce, mais elle doit représenter moins de 10 % des droits sociaux nouvellement attribués, faute de quoi l'opération n'est plus traitée comme une fusion ou une scission mais comme une vente de droits sociaux (sauf en cas de fusion transfrontalière, loi du 3 juillet 2008).



L'**apport partiel d'actif** suppose qu'une société fait apport à une autre d'une branche d'activité et reçoit des droits sociaux en contrepartie. *A priori*, cette opération échappe au régime des fusions, mais peut dans certaines hypothèses lui être soumis.

En effet, à titre principal, l'opération n'est pas une fusion ou une scission au sens où l'auteur de l'apport ne va pas disparaître par dissolution. Cette opération est toutefois plus qu'une simple opération d'apport en nature. On apporte ici une branche d'activité, sous son angle actif comme passif.

Par principe, cette opération n'est pas soumise au régime des fusions-scissions.

Par exception, il y sera soumis, soit si l'apport modifie l'objet social de la société qui le réalise, soit si les parties décident de se soumettre volontairement à ce régime.

2. Régime juridique et financier des fusions et scissions

Il est décrit aux articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce. Toutefois, la seule lecture de ces textes n'est pas suffisante pour appréhender les opérations de fusion et de scission, qui font également appel au droit financier et au droit de la concurrence.

2.1 Prise en compte des règles relatives à la concurrence

Les opérations de fusion ou de scission peuvent participer à une concentration économique soumise à contrôle si les enjeux sont importants. Deux types de contrôles peuvent s'exercer :

a) Le contrôle national

Seuils. Le contrôle national est régi par les articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce. Il est exercé par l'Autorité de la concurrence créée par la loi du 4 août 2008. L'Autorité de la concurrence pourra autoriser, interdire ou soumettre à conditions l'opération si elle cumule les critères suivants : le chiffre d'affaires mondial des parties à la concentration doit être supérieur à 150 millions d'euros hors taxes, et le chiffre d'affaires réalisé en France par deux au moins des partenaires à l'opération doit être supérieur à 50 millions d'euros. De plus, l'opération doit être hors champs de la réglementation communautaire.

Le contrôle national concernerait près de trois cents opérations par an.

Les parties à l'opération doivent donc notifier leur projet, faute de quoi des sanctions pécuniaires importantes peuvent être prises à leur encontre (amende jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires). Des sanctions de même nature peuvent affecter les sociétés parties à l'opération si elles ne respectaient pas les prescriptions délivrées par l'Autorité de la concurrence.

b) Le contrôle communautaire

Seuils. Le contrôle communautaire est réalisé par la Commission européenne. Il s'applique si le CA mondial des parties à la concentration est supérieur à 5 milliards d'euros et si le CA interne à l'Union européenne de deux des partenaires est supérieur 250 millions d'euros. Même si ces seuils ne sont pas atteints, une notification à la commission européenne s'impose dès lors que les quatre conditions ci-après sont réunies :

- CA total mondial supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États de l'Union européenne, le CA total de toutes les parties à l'opération est supérieur à 100 millions d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États de l'Union européenne, le CA réalisé individuellement par au moins deux des parties est supérieur à 25 millions d'euros ;
- le CA total réalisé individuellement dans l'Union européenne par au moins deux des parties à l'opération est supérieur à 100 millions d'euros.

Supériorité. Le franchissement de ces seuils confère une dimension communautaire à la concentration, faisant échec à toute application des législations nationales.

PROCÉDURE			
Phase	Délai	Compétence	Décision
Notification	Avant opération	Parties à la concentration	
Décision sur notification	25 jours à compter de la notification	Commission européenne	Conformité (silence) ou ouverture de la procédure de contrôle
Procédure de contrôle	Décision dans les 90 jours à compter de l'ouverture	Commission européenne	Compatibilité ou incompatibilité

La commission évalue si l'opération va ou non porter une entrave significative à la concurrence au sein de l'Union européenne, notamment par la mise en place ou le renforcement d'une position dominante des entreprises.

AUTOMNE 2006 : LA FUSION GDF-SUEZ EN QUESTION

Voici les conditions auxquelles la Commission européenne a autorisé la fusion très controversée de GDF et de Suez. L'instance européenne craignait en effet que l'alliance des deux groupes ne conduise à une situation de monopole, notamment en Belgique et en France.

La Commission européenne a autorisé, en vertu du règlement communautaire sur les concentrations, la fusion de Gaz de France (GDF) et du groupe Suez, sous réserve de certaines conditions. Ces conditions rendent contraignants les engagements soumis par les parties le 13 octobre 2006 et visent essentiellement cinq éléments :

- i) la cession de la participation détenue par le groupe Suez dans Distrigaz ;
- ii) la cession de la participation de GDF (par l'intermédiaire de Segebel) dans SPE ;
- iii) la restructuration des activités de Fluxys SA et l'abandon de tout contrôle sur cette société ;
- iv) diverses mesures complémentaires (essentiellement des investissements) portant sur les infrastructures gazières en Belgique et en France ;
- v) la cession de Cofathec Coriance et des réseaux de chaleur exploités par Cofathec Services.

2.2 Sociétés pouvant fusionner ou se scinder

Article L. 236-1 Code de commerce. Une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. Une société peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles.

Ces possibilités sont ouvertes aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution.

Absence de restrictions. Toutes les sociétés peuvent-elles fusionner ou être scindées ? La réponse est affirmative en théorie, même si en pratique la plupart de ces opérations touchent des sociétés par actions. Plusieurs points sont à noter :

- les opérations de fusion et de scission peuvent concerner des sociétés de formes différentes. Ainsi une SA et une SAS peuvent fusionner, une SARL peut être scindée entre une SNC et une SA... ;
- les sociétés dissoutes et en liquidation peuvent être partie à ces opérations ;
- une partie de la réglementation s'applique à toutes les opérations, quelle que soit la forme des sociétés impliquées. Des règles spéciales régissent les fusions entre les sociétés par actions, d'autres les fusions entre les SARL ;
- les opérations de concentration entre des sociétés de nationalités différentes (c'est-à-dire ayant leur siège dans des pays distincts, dans l'Union européenne ou bien hors de celle-ci) posent des problèmes épineux puisque chaque société impliquée dans l'opération est

censée respecter les règles impératives de son pays de rattachement... En dépit de tentatives d'harmonisation européenne (notamment par l'institution de la société européenne), les avancées demeurent insuffisantes en ce domaine.

2.3 Préalables financiers à l'opération de fusion ou de scission

Méthodes. Lorsque deux sociétés A et B fusionnent, A absorbant B :

- le patrimoine de B est transmis à A ;
- les associés de B deviennent associés de A.

Il est donc nécessaire :

- de connaître la valeur respective des deux entités (valeur globale et valeur des titres) ;
- de déterminer un rapport (on dit une *parité d'échange*) entre les titres de A et de B puisque les associés de B vont recevoir des titres de A.

EXEMPLE THÉORIQUE

A absorbe B

- A a un capital de 1 320 000 € divisé en 3 300 actions. La société est évaluée 4 950 000 €.
- B a un capital de 260 000 € divisé en 520 actions. La société est évaluée 1 147 640 €.

L'action A vaut donc 1 500 € et l'action B vaut 2 207 €.

Le rapport est donc de $1\,500/2\,207$ soit 0,67 arrondi à 0,65.

Ce qui signifie que 6,5 actions de B donnent droit 10 actions de A.

a) Principes d'évaluation

■ Principes

Il est d'abord important de relever que le domaine de l'évaluation des entreprises est éminemment complexe et aléatoire :

- **complexe** car la valeur d'une société ne dépend **pas que** de celle de ses actifs. Certains cas sont simples. Ainsi l'évaluation d'une société immobilière (SCI par exemple) se fait à partir de la valeur vénale de ses immeubles, sous déduction du passif ; de même, l'évaluation d'une société de portefeuille (société sans activité économique et détenant des titres de capital ou de créances d'autres sociétés) se fait par l'estimation de la valeur des titres la composant.

Dès lors qu'une société a une activité commerciale, industrielle, l'estimation devient plus complexe, puisqu'il va s'agir de déterminer sa valeur économique, laquelle dépend non seulement d'éléments d'actif, mais également de la rentabilité de ceux-ci, du contexte économique et concurrentiel, des perspectives commerciales futures... ;

- **aléatoire** car toute méthode d'évaluation peut être valablement contestée et remise en cause par une autre ; également car les parties dans une procédure de fusion ne sont pas tenues de respecter la parité résultant mathématiquement des valeurs déterminées. Enfin, il ne faut pas omettre que toute opération de fusion ou de scission ayant des incidences fiscales, les valeurs retenues pourront parfois être dictées par des impératifs de taxation.

Plusieurs critères d'évaluation peuvent être retenus ; plusieurs types de valeurs ou d'indicateurs de celle-ci existent. Nous citerons les suivantes.

Valeur nominale des actions. La valeur nominale s'entend du montant du capital social divisé par nombre d'actions. Exemple, une SA au capital de 2 millions d'euros est divisé en

200 000 actions. La valeur nominale de chaque action est de 10 €. Cette valeur est librement fixée par la société, la valeur de chaque action pouvant être plus ou moins élevée. Le calcul de la valeur nominale se fait donc en divisant le montant du capital social par le nombre d'actions existantes au jour du calcul.

La valeur nominale ne présente que peu d'intérêts d'un point de vue pratique, les valeurs de marché étant plus significatives. En revanche, la connaissance de la valeur nominale présente un intérêt au moment des augmentations de capital ou des réductions de celui-ci.

Valeur mathématique, économique ou intrinsèque. Elle repose sur des techniques estimatives et comptables très complexes, mais qui se résument le plus souvent à la détermination de l'actif net. La valeur d'actif net d'une société correspond à l'actif moins le passif à l'égard des tiers, divisé par le nombre d'actions.

La présence d'actions de préférence au sein du capital social est de nature à rendre l'évaluation très complexe.

EXEMPLE

Une société anonyme au capital de 2 millions d'euros divisé en 20 000 actions peut avoir un actif net de 4 500 000 €. Dans ce cas, la valeur intrinsèque de l'action est de $4,5 \text{ millions} / 20\,000 = 225 \text{ €}$. Cette méthode est surtout utilisée dans les sociétés non cotées.

Valeur boursière. Elle résulte de l'offre et de la demande telles qu'exprimées sur un marché.

Valeur liquidative. C'est la valeur mathématique déduction faite des charges fiscales et diverses qui seraient dues en cas de liquidation de la société. Valeur dite « à la casse », qui permet de savoir, en la comparant au cours de la bourse, si une action est surestimée ou non.

■ Cas particuliers

Dans certains cas spécifiques (apports partiels d'actifs représentant une branche d'activité, apport de titres de participation conférant le contrôle...), il est imposé que l'évaluation des actifs apportés se fasse d'après des valeurs comptables, notamment lorsque :

- l'une des sociétés impliquées dans l'opération contrôle l'autre ;
- les deux sociétés impliquées sont contrôlées par une même société mère.

b) Détermination de la parité d'échange

Méthode. Une fois la valeur des sociétés déterminée, il convient d'attribuer à chaque titre (part ou action) une valeur unitaire. Cela se fait de manière relativement simple en divisant la valeur obtenue par le nombre de titres (en intégrant les titres donnant accès au capital : bons de souscription d'actions, obligations convertibles en actions...).

Dans la mesure où une fusion se matérialise juridiquement par une disparition des droits sociaux émis par la société absorbée, il convient de déterminer combien de droits sociaux de la société absorbante sont reçus en échange par les apporteurs.

■ Calcul

La parité est le quotient entre, en numérateur la valeur vénale unitaire des titres de la société absorbante, et en dénominateur la valeur vénale unitaire des titres de la société absorbée.

Le quotient obtenu correspond au nombre de titres de la société absorbée devant être possédés pour obtenir un titre de la société absorbante.

$$P = V_u \text{ SATE} / V_u \text{ SABE}$$

P = nombre d'actions SABE pour 1 action SATE

où :

- P = parité
- V_u = valeur unitaire
- SATE = société absorbante
- SABE = société absorbée

EXEMPLE

Soient deux sociétés X et Y décidant de fusionner.

X est une SA estimée à 75 millions d'euros ; son capital est composé de 5 000 000 actions d'une valeur nominale de 10 €.

Y est une SAS estimée à 7,5 millions d'euros ; son capital est composé de 1 000 000 actions d'une valeur unitaire de 5 €.

1^{er} cas : X absorbe Y

- L'action X vaut 15 €.
- L'action Y vaut 7,5 €.

Le rapport X/Y est donc de : $15/7,5 = 2$.

10 actions de la société Y absorbée équivalent à 5 de X absorbante.

Cela signifie que la société X devra émettre $1\,000\,000/2 = 500\,000$ actions nouvelles.

Cela signifie qu'un associé de Y possédant 850 actions recevra 425 actions de X.

2^e cas : X et Y fusionnent en Z dont le capital est divisé en 10 000 000 d'actions.

Les valeurs demeurent identiques.

La société Z vaudra après l'opération : $75\,000\,000 + 7\,500\,000 = 82\,500\,000$.

Chaque action émise aura une valeur de 8,25 €.

La parité d'échange s'établira comme suit :

- par rapport à X : $8,25/15 = 0,55$. 5,5 actions de X donneront 10 de Z.
- par rapport à Y : $8,25/7,5 = 1,1$. 11 actions de Y donneront 10 de Z.

La parité d'échange initiale est respectée dans ce cas de figure puisque pour obtenir la même quantité d'action de Z, il faudra deux fois plus d'actions de Y que de X.

Cette parité mathématique n'est pas d'ordre public, en ce sens qu'une fois déterminée, les parties à l'opération peuvent décider de ne pas la retenir, à condition que les droits des actionnaires soient respectés (*infra*).

■ Précisions et cas particuliers

Valeur vénale des titres supérieure à valeur nominale. Ce cas est fréquent et pose une difficulté. En effet, la société absorbante va émettre des titres à une valeur nominale ne correspondant pas à la valeur retenue pour la parité d'échange.

En reprenant l'exemple ci-dessus où X absorbe Y, X devra créer 500 000 actions nouvelles d'une valeur nominale de 10 €, soit pour un montant total de 5 000 000 € ; or la

valeur apportée est de 7,5 millions d'euros. La différence, nommée *prime de fusion* (comparable à la prime d'émission lors d'une augmentation de capital), est portée à un compte spécial.

Son utilisation est à la discrétion de l'assemblée générale de la société absorbante ; elle est en général affectée à l'une des réserves de la société.

On remarquera que dans le cas n° 2 où X et Y fusionnent en Z, la question ne se pose pas car la valeur vénale des actions émises est égale à leur valeur nominale à l'instant de la création de Z.

Rompus. La question des rompus naît chaque fois que la parité d'échange n'est pas un nombre entier. Ainsi, si l'on reprend le cas n° 2 de l'exemple ci-dessus où X et Y fusionnent en Z, et que l'on imagine qu'un actionnaire de Y soit propriétaire de 35 actions :

- soit il se voit attribuer 30 actions de Z contre 33 de Y, et il lui reste 2 actions « formant rompus » ;
- soit il demande qu'on lui attribue 40 actions de Z, mais il devra justifier posséder 44 actions de Y, c'est-à-dire acheter 9 actions « formant rompus » ou bien verser une soulte correspondant à ces 9 actions à la société absorbée.

Possibilités. Plusieurs solutions s'offrent en présence de rompus :

- renonciation individuelle d'un actionnaire aux actions formant rompus. Dans le cas ci-dessus, cela revient à l'abandon de 2 actions ;
- cession à des actionnaires désireux de posséder un nombre supérieur d'actions de la société absorbante (celui qui a 35 actions de la société absorbée en cède 2 à celui qui en possède 42 ; de cette manière, l'un en possédera 33 et se verra attribuer 30 actions de la société absorbante et l'autre en possédera 44 et se verra attribuer 40 actions de la société absorbante ;
- s'il y a versement d'une soulte, celle-ci ne devra pas excéder 10 % de la valeur des droits attribués, faute de quoi l'opération ne pourra plus être qualifiée de fusion.

EXEMPLE

L'actionnaire qui possède 35 actions de Y verse une soulte de $9 \times 7,5 \text{ €} = 67,5 \text{ €}$. Malheureusement, dans cet exemple, la soulte est largement supérieure à 10 % des droits attribués. Cette solution ne pourra donc pas être retenue.

- autres possibilités : la société absorbante rachète les actions formant rompus, ou encore réduit la valeur nominale de ses actions pour réduire le nombre de rompus.

Participations entre les sociétés fusionnant. Les sociétés parties à une fusion sont rarement sans liens capitalistiques préalables. L'absorbante peut avoir une participation dans l'absorbée, l'absorbée dans l'absorbante, voire les deux (participations réciproques).

La situation dans laquelle la société absorbante détient une participation dans la société absorbée est de loin la situation la plus fréquente puisque la fusion est généralement précédée de prises de participation et de contrôle.

Cette situation est toutefois problématique puisque la société absorbante va émettre des actions en contrepartie de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée, actions auxquelles elle aura pour partie théoriquement droit. Or ce cas de figure est strictement prohibé par les textes du Code de commerce (art. L. 236-3 notamment).

Solutions. Partant, on peut envisager deux solutions.

- première solution : le partage préalable de la société absorbée avec attribution de l'actif à la société absorbante. L'actif ainsi transféré n'est pas un apport mais un lot issu du partage d'une société. Il ne sera donc pas rémunéré par l'attribution d'actions ; le Code de commerce est respecté ;
- deuxième solution : la société absorbée renonce à sa participation dans la société absorbée. Elle renonce en réalité à l'attribution de parts mais pas à l'actif net transmis par la société absorbée.

Fusion et actions non entièrement libérées. On sait que dans les sociétés par actions, les apports en numéraire formant le capital social n'ont pas à être entièrement libérés à la constitution de la société ; seule la moitié des sommes doit l'être, le surplus l'étant au maximum dans les cinq années de la constitution.

L'existence d'actions non libérées peut être un obstacle à certaines opérations (émissions de titres de créance par exemple) mais n'est pas un obstacle à la fusion.

Ainsi, si une partie du capital de la société absorbée n'est pas libérée, ladite société est titulaire d'une créance sur les actionnaires concernés. La solution la plus simple consiste, dans l'acte de fusion, à transmettre la créance de l'absorbée à l'absorbante ; ce transfert ne modifie pas la situation des actionnaires de la société absorbée, qui deviennent pleinement actionnaires de l'absorbante (avec un nombre d'actions indépendant de la libération ou non libération des actions de la société absorbée), mais demeurent débiteurs des sommes correspondantes. Une autre possibilité, plus complexe, consiste, préalablement à la fusion, à réduire le capital de la société absorbée pour tenir compte des titres non libérés.

2.4 Procédure de fusion ou de scission

a) Projet de fusion ou scission et publicité

Dans chaque société impliquée dans l'opération, le projet de fusion ou de scission doit être préalablement établi et signé par les dirigeants. Le projet est le document précontractuel qui deviendra le « traité de fusion » et qui réunit toutes les personnes morales parties à l'opération : société absorbée, absorbante, scindée, nouvellement créée... Cette phase est donc de la compétence du conseil d'administration ou du directoire dans la SA, du président dans la SAS, du gérant dans la SARL...

Le projet doit comprendre un certain nombre de mentions précisées par la loi, et faire l'objet d'une publication.

■ *Mentions obligatoires et éléments facultatifs*

Parmi les mentions devant figurer dans le projet :

Article R. 236-1 du Code de commerce

- 1° La forme, la dénomination et le siège social de toutes les sociétés participantes ;
- 2° Les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission ;
- 3° La désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;
- 4° Les modalités de remise des parts ou actions et la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéfices, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports ;

- 5° Les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération ;
- 6° Le rapport d'échange des droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte ;
- 7° Le montant prévu de la prime de fusion ou de scission ;
- 8° Les droits accordés aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que, le cas échéant, tous avantages particuliers.

Ce n'est là que ce que les textes imposent ; dans la pratique, les accords de fusion ou de scission sont longuement négociés et comprennent des clauses perfectionnées relatives à la situation comptable et financière des sociétés en présence, aux éventuelles conditions auxquelles l'opération est subordonnée, aux titres donnant accès au capital...

EXEMPLE

Qu'advient-il, en cas de fusion ou de scission, des *stock-options* détenues par des personnels ou dirigeants de la société absorbée ? *Quid* également des titres convertibles en actions, ou auxquels sont attachés des droits de souscrire des actions ? Tout ceci doit être minutieusement réglé dans le traité de fusion.

■ Publicité

Avis JAL. Le projet est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège desdites sociétés. Il peut donc y avoir lieu à plusieurs dépôts.

Le projet de fusion ou de scission fait par la suite l'objet d'un avis inséré dans un journal d'annonces légales du département du siège social, par chacune des sociétés participant à l'opération ; au cas où l'une au moins de ces sociétés fait publiquement appel à l'épargne, un avis doit en outre être inséré au bulletin des annonces légales obligatoires.

Contenu. Cet avis contient les indications suivantes.

- 1) la raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège, le montant du capital et les numéros d'immatriculation au registre du commerce et à l'institut national de la statistique et des études économiques de chacune des sociétés participant à l'opération ;
- 2) la raison sociale ou la dénomination sociale suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme, l'adresse du siège et le montant du capital des sociétés nouvelles qui résulteront de l'opération ou le montant de l'augmentation du capital des sociétés existantes ;
- 3) l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue.
- 4) le rapport d'échange des droits sociaux ;
- 5) le montant prévu de la prime de fusion ou de scission ;
- 6) la date du projet ainsi que les date et lieu des dépôts prescrits par l'article L. 236-6 alinéa 1^{er} du Code de commerce.

Le dépôt au greffe et la publicité décrite ci-dessus doivent avoir lieu un mois au moins avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération.

Autres publicités. D'autres mesures de publicité sont prévues :

- la fusion, une fois réalisée doit être publiée au registre du commerce et des sociétés ;

- les sociétés absorbées et dissoutes doivent suivre les règles de publicité applicables aux dissolutions ;
- les sociétés absorbantes doivent se conformer aux mesures de publicité des modifications statutaires ;
- enfin, dans le cas de fusion par création d’une société nouvelle, les mesures de publicité applicables à la création de toute société requises.

b) Procédure propre à la fusion

■ Procédure au sein de la société absorbée

Nomination d’un commissaire à la fusion. Ce personnage central de l’opération de fusion est nommé par le tribunal de commerce sur requête des dirigeants de la société absorbée. Il s’agira le plus souvent d’un commissaire aux comptes ; exceptionnellement, le commissaire à la fusion pourra être un personnage nommé sur une liste d’experts près la cour d’appel ou le tribunal compétent.

Obligatoire. Compte tenu de la rédaction des textes, le commissaire à la fusion est obligatoire au sein de la société absorbée en cas de fusion entre :

- deux sociétés par actions (SA, SAS, SCA) ;
- une société par actions et une SARL.

Mais le commissaire à la fusion n’est pas obligatoire en cas de fusion impliquant au moins une société qui n’est, ni une société par actions, ni une SARL, exemple : fusion entre une SA et une SNC.

Les associés des deux sociétés concernées peuvent décider, à l’unanimité, de ne pas recourir au commissaire à la fusion (loi du 3 juillet 2008).

Mission. Le commissaire à la fusion a pour mission d’informer à la fois les actionnaires de la société absorbée et ceux de la société absorbante sur les modalités de l’opération et les estimations retenues.

Article L. 236-10 Code de commerce (extraits)

(...) Un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par décision de justice, établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion. Ils peuvent obtenir auprès de chaque société communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires (...).

(...) Les commissaires à la fusion vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l’opération sont pertinentes et que le rapport d’échange est équitable (...).

Rapport. Les rapports du commissaire à la fusion doivent ensuite être communiqués aux actionnaires, c’est-à-dire mis à leur disposition au siège social au moins un mois avant la tenue de l’assemblée devant se prononcer sur l’opération.

Lorsque l’opération n’implique que des SA, des règles supplémentaires d’information des actionnaires doivent être respectées, notamment l’obligation pour le CA ou le directoire de réaliser un rapport sur l’opération, tenu à la disposition des actionnaires.

Décision de l’assemblée des associés

- **Cas général.** La fusion est une décision grave puisque la société absorbée va disparaître. Il est par conséquent logique que l’assemblée des associés soit consultée dans des conditions au moins équivalentes à celles appliquées pour les modifications statutaires (il serait toutefois difficilement envisageable d’exiger une décision prise à l’unanimité).

Les conditions de quorum et de majorité sont celles figurant dans le tableau ci-dessous (pour les principales sociétés).

CONDITIONS DE QUORUM ET DE MAJORITÉ REQUISES POUR UNE FUSION				
	SA	SARL	SAS	SNC
Quorum	1 ^{re} convocation : 1/4 2 ^e convocation : 1/5	• Constituée avant le 2 août 2005 : pas de quorum • Constituée après : – 1^{re} convocation : 1/4 – 2^e convocation : 1/5	Pas de quorum sauf si clause statutaire	Pas de quorum sauf si clause statutaire
Majorité	2/3 du capital des actionnaires présents ou représentés	• Constituée avant le 2 août 2005 : majorité des 3/4 • Constituée après : majorité des 2/3	Librement définie par les statuts	Unanimité sauf clause contraire dans les statuts

• *Cas particuliers.* La consultation des associés réunis en assemblée n'est toutefois pas requise lorsque la société absorbée est une filiale à 100 % de la société absorbante.

Par exception (rare), si la fusion devait entraîner une augmentation des engagements des associés (cas d'une SA absorbée par une SNC par exemple, ceci entraînant pour les actionnaires de la SA le passage d'une responsabilité limitée à une responsabilité illimitée et solidaire), l'unanimité serait requise.

Enfin, si le capital de la société absorbée est composé, pour partie au moins, d'actions de catégories différentes, les titulaires de ces actions, réunis en assemblée spéciale, doivent être consultés. Ce sera notamment le cas si la société absorbée a émis des actions de préférence.

■ *Procédure au sein de la société absorbante*

Procédure normale. La procédure au sein de la société absorbante est sensiblement la même que dans la société absorbée.

Commissaire à la fusion. Elle suppose en premier lieu la nomination d'un commissaire à la fusion dans les mêmes cas et suivant les mêmes modalités que pour la société absorbée. Ce ou ces commissaires ont les mêmes missions que celles précédemment décrites.

En pratique, l'ensemble des sociétés impliquées dans la fusion sollicite la nomination d'un ou plusieurs commissaires à la fusion communs pour toutes les sociétés.

Décision des associés. Les associés ou actionnaires de la société absorbante ont ensuite à se prononcer sur l'opération dans les mêmes conditions que pour une modification statutaire. Les règles décrites ci-dessus pour la société absorbée sont donc applicables à l'identique.

Particularités. Lorsque la société absorbante est une société par actions, des règles spécifiques d'information des actionnaires sont applicables. Notamment, l'article L. 236-9 du Code de commerce prescrit que le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés participant à l'opération doit établir un rapport écrit, qui est mis à la disposition des actionnaires.

Documents. En outre, le texte suivant établit la liste des documents devant être mis à disposition des actionnaires.

Article R. 236-3 du Code de commerce. Toute société par actions participant à une opération de fusion ou de scission doit mettre à la disposition de ses actionnaires, au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet les documents suivants :

- 1) Le projet de fusion ou de scission.
- 2) Les rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 du Code de commerce.
- 3) Les comptes annuels approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération.
- 4) Un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion ou de scission, doit être antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet.

Cas particuliers

- *Titres donnant accès au capital.* En apparence problématique, cette situation est en réalité réglée de manière simple : les titulaires de tels titres exercent leurs droits dans la société absorbante. Le nombre de titres de capital auquel ils vont accéder dans la société absorbante est simplement corrigé pour tenir compte de la parité de l'opération.

EXEMPLE

A est absorbée par B. Une action de A, absorbée, donne droit à deux actions de B, absorbante. Si A avait émis avant la fusion des obligations remboursables en actions sur la base de 1,5 action en remboursement d'une obligation, les porteurs de tels titres seraient remboursés en actions de la société B. Au lieu de recevoir 1,5 action, ils recevront 3 actions de B.

- *Clauses d'agrément.* Il peut arriver, sauf dans les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé, que les statuts de la société absorbante contiennent une clause d'agrément applicable aux nouveaux actionnaires. Parfois même, cet agrément est imposé par la loi (cas des SARL). Ces restrictions sont-elles applicables aux opérations de fusion ?
 - par **principe**, on pourrait en douter, et ceci pour deux raisons : tout d'abord l'application de la clause est contraire à l'esprit même de la fusion ; pourquoi une société dont les actionnaires ont accepté à la majorité qualifiée cette opération, irait-elle par la suite s'opposer à l'entrée de tel ou tel actionnaire nouveau ? Ensuite, d'un point de vue strictement juridique, les clauses d'agrément sont applicables aux cessions d'actions ou de parts sociales ; or la fusion par absorption n'est pas une cession mais une transmission universelle du patrimoine. Elle impliquerait donc l'obligation pour la société absorbante de « reprendre » l'ensemble des associés de l'absorbée ;
 - **atténuation** : toutefois, un nombre non négligeable de décisions de justice, y compris d'arrêts de la Cour de cassation, se sont prononcées en faveur de l'application des mécanismes statutaires ou légaux d'agrément aux opérations de fusion... On comprend dès lors très bien que les traités de fusion comportent des clauses relatives à l'agrément, prévoyant que, pour le cas où cet agrément ne serait pas obtenu, l'opération n'aurait pas lieu.

L'APPLICATION DES CLAUSES D'AGRÈMENT AUX FUSIONS : LE CAS SANOFI SYNTHELABO

Cass. Com., 6 mai 2003

Attendu que le 18 mai 1999, la société anonyme Sanofi Synthelabo (la société Sanofi Synthelabo) a absorbé par voie de fusion la société Sanofi laquelle détenait, depuis 1974, 44,21 % du capital de la société Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher (la société Laboratoires Yves Rocher) ; que le 22 septembre 1999, la société Laboratoires Yves Rocher a fait assigner la société Sanofi Synthelabo en annulation du transfert de ses actions à celle-ci en faisant valoir que la société Sanofi Synthelabo n'avait pas bénéficié de l'agrément prévu par l'article 13 de ses statuts relatif à l'agrément des cessions d'actions ;

Attendu qu'après avoir exactement énoncé que la fusion absorption ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite par l'article 274 de la loi du 24 juillet 1966 devenu l'article L. 228-23 du Code de commerce, c'est par une appréciation souveraine du sens et de la portée de l'article 13 des statuts de la société Laboratoires Yves Rocher que la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, retenu qu'en décidant que « la transmission de toute action ou certificat d'investissement à un tiers non actionnaire est soumise au droit d'agrément du conseil d'administration », les associés de la société Laboratoires Yves Rocher ont entendu soumettre à l'agrément *toute forme de transfert des titres* et non pas seulement la cession entre vifs.

• *Absorption d'une société détenue en totalité (filiale 100 %).* Il est fréquent dans une stratégie de groupe qu'après avoir pris une participation dans une société, puis son contrôle, la société mère décide de la détenir à 100 %. La filialisation à 100 % présente l'avantage de la simplicité puisque la filiale ne comprend qu'un seul actionnaire ; la société est d'ailleurs le plus souvent une EURL ou une SASU. Les raisons de cette filialisation exclusive peuvent être variées, mais ne sont pas nécessairement de nature fiscale puisque les bienfaits de l'intégration se manifestent dès le seuil de 95 % (*infra*).

Dès lors qu'une société en détient une autre en totalité, la question de la fusion se pose logiquement : pourquoi ne pas pousser la logique du contrôle total jusqu'à l'absorption ?

La fusion-absorption d'une filiale 100 % se fait suivant une procédure allégée :

- délibération de la seule AG de la société absorbante et non de celle de la filiale absorbée ;
- pas de nécessité de nommer un commissaire à la fusion ;
- absence de rapport particulier du conseil d'administration ou du directoire.

FILIALISATION 100 % OU FUSION : QUELLE STRATÉGIE ?

Juridiquement, la frontière entre la fusion et la filialisation à 100 % est particulièrement nette. Dans un cas, une seule personne morale subsiste, dans l'autre, deux.

Au plan pratique toutefois, la différence est plus subtile.

• Le choix entre l'une ou l'autre des formules ne saurait être exclusivement lié à la fiscalité des résultats. En effet, l'intégration fiscale est acquise dès lors que

la mère possède plus de 95 % de la filiale. Cette intégration est *a fortiori* réalisée par le biais de la fusion. Toutefois, le régime de l'intégration n'est qu'optionnel et la société mère définit librement le périmètre de celle-ci. Par conséquent, il peut être avantageux de ne pas intégrer la filiale à 100 % pour des raisons propres à ses résultats. Cette option ne serait pas possible si la branche d'activité qu'elle représente était juridiquement intégrée dans une même personne morale, après fusion.

- La fusion va permettre de faire des économies d'échelle. En effet, la « vie » autonome d'une personne morale a un coût, lié notamment à la rémunération de ses organes sociaux, à la certification de ses comptes, à la tenue de ses assemblées...
- La division des risques est un facteur pris en compte. En principe, la liquidation suite à une cessation des paiements, de la filiale à 100 % est sans conséquences sur la mère. Si en revanche, l'activité déficitaire est fusionnée, elle peut contribuer à obérer la santé financière de la société absorbante.
- Le financement est probablement l'un des points clé du choix. Certains investisseurs vont préférer financer une structure autonome dédiée à une activité, plutôt que de fonder leur contribution dans une masse importante et moins transparente.

■ **Procédure au sein de la société nouvellement créée : fusion par création d'une société nouvelle**

Cette modalité de fusion nécessite en premier lieu que la société nouvelle, destinée à recevoir les apports en provenance des deux sociétés fusionnant, soit créée.

Les règles seront distinctes suivant la forme sociale créée. Il est possible que cette société nouvelle adopte toute forme sociale : SA, SARL, SAS, SNC... Quelques points méritent d'être notés :

- si la société nouvellement créée est une SARL, un commissaire aux apports devra être nommé avec la mission suivante :

Article R. 236-7 du Code de commerce. Les commissaires aux apports vérifient notamment que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante ou au montant du capital de la société nouvelle issue de la fusion.

- si la société nouvellement créée est une SA, il sera légalement dérogé à la règle fixant le nombre minimum d'associés à sept.

c) **Procédure propre à la scission**

Rappel. Il faut au préalable rappeler que la scission, procédure plus rare que la fusion, procède de la disparition d'une société qui divise son patrimoine en n parts, lesquelles sont transmises à n sociétés nouvelles ou existantes. C'est, d'une certaine manière, une fusion à l'envers.

Les associés ou actionnaires de la société scindée reçoivent des parts ou actions des deux ou plusieurs sociétés nouvelles.

EXEMPLE

A est scindée à égalité entre B et C nouvellement créées. Si A est évaluée à 1 million d'euros, B et C recevront des apports équivalents à 500 000 € chacune. Un actionnaire *lambda* possédant 10 % du capital de la société scindée recevra logiquement 10 % du capital de B, et la même proportion du capital de C.

Divorce. Mais la scission peut correspondre à la volonté de deux groupes d'actionnaires d'une société de se séparer. Dans ce cas la scission ne devra pas avoir pour effet de reproduire dans deux sociétés nouvelles la cohabitation des deux groupes. Les uns se verront attribuer la totalité des actions de l'une des sociétés, les autres, la totalité des actions de la deuxième société créée.

EXEMPLE

La société A est scindée à égalité entre les sociétés B et C nouvellement créées. Si A est évaluée à 1 million d'euros, B et C recevront des apports équivalents à 500 000 € chacune. Au lieu d'attribuer à *lambda*, 10 % de chacune des sociétés, il est possible de lui attribuer 20 % de B, et rien dans C.

■ Procédure au sein de la société scindée

Commissaire à la scission. Il est en principe nécessaire qu'un ou plusieurs commissaires à la scission soient désignés avec pour mission de vérifier la parité et les évaluations des titres des sociétés en présence, ainsi que des apports réalisés. La procédure de nomination est identique à celle de la fusion.

Le commissaire à la fusion n'est plus requis si deux conditions cumulatives sont réunies.

Article L. 236-17 Code de commerce. Lorsque la scission doit être réalisée par apports à des sociétés anonymes nouvelles, chacune des sociétés nouvelles peut être constituée sans autre apport que celui de la société scindée.

En ce cas, et si les actions de chacune des sociétés nouvelles sont attribuées aux actionnaires de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société, il n'y a pas lieu à l'établissement du rapport mentionné à l'article L. 236-10.

Ce texte reçoit également application dans son principe dans les SAS, SCA, et SARL.

Les deux conditions posées sont donc :

- constitution de sociétés nouvelles avec le seul actif de la société scindée ;
- respect strict du rapport de proportionnalité entre les droits détenus dans la société scindée et ceux attribués dans les sociétés nouvelles.

AG. Enfin et fort logiquement, l'assemblée générale de la société scindée doit être réunie et donner son accord à la scission dans les mêmes conditions de quorum et de majorité que pour une modification statutaire.

■ Procédure au sein des sociétés bénéficiaires de la scission

Comme expliqué ci-dessus, ces sociétés peuvent être existantes ou créées pour la circonstance. Il est par ailleurs tout à fait envisageable qu'une société soit scindée entre une ou plusieurs sociétés existantes et une ou plusieurs sociétés nouvelles. De plus, il n'est pas nécessaire que le patrimoine de la société scindée soit partagé de manière égalitaire entre les différentes sociétés bénéficiaires de l'opération.

S'il s'agit de sociétés existantes, la nomination d'un commissaire à la fusion sera obligatoire puisque l'article L. 236-17 ne sera pas applicable. Une délibération d'AG dans les conditions de modification des statuts est également requise.

Si les sociétés sont nouvellement créées il faudra respecter les règles de création propres à la forme sociale choisie.

Enfin, notons que la scission oblige les différents protagonistes à des mesures de publicité identiques à celles de la fusion.

d) Procédure propre à l'apport partiel d'actifs (APA)

Définition. L'apport partiel d'actifs n'est juridiquement ni une fusion, ni une scission. L'APA est un apport en nature réalisé par une société au profit d'une autre (soit au moment de sa création, soit dans le cadre d'une augmentation de son capital), rémunéré par l'attribution de droits sociaux.

EXEMPLE

La société A exploite deux fonds de commerce distinct et est propriétaire d'un immeuble à usage commercial. Elle décide d'apporter l'un des fonds de commerce à une société B nouvellement créée sous la forme d'une SASU. Au terme de l'opération, A n'est plus propriétaire du fonds apporté mais a reçu des actions en contrepartie de son apport. A est le seul associé de la SASU B, laquelle est une filiale à 100 % de la première. L'APA a permis une filialisation de l'une des activités de la société A.

Soumission au régime des scissions. Les deux sociétés parties à l'APA peuvent librement décider de soumettre cette opération au régime des scissions, comme le texte ci-dessous le suggère.

Article L. 236-22 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.

En pratique, les sociétés n'usent de cette faculté qu'en cas de transmission d'une branche complète d'activité et non pas lors de la cession d'un actif isolé. Elles le mentionnent le plus souvent dans le traité, ce qui permet par la suite de ménager la preuve de leur option.

À défaut d'exercice de cette option, l'APA est traité comme un apport en nature à une augmentation de capital, ou comme une constitution de société avec apport en nature, si la société bénéficiaire de l'apport est créée à cet effet.

Trois questions se posent.

Quel est l'intérêt de la soumission de l'APA au régime des scissions ? Le premier intérêt consiste à pouvoir bénéficier du régime fiscal de faveur applicable à ces opérations (voir *infra* sur cette question).

Le second avantage est que l'opération est considérée comme une transmission universelle de patrimoine. En effet, lorsqu'une société se contente de transférer un actif, même important, les contrats afférents (sauf bail et le cas échéant contrats de travail) ne sont pas transmis ; il est donc nécessaire de renégocier le contrat avec le partenaire. D'autre part, les dettes ne sont pas cédées avec l'actif puisqu'on ne peut, en droit français, céder une dette sans l'accord du créancier. La cession d'une branche d'activité placée sous le régime des scissions est notoirement plus simple.

Quelles sont les conditions de la soumission de l'APA au régime des scissions ? Elles ne sont clairement définies ni par la législation commerciale, ni par la législation fiscale. En principe, la condition pour que l'option soit possible est que l'apport porte sur une **branche complète d'activité**, et non pas sur un élément d'actif seul. Malheureusement, la notion de branche complète d'activité n'est pas définie par les textes, ni même par la jurisprudence.

L'administration fiscale retient la définition suivante directement tirée de la directive européenne du 23 juillet 1990 :

L'ensemble des éléments d'actif et de passif issus d'une division d'une société, qui constituent du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens.

On peut avancer que l'existence d'une **branche complète d'activité** suppose :

- que la société réalisant l'apport ait une activité diversifiée permettant la dissociation d'une partie de celle-ci sans compromettre les activités restant attachées à la société réalisant l'apport ;
- que la somme des apports doit permettre à l'activité de fonctionner de manière autonome, et à ce titre comprendre des éléments corporels et incorporels rendant cette activité possible.

Cela permet d'exclure *a priori* les apports d'immeubles, de matériels d'exploitation ou encore de stocks.

Quelles sont les conséquences de la soumission de l'APA au régime des scissions ? La principale conséquence est que la procédure de l'APA est ajustée sur celle des scissions.

Par conséquent, les parties doivent élaborer un document contractuel, traité ou contrat d'apport, qui contiendra notamment la description des éléments actifs et passifs apportés. Ce document fera l'objet d'un dépôt au greffe et de mesures de publicité dans des conditions comparables à celles des traités de fusion ou de scission.

À l'instar d'une scission, un commissaire à la scission sera nommé et l'opération devra être approuvée par les assemblées des deux sociétés intéressées, celle réalisant l'apport et celle en bénéficiant, dans les conditions de quorum et de majorité des modifications statutaires.

2.5 Effets de l'opération de fusion ou de scission

a) Date d'effet de l'opération

RCS. Si l'opération se réalise par la création d'une société nouvelle, la date d'effet est celle de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Autre cas. Dans les autres cas (opération entre sociétés existantes), c'est la date de la dernière assemblée générale ayant statué sur l'opération pour les effets à l'égard des associés, et celle de l'accomplissement des formalités de publicité à l'égard des tiers.

Le traité de fusion ou de scission peut décider de donner à l'opération une date d'effet différente, soit antérieure, soit postérieure, à la condition qu'elle se situe à l'intérieur de l'exercice en cours au jour de l'opération. Cet effet rétroactif ou différé n'est pas opposable au tiers.

Pratique. En pratique, une période assez longue peut séparer les opérations d'évaluation et de calcul de la parité, et celle de la transmission effective du patrimoine. Cette période transitoire peut être problématique dans le cas où l'une des sociétés connaîtrait des modifications importantes de ses résultats, de nature à changer la valeur de ses titres et donc le rapport d'échange. En effet, le patrimoine est transmis en son dernier état au jour de la

réalisation définitive de l'opération. Si un décalage devait apparaître, les textes du Code de commerce ne permettent pas d'y remédier.

La seule possibilité consiste pour les sociétés concernées à prévoir une clause de modification de la parité dans le traité, et à réunir des à nouveaux leurs actionnaires afin d'approuver les modifications.

b) Transmission universelle du patrimoine : dissolution sans liquidation

Sens. L'effet principal est la transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît, au profit de celle qui le recueille.

La société absorbée ou scindée est dissoute et ses associés deviennent *de facto* associés de la, ou des sociétés bénéficiant de la transmission. Les dirigeants sociaux perdent leur mandat, de même que le commissaire aux comptes. Si le traité décide d'intégrer les anciens dirigeants à la société bénéficiaire, la loi prévoit que le nombre d'administrateurs ou de surveillants peut être supérieur au maximum légal pendant 3 ans.

La société bénéficiaire intègre la totalité de l'actif et du passif. Elle est totalement substituée aux sociétés disparaissant dans tous leurs droits et obligations.

L'ensemble des biens et droits composant l'actif sont transmis. Les dettes sont également transmises en intégralité.

En cas de scission, les sociétés recueillant le patrimoine de la société scindée deviennent solidairement débitrices du passif de celle-ci.

Article L. 236-20 Code de commerce. Les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des obligataires et des créanciers non obligataires de la société scindée, au lieu et place de celle-ci sans que cette substitution emporte novation à leur égard.

Sanctions. En ce qui concerne les sanctions pénales pouvant affecter la société dont le patrimoine est transmis, le principe de personnalité des peines s'oppose à ce que la société bénéficiaire de l'opération de fusion ou de scission en soit responsable. Une forte amende à laquelle une société absorbée aurait été condamnée, n'a pas à être acquittée par la société absorbante, sauf bien entendu si l'opération a été réalisée dans le but de faire échapper cette société à la sanction pénale dont elle faisait l'objet.

c) Sort des créanciers

Il faut distinguer les créanciers non obligataires et les créanciers obligataires.

■ Créanciers non obligataires

Le passif étant entièrement transmis, les créanciers de la société absorbée ou scindée deviennent créanciers de la société absorbante ou bénéficiaire. Leur créance n'est pas modifiée et bénéficie des mêmes conditions et des mêmes garanties. Ainsi, le cautionnement garantissant les dettes de la société disparaissant se transmet à l'égard des dettes de la société bénéficiaire.

SCHÉMA 1 : AVANT LA FUSION DE A ET B EN C

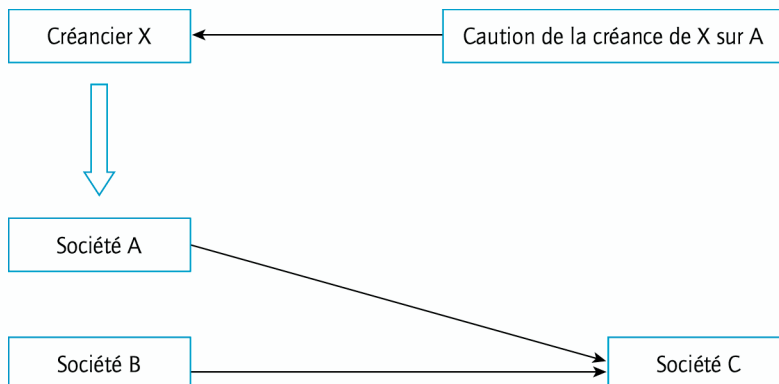
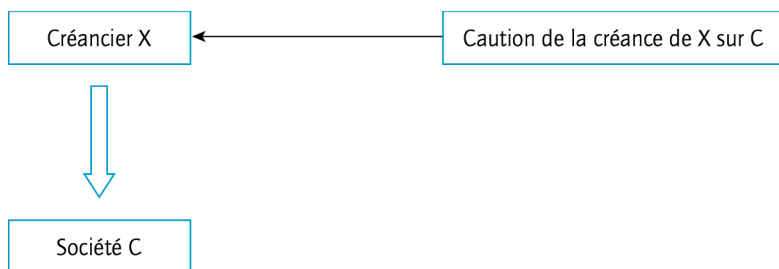


SCHÉMA 2 : APRÈS LA FUSION DE A ET B EN C



Compte tenu des risques que l'opération fait courir aux créanciers, tant de la société absorbée ou scindée (substitution d'un nouveau débiteur moins solvable), que de la société absorbante ou bénéficiaire (qui viennent en concurrence avec ceux de la société absorbée ou scindée), la loi comme les conventions mettent en place des mécanismes de protection.

Protection contractuelle des créanciers : clause d'exigibilité immédiate de la créance. Il n'est pas rare que les créanciers exigent de leur société débitrice la présence d'une clause relative aux opérations de restructuration :

- prévoyant un droit d'information et d'agrément préalable à l'opération ;
- instituant un droit au remboursement anticipé de leur créance, applicable soit automatiquement, soit en cas de refus d'agréer l'opération.

Bien entendu ces clauses sont de nature à alourdir la charge financière de l'opération, voire à la faire échouer.

Protection légale des créanciers : droit d'opposition à la fusion ou à la scission. Tous les créanciers des sociétés impliquées dans l'opération ont un droit d'opposition, à la condition que leur créance soit antérieure à la publication de l'opération, et qu'il s'agisse d'une créance de somme d'argent.

Ce droit ne peut être exercé, faute de texte, que si l'opération est réalisée entre :

- deux sociétés par action (SA, SCA, SAS) ;
- deux SARL ;
- une SARL et une société par actions.

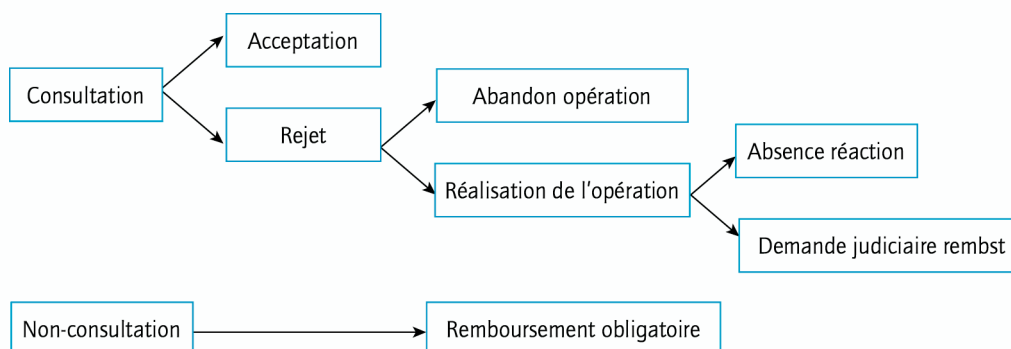
Ce droit s'exerce dans les 30 jours de la publication de l'opération, devant le tribunal de commerce. Celui-ci peut soit rejeter l'opposition, soit ordonner le remboursement des créances, soit ordonner la constitution de garanties complémentaires au profit des créanciers ayant formé l'opposition.

■ Créanciers obligataires

Droit d'opposition. Les obligataires de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport ne sont pas directement intéressés à l'opération ; toutefois, ils peuvent former opposition à l'opération dans les mêmes conditions que des créanciers ordinaires.

Consultation. Les obligataires de la société absorbée ou scindée peuvent être consultés ou non sur le projet de fusion ; le choix appartient aux dirigeants de la société qui a émis l'emprunt obligataire. S'ils sont consultés, ils peuvent accepter l'opération, auquel cas ils deviennent obligataires de la société absorbante ou bénéficiaire ; ils peuvent également refuser l'opération auquel cas, si la société passe outre leur refus, ils pourront demander en justice le remboursement de leur créance ou la constitution de garanties complémentaires.

Non-consultation. S'ils ne sont pas consultés, ils seront remboursés. Lorsqu'il y a lieu à remboursement sur simple demande, les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidairement des obligataires qui demandent le remboursement (Code de commerce, art. L. 236-18 al. 2).



d) Sort des contrats

Principe de transmission. Les contrats de travail seront traités plus loin. Pour ce qui concerne les autres contrats, le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société scindée ou absorbée à la société bénéficiaire ou absorbante suppose que tous les contrats sont transmis de l'une à l'autre. Cette règle connaît certains aménagements et des exceptions :

- certains contrats sont par nature **intransmissibles** : ainsi en va-t-il par exemple du contrat de bail rural, des contrats conclus en considération de la personne (*intuitu personae*) ou encore de certains contrats administratifs. Bien entendu, si les parties à l'opération et tous les contractants sont d'accord, ces contrats seront transmis ;
- de même, les parties à l'opération de fusion ou de scission pourront convenir valablement dans le traité que tel ou tel contrat **ne sera pas transmis**. On notera que l'usage de cette faculté aura pour effet la résiliation du contrat puisque le contractant original disparaît sans qu'aucun ne lui soit substitué ;

- dans l'hypothèse fréquente où la société absorbée ou scindée est locataire des murs d'exploitation en vertu d'un **bail** commercial, celui-ci sera transmis automatiquement à la société bénéficiaire qui deviendra preneur. En principe, les clauses du bail relatives à l'agrément du bailleur à la cession ne seront pas applicables, puisqu'il ne s'agit justement pas d'une cession, mais d'une transmission universelle. Toutefois, la jurisprudence relative à l'application des clauses d'agrément des nouveaux actionnaires en cas de fusion doit inciter à la prudence.

3. Régime social

3.1 Information du comité d'entreprise

Le comité d'entreprise (CE) doit être informé et consulté sur le projet de fusion ou de scission.

Article L. 2323-19 Code du travail. Le comité est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de modification importante des structures de production de l'entreprise ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce. Le chef d'entreprise doit indiquer les motifs des modifications projetées et consulter le comité sur les mesures qui sont envisagées à l'égard des salariés lorsque ces modifications comportent des conséquences pour ceux-ci.

Le CE doit bénéficier d'informations suffisantes pour pouvoir se prononcer de façon circonstanciée. Son avis est communiqué obligatoirement aux assemblées générales de toutes les sociétés impliquées dans le projet. Le défaut de communication aux assemblées est une cause de nullité des délibérations des assemblées.

3.2 Sort des contrats de travail en cours

Les contrats de travail sont transmis à la société bénéficiaire de l'opération par le jeu de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Cette disposition strictement juridique ne doit pas cacher que les opérations de fusion sont souvent le prélude à des restructurations préjudiciables à l'emploi.

Article L. 1224-1 Code du travail. Lorsqu'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.

Du point de vue des conditions de travail, les salariés de la société absorbée ou scindée sont soumis à la convention collective de leur nouvel employeur. Par principe, ces salariés continuent de bénéficier des mêmes avantages que ceux dont ils bénéficiaient auparavant. Leur rémunération, leur ancienneté ainsi que leur droit individuel à la formation (DIF), continueront à être capitalisés dans la nouvelle société employeur sur la base de ceux acquis antérieurement.

Ce principe est en pratique susceptible d'être remis en cause, notamment si les sociétés impliquées dans l'opération ne relèvent pas de la même caisse de retraite.

En cas d'apport partiel d'actif, les salariés représentants du personnel, et à ce titre protégés, ne peuvent être compris dans l'apport de la branche d'activité qu'avec l'autorisation de

l'inspection du travail. En effet, l'APA pourrait être perçu comme un moyen aisé de mise à l'écart de ces représentants.

3.3 Stock-options détenues par des salariés de la société absorbée ou scindée

Rappel. L'attribution de stock-options consiste pour une société à offrir à des bénéficiaires (salariés ou dirigeants) le droit de souscrire des actions nouvelles ou d'acheter des actions existantes pendant un délai fixé à l'avance et pour un prix ferme fixé au jour où l'option est consentie.

Ce mécanisme peut en règle générale être considéré comme un mode de rémunération pour les bénéficiaires, dans la mesure où le prix fixé pour exercer l'option est inférieur à la valeur estimée au jour de l'exercice.

Silence des textes. Pour le cas où la société absorbée ou scindée a attribué des *stock-options* non encore levées au moment de la réalisation de l'opération, le sort des bénéficiaires n'est pas réglé par les textes du Code de commerce (ceux relatifs aux *stock-options* et ceux relatifs aux opérations de restructuration).

Compte tenu de la fréquence de cette situation, deux éléments de solution peuvent être avancés.

- en premier lieu, il semble particulièrement opportun que le traité de fusion ou de scission se saisisse de cette question pour y apporter une réponse adéquate. Afin que les salariés bénéficiaires ne soient pas lésés par cette opération, il est prudent de prévoir dans le traité :
 - que la levée de l'option permettra au bénéficiaire d'acquérir des actions de la société absorbante, en lieu et place d'actions de la société amenée à disparaître,
 - que le prix d'exercice devra être modifié pour tenir compte de la parité d'échange retenue dans le traité ;
- en second lieu, il est possible d'avancer que la société absorbante ou bénéficiaire des apports, ayant l'obligation d'assumer toutes les obligations passives de la société disparue, est tenue d'offrir aux bénéficiaires des *stock-options* le droit de souscrire ses propres actions dans des conditions similaires.

4. Régime fiscal

Problématique. Les opérations de restructuration posent de nombreuses questions fiscales. En effet, qu'il s'agisse d'une opération de fusion ou de scission :

- une ou plusieurs sociétés seront dissoutes ;
- des apports vont être réalisés.

En l'absence de mesures fiscales particulières, chaque étape juridique de l'opération devrait être imposée de manière distincte. La dissolution de la société entraînerait l'imposition immédiate du résultat de liquidation, et notamment celle des plus-values latentes réalisées au cours de l'opération.

La société absorbante ou bénéficiaire devrait payer les droits d'enregistrement prévus pour les augmentations de capital ou la création de société. Quant aux associés de la société absorbée ou scindée, ils seraient imposés à raison de la plus-value dégagée par l'échange des titres.

Un tel régime d'imposition serait évidemment prohibitif et compromettrait bien des restructurations d'entreprises.

Toutefois, les opérations de fusion et de scission sont regardées avec bienveillance et ne font pas l'objet des impositions normalement attachées aux dissolutions et apports. Un régime spécial dit de faveur leur est applicable. À défaut de remplir les conditions d'application de ce régime, le droit commun est applicable.

4.1 Droits d'enregistrement

a) Régime de droit commun

En cas d'apport en nature, des droits d'enregistrement sont en principe dus.

Lorsque l'apport réalisé est dit « pur et simple », c'est-à-dire qu'il ne comprend pas de passif, les droits d'enregistrement dus dépendent du régime fiscal des sociétés impliquées (IR ou IS), mais il faut retenir qu'en tout état de cause, soit l'apporteur est exonéré de plein droit par la loi fiscale, soit il l'est sur engagement pris de conserver les droits sociaux rémunérant son apport, pendant une période de 3 ans au minimum.

En revanche, si l'apport est grevé d'un passif (apport à titre onéreux ou mixte), la partie passive est fiscalement assimilée à une vente et taxée à 3 % pour la tranche comprise entre 23 000 à 200 000 € et à 5 % au-delà.

EXEMPLE

Apport d'un bien d'1 million d'euros, grevé d'un passif de 400 000 €. L'apport est pur et simple à concurrence de 600 000 €, et donc exonéré ou pouvant l'être. Il est « à titre onéreux » pour 400 000 €, taxé comme ci-dessus (3 % puis 5 %).

b) Régime de faveur

Il est prévu par l'article 816 du Code général des Impôts pour les fusions mais s'applique également aux scissions et APA. Les sociétés concernées doivent être obligatoirement soumises à l'IS.

Article 816 CGI. Les actes qui constatent des opérations de fusion auxquelles participent exclusivement des personnes morales ou organismes passibles de l'impôt sur les sociétés bénéficient du régime suivant :

1° Il est perçu un droit fixe d'enregistrement ou une taxe fixe de publicité foncière de 375 euros porté à 500 euros pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 euros.

2° (...)

3° La prise en charge du passif dont sont grevés les apports mentionnés dans ces actes est exonérée de tous droits et taxes de mutation ou de publicité foncière.

4.2 Impôt sur les sociétés

a) Régime de droit commun

S'agissant des fusions et scissions, elles entraînent la dissolution des sociétés absorbées ou scindées. Fiscalement, il s'agit d'une cessation d'activité rendant exigibles les impositions suivantes :

- bénéfices non encore taxés ;
- provisions ;
- plus-values d'actif.

S'agissant des APA, sont taxées à l'IS dans les conditions de droit commun :

- les plus-values d'actif ;
- les provisions.

b) Régime de faveur (art. 210A CGI)

Conditions. Il est ouvert en cas de fusion et scission, à deux conditions cumulatives :

- les sociétés impliquées relèvent de l'IS ;
- la soulte éventuellement versée par les actionnaires des sociétés disparaissant pour recevoir des titres de la société bénéficiaire ou absorbante, ne doit pas excéder 10 % du montant nominal des titres reçus.

S'agissant des APA, il est nécessaire qu'ils portent sur une branche complète d'activité (sur cette notion, voir *supra*) et respectent les conditions posées par l'article 210 B du CGI.

Effets. Le régime de faveur est décrit à l'article 210-A du CGI ; l'opération n'est pas traitée comme une cessation d'activité. Par conséquent :

- les provisions constatées ne sont pas taxées ;
- les plus-values résultant de l'opération sont exonérées ;
- le bénéfice d'exploitation est calculé entre le point de départ de l'exercice et la date de l'opération.

FICHE 14

**L'AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS,
GENDARME DE LA BOURSE****Les compétences de l'AMF**

L'Autorité des marchés financiers exerce plusieurs types de responsabilités. Ses compétences portent sur :

Les opérations et l'information financière. L'Autorité des marchés financiers réglemente les opérations financières et l'information diffusée par les sociétés cotées. Ces sociétés ont l'obligation d'informer le public de leurs activités, de leurs résultats et de leurs opérations financières. L'AMF supervise et contrôle l'information délivrée, en veillant à ce qu'elle soit précise, sincère, exacte et diffusée à l'ensemble de la communauté financière.

Les produits d'épargne collective. L'Autorité des marchés financiers autorise la création de SICAV et de FCP. Elle vérifie notamment l'information figurant dans le prospectus simplifié de chaque produit qui doit être remis au client avant d'investir. S'agissant des produits complexes (fonds à formule, etc.), l'AMF veille à ce que les spécificités des produits et leurs conséquences soient clairement présentées aux épargnants.

Les marchés et leurs infrastructures. L'AMF définit les principes d'organisation et de fonctionnement que doivent respecter les entreprises de marché, (comme Euronext Paris qui organise les transactions sur les marchés des actions, des obligations et des produits dérivés), les systèmes de règlement-livraison et les dépositaires centraux (comme Euroclear France). L'AMF approuve également les règles des chambres de compensation (comme Clearnet) qui centralise chaque jour les transactions et détermine les conditions d'exercice de leurs adhérents.

Les prestataires (établissements de crédit autorisés à fournir des services d'investissement, entreprises d'investissement, sociétés de gestion, conseillers en investissements financiers, démarcheurs, etc.). L'AMF fixe les règles de bonne conduite et les obligations que doivent respecter les professionnels autorisés à fournir des services d'investissement. Elle agréé les sociétés de gestion.

L'AMF agréé les associations professionnelles chargées de la représentation collective, de la défense des droits et des intérêts des conseillers en investissements financiers et contrôle ces conseillers en investissements financiers.

L'AMF surveille enfin les démarcheurs agissant pour le compte des sociétés de gestion.

L'Autorité des marchés financiers peut également procéder à des contrôles et à des enquêtes et, en cas de pratiques contraires à son règlement général ou aux obligations professionnelles, la Commission des sanctions peut prononcer des sanctions.

Lorsque les faits paraissent constitutifs d'un délit, le Collège de l'Autorité des marchés financiers transmet le rapport de contrôle ou d'enquête au procureur de la République.

Pour venir en aide aux investisseurs non professionnels, l'AMF met à la disposition des particuliers et des associations son service de la médiation. Outre sa mission d'information et de pédagogie auprès du public, le service de la médiation reçoit les réclamations portant sur l'information financière, l'exécution des ordres, le transfert de comptes-titres, la gestion pour compte de tiers. Il propose également un règlement à l'amiable en cas de litige entre un particulier et un professionnel.

Source : [http : http://amf-france.org](http://amf-france.org)

FICHE 15

LES PACTES D'ACTIONNAIRES

Les pactes d'actionnaires sont des accords, écrits ou non, passés en dehors des statuts, n'impliquant pas la totalité des actionnaires, et visant à régir certains aspects de leurs relations, le plus souvent quant aux mouvements du capital social.

Les clauses de stabilisation du capital

Les plus courantes sont les clauses d'inaliénabilité et de préemption. La première interdit aux signataires de se séparer des parts ou actions acquises pendant une période donnée (généralement 2 à 5 ans), permettant la stabilité du capital et du pouvoir de la société. La seconde, contraint l'un des signataires du pacte désirant se séparer de ses titres à avertir les autres signataires selon une procédure bien déterminée (lettre recommandée avec accusé de réception par exemple) de telle sorte que ces derniers puissent exercer le droit d'achat prioritaire dont ils disposent sur les titres.

Les clauses de non-dilution, de droit préférentiel à l'information et les conventions de management sont moins courantes dans les pactes, mais peuvent être utiles aussi bien à l'acquéreur qu'aux investisseurs. La clause de non dilution donne un droit préférentiel de souscription lors des augmentations de capital aux actionnaires minoritaires, leur permettant de conserver un pourcentage de capital identique. Si le droit des sociétés donne à tous les actionnaires un droit d'information, la clause de droit privilégié à l'information permet aux investisseurs d'obtenir des informations plus fréquentes et détaillées que la normale, les documents et la fréquence étant détaillés dans le pacte (tableaux de bords mensuels, *burn rate*...). Enfin, la convention de management contraint l'acquéreur à consulter ses partenaires financiers pour les décisions extraordinaires sortant du cadre de l'acte normal de gestion (opérations de croissance externe, cession d'actifs, emprunts...). Les partenaires disposent d'un droit de veto leur donnant la possibilité de sortir du capital en cas de désaccord avec l'acquéreur / gérant.

Les clauses de sortie de la société

La clause de sortie conjointe est très fréquente car elle protège les associés minoritaires. En effet, si l'acquéreur majoritaire cède ses titres à un tiers, il doit par cette clause acheter ou faire acheter les titres présentés par les minoritaires-signataires au prix où il vend ses parts. Ainsi, les minoritaires ne risquent pas de devenir les associés d'un acquéreur non choisi.

La clause de retrait permet à un signataire de se retirer du capital si un ou des événements précisés dans le pacte surviennent au cours de la période de validité du contrat (cession de certains actifs, départ d'un associé...). Les signataires du pacte sont contraints de racheter les parts du partenaire souhaitant se retirer à un prix calculé d'avance et précisé dans le pacte.

La clause d'exclusion donne le droit aux signataires du pacte d'exclure l'un d'entre eux si certains événements surviennent ou si certaines qualités justifiant sa présence disparaissent (fin d'un partenariat exclusif, objectifs non atteints...). Les signataires doivent racheter les titres de l'exclu à un prix calculé par avance.

Les clauses de protection

La clause de sortie garantie contraint l'acquéreur à racheter des titres à ses partenaires à l'issu d'une période donnée. A la date convenue, il doit racheter les titres des minoritaires désireux de vendre, à un prix calculé d'avance (méthode de calcul précisée dans le pacte).

La clause de *Buy or sell* : elle permet à un actionnaire (A) de demander à un autre actionnaire (B) de lui racheter ses titres à un prix proposé par A. Si l'actionnaire B refuse, A pourra racheter les parts de B au prix qu'il lui aura proposé précédemment. En simplifiant, A contraint B, soit à lui racheter ses titres, soit à lui vendre ses titres, d'où le nom de clause *buy or sell*. Cette clause est peu fréquente, mais elle permet de contrecarrer une mauvaise « cohabitation » entre deux actionnaires.

La clause de priorité de collaboration : elle est essentiellement réclamée par les sociétés de capital-investissement car elle leur accorde une préférence par rapport à d'autres établissements extérieurs concurrents lors de la réalisation ultérieure d'importantes opérations financières (émission d'un emprunt obligataire, opération de croissance externe, introduction en bourse...). Le signataire n'est cependant pas tenu d'accorder un droit d'exclusivité à son partenaire.

L'un des problèmes majeurs des pactes d'actionnaires demeure leur sanction. En effet, s'agissant d'obligations de faire ou de ne pas faire, la seule sanction envisageable en cas d'inexécution est l'allocation de dommages-intérêts (DI) ; c'est le sens de l'article 1142 du Code civil. Ainsi la violation d'un pacte d'inaliénabilité sera sanctionnée par des DI, lesquels ne permettent que très imparfaitement de réparer le préjudice subi par les autres signataires du pacte.

FICHE 16

LES ACTIONS TRAÇANTES OU REFLET

En savoir plus : les actions « traçantes » et les offres publiques

La vieille firme GM veut racheter la jeune société EDS. Le coût d'une OPA est trop élevé, alors GM songe à proposer aux actionnaires d'EDS d'échanger leurs titres contre ceux de GM (OPE). Mais comment les inciter à échanger les actions d'une société jeune et dynamique contre celles d'une « machine à vapeur » ? en échangeant leurs actions contre des actions traçantes de la société initiatrice.

L'action traçante, ou de reflet, ou encore « miroir », se définit comme le titre de capital qui suit les performances d'une activité à l'intérieur du groupe. Ce produit tire sa spécificité du fait qu'il représente une quote-part du capital de l'émetteur, mais non de celui de l'activité qu'il a pour objet de retracer.

L'action traçante va refléter les résultats d'une activité d'un groupe, que cette activité soit ou non filialisée.

Les actions traçantes constituent une catégorie déterminée au sein des titres de capital de la société émettrice qui permettent aux porteurs, outre de bénéficier de toutes les prérogatives

attachées aux actions ordinaires (notamment les droits de vote sous réserve de la nature de l'action choisie), de percevoir des droits financiers privilégiés, pour l'essentiel un dividende prioritaire et, éventuellement, une priorité sur les produits de cession de l'activité tracée, voire sur le boni de liquidation.

Le privilège financier des *tracking stocks* prend, en principe, la forme d'un dividende prioritaire déterminé en fonction des résultats de l'activité tracée.

Intérêts du mécanisme

Ce nouvel instrument financier permet d'extérioriser la valeur de l'une des activités d'un groupe sans s'en séparer juridiquement. Les actions ainsi émises ne portent que sur cette activité, dont l'émetteur conserve la maîtrise et la propriété, et reflètent ses performances, à la hausse ou à la baisse, en fonction des résultats de l'activité considérée.

Le porteur des actions traçantes reste actionnaire de la société émettrice dans son entier.

Cet instrument offre pour les groupes combinant des activités relevant de l'économie traditionnelle et des activités plus récentes dans les secteurs des nouvelles technologies, l'opportunité de mettre en valeur ces dernières activités, en les extériorisant sans avoir à les filialiser ou à coter les titres séparément. Dans ces conditions, ces groupes pouvaient faire jeu égal avec les sociétés de la nouvelle économie, notamment dans le contexte des concentrations qui ont animé ce secteur récemment.

L'émission d'actions traçantes, en permettant le calcul des dividendes, voire des plus-values, en fonction des performances d'une activité particulière d'une entreprise, permet d'isoler cette activité mais évite une cession de contrôle, une filialisation ou encore une scission.

L'intérêt est alors d'obtenir les avantages financiers de telles opérations sans les inconvénients qui y sont attachés, notamment la perte du contrôle et les coûts fiscaux.

La société émettrice va pouvoir mettre sur le marché 100 % de l'activité extériorisée tout en conservant son contrôle, au contraire d'une réelle filialisation suivie d'une introduction en Bourse. Dès lors, elle peut continuer à dégager les synergies entre les différentes activités, voire réaliser des économies d'échelle, en évitant de dupliquer les dépenses de siège comme cela aurait été le cas à la suite d'une filialisation. Ces avantages s'accompagnent d'une dilution mécanique des actionnaires minoritaires dont le poids relatif est, bien entendu, moins déterminant dans le capital d'une société ayant émis des actions traçantes que dans le capital de la filiale qu'elle aurait constituée pour exercer l'activité tracée.

Les actions traçantes permettent le maintien du bénéfice de l'intégration fiscale : en effet, la conséquence de l'introduction en Bourse de la filiale qui exerce l'activité tracée serait de réduire le pourcentage de détention de la mère en deçà du seuil de 95 % du capital nécessaire à l'application du régime d'intégration fiscale.

Émettre des *tracking stocks* dans le but d'une défense anti-OPA est également envisageable. L'émission d'actions traçantes assure en effet une protection de l'activité tracée et limite les risques d'une offre publique hostile puisque tout tiers qui envisagerait de prendre le contrôle de cette activité devrait initier une offre publique portant sur la totalité des titres formant le capital de la société visée.

En outre, l'éclatement au sein d'une société des diverses activités, dans lesquelles les équipes pourraient se désolidariser de la direction en place, constitue une cause importante d'exposition à une offre publique hostile. C'est pourquoi, intéresser les équipes dirigeantes et les fidéliser par l'attribution d'options de souscription de *tracking stocks* peut compléter utilement la panoplie des armes anti-OPA.

Les exemples précédents

Lors de l'acquisition en 1984 par General Motors d'Electronic Data Systems, les vendeurs avaient accepté de devenir actionnaires de General Motors, à condition que les titres reçus en rémunération reflètent les résultats futurs de la société cédée. General Motors imagina une catégorie d'actions, les *tracking stocks*, qui répondait à cette attente et qui lui permettait par la même occasion de conserver l'autonomie interne de la cible sans mêler cette nouvelle activité à ses métiers traditionnels.

En octobre 2000, Alcatel émettait sur le Premier marché et sur le NASDAQ aux États-Unis des « actions de priorité » reflétant l'activité de sa division Optronics. Cette émission permettait d'isoler la performance économique de cette division, tout en conservant la propriété de celle-ci, dans le but d'attirer des investisseurs et de lever des capitaux destinés à financer cette activité à fort potentiel de croissance.

Le « moule juridique » des actions traçantes

En octobre 2000, lors de l'émission Alcatel Optronics, la COB (aujourd'hui AMF) avait émis un avis positif, jugeant qu'une telle formule pouvait correspondre à ce que la loi française nomme les « actions de priorité ».

Depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, les actions traçantes peuvent trouver un support juridique, à la fois souple et sûr, dans les actions de préférence de l'article L. 228-11 du Code de commerce. Les droits particuliers mentionnés à l'article L. 228-11 peuvent en effet être exercés dans la société mère de l'émettrice, ou au contraire dans une filiale de celle-ci ; ce dernier cas de figure consacre la pratique des *tracking stocks*. Il suffit de prévoir que le titre émis donnera droit à un dividende prioritaire au sein d'une filiale de l'émetteur. Le Code de commerce prévoit alors que l'émission devra être également autorisée par l'AGE de la société au sein de laquelle les droits seront exercés, sur rapport du commissaire aux comptes de cette même société.

FICHE 17

RENDEMENT, CAPITALISATION ET PER

Taux de rendement des actions. Le taux de rendement est le rapport ramené en pourcentage entre le dernier dividende payé et le cours de bourse ou la valeur mathématique de l'action.

Exemple : Cours à 200 € ; dernier dividende payé à 20 €. Taux de rendement = 10 %. $TR = 20/200 \times 100 = 10 \%$.

Ce même taux, que l'on nommera alors *taux de capitalisation*, peut servir à déterminer la valeur des actions : on sait qu'une société distribue 20 € par action en moyenne chaque année. On sait également que l'investisseur moyen exige, compte tenu du risque existant, un revenu de 10 %. On en déduit donc que l'action doit être achetée 200 €.

On peut synthétiser les formules de la manière suivante :

TR = taux de rendement

TC = taux de capitalisation

VA = valeur de l'action

D = dernier dividende payé

1^{er} calcul : recherche de TR

$TR = (D/VA) \times 100$

2^e calcul : recherche de VA

$VA = (D/TR) \times 100$

Le taux de rendement attendu par un investisseur varie suivant le type d'activité de la société. Une société dont l'activité est pérenne, ou semble pérenne, peut offrir un taux de rendement assez faible, contrepartie de la durée du rapport. En revanche une entreprise qui sait son activité peu durable devra pour attirer les investisseurs offrir un taux de rendement plus important pour que le retour sur investissement soit plus rapide.

Capitalisation boursière. La valeur de capitalisation boursière (VCB) est la valeur globale des actions au cours de bourse du moment. Ainsi une société qui met sur le marché 250 000 actions cotées 150 € présente une valeur de capitalisation boursière de 37,5 millions d'euros.

La comparaison entre la capitalisation boursière et l'actif net est intéressante. Elle permet de savoir si une société est surestimée ou sous-estimée en bourse.

- si $VCB > \text{actif net}$: tendance à la surévaluation ;
- si $VCB < \text{actif net}$: tendance à la sous-estimation.

Price Earning Ratio ou PER. Un autre élément qui peut entrer en ligne de compte pour apprécier la valeur d'une société ou d'une action est le *price earning ratio* ou PER, appelé en français CCR ou coefficient de capitalisation des résultats.

$PER = \text{Cours en bourse d'une action/bénéfice (et non pas dividende) après impôt par action.}$

Exemple : Cours 100 € ; bénéfice par action après IS : 20 €. $PER = 100/20 = 5$. Attention le PER est un coefficient et non pas un pourcentage. Ne pas le confondre avec le taux de rendement.

- Un *PER important* signifie une faible rentabilité du titre. Exemple, titre coté 100 €. Un PER de 25 signifie que le bénéfice par action est de 4 € ce qui est faible. On va dire que l'entreprise vaut 25 fois son bénéfice annuel. Le retour sur investissement se fera très lentement.
- Un *PER bas* (inférieur à 10) prouve une excellente rentabilité du titre. Un PER de 5 signifie une rentabilité (s'entendant avant distribution) de 20 %. La société vaut 5 fois son bénéfice annuel. Le retour sur investissement est rapide.

Cash flow. Le cash flow est le total constitué par le bénéfice net après impôt, les amortissements et les provisions autres que fiscales. On l'appelle également marge brute d'autofinancement ou excédent brut d'exploitation net de l'impôt.

Les analystes financiers ont créé un coefficient de rapport entre la capitalisation boursière et le *cash flow* nommé *price cash flow ratio* = capitalisation boursière/*cash flow*.

Si la capitalisation boursière d'une société est de 28 000 000 € et que son *cash flow* est de 2 millions d'euros, le ratio est de 14 ; on dit que la société capitalise 14 fois son *cash flow*.

FICHE 18

LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE (SAS)

Généralités

Nombre : 120 000 SAS et SAS unipersonnelle (SASU) environ

Domaine et utilisation : tous usages ; forme sociale pouvant être utilisée pour tout type d'activité, commerciale comme civile. En pratique, la SAS est utilisée au sein des groupes de société (holding) et par les entreprises d'une taille moyenne à importante, ne souhaitant pas se financer sur les marchés. SASU utilisée pour des opérations de filialisation à 100 %.

Personnalité morale : oui, à compter de l'inscription au Registre du commerce et des sociétés.

Responsabilité : limitée aux apports.

Classification : caractère commercial par la forme (quelle que soit l'activité exercée) / société difficile à classer comme société de personnes ou société de capitaux (suivant les clauses statutaires intégrées) et ne pouvant se financer par offre au public.

Textes : art. L. 227-1 et suivants du Code de commerce.

Constitution

Nombre d'associés : à partir de 1 (SASU) à l'infini.

Capital social : doit exister ; pas de minimum fixé par la loi (37 000 € avant la loi du 4 août 2008) – libération de 50 % à la constitution. Libération du surplus dans les 5 ans.

Type de droits sociaux : actions négociables ; cession simplifiée par inscription en compte.

Apports en numéraire : oui

Apport en nature : oui ; évaluation obligatoire par un commissaire aux apports.

Apports en industrie : oui (interdits avant la loi du 4 août 2008).

Formalités de constitution : rédaction et enregistrement des statuts ; publicité dans un journal d'annonces légales ; dépôt et blocage des fonds ; dossier CFE ; immatriculation RCS.

Direction

Type de gouvernance : librement mise en place par les statuts. Possibilité d'un président unique, d'une direction collégiale, d'un modèle comparable à la SA...

Statut des dirigeants : librement prévu dans les statuts ; personne physique ou personne morale ; associé ou non associé ; cumul des mandats et âge non réglementés ; rééligible.

Rémunération : librement décidée par la société ou dans les statuts.

Révocation : mode et causes de révocation librement mis en place par les statuts ; possibilité d'une révocation strictement encadrée (type faute lourde, justes motifs...) ou libre (modèle SA, révocation *ad nutum*).

Statut social : statut social assimilé à celui des salariés du point de vue des régimes d'assurance-maladie, vieillesse, allocations familiales.

Cumul avec contrat de travail : possible uniquement si le contrat correspond à des fonctions techniques distinctes de celles de la présidence ET si un lien de subordination entre la société et le dirigeant salarié existe (suppose que le dirigeant soit minoritaire)

Statut fiscal : assimilé à celui des salariés (abattement de 10 % sur la rémunération perçue).

Pouvoirs : dans les rapports avec les tiers, le dirigeant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux actionnaires. La SAS est engagée même par les actes du dirigeant qui ne relèvent pas de l'objet social, et les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. Le dirigeant qui agit en dehors de l'objet social ou en violation d'une clause statutaire limitant ses pouvoirs engage sa responsabilité et commet une faute (éventuellement susceptible de justifier sa révocation si cela entre dans les prévisions statutaires).

Responsabilités : responsabilité civile en cas de violation de la loi, des statuts ou de faute de gestion ; responsabilité pénale pour certains délits (abus de biens sociaux) ; responsabilité fiscale en cas de fraude ; responsabilité possible en cas de procédure collective touchant la SAS.

Associés

Qualité et capacité : les associés n'ont pas la qualité de commerçant même si l'activité de la société est commerciale ; personnes morales, mineurs et étrangers peuvent librement être associés ; restrictions pour les majeurs protégés.

Époux : possibilité d'être associés seuls ou avec d'autres dans une SAS. Les apports de biens immeubles ou fonds de commerce communs doivent être autorisés par l'autre conjoint. La qualité d'associé de la SAS est reconnue uniquement à l'apporteur en société (mais les actions reçues en contrepartie d'un apport de biens communs, sont communes).

Indivision : l'indivision n'a pas la qualité d'associé. Les droits attachés aux actions indivises sont exercés par un mandataire commun nommé épar les indivisaires ou en justice en cas de désaccord.

Démembrement de propriété : la qualité d'associé n'est attribuée clairement par la loi ni à l'usufruitier, ni au nu-proprétaire. La doctrine majoritaire attribue cette qualité au nu-proprétaire. Le droit de vote est exercé par ce dernier sauf pour les décisions relatives à l'attribution des bénéfices (usufruitier) ; les clauses d'aménagement du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-proprétaire sont valables sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de participation de tout associé et au droit de l'usufruitier de se prononcer sur l'attribution des bénéfices.

Relations entre associés et clauses d'aménagement :

- cession des actions (agrément) : tous schémas envisageables dans les statuts : pas d'agrément, agrément de toutes les cessions, de certaines seulement... Modalités d'agrément librement fixées dans les statuts ;
- clauses d'inaliénabilité valables à condition de ne pas excéder 10 ans ; peuvent être limitées à certaines cessions et à une durée inférieure ;
- clauses de préemption statutaires valables ;
- clauses de retrait statutaires valables ;
- clauses de sortie forcée (exclusion) valables. Les statuts devront prévoir la cause de l'exclusion, la procédure et les modalités de rachat des actions (prix notamment) ;
- clause relative à la modification du contrôle : les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut alors décider de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure.

Décisions collectives

Mode : tous modes de décision admissibles : assemblée générale ; consultation écrite ; consentement des associés donné dans l'acte ; consultation électronique...

Compétence AG (non limitatif) : approbation des comptes, approbation du rapport de gestion, affectation du bénéfice, approbation des conventions réglementées, modification des statuts, augmentation ou réduction du capital, fusions ou scissions, transformation, nomination du CAC... La nomination des dirigeants ne relève pas obligatoirement de la collectivité des associés.

Quorum et majorité : librement fixés dans les statuts. Clauses d'inaliénabilité, d'exclusion, de modification du contrôle et d'agrément doivent être adoptées à l'unanimité des associés de la SAS.

Contrôles

La nomination d'un commissaire aux comptes n'est plus obligatoire dans la SAS depuis la loi du 4 août 2008 ; toutefois :

- à titre facultatif, les associés peuvent nommer, par décision collective majoritaire, un ou plusieurs commissaires aux comptes ;
- sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les SAS qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, deux des trois seuils suivants : 1 000 000 € total bilan ; 2 000 000 € chiffre d'affaires hors taxe ; 20 salariés (décret du 25 février 2009 ; on prendra garde de ne pas confondre ces seuils avec ceux, différents, applicables aux SARL et SNC) ;
- sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les SAS qui contrôlent une ou plusieurs sociétés, ou qui sont contrôlées par une ou plusieurs sociétés (notion de contrôle : se reporter aux articles L. 233-16 et suivants du Code de commerce) ;
- la nomination d'un commissaire aux comptes peut être également demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital.

Fiscalité

IR ou IS : la SAS pluripersonnelle comme la SASU sont soumises à l'IS de plein droit.

Options : peuvent opter pour l'IR les SAS ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale aux conditions (cumulatives) suivantes : la société n'est pas cotée et son capital est détenu à plus de 50 % par des personnes physiques et à plus de 34 % par les dirigeants et les membres de leur famille ; la société a moins de 50 salariés et réalise un chiffre d'affaires ou a un total bilan inférieur à 10 millions d'euros. Enfin, elle a moins de 5 années d'existence.

Financement

Offre au public : interdite

Cotation des titres : interdite

Émission actions : possible

Émission d'actions de préférence : possible

Émission obligations : possible

Emprunts : oui

Comptes courants : oui

Quasi fonds propres : oui

FICHE 19 LA SOCIÉTÉ CIVILE (SC)

Généralités

Nombre : 1 400 000 SC environ.

Domaine et utilisation : l'activité ne peut qu'être civile et non pas commerciale (à défaut, la société est requalifiée en société commerciale en nom collectif). Il existe des sociétés civiles de droit commun et des sociétés civiles à statut particulier. Les sociétés civiles de droit commun ne sont régies que par les règles du Code civil (articles 1845 à 1870-1) et leurs statuts. Elles peuvent

accueillir tous types d'activités civiles (c'est-à-dire des activités qui n'ont pas de caractère commercial ou agricole). Les plus courantes sont les SC à objet immobilier (que l'on nomme SCI) qui servent de support à l'acquisition et à la gestion immobilière. À côté des SC de droit commun existent des sociétés civiles à statut particulier. On va trouver par exemple :

- des SC professionnelles ou SCP auxquelles s'applique une réglementation spécifique suivant l'activité professionnelle exercée ;
- des SC de moyens ou SCM qui ne sont pas des sociétés dites d'exercice mais visent simplement à la mise en commun de moyens en vue de l'exercice de la profession : locaux, appareillage, secrétariat... ;
- des sociétés civiles de placement immobilier ou SCPI qui lancent des souscriptions dans le public et investissent les sommes dans de l'immobilier locatif qu'elles vont gérer ;
- des SC de construction-vente qui sont le support de toutes les opérations de promotion immobilière.

Personnalité morale : oui, à l'inscription au registre du commerce et des sociétés.

Responsabilité : indéfinie et conjointe (en proportion des apports réalisés). Cas particulier : responsabilité solidaire dans les SCP. Le créancier doit obligatoirement exercer des poursuites contre le SC avant d'agir contre les associés (droit d'agir subordonné à de vaines poursuites).

Classification : caractère civil ; société de personnes ; pas d'offre au public, ni de cotation (sauf cas très particulier des SCPI).

Textes : art. 1845 et suivants du Code civil.

Constitution

Nombre d'associés : de 2 à l'infini.

Capital social : doit exister ; pas de minimum fixé par la loi ; modalités de libération non réglementées.

Type de droits sociaux : parts sociales non négociables ; cession suivant procédé de cession de créance (1690 C. civ).

Apports en numéraire : oui.

Apport en nature : oui ; évaluation libre.

Apports en industrie : oui.

Formalités de constitution : rédaction et enregistrement des statuts ; publicité dans un journal d'annonces légales / dossier CFE / immatriculation RCS.

Direction

Type de gouvernance : gérance unique ou co-gérance.

Statut des dirigeants : personne physique ou personne morale ; associé ou non associé ; cumul des mandats et âge non réglementés ; rééligible.

Rémunération : librement décidée par la société.

Révocation : par la collectivité des associés à la majorité pour justes motifs, ou en justice sur demande d'un associé pour cause légitime.

Cumul avec contrat de travail : possible uniquement si le contrat correspond à des fonctions techniques distinctes de celles de la gérance ET si un lien de subordination entre la société et le gérant salarié existe (suppose que le gérant soit minoritaire)

Pouvoirs : dans les rapports avec les tiers, le gérant doit agir dans le cadre de l'objet social (différence majeure avec les sociétés à risque limité, SARL, SAS, SA...) La société n'est pas engagée par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social ; en revanche, les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers (mais leur violation par le gérant peut entraîner sa révocation).

Responsabilités : responsabilité civile en cas de violation de la loi, des statuts ou de faute de gestion ; responsabilité pénale.

Associés

Qualité et capacité : les associés n'ont pas la qualité de commerçant (mais des commerçants peuvent être associés d'une SC pour un objet distinct de celui de leur commerce) ; mineurs et étrangers peuvent librement être associés ; restrictions pour les majeurs protégés.

Époux : possibilité d'être associés seuls ou avec d'autres dans une SC. Les apports de biens immeubles ou fonds de commerce communs doivent être autorisés par l'autre conjoint. La qualité d'associé est reconnue à l'apporteur. Le conjoint non apporteur peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales.

Indivision : l'indivision n'a pas la qualité d'associé. Les droits attachés aux parts sociales indivises sont exercés par un mandataire commun nommé épar les indivisaires ou en justice en cas de désaccord.

Démembrement de propriété : la qualité d'associé n'est attribuée clairement par la loi ni à l'usufruitier, ni au nu-propriétaire. La doctrine majoritaire attribue cette qualité au nu-propriétaire. Le droit de vote est exercé par ce dernier sauf pour les décisions relatives à l'attribution des bénéfices (usufruitier) ; les clauses d'aménagement du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire sont valables sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de participation de tout associé et au droit de l'usufruitier de se prononcer sur l'attribution des bénéfices.

Relations entre associés et clauses d'aménagement :

- cession des droits sociaux (agrément) : les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Cette disposition ne s'applique pas aux cessions entre ascendants et descendants. Les statuts peuvent dispenser d'agrément les cessions à un autre associé ou les cessions au conjoint. Les cessions à tirs demeurent obligatoirement soumises à agrément. Les statuts peuvent assouplir les modalités de l'agrément (majorité simple ou qualifiée et non pas unanimité) ;
- clauses d'inaliénabilité non valables ;
- clauses de préemption statutaires valables ;
- clauses de retrait valables dans les conditions de l'article 1869 du Code civil (pour cause statutaire / avec l'autorisation de tous les associés / autorisé en justice pour cause légitime) ; le retrait implique le remboursement des droits sociaux ;
- clauses de sortie forcée (exclusion) non valables.

Décisions collectives

Mode : assemblée générale ; consultation écrite ; consentement des associés donné dans l'acte.

Compétence AG (non limitatif) : nomination des dirigeants, approbation des comptes, affectation du bénéfice, modification des statuts, augmentation ou réduction du capital, fusions ou scissions, transformation, autorisation de certains actes...

Quorum et majorité : fixés par les statuts.

Contrôles

Un *commissaire aux comptes* n'est pas obligatoire mais pourra être nommé dans deux hypothèses :

- à titre facultatif, les associés peuvent nommer, par décision collective un ou plusieurs commissaires aux comptes ;
- sont ensuite tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les SC « ayant une activité économique » qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, deux des trois seuils suivants : 1 550 000 € total bilan / 3 100 000 € chiffre d'affaires hors taxe / 50 salariés,

Fiscalité

IR ou IS : la SC relève de l'IR.

Options : option pour l'IS possible.

Financement

Offre au public : interdite (sauf SCPI)

Cotation des titres : interdite (*idem*)

Émission actions : interdite

Émission obligations : interdite

Emprunts : oui

Comptes courants : oui

Quasi fonds propres : non

FICHE 20

LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS (SCA)

Généralités

Nombre : très faible ; moins de 40 000.

Domaine et utilisation : société commerciale pouvant encadrer des activités civiles comme commerciales et se caractérisant par une dualité de catégorie d'associés ; les commandités sont des associés ayant vocation à assurer la gouvernance de la société et encourant une responsabilité indéfinie et solidaire à l'instar de celle des associés de la SNC ; les commanditaires sont des actionnaires ne pouvant s'immiscer dans la gestion et dont la responsabilité est limitée aux apports réalisés. Les sociétés en commandite trouvent leur origine au Moyen-Âge dans le contrat de *commenda*, à une époque où la religion catholique prohibait le prêt à intérêts ; pour contourner cette prohibition, le prêteur s'associait à l'affaire de l'emprunteur comme commanditaire.

Intérêts : société assez lourde et complexe à gérer en raison de la dualité d'associés mais offrant l'intérêt de permettre de concilier une gouvernance familiale et pérenne avec un actionnariat fort et une ouverture aux marchés ; En outre, la SCA offre une meilleure résistance aux offres publiques puisque l'opération ne peut porter que sur les titres des commanditaires et non pas sur ceux des commandités, lesquels détiennent le pouvoir de gestion.

Personnalité morale : oui, à compter de l'inscription au registre du commerce et des sociétés.

Responsabilité : indéfinie et solidaire pour les associés commandités / limitée aux apports pour les associés commanditaires.

Classification : caractère commercial par la forme (quelle que soit l'activité exercée)/ société de capitaux.

Textes : art. L. 226-1 et suivants du Code de commerce. Application subsidiaire et par renvoi des textes relatifs à la SA (sauf textes sur la gouvernance) et à la société en commandite simple (L. 222-1 Code de commerce)

Constitution

Nombre d'associés : à partir de 4 (1 commandité minimum + 3 commanditaires) à l'infini.

Capital social : composé uniquement des apports réalisés par les commanditaires / minimum fixé par la loi à 37 000 € que la société fasse ou non offre au public (avant l'ordonnance du 22 janvier 2009, les SA faisant appel public à l'épargne devaient avoir un capital social de 225 000 € – libération de 50 % à la constitution. Libération du surplus dans les 5 ans.

Type de droits sociaux détenus par les commanditaires : actions négociables ; cession simplifiée par inscription en compte. Les commandités détiennent des parts qui n'entrent pas dans la composition du capital social.

Apports en numéraire (commanditaires) : Oui

Apport en nature (commanditaires) : Oui ; évaluation obligatoire par un commissaire aux apports.

Apports en industrie (commanditaires) : interdits

Formalités de constitution : rédaction et enregistrement des statuts ; publicité dans un journal d'annonces légales ; dépôt et blocage des fonds ; dossier CFE ; immatriculation RCS ; publicité au BODACC. Formalités renforcées si la société est constituée avec offre au public (surveillance de l'Autorité des marchés financiers AMF).

Direction

Type de gouvernance spécifique comprenant un ou plusieurs gérants (personne physique ou morale, commandités ou tiers mais pas commanditaires) + un conseil de surveillance composé de commanditaires.

Désignation : le gérant est désigné par l'AG avec l'accord de tous les associés commandités. Limite d'âge à fixer par les statuts (5 ans dans leur silence). Conseil de surveillance désigné par l'AG sans participation des commandités.

Rémunération : décidée dans les statuts ou par l'AG.

Révocation : dans les conditions prévues par les statuts ou pour cause légitime par le tribunal.

Statut social : statut social assimilé à celui des salariés du point de vue des régimes d'assurance-maladie, vieillesse, allocations familiales.

Cumul avec contrat de travail : le cumul n'est possible que si le contrat correspond à des fonctions techniques distinctes de celles de gérant ET si un lien de subordination entre la société et le gérant salarié existe (difficile à caractériser puisque le pouvoir de gestion n'est pas relié au capital détenu – les commanditaires n'ayant pas de pouvoir de gestion).

Statut fiscal : assimilé à celui des salariés (abattement de 10 % sur la rémunération perçue).

Pouvoirs :

- gérant : est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la SCA. La SCA est engagée même par les actes de son gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, et les clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers. Ils les mêmes obligations que les administrateurs de la SA ;
- conseil de surveillance : exerce un contrôle permanent de la gestion du gérant, procède aux vérifications des comptes sociaux. Il possède les mêmes pouvoirs que le CAC. Il fait un rapport annuel à l'AG et peut convoquer celle-ci en tant que de besoin.

Responsabilités : responsabilité civile du gérant en cas de violation de la loi, des statuts ou de faute de gestion (sauf membres du conseil de surveillance puisque n'ayant pas de fonctions de gestion) ; responsabilité pénale pour certains délits (abus de biens sociaux) ; responsabilité fiscale en cas de fraude ; responsabilité possible en cas de procédure collective touchant la SCA.

Associés

Qualité et capacité : voir rubrique Généralités.

Époux : possibilité d'être associés commanditaires ou commandités dans une SCA. La qualité d'associé (commanditaire) de la SCA est reconnue uniquement à l'apporteur en société (mais les actions reçues en contrepartie d'un apport de biens communs, sont communes).

Indivision : l'indivision n'a pas la qualité d'actionnaire. Les droits attachés aux actions indivises sont exercés par un mandataire commun nommé épar les indivisaires ou en justice en cas de désaccord.

Démembrement de propriété : la qualité d'actionnaire n'est attribuée clairement par la loi ni à l'usufruitier, ni au nu-propiétaire. La doctrine majoritaire attribue cette qualité au nu-propiétaire. Le droit de vote aux assemblées générales ordinaires appartient à l'usufruitier / le droit de vote aux assemblées générales extraordinaires appartient au nu-propiétaire ; les clauses d'aménagement du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propiétaire sont valables sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de participation de tout actionnaire et au droit de l'usufruitier de se prononcer sur l'attribution des bénéfices.

Relations entre associés commanditaires et clauses d'aménagement :

- cession des actions (agrément) : une clause d'agrément peut être mise en place dans les statuts sauf pour les cessions intra-familiales et dans les SCA ouvertes aux marchés ;
- clauses d'inaliénabilité : ne semblent pas autorisées dans les statuts ;
- clauses de préemption statutaires valables dans les mêmes conditions que les clauses d'agrément ;
- clauses de retrait : non valables ;
- clauses de sortie forcée (exclusion) : non valables.

Décisions collectives

Mode : en assemblée générale ; vote par correspondance possible ; représentation de l'actionnaire possible par un autre actionnaire ou son conjoint ; assemblée possible par moyens électroniques. Les règles applicables aux SA peuvent être transposées ici ; la modification des statuts suppose, outre le vote de l'AG, le consentement de TOUS les associés commandités.

Contrôles

La nomination d'un *commissaire aux comptes* est obligatoire dans les SCA.

Fiscalité

IR ou IS : la SCA est soumise à l'IS de plein droit.

Options : pas d'option possible pour l'IR.

Financement

Offre au public : possible

Cotation des titres (actions) : possible sur tous marchés

Émission actions : possible

Émission d'actions de préférence : possible

Émission obligations : possible.

Emprunts : oui

Comptes courants : oui

Quasi fonds propres : oui

FICHE 21

LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF (SNC)

Généralités

Nombre : 60 000 SNC environ.

Domaine et utilisation : société de type commercial, dans laquelle tous les associés ont obligatoirement la qualité de commerçant, et pouvant éventuellement servir à l'exploitation d'une activité civile. Compte tenu de la lourdeur du régime de responsabilité, la constitution d'une SNC suppose qu'un effet particulier soit recherché par les fondateurs. Celui-ci peut-être :

- la souplesse de fonctionnement ;
- surtout le régime fiscal, IR, qui fait de la SNC une société très appréciée dans les groupes pour abriter des filiales structurellement déficitaires (en raison de la règle de la remontée des déficits).

Personnalité morale : oui, à l'inscription au Registre du commerce et des sociétés.

Responsabilité : indéfinie et solidaire.

Classification : caractère commercial ; société de personnes (*intuitu personae* très marqué) ; pas d'offre au public, ni de cotation.

Textes : art. L. 221-1 et suivants du Code de commerce.

Constitution

Nombre d'associés : de 2 à l'infini.

Capital social : doit exister ; pas de minimum fixé par la loi ; modalités de libération non réglementées.

Type de droits sociaux : parts sociales non négociables ; cession suivant procédé de cession de créance (1690 C. civ.).

Apports en numéraire : oui.

Apport en nature : oui ; évaluation libre.

Apports en industrie : oui.

Formalités de constitution : rédaction et enregistrement des statuts ; publicité dans un journal d'annonces légales ; dossier CFE ; immatriculation RCS.

Direction

Type de gouvernance : gérance unique ou co-gérance. Si les statuts ne prévoient rien, tous les associés sont gérants.

Statut des dirigeants : personne physique ou personne morale ; associé ou non associé ; cumul des mandats et âge non réglementés / rééligible.

Rémunération : librement décidée par la société.

Révocation : par la collectivité des associés à la majorité pour justes motifs, ou en justice sur demande d'un associé pour cause légitime.

Cumul avec contrat de travail : possible uniquement si le contrat correspond à des fonctions techniques distinctes de celles de la gérance de la SNC et si un lien de subordination entre la société et le gérant salarié existe (suppose que le gérant soit associé minoritaire).

Pouvoirs : dans les rapports avec les tiers, le gérant doit agir **dans le cadre de l'objet social** (différence majeure avec les sociétés à risque limité, SARL, SAS, SA...). La SNC n'est pas engagée par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social ; en revanche, les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers (mais leur violation par le gérant peut entraîner sa révocation).

Responsabilités : responsabilité civile en cas de violation de la loi, des statuts ou de faute de gestion ; responsabilité pénale.

Associés

Qualité et capacité : les associés ont la qualité de commerçant ; les mineurs ne peuvent donc pas être associés de la SNC ; les étrangers ne le peuvent qu'à certaines conditions.

Époux : possibilité d'être associés seuls ou avec d'autres dans une SC. Les apports de biens immeubles ou fonds de commerce communs doivent être autorisés par l'autre conjoint. La qualité d'associé est reconnue à l'apporteur. Le conjoint non-apporteur peut revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales.

Indivision : l'indivision n'a pas la qualité d'associé. Les droits attachés aux parts sociales indivises sont exercés par un mandataire commun nommé épar les indivisaires ou en justice en cas de désaccord

Démembrement de propriété : la qualité d'associé n'est attribuée clairement par la loi ni à l'usufruitier, ni au nu-propriétaire. La doctrine majoritaire attribue cette qualité au nu-propriétaire. Le droit de vote est exercé par ce dernier sauf pour les décisions relatives à l'attribution des bénéfices (usufruitier) ; les clauses d'aménagement du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire sont valables sous réserve de ne pas porter atteinte au droit de participation de tout associé et au droit de l'usufruitier de se prononcer sur l'attribution des bénéfices.

Relations entre associés et clauses d'aménagement :

– cession des droits sociaux (agrément) : les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Cette disposition est d'ordre public ;

- clauses d’inaliénabilité non valables ;
- clauses de préemption statutaires valables ;
- clauses de retrait non valables ;
- clauses de sortie forcée (exclusion) non valables.

Décisions collectives

Mode : assemblée générale : consultation écrite / consentement des associés donné dans l’acte.

Compétence AG (non limitatif) : nomination des dirigeants, approbation des comptes, affectation du bénéfice, modification des statuts, augmentation ou réduction du capital, fusions ou scissions, transformation, autorisation de certains actes...

Quorum et majorité : fixés par les statuts.

Contrôles

Un **commissaire aux comptes** n’est pas obligatoire mais pourra être nommé dans trois hypothèses :

- à titre facultatif, les associés peuvent nommer, par décision collective un ou plusieurs commissaires aux comptes ;
- si un associé le demande en justice ;
- enfin, sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les SNC qui dépassent, à la clôture d’un exercice social, deux des trois seuils suivants : 1 550 000 € total bilan ; 3 100 000 € chiffre d’affaires hors taxe ; 50 salariés,

Fiscalité

IR ou IS : la SNC relève de l’IR de plein droit.

Options : option pour l’IS possible.

Financement

Offre au public : interdite (sauf SCPI)

Cotation des titres : interdite (*idem*)

Émission actions : interdite

Émission obligations : interdite

Emprunts : oui

Comptes courants : oui

Quasi fonds propres : non

30. ÉTUDE DE CAS

Contrôle, participations, pactes, action de concert...

31. CAS PRATIQUE

Fusions et scissions

N° 30 : ÉTUDE DE CAS**Contrôle, participations, pactes, action de concert...**

Soit un groupe de sociétés constitué de la manière suivante :

- la SA1 détient 60 % du capital d'une SAS ;
- cette SAS détient 12 % de la SA 2 et 52 % de la SARL 1 ;
- la SARL 1 détient 70 % de la SA 1, 51 % de la SARL 2 et 3 % de la SAS ;
- la SARL 2 détient 13 % de la SARL 1 et 5 % de la SA2 ;
- la SA 2, société cotée à l'Eurolist, détient 20 % de la SAS.

QUESTIONS

1. Vous établirez l'organigramme du groupe et tenterez dans un premier temps de déterminer les participations détenues par les diverses personnes morales, les sociétés filiales, les sociétés sœurs, et d'établir quelles sociétés contrôlent quelles autres.
2. Puis vous essaierez d'informer votre client sur la légalité et les conséquences des participations décrites.
3. Vous établirez ensuite les incidences que pourrait avoir une prise de participation de 9 % de la SA 1 dans la SA 2. Même question pour une prise de participation de 22 %.
4. La SARL 1 souhaite maintenant céder sa participation dans la SA 1 à une SA n° 3 étrangère au groupe. Les statuts de la SA 1 contiennent une clause d'agrément pour toute cession à un tiers. Pour le cas où l'agrément serait accordé, vous déterminerez ses conséquences sur le groupe.
5. La SAS et la SARL 2 ont passé un accord prévoyant tout d'abord l'interdiction de céder leur participation dans la SA 2 pendant trois exercices, ensuite l'obligation de voter dans le même sens après concertation, aux AG de la société. Vous déterminerez la validité d'un tel accord, ses conséquences au sein du groupe, et la sanction de sa violation.
6. Dernier problème : une société tierce souhaite prendre une participation significative dans la SA 2. Pour des raisons de discrétion, elle fait appel à une banque qui achète en Bourse

10 % des titres soit 560 000 actions au prix de 12 € l'unité. La banque signe une promesse de vente des titres à l'échéance de trois ans au bénéfice de la société tierce, laquelle s'engage par écrit à les lui acheter au prix de 12 € l'unité. Qu'en pensez-vous ?

N° 31 : CAS PRATIQUE

Fusions et scissions

Soient deux SA – X et Y – envisageant de fusionner, X absorbant Y.

Voici des éléments sur X et Y :

X a été créée en 1972. Son capital social est de 750 000 € divisé en 50 000 actions.

La société est propriétaire d'un fonds de commerce évalué à 980 000 €, d'un portefeuille de participations d'une valeur de 578 000 € et d'un immeuble de rapport estimé à 442 000 €.

Le passif social serait de 300 000 €.

Y a été créée en 2003. Son capital est de 350 000 €, divisé en 25 000 actions. La société serait évaluée à 680 000 €.

QUESTIONS

1. Après avoir procédé aux évaluations nécessaires, vous déterminerez la parité d'échange.
2. Quel est le montant de la prime de fusion globale ?
3. Quelles sont les principales caractéristiques de la procédure à suivre ?
4. Les salariés de Y voient l'opération d'un mauvais œil et vous demandent ce qu'ils peuvent envisager pour s'opposer à la fusion.
5. Les statuts de X contiennent une clause ainsi rédigée : « toute vente ou donation d'actions de la société à des tiers doit faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration ».
6. Y avait émis des obligations convertibles en actions (OCA). La conversion est possible à tout moment sur la base de 3 actions pour 2 obligations converties. Qu'advient-il au moment de l'opération ?
7. Vous calculerez le montant des droits d'enregistrement payés dans cette opération.

Le cadre juridique des groupes

SECTION 1 Les aspects juridiques et sociaux

SECTION 2 Les aspects fiscaux

FICHES • APPLICATION

Absence de personnalité morale. Un groupe de sociétés n'a pas de personnalité juridique. Le groupe est un amas de personnalités juridiques distinctes, enchevêtrées, mais lui-même dénué de personnalité morale, ce qui explique le caractère impressionniste de la réglementation.

L'indépendance patrimoniale est une des caractéristiques recherchées des sociétés d'un groupe.

Notion de patrimoine. Le patrimoine (si l'on excepte son sens commun désignant la fortune d'une personne) peut se définir comme l'ensemble des biens et des obligations d'une personne regardés comme formant un tout, une universalité. On enseigne que le patrimoine désigne plus un contenu qu'un contenant au sens où il existe dès la naissance de la personne juridique et indépendamment des éléments qui le composent.

L'une des expressions majeures de la notion de patrimoine dans le Code civil a son siège aux articles 2284 et 2285. Ces textes signent l'idée que tout l'actif du débiteur doit répondre de tout le passif de celui-ci, autrement dit que le patrimoine du débiteur est le gage commun de ses créanciers.

Caractères. Les caractères du patrimoine tendent à renforcer le lien existant entre celui-ci et la notion de personne juridique ; dans le catéchisme du patrimoine (dont la paternité revient aux célèbres Aubry et Rau au XIX^e siècle), on trouve les principes suivants :

- toutes les personnes ont un patrimoine : personnes physiques comme personnes morales, dès le moment leur naissance juridique ;
- seules les personnes ont un patrimoine. Cela signifie notamment que les sociétés dépourvues de personnalité juridique, comme la société en participation par exemple, n'ont pas de patrimoine. Il en va de même des associations non déclarées en préfecture ;
- les personnes n'ont qu'un patrimoine : c'est le principe de l'unicité du patrimoine qui fait obstacle à l'idée qu'une personne puisse affecter une partie de ses biens et obligations à une activité déterminée (théorie du patrimoine d'affectation) ;
- le patrimoine ne peut être scindé (en restant la propriété d'une même personne) : c'est le principe de l'unité du patrimoine (principe mis à mal par la loi du 15 juin 2010 instituant l'EIRL) ;
- seul l'actif du débiteur répond de son passif : les patrimoines sont par principe indépendants et non reliés les uns aux autres.

Décloisonnement. Cette idée est très importante du point de vue de la stratégie mise en place dans la gestion du risque. Les liens pouvant exister entre deux patrimoines, et permettant à l'un de répondre du passif de l'autre, sont exceptionnels. Ils ne reposent que sur deux mécanismes :

- la volonté individuelle : cas où une personne se porte caution d'une autre ou s'engage solidairement (la solidarité est la faculté pour le créancier de demander le paiement de l'intégralité d'une dette à un seul des débiteurs. Vue sous l'angle du débiteur, c'est l'obligation à la totalité de la dette) ;
- la loi, qui peut prévoir une solidarité (par exemple entre époux pour les dettes ménagères), une obligation indéfinie au passif (cas de la SNC), ou encore un mécanisme d'extension d'une dette d'un patrimoine à un autre, sous le contrôle du juge (cas des procédures collectives).

Autonomie-dépendance. On perçoit bien au regard des situations rencontrées, combien cette vision orthodoxe et strictement juridique peut parfois confiner à l'absurde. En effet la plupart des groupes se caractérisent par une centralisation du processus de décision et une forte communauté d'intérêts. Notre droit prend donc en compte cette situation particulière « d'autonomie-dépendance » ou « d'indépendance-domination » en faisant produire des effets à l'existence de liens de capital entre plusieurs personnes morales. Mais ce mouvement est encore diffus, au point qu'il est difficile de parler d'un véritable droit des groupes. Peut-être n'est-ce là qu'une phase de transition ?

SECTION 1

LES ASPECTS JURIDIQUES ET SOCIAUX

La prise en compte du groupe par le droit des affaires est éparse. Les principaux domaines où la notion apparaît, directement ou indirectement, et produit des conséquences juridiques sont les obligations comptables, l'information et la protection des actionnaires, les émissions de titres particuliers et les relations financières (opérations de trésorerie, conventions réglementées, prise en charge du passif, procédures collectives).

1. Les organes du groupe

En théorie, chaque société du groupe dispose de ses propres organes (dirigeants, assemblées...), lesquels ont une complète autonomie de gestion. En pratique, le groupe est dirigé :

- par les dirigeants de la société mère ;
- par les actionnaires majoritaires de cette même société.

Deux points retiendront notre attention : l'intérêt du groupe et la direction du groupe.

1.1 Intérêt du groupe

Intérêt social. On sait le rôle que joue l'intérêt social (au sens de l'intérêt de la société) comme limite aux pouvoirs des dirigeants sociaux, ou encore comme borne à l'omnipotence des assemblées d'associés. Cette limite est double :

- limite aux pouvoirs des dirigeants : l'action des dirigeants contraire à l'intérêt social est susceptible d'être sanctionnée de diverses manières : responsabilité civile, responsabilité pénale pour abus de biens sociaux, révocation ;

- limite aux droits des assemblées d'actionnaires ; la théorie de l'abus de droit trouve deux applications en droit des sociétés :
 - l'abus de minorité (des associés minoritaires usent de leur position pour bloquer une décision sociale),
 - l'abus de majorité (les associés majoritaires prennent une décision nuisant aux minoritaires).

Dans les deux cas, le critère de l'abus est la contrariété de la décision prise ou du blocage, par rapport à l'intérêt social.

Intérêt du groupe. Au-delà de l'intérêt social, l'intérêt du groupe est-il reconnu ? Il est difficile de le déterminer. Il faut retenir :

- que l'intérêt du groupe ne peut se résumer à la somme des intérêts sociaux des sociétés du groupe. Il est avant tout une notion économique : tel acte contraire à l'intérêt d'une société du groupe est-il en faveur de l'ensemble de celles-ci ?
- que l'intérêt d'une société peut être atteint sans que l'intérêt du groupe ne le soit, ce dernier pouvant même servir de justification à l'atteinte portée au premier ;

EXEMPLE

Une société mère « cannibalise » une filiale. L'intérêt de la filiale est atteint mais pas l'intérêt du groupe. La jurisprudence en matière pénale admet parfois que l'atteinte à l'intérêt social d'une filiale soit légitimée par l'intérêt du groupe (affaire Rozenblum, Cass. crim., 4 février 1985). Pour cela, il est toutefois nécessaire que des conditions soient réunies (voir *infra*).

- qu'inversement, l'intérêt du groupe peut être atteint par un acte d'une société conforme à son propre intérêt...

Loi NRE. L'intérêt du groupe a reçu une timide consécration légale avec la loi dite NRE du 15 mai 2001, à propos de l'expertise de gestion au sein des groupes. Cette consécration, unique dans le Code de commerce, ne renseigne pas plus sur le contenu de la notion. Tout au plus, elle tend à prouver que la notion de groupe commence à s'imposer, même si les contours sont encore assez imprécis.

Article L. 225-231 al. 1 Code de commerce. Une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120, ainsi qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes.

1.2 Direction du groupe

Absence. Le groupe n'existant pas en tant que personnalité juridique, n'a pas d'organes de direction à proprement parler. Comme évoqué plus haut, la direction du groupe revient en fait à la société holding qui le coiffe. Plusieurs remarques doivent être faites :

- il est important d'assurer une bonne représentation des filiales et sous-filiales dans la société mère, ce qui contribue à la fluidité et à la légitimité des décisions prises à la tête du groupe. Cette représentation n'est pas de droit puisque les filiales ne sont pas associées de la mère mais l'inverse ; il est envisageable toutefois, si la holding adopte une structure

- juridique souple (SAS par exemple) que les dirigeants des principales filiales du groupe soient représentés au niveau de la direction de la holding ;
- afin que le circuit des décisions soit harmonieux, c'est-à-dire notamment que les décisions prises dans la holding soient correctement exécutées par les filiales, il est possible de mettre à la tête de ces filiales des dirigeants identiques à ceux de la holding, ce qui pose toutefois la question du cumul des mandats. Le mieux est probablement de mettre en place des délégations de pouvoir entre les dirigeants de la holding et ceux des filiales et sous-filiales.

Pratique. Ce que la loi ne met pas en place, les protagonistes peuvent-ils le créer ? En d'autres termes, les sociétés du groupe peuvent-elles librement créer des organes du groupe ? La réponse est positive sous certaines conditions. Les groupes ont la faculté de mettre en place des comités de direction (très fréquent) ou des comités spécialisés réunissant par exemple les dirigeants de toutes les sociétés du groupe, ou encore les représentants des actionnaires majoritaires du groupe. Les attributions de ces comités ou conseils sont alors librement définies.

Limites. Il est important toutefois que des organes librement créés n'empiètent pas sur les attributions exclusives des organes légaux : assemblées, dirigeants, commissaires aux comptes. Leur rôle sera donc le plus souvent consultatif. En pratique toutefois, ces différents comités possèdent un véritable pouvoir puisqu'on constate que les organes légaux se bornent le plus souvent à entériner leurs décisions.

COMMUNIQUÉ DU GROUPE CARREFOUR EN DATE DU 3 NOVEMBRE 2006

Afin de garantir la bonne exécution de nos stratégies et rendre plus efficace la mise en œuvre de nos programmes prioritaires, il a été décidé en mars 2006 de créer un Comité de direction groupe qui se substitue au Comex et assure le pilotage opérationnel du Groupe. Chaque membre du Comité de direction groupe est rattaché directement au directoire, soit à son président, soit à l'un de ses membres.

2. Les associés dans le groupe

On rappellera en premier lieu que personne n'est associé « du » groupe puisque le groupe n'existe pas en tant que tel. Afin de dissiper tout malentendu, on rappellera également que dans un groupe de type pyramidal, ce ne sont pas les filiales qui sont associées de la société mère, mais bien la société mère qui est associée des filiales.

Puisque les associés d'une société peuvent être amenés à souffrir des actes d'une autre, des mesures de protection des associés des différentes sociétés du groupe existent. Cette protection passe par l'information et la sanction.

2.1 Information

Plusieurs mesures d'information sont prévues en direction des associés des sociétés.

a) Information comptable et information sur les participations

Rapport de gestion. Tout d'abord, le rapport de gestion présenté à chaque assemblée générale par les dirigeants, doit indiquer les prises de participations réalisées au cours de l'exercice. Ensuite les dirigeants doivent rendre compte de l'activité et des résultats du groupe à leurs associés. Ces mesures sont précisées par le texte ci-après.

Article L. 233-6 Code de commerce al. 1. Lorsqu'une société a pris, au cours d'un exercice, une participation dans une société ayant son siège social sur le territoire de la République française représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers ou de la moitié du capital de cette société ou s'est assuré le contrôle d'une telle société, il en est fait mention dans le rapport présenté aux associés sur les opérations de l'exercice et, le cas échéant, dans le rapport des commissaires aux comptes.

On prendra garde de ne pas confondre cette mesure d'information interne avec les déclarations obligatoires de franchissement de seuils prévues par l'article L. 233-7 et précisées *supra*.

Article L. 233-6 Code de commerce al. 2. Le conseil d'administration, le directoire ou le gérant d'une société rend compte dans son rapport de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales de la société et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité. Lorsque cette société établit et publie des comptes consolidés, le rapport ci-dessus mentionné peut être inclus dans le rapport sur la gestion du groupe mentionné à l'article L. 233-26.

On note que le rapport concerne l'activité et les résultats ; il doit s'agir d'une présentation par branche d'activité.

L'information comptable fera l'objet de plus amples développements ci-après.

b) Information sur les liens contractuels unissant les sociétés du groupe

Conventions réglementées. Les associés bénéficient également d'une information sur les conventions dites réglementées, c'est-à-dire les conventions faisant ressortir un conflit d'intérêt.

Sont concernées notamment les conventions intervenant entre la société et l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant (Code de commerce, art. L. 225-42). Cela inclut donc les conventions conclues entre la société mère et ses filiales ou sous filiales.

c) Expertise de gestion

Pré-contentieux. C'est une mesure d'information précontentieuse qui va la plupart du temps déboucher sur une action en responsabilité contre les dirigeants, voire leur révocation. L'expertise de gestion permet aux actionnaires minoritaires de solliciter la nomination d'un expert dont la mission va consister à clarifier une opération de gestion semblant contestable.

En principe, la demande d'expertise demeure interne à la personne morale, c'est-à-dire qu'elle émane de ses associés et concerne la gestion de ses dirigeants.

L'extension de l'expertise de gestion aux groupes permet aux associés d'une société de solliciter un éclairage particulier sur une opération effectuée au sein de n'importe quelle société du groupe. Cette extension s'est faite de deux manières :

– en premier lieu par le biais d'un texte étranger au droit des sociétés, l'article 145 du Code de procédure civile.

Article 145 CPC. S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

Par sa généralité, ce texte a toujours autorisé une expertise débordant du cadre strict de la personne morale (de la mère vers la filiale, ou de la filiale vers la mère) ;

- en second lieu par la modification de l'article L. 225-231 réformé à l'occasion de la loi NRE du 15 mai 2001. Ce texte autorise les associés d'une société à solliciter une expertise relative aux actes des sociétés qu'elle contrôle, la demande étant alors appréciée au regard de l'intérêt du groupe. Il faut remarquer que l'expertise au sein du groupe est unilatérale puisque les minoritaires de la mère peuvent la déclencher et non les minoritaires d'une filiale. Dans ce dernier cas, il demeure possible d'utiliser le texte de l'article 145 NCPC.

2.2 Sanction des abus

a) Abus de biens sociaux et groupe de sociétés

Rappel. L'abus de biens sociaux ou ABS consiste à faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle un intérêt direct ou indirect est possédé.

Problématique. Au sein des groupes, la principale question posée est relative aux flux de trésorerie pouvant grever le patrimoine d'une société du groupe, une filiale en général, au profit de celui d'une ou plusieurs autres. Cette question, déjà posée, revient à se demander si l'intérêt social d'une personne morale peut être sacrifié sur l'autel de l'intérêt du groupe.

Jurisprudence. La réponse apportée par la jurisprudence (arrêt Rozenblum Cass. crim., 4 février 1985) est que le délit d'ABS n'est pas constitué si plusieurs conditions sont réunies :

- les deux sociétés impliquées dans le flux anormal doivent appartenir au même « groupe » au sens des liens capitalistiques, mais également au sens de la communauté d'intérêts ;
- l'opération doit être commandée par une politique et une stratégie économique ou sociale commune mise en place au sein du groupe ;
- la filiale « ponctionnée » doit recevoir une forme de contrepartie, même si le contrat passé avec l'autre société est volontairement déséquilibré (une surfacturation est admissible, pas un prélèvement de trésorerie sans contrepartie) ;
- l'opération ne doit pas excéder les capacités financières de la société « victime ».

b) Abus de majorité et groupe de sociétés

Définition. L'abus de majorité consiste pour le ou les associés majoritaires (c'est-à-dire possédant plus de 50 % des droits de vote), à user de leur position de force, soit dans le but de nuire à la minorité, soit dans le but d'avantager la majorité et contrairement à l'intérêt de la société. De construction jurisprudentielle, cette théorie n'est pas enfermée dans les limites strictes de la personne morale.

Applications. Ainsi a-t-il déjà été jugé que le vote des associés majoritaires au sein d'un groupe devait être annulé comme portant atteinte aux intérêts légitimes d'une filiale. Là aussi il est nécessaire de montrer que le vote du groupe majoritaire n'est pas dicté par l'intérêt du groupe.

L'ABUS DE MAJORITÉ DANS LES GROUPES : L'ARRÊT SARL CONTACT SÉCURITÉ (CASS. COM. 21 JANVIER 1997)

Attendu que la Société industrielle et financière Bertin (SIFB), qui possédait 140 des 200 parts de la société à responsabilité limitée Contact sécurité, a, le 5 janvier 1987, conclu avec cette société deux conventions dites « d'assistance » et « de groupe » ; que la société Contact sécurité a assigné la SIFB en annulation de ces conventions et restitution des sommes versées lors de leur exécution ainsi qu'en réparation du préjudice qu'elles lui ont causé ;

Vu les articles 49, alinéa 5, et 50 de la loi du 24 juillet 1966 ;

Attendu que, pour écarter la demande de la société Contact sécurité tendant à l'annulation des conventions d'assistance et de trésorerie conclues par elle avec la société SIFB, l'arrêt énonce que la demande en nullité des conventions d'assistance et de trésorerie conclues en 1987, formée par la société Contact sécurité pour abus de majorité, est irrecevable, faute pour celle-ci d'être ou d'avoir été « un minoritaire », et faute en conséquence de justifier de sa qualité ou d'un intérêt pour agir ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le gérant de la société Contact sécurité avait vocation à agir au nom de la société, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés, pour faire constater par la juridiction compétente la nullité des conventions litigieuses et l'atteinte portée à l'intérêt social par les agissements de son ancien gérant et de la SIFB, constitutifs d'abus de majorité, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

3. Les salariés du groupe

Les salariés d'une société ne participent pas directement à sa gestion, sauf s'ils possèdent des droits dans son capital ou s'ils exercent des fonctions sociales (cas du cumul entre le mandat social et le contrat de travail) ; il est également possible que la société fasse le choix que certains de ses administrateurs soient élus par les salariés.

Au niveau du groupe, la participation des salariés à la gestion est d'autant plus réduite que, cela a été dit, le groupe ne possède pas d'organes de gestion propres.

3.1 Information des salariés du groupe

a) Rôle du comité d'entreprise

CE. Dans les entreprises de 50 salariés et plus, le chef d'entreprise est tenu d'organiser la mise en place d'un comité d'entreprise (CE) composé de représentants élus du personnel et éventuellement de représentants syndicaux désignés par les organisations syndicales. Ce comité assume, d'une part, des attributions économiques et, d'autre part, sociales et culturelles, et dispose pour ce faire des moyens matériels et financiers nécessaires.

UES. Lorsque chaque entreprise ou société du groupe compte moins de 50 salariés, la mise en place du CE peut résulter de la reconnaissance d'une unité économique et sociale (C. trav. L. 2322-4). L'UES regroupe des entreprises juridiquement distinctes considérées, pour la mise en place du CE, comme un tout, du fait de :

- l'existence d'une unité de direction ;
- la complémentarité de leurs activités ;
- l'identité de statut social des salariés et leur permutabilité entre les sociétés concernées.

L'existence d'une UES est reconnue par voie d'accord ou par le juge d'instance. Lorsque tel est le cas, un CE commun à l'ensemble des entreprises constitutives de l'Union européenne doit être mis en place.

Le CE doit être consulté sur toutes les modifications affectant la situation juridique de l'entreprise : fusion, scission, prise de participations, cessions de filiales... Cette mission et les moyens y afférents sont contenus dans l'article L. 2323-19 du Code du travail (précité *supra*). En aucun cas l'avis du CE ne lie les dirigeants, ni les organes collectifs délibérants.

b) Comité de groupe (art. 2331-1 C. trav.)

Un comité spécifique est mis en place lorsqu'un ensemble de sociétés forme un groupe composé d'une société dominante et de ses filiales. La délégation du personnel est nécessairement constituée d'élus des comités d'entreprise ou d'établissements. Ce comité de groupe est destinataire des informations économiques et financières concernant le groupe, qu'il a pour mission de centraliser. Son existence n'exonère pas les entreprises de leur obligation d'organiser l'élection d'un CE.

c) Comité d'entreprise européen

Un comité d'entreprise européen est mis en place dans les grandes entreprises employant plus de 1 000 salariés dans l'Union européenne, avec deux établissements comprenant un minimum de 150 salariés implantés dans au moins deux États membres. Ce comité fonctionne selon des règles qui lui sont propres.

3.2 Situation des salariés au sein du groupe

Hormis les mesures de représentation et d'information venant d'être précisées, la situation des salariés au sein du groupe ne fait l'objet d'aucune réglementation d'ensemble.

Indépendance. Le principe de l'indépendance des personnes morales employeurs postule que les conditions, notamment salariales, négociées au sein d'une société, ne sont pas applicables aux autres sociétés du groupe.

Dans la même logique, les conventions collectives applicables par exemple à la société mère, ne le sont pas de plein droit aux filiales. Il faut pour cela, soit que la ou les filiales aient signé la convention, soit qu'un accord de groupe soit intervenu dans les conditions ci-après :

Article L. 2232-30 Code du travail. La convention ou l'accord de groupe fixe son champ d'application constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe (...).

Article L. 2232-35 Code du travail. Les conventions ou les accords de groupe ne peuvent comporter des dispositions dérogatoires à celles qui sont applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse de ces conventions de branche ou accords professionnels.

Atténuations. Des mesures relatives à l'intéressement des salariés au sein du groupe ou à l'actionnariat des salariés du groupe peuvent être prises :

- les mesures d'intéressement, de participation, de plan épargne entreprise ou retraite peuvent être mises en place au sein d'un groupe. En présence d'une UES de 50 salariés au moins, un régime de participation propre à l'Union européenne doit être mis en place ;
- les attributions d'actions gratuites ou les stock-options peuvent bénéficier aux salariés des sociétés filiales, mères ou sœurs de celle les émettant.

On retiendra également qu'en droit du travail, l'employeur est celui auquel le salarié est en fait subordonné. Cette règle a pour conséquences qu'un ou plusieurs salariés peuvent être

rattachés à une filiale par leur contrat de travail, et à la société mère par l'effectivité du lien de subordination. Dans ce cas, la société mère peut être amenée à supporter les conséquences d'un licenciement injustifié.

La mutation au sein du groupe de sociétés est considérée comme une modification substantielle du contrat de travail nécessitant l'accord des salariés concernés. Si elle est pratiquée, les personnels concernés conservent leur ancienneté dans la nouvelle société.

L'article L. 1231-5 du Code du travail règle la situation des salariés mis à disposition de filiales étrangères :

Article L. 1231-5 Code du travail. Lorsqu'un salarié engagé par une société mère a été mis à la disposition d'une filiale étrangère et qu'un contrat de travail a été conclu avec cette dernière, la société mère assure son rapatriement en cas de licenciement par la filiale et lui procure un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions en son sein.

4. Les finances du groupe

Sens. Il s'agit probablement du point clé de la « réglementation » des groupes. Plusieurs points doivent être évoqués, de la consolidation des comptes à la « faillite » du groupe, en passant par les opérations financières ou sur capital internes au groupe.

4.1 Obligations comptables. Consolidation des comptes

La consolidation des comptes signifie, pour la société tête du groupe, l'obligation d'établir et de présenter des comptes sociaux complets (bilan, compte de résultat et annexe) intégrant l'ensemble des sociétés du groupe (comprises dans le périmètre de consolidation) et répondant aux impératifs de régularité, de sincérité et d'image fidèle.

On prendra bien garde de ne pas confondre la consolidation des comptes avec l'intégration fiscale.

a) Sociétés tenues à la consolidation des comptes

L'article L. 233-16 du Code de commerce définit avec précision les sociétés qui doivent établir des comptes consolidés :

Article L. 233-16 Code de commerce. Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année (...) des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci.

Conditions. L'obligation de consolidation suppose donc de la part d'une société commerciale :

- le contrôle exclusif d'une ou plusieurs entreprises ; même si cela est regrettable, la définition du contrôle exclusif n'est pas calquée sur celle donnée par l'article L. 233-3 du Code de commerce. Il résulte soit de la détention de la majorité des droits de vote, soit de la capacité à nommer pendant deux exercices successifs la majorité des membres des organes de gestion délibérants, soit de l'influence dominante exercée en vertu d'un contrat ou d'une clause statutaire ;
- ou le contrôle conjoint, lequel résulte du fait que deux sociétés au moins prennent les décisions en accord ;

- ou encore l'exercice d'une influence notable sur ces entreprises. Cette influence est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.

Exceptions. Le Code de commerce prévoit des exceptions à l'obligation de consolidation des comptes :

- tout d'abord au profit des groupes de petite importance, c'est-à-dire ceux ne dépassant pas deux des trois seuils suivants au cours de deux exercices consécutifs :
 - 15 millions d'euros de total bilan,
 - 30 millions d'euros de chiffre d'affaires HT,
 - 250 salariés.

Ces seuils sont appréciés en totalisant toutes les sociétés du groupe.

- ensuite, une société n'a pas l'obligation d'établir des comptes consolidés si elle-même est contrôlée par une société qui l'inclut dans son périmètre de consolidation (on nomme cela *l'exception de sous-groupe*). Cette exception n'est pas applicable aux sociétés cotées ;
- enfin une troisième exception est prévue à la consolidation si toutes les filiales prises individuellement n'ont qu'un « intérêt négligeable » au regard de l'image fidèle de l'ensemble du groupe.

On remarquera que les critères de consolidation et les exceptions à la consolidation reposent sur des notions qui peuvent apparaître floues : influence notable, influence dominante, intérêt négligeable...

b) Sociétés incluses dans la consolidation (périmètre)

Principes. Toutes les sociétés sont en principe incluses dans le champ de la consolidation à partir du moment où les critères de l'article L. 233-16 sont remplis.

Exclusions. Des exclusions du périmètre sont prévues par l'article L. 233-19 ci-dessous :

Article L. 233-19 Code de commerce. I. (...) une filiale ou une participation est laissée en dehors de la consolidation lorsque des restrictions sévères et durables remettent en cause substantiellement le contrôle ou l'influence exercée par la société consolidante sur la filiale ou la participation ou les possibilités de transfert de fonds par la filiale ou la participation.

Ce cas vise l'hypothèse où une filiale est située dans un État connaissant des problèmes politiques ou économiques de nature à affecter les relations avec la société consolidante. L'exclusion est ici de droit mais repose sur un critère flou.

Article L. 233-19 Code de commerce. II. (...) une filiale ou une participation peut être laissée en dehors de la consolidation :

- 1° lorsque les actions ou parts de cette filiale ou participation ne sont détenues qu'en vue de leur cession ultérieure ;
- 2° lorsque la filiale ou la participation ne représente, seule ou avec d'autres, qu'un intérêt négligeable ;
- 3° lorsque les informations nécessaires à l'établissement des comptes consolidés ne peuvent être obtenues sans frais excessifs ou dans des délais compatibles avec ceux qui sont fixés en application des dispositions de l'article L. 233-27.

Ces trois dernières hypothèses donnent à la société consolidante la possibilité de ne pas inclure ces filiales ou participations dans le périmètre consolidé.

c) Obligations liées à la consolidation

Établissement des comptes. La première obligation de la société consolidante consiste en l'établissement pour l'ensemble des sociétés incluses dans le périmètre, d'un bilan, d'un compte de résultat et d'une annexe. Suivant le type de contrôle exercé, la consolidation sera totale ou partielle.

La consolidation totale, ou globale, consiste à intégrer dans les comptes consolidés tous les éléments d'exploitation et patrimoniaux de la filiale ; ce sera le cas si le contrôle sur cette filiale est exclusif.

La consolidation partielle consiste à intégrer la filiale de manière proportionnelle au contrôle exercé ; en cas de contrôle conjoint égalitaire, l'intégration se fera par moitié.

Voici quelques principes liés à l'établissement des comptes consolidés, qu'il n'est pas nécessaire de commenter :

Article L. 233-21. Les comptes consolidés doivent être réguliers et sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation.

Article L. 233-22. (...) Les comptes consolidés sont établis selon les principes comptables et les règles d'évaluation du présent code compte tenu des aménagements indispensables résultant des caractéristiques propres aux comptes consolidés par rapport aux comptes annuels.

Les éléments d'actif et de passif, les éléments de charge et de produit compris dans les comptes consolidés sont évalués selon des méthodes homogènes, sauf si les retraitements nécessaires sont de coût disproportionné et d'incidence négligeable sur le patrimoine, la situation financière et le résultat consolidés.

Rapport consolidé de gestion. Il est à la charge des dirigeants de la société consolidante d'établir ce rapport qui doit contenir des éléments précis sur la situation du groupe en vue d'être présenté à l'assemblée générale.

Le rapport consolidé de gestion comprend une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation, notamment de leur situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires. Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation des entreprises, l'analyse comporte des indicateurs clés de performance de nature tant financière que, le cas échéant, non financière ayant trait à l'activité spécifique des entreprises, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.

Le rapport comporte également une description des principaux risques et incertitudes auxquels l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation est confronté.

Le rapport comporte en outre des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise, lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits.

Certification, communication, approbation et publicité. Les comptes consolidés doivent être certifiés par un commissaire aux comptes. À noter que les sociétés qui établissent des comptes consolidés ont l'obligation de nommer deux commissaires aux comptes (Code de commerce, art. L. 225-228 al. 5).

Comptes consolidés et rapport de gestion sont ensuite communiqués aux actionnaires ou associés ; une différence est ici à relever entre les sociétés par actions où ces documents ne

sont communiqués que sur demande des actionnaires, et les autres sociétés où ils sont communiqués obligatoirement aux associés.

L'assemblée générale ordinaire se prononce par un vote ; ce vote n'est obligatoire dans les sociétés autres que SA, SCA et SE. La simple communication suffit autrement.

Les comptes consolidés et le rapport doivent ensuite être déposés au greffe du tribunal de commerce. Cette obligation ne pèse pas sur les sociétés autres que les sociétés par actions et les SARL. Les sociétés cotées ont l'obligation en outre d'effectuer des publications régulières au *Bulletin des annonces légales et officielles* (BALO).

4.2 Les émissions de titres ou options à l'intérieur du groupe

Généralités. Le principe d'indépendance des personnes morales composant le groupe devrait s'opposer à ce que des droits soient conférés à des associés ou salariés d'une société, et exercés dans une autre ; ainsi par exemple, le droit de vote dans une société n'appartient qu'aux associés de celle-ci ; on concevrait difficilement que les actions de la société mère donnent le droit de vote dans une filiale... Pourtant, le législateur, sous l'impulsion de la pratique a développé des instruments financiers (titres ou option) de groupe, c'est-à-dire émis par une société pour conférer des droits dans une autre.

Quatre illustrations de ce phénomène seront développées ci-après.

a) Les actions de préférence intra-groupe

Les actions de préférence, créées par l'ordonnance du 24 juin 2004, s'opposent aux actions ordinaires en ce qu'elles confèrent à leur porteur des droits particuliers. Or ces droits particuliers mentionnés à l'article L. 228-11 du Code de commerce peuvent être exercés dans la société mère de l'émettrice ou, au contraire, dans une filiale de celle-ci ; ce dernier cas de figure consacre la pratique des *tracking stocks* ou actions de reflet (voir *supra*).

EXEMPLE

Une société mère peut émettre des actions de préférence donnant des droits financiers dans une de ses filiales. Inversement, une filiale peut émettre des actions de préférence offrant des prérogatives financières ou d'un autre type dans la société mère.

Rien n'empêche de surcroît que les droits particuliers soient exercés dans plusieurs sociétés à la fois... Les montages les plus divers semblent donc permis, en théorie du moins : il n'est pas certain d'une part que l'AMF voit d'un bon œil des formules trop complexes ; ensuite, le marché ne fera pas obligatoirement bon accueil à des « produits » manquant de lisibilité.

b) Titres financiers donnant accès au capital

Le nouvel article L. 228-91 du Code de commerce prévoit qu'il est possible d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance. Ce texte, refondu par l'ordonnance du 24 juin 2004, donne un cadre unique et souple aux valeurs mobilières complexes (comme les obligations convertibles en actions ou encore les obligations avec bons de souscription d'actions).

L'une des nouveautés introduite par l'ordonnance précitée concerne les groupes de sociétés : la possibilité des émissions intra-groupes est libéralisée puisque désormais la mère peut émettre des titres d'accès au capital de la filiale et non plus seulement l'inverse. Dans ce cas, les AGE des deux sociétés sont amenées à autoriser l'émission. On notera que cela ne

concerne que l'émission de titres de capital et non de créances. L'obligation émise par une société peut être convertie en une action de sa mère ou de sa filiale, mais une obligation avec bon de souscription d'obligation (OBSO) ne peut donner le droit de souscrire à un emprunt de la mère ou de la filiale.

c) Attributions d'actions gratuites et stock-options

Ces deux mécanismes, proches mais non identiques (avec les stock-options, le bénéficiaire a le droit d'acquérir des actions à un prix supposé préférentiel, avec les attributions gratuites, il bénéficie d'actions sans souscrire financièrement à une augmentation de capital) constituent des moyens d'intéressement ou de rémunération complémentaire des salariés ou des dirigeants sociaux.

Le plus souvent, les stock-options ou les attributions gratuites concernent des titres de la société qui les émet.

Mais des attributions intragroupes peuvent être mises en place au profit :

- des salariés ou mandataires sociaux d'une société détenue à plus de 10 % par celle qui attribue les options ou les actions ;
- des salariés ou mandataires sociaux de la société détenant plus de 10 % de celle qui attribue les options ou les actions ;
- des salariés ou mandataires sociaux d'une société filiale de la société mère de celle qui attribue les options ou les actions (sœur).

	TABLEAU RÉCAPITULATIF			
	Actions de préférence	Titres donnant accès au capital	Stock-options	Actions gratuites
Émission par mère/droits exercés dans filiale	Oui	Oui	Oui	Oui
Émission par filiale/droits exercés dans la mère	Oui	Oui	Oui	Oui
Émission par la filiale/droits exercés dans une filiale sœur	Non	Non	Oui	Oui

Par souci de simplification, ce tableau désigne, par filiale, toutes les hypothèses où une société est détenue à plus de 10 % du capital ou des droits de vote par une autre. Cette acception n'est pas conforme au Code de commerce.

4.3 Relations financières entre sociétés du groupe

Flux. Fréquemment, des flux financiers interviennent entre société mère et filiale, ou entre filiales. De manière plus précise, ce sont des excédents de trésorerie qui peuvent être mis à disposition de manière temporaire ou définitive par une société au profit d'une autre. Autrement dit, des prêts peuvent intervenir entre sociétés du groupe. Le schéma le plus

fréquent consiste pour une société du groupe (la mère) à appeler les excédents de trésorerie, puis à les redistribuer. Cette pratique appelle deux remarques :

- un **prêt** est une opération bancaire et, en tant que telle, soumise à la réglementation applicable à ce secteur. En principe les opérations bancaires relèvent du monopole des établissements de crédit mais, par dérogation, elles sont autorisées à certaines conditions au sein des groupes. L'article L. 511-7 3° du Code monétaire et financier autorise les sociétés à : procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;
- ces opérations sont soumises à la réglementation des conventions contrôlées prévue par les articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce. Selon la nature de la convention, le contrôle sera plus ou moins étendu.

4.4 Prise en charge du passif au sein des groupes

Principe. Le principe est ici que seule la société débitrice est tenue à l'égard de son créancier, quelle que soit la composition de son capital ou les participations qu'elle détient. C'est cette règle qui motive en effet le plus souvent la constitution des filiales (indépendance patrimoniale).

À l'extrême, une société mère détenant 100 % du capital d'une de ses filiales ne peut être poursuivie par les créanciers de cette filiale. Elle supportera bien entendu les conséquences financières de la déconfiture de sa filiale, en tant qu'associée, mais sera hors de portée du droit de poursuite des créanciers.

Exceptions. Trois exceptions majeures à ce principe d'indépendance sont connues :

- en premier lieu, suivant la **forme sociale** des personnes morales composant le groupe, le droit de poursuite des créanciers pourra s'étendre d'une société à l'autre. Ainsi, si la société filiale est une SNC, ses associés, donc la société mère, pourront être poursuivis au titre de leur responsabilité indéfinie et solidaire au passif social ;
- ensuite, il est fréquent que des **garanties** soient consenties par une société du groupe au profit d'une autre, ces garanties offrant au créancier la possibilité d'agir contre plusieurs sociétés du groupe. Elles peuvent être de plusieurs natures :
 - un **cautionnement**, c'est-à-dire un engagement à payer la dette d'une personne si celle-ci ne peut y faire face. Le cautionnement présente un caractère accessoire à la dette principale ce qui signifie notamment qu'il ne peut l'excéder dans son montant et qu'il s'éteint avec elle. De même, tout ce qui peut être opposé par le débiteur principal au créancier, peut l'être pas la caution (la nullité de l'obligation, la compensation des créances et des dettes...),
 - une **garantie autonome**, qui contient un engagement de payer, indépendant de l'obligation du débiteur principal,
 - une **lettre d'intention**, qui est généralement adressée par la société mère au créancier de sa filiale et peut contenir des engagements de nature différente (obligation de moyens ou obligation de résultat), tout étant déterminé par la rédaction du document ;
- enfin, la jurisprudence admet de longue date que si le créancier a pu légitimement croire, en raison d'éléments factuels, que la mère et sa filiale ne formaient qu'une seule société, il peut agir contre celle qui n'a pas directement contracté avec lui. C'est l'une des applications de la théorie de l'**apparence** ; cette croyance légitime doit être prouvée et ne

peut s'appuyer sur la seule identité de dirigeants ou de siège social ; il est nécessaire que la confusion mère-fille ait été entretenue, voire orchestrée, par les sociétés du groupe. Il n'existe aucune systématisation de cette théorie.

4.5 Procédures collectives

Ici encore, il convient d'énoncer le principe et ses exceptions.

Principe. Le principe est que la procédure ouverte à l'égard d'une société du groupe n'affecte pas les autres de manière directe. Cela signifie qu'elles demeurent normalement à l'écart de la procédure, même si, bien entendu, elles subiront les conséquences économiques de celle-ci.

Exceptions. Deux exceptions doivent être recensées :

– la première exception repose sur la fictivité de l'une des sociétés ou sur la confusion des patrimoines :

Article L. 621-2 al. 2 Code de commerce. [...] La procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. À cette fin, le tribunal ayant ouvert la procédure initiale reste compétent.

- la **fictivité** est rarement retenue car elle suppose une concordance d'éléments tels que l'identité des sièges sociaux, de dirigeants, l'absence d'activité avérée d'une société, de réunion de ses organes sociaux...,
 - la **confusion des patrimoines** sera plus facile à démontrer ; elle suppose des flux financiers anormaux entre sociétés du groupe, c'est-à-dire des mouvements financiers sans contrepartie réelle ;
- la seconde exception suppose que la société mère s'est conduite en dirigeant de fait de sa filiale et a commis une faute de gestion. Elle pourra alors être condamnée à prendre en charge une partie du passif de la filiale au titre d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

Article L. 651-2 Code de commerce. Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire. Les sommes versées par les dirigeants entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers. Les dirigeants ne peuvent pas participer aux répartitions à concurrence des sommes au versement desquelles ils ont été condamnés.

SECTION 2

LES ASPECTS FISCAUX

Deux options. La fiscalité des groupes repose sur deux options offertes aux sociétés impliquées : le régime de l'intégration fiscale et le régime des sociétés mères. De manière très schématique :

- l'intégration fiscale consiste en la possibilité de faire la somme arithmétique des résultats de chaque société du groupe, de manière à faire ressortir une imposition unique, ceci permettant d'utiliser les pertes de certaines des sociétés du groupe pour gommer les bénéfices des autres ;
- le régime des sociétés mères permet à ces dernières de ne pas être imposées sur les bénéfices distribués par leurs filiales, de manière à éviter, au sein d'une même entité, une double imposition.

Ces deux régimes peuvent être cumulés.

1. Le régime de l'intégration fiscale

On prendra garde à **ne pas confondre** l'intégration fiscale et la consolidation comptable. Les deux mécanismes sont totalement autonomes ; ils reposent sur des conditions distinctes et produisent des effets différents.

1.1 Atouts de l'intégration

L'atout majeur du mécanisme d'intégration fiscale consiste en la possibilité qu'elle offre d'imputer les déficits et moins-values à long terme sur la somme algébrique des résultats du groupe. Autrement dit, les déficits de certaines sociétés viennent compenser les bénéfices des autres.

EXEMPLE

Une mère A et deux filiales B et C sont détenues respectivement à 96 % et 98 %. A dégage un bénéfice de 100, B un déficit de 150 et C un bénéfice de 50. Pour simplifier les calculs, on imaginera un taux d'IS de 25 %. Sans intégration :

- A paiera 25 d'IS.
- B ne paiera rien en raison de son déficit.
- C paiera 12,5 d'IS.

Au total, l'imposition des 3 sociétés est de 37,5.

Avec l'intégration, la somme algébrique des résultats des 3 sociétés est de $(-150) + (100) + (50) = 0$.

Aucun impôt ne sera dû.

Un résultat identique peut être obtenu au sein d'un groupe comprenant des sociétés relevant de l'impôt sur le revenu, comme les SNC, les sociétés civiles ou encore les GIE. En effet, l'impôt est alors dû non pas par la société mais par ses associés. Le résultat, bénéficiaire ou déficitaire est imposé entre leurs mains. Dans l'exemple ci-dessus, si B et C étaient des SNC, leur résultat « remonterait » à la mère, et l'on obtiendrait approximativement le même résultat.

L'intégration des filiales à 95 % est donc un mécanisme intéressant mais qui demeure complexe à mettre en œuvre et soumis à des conditions strictes.

1.2 Conditions d'application

Elles sont au nombre de trois : le type de société, le taux de participation et l'option de la mère.

a) Sociétés éligibles

L'intégration est ouverte aux sociétés (et autres personnes morales) relevant de l'IS en France.

b) Taux de participation requis

Société intégrante. La société intégrante ne doit pas être détenue directement ou indirectement à plus de 95 % par une autre personne morale soumise à l'IS ; faute de quoi, elle peut être comprise dans un périmètre d'intégration, mais ne peut être l'intégrante.

Filiale intégrée. Les filiales intégrées doivent, elles, être directement ou indirectement détenues à 95 % au moins par la mère. Cette règle appelle deux précisions :

- le seuil de 95 % à partir duquel l'intégration devient possible est apprécié en droits sociaux détenus en pleine propriété, et conférant tant le droit aux dividendes que le droit de vote. En clair, il doit s'agir de 95 % ou plus d'actions ordinaires. Bien évidemment, la présence dans le capital de la filiale d'actions de préférence est de nature à poser des difficultés (que l'on imagine par exemple des titres ouvrant droit à un dividende subordonné et à un droit de vote aux seules AGE...) ;
- la détention peut être directe ou indirecte. La condition de seuil de 95 % est appréciée en multipliant entre elles les participations (pour ce faire, une détention directe de 95 % est assimilée à une détention de 100 %).

EXEMPLES

- Si A détient 95 % de B qui, elle-même détient 99 % de C, l'intégration de B et de C est possible sous l'égide de A.
- Si A détient 65 % de B qui elle-même détient 97 % de C, l'intégration de B comme de C est impossible à réaliser par A. A est réputée détenir 65 % de C.
- Si A détient 95 % de B qui elle-même détient 68 % de C, l'intégration de B est possible mais celle de C ne l'est pas.

c) Option pour l'intégration

L'intégration relève d'une option et non d'une obligation. Cela signifie qu'une société mère peut librement décider d'intégrer ses filiales ou non ; en intégrer certaines et pas d'autres. Cela signifie que la société mère intégrante définit librement le périmètre de l'intégration.

L'option est valable cinq ans et doit être renouvelée à l'échéance de cette période, mais :

- la mère peut mettre fin à l'option en cours de période quinquennale ;
- le périmètre de l'intégration peut être modifié annuellement.

En théorie, chaque filiale est libre d'accepter d'être intégrée et de se retirer du périmètre d'intégration. En pratique, sa marge de manœuvre est faible puisque par définition elle est détenue très majoritairement par la mère.

1.3 Détermination du résultat et paiement de l'impôt

a) Résultat

Somme. Le résultat intégré est la somme algébrique réalisée par la société mère :

- des résultats bénéficiaires ou déficitaires de chaque société comprise dans le périmètre ; ce résultat est déterminé par chaque société du groupe intégré, puis totalisé au niveau de la mère intégrante. Seuls les déficits réalisés pendant la période d'intégration sont imputables sur le résultat d'ensemble. Les déficits antérieurs à leur entrée dans le groupe ne sont imputables que sur leur résultat propre ;
- des plus ou moins-values à long terme constatées pour chacune de ces sociétés ; de même que pour le résultat, les moins-values ne sont imputables que si réalisées pendant la période d'intégration ;
- des **rectifications** devant être apportées à ce résultat ; une fois le résultat algébrique constaté, des ajustements permettant de gommer les effets des opérations intra-groupes sont à réaliser. Ainsi par exemple (la liste des rectifications ci-après n'est pas exhaustive, d'autres éléments pouvant entrer en ligne de compte) :
 - les plus-values ou les moins-values résultant de la cession d'actifs immobilisés entre sociétés du groupe sont neutralisées, ce qui signifie que toute plus-value constatée est déduite du résultat d'ensemble (après avoir été intégrée au résultat de la société concernée), et que toute moins-value est réintégrée dans le résultat d'ensemble (après avoir été déduite),
 - les provisions pour risques liées à des créances intragroupes viennent en majoration du résultat d'ensemble (après avoir été déduites au niveau de chaque société ayant réalisé la provision),
 - les flux internes de type abandons de créances ou subventions directes ou indirectes (une subvention indirecte sera par exemple une avance consentie sans intérêts ou bien encore une vente de bien à prix minoré) entre sociétés, sont également neutralisés de la manière suivante : la somme déduite par la société ayant abandonné la créance ou consenti la subvention est réintégrée ; la somme intégrée dans les produits de la société bénéficiaires est déduite.

b) Paiement de l'impôt

Si la somme algébrique des résultats des diverses sociétés du groupe est un résultat bénéficiaire, il sera soumis à l'IS, soit au taux normal, soit au taux réduit.

Chaque société intégrée souscrit sa propre déclaration fiscale et la société intégrante doit souscrire une déclaration unique spécifique.

La mère intégrante est seule redevable de l'IS, mais toutes les sociétés intégrées sont solidairement responsables en cas de non-paiement.

Entre elles les sociétés du groupe se répartiront l'impôt librement, ou en passant une convention. En effet, le régime de l'intégration leur fait en règle générale réaliser une économie par rapport à ce qui aurait été payé sans ce régime. Cette économie peut être conservée par la mère ou répartie entre les filiales.

2. Le régime des sociétés mères

2.1 Intérêts du régime spécial

Le régime des sociétés mères et filiales permet d'éviter la double imposition des bénéfices réalisés par la filiale puis distribués à la mère.

EXEMPLE

A détient 50 % du capital de B. B réalise au cours de l'exercice un bénéfice avant impôt de 120 000 €. L'IS payé par B sera donc approximativement du tiers de ce bénéfice soit 40 000 €. Le bénéfice distribuable sera de 80 000 €. A aura droit à un bénéfice distribuable de 40 000 € bénéfice sur lequel elle devrait théoriquement être imposée à hauteur d'un tiers également. Après impôt ce bénéfice distribué serait donc de 27 000 €. Cela signifie que sur la quote-part du bénéfice de B avant IS revenant à A (50 % de 120 000 € soit 60 000 €), les prélèvements totaux se seraient élevés à 33 000 € soit plus de 50 %.

Cet exemple montre l'intérêt d'éviter la double imposition.

Sociétés mères et intégration. Ce régime spécial est antérieur à celui, étudié ci-dessus, de l'intégration fiscale. Il ne perd pas de son intérêt pour autant :

- les deux régimes peuvent se cumuler, si toutefois leurs conditions respectives d'application sont réunies ;
- les intérêts de l'intégration sont plus importants mais les conditions plus strictes ;
- les effets du régime mère-fille sont plus limités mais les conditions d'application plus souples.

2.2 Conditions d'application

Elles sont au nombre de trois :

- les sociétés sollicitant l'application de ce régime doivent relever de l'IS au taux normal ;
- la mère doit détenir au moins 5 % du capital de la filiale (on notera que juridiquement il n'y a filiale qu'au-delà du seuil de 50 % du capital). Il doit s'agir de titres nominatifs, détenus en pleine propriété ;
- enfin, il est nécessaire que la société mère, entendant bénéficier de ce régime, opte pour son application.

Cette option n'est en rien formelle, elle résulte de la déclaration fiscale faite par la mère. Une même société mère peut opter pour ce régime à l'égard d'une filiale et pas à l'égard d'une autre.

2.3 Effets

Lorsque les conditions d'application sont réunies, les produits versés sous forme de dividendes par les filiales françaises comme étrangères sont exonérés d'impôt pour la société mère.

Concrètement, ces produits sont déduits du bénéfice de la mère pour leur montant net sous déduction d'une quote-part pour frais et charges fixée forfaitairement à 5 %.

EXEMPLE

En 2007, une société mère perçoit 35 000 € de dividendes d'une de ses filiales. Elle intégrera ces 35 000 € dans son résultat mais les déduira à hauteur de $35\,000 - (35\,000 \times 5\%) = 33\,250$ €.

FICHE 22

OPA ET SALARIÉS

Les règles particulières suivantes sont prévues en cas de dépôt d'une offre publique d'acquisition portant sur une entreprise.

Le chef de cette entreprise (entreprise « cible ») et le chef de l'entreprise qui est l'auteur de l'offre doivent réunir immédiatement leur CE respectif pour les informer du dépôt de cette offre. Pour le chef de l'entreprise auteur de l'offre, les conditions prévues par l'article L. 2323-21 du Code du travail doivent être respectées.

Au cours de la réunion du CE de l'entreprise « cible », celui-ci décide s'il souhaite entendre l'auteur de l'offre et peut se prononcer sur le caractère amical ou hostile de l'offre. Le chef de l'entreprise qui est l'auteur de l'offre adresse au CE de l'entreprise « cible », dans les trois jours suivant sa publication, la note d'information préalable visée par l'Autorité des marchés financiers (AMF), qui contient les orientations en matière d'emploi de la personne physique ou morale qui effectue l'offre publique.

Dans les 15 jours suivant la publication de la note d'information visée par l'AMF et avant la date de convocation de l'assemblée générale réunie en application de l'article L. 233-32 du Code de commerce, le CE de l'entreprise « cible » doit être réuni pour procéder à son examen et, le cas échéant, à l'audition de l'auteur de l'offre. Si le comité d'entreprise a décidé d'auditionner l'auteur de l'offre, la date de la réunion est communiquée à ce dernier au moins 3 jours à l'avance. Lors de la réunion, l'auteur de l'offre peut se faire assister des personnes de son choix. Il présente au CE sa politique industrielle et financière, ses plans stratégiques pour la société visée et les répercussions de la mise en œuvre de l'offre sur l'ensemble des intérêts, l'emploi, les sites d'activité et la localisation des centres de décision de ladite société. Il prend connaissance des observations éventuellement formulées par le CE, lequel peut se faire assister préalablement et lors de la réunion d'un expert de son choix.

La société ayant déposé une offre et dont le chef d'entreprise, ou le représentant qu'il désigne parmi les mandataires sociaux ou les salariés de l'entreprise, ne se rend pas à la réunion du CE à laquelle il a été invité dans les conditions prévues ci-dessus ne peut exercer les droits de vote attachés aux titres de la société faisant l'objet de l'offre qu'elle détient ou viendrait à détenir. Cette interdiction s'étend aux sociétés qui la contrôlent ou qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce. Une sanction identique s'applique à l'auteur de l'offre, personne physique, qui ne se rend pas à la réunion du CE à laquelle il a été invité dans les conditions prévues ci-dessus.

La sanction est levée le lendemain du jour où l'auteur de l'offre a été entendu par le CE de la société faisant l'objet de l'offre. La sanction est également levée si l'auteur de l'offre n'est pas convoqué à une nouvelle réunion du CE dans les 15 jours qui suivent la réunion à laquelle il avait été préalablement convoqué.

Si l'offre publique d'acquisition est déposée par une entreprise dépourvue de CE, le chef de cette entreprise en informe directement les membres du personnel. De même, à défaut de CE dans l'entreprise qui fait l'objet de l'offre, le chef de cette entreprise en informe directement les membres du personnel. Dans ce cas et dans les trois jours suivant la publication de la note d'information visée par l'Autorité des marchés financiers, l'auteur de l'offre la transmet au chef de l'entreprise faisant l'objet de l'offre qui la transmet lui-même au personnel sans délai.

Source : Ministère de l'Emploi

FICHE 23

LE MONTAGE SCI/SOCIÉTÉ D'EXPLOITATION

Le schéma unissant une société d'exploitation (de type SARL, SAS ou encore SA) gérant une activité commerciale à une SCI détenant les actifs immobiliers est très répandu. Pour beaucoup de praticiens, ce « montage » est devenu un exercice quotidien ou presque. Mais son succès, qui s'explique par les nombreux intérêts offerts, ne doit pas masquer les risques qu'il peut présenter si l'opération n'est pas menée avec orthodoxie.

De manière très simplifiée, le montage aura la physionomie suivante :

- apport du fonds de commerce à une société de type commercial : le choix de la forme juridique n'est pas déterminant ;
- apport du ou des actifs immobiliers à une SCI ;
- mise en place d'un bail commercial entre les deux structures, la société d'exploitation devenant preneur à bail, la SCI, bailleur.

Les intérêts du montage sont nombreux : transmission facilitée de l'entreprise, limitation des risques liés à l'activité commerciale (en isolant l'actif immobilier), création de revenus pour la SCI, création d'une charge « défiscalisante » pesant sur la société d'exploitation.

L'opération décrite est de longue date validée par la jurisprudence ; le principe est donc sa validité ; les risques n'existent que si le montage cumule un certain nombre d'excès.

Les dangers sont de deux ordres : celui lié, fiscalement, à la création d'une charge trop importante pour la société d'exploitation et celui lié à l'extension de la liquidation judiciaire de la société d'exploitation à la SCI.

Le risque fiscal

Il réside dans la problématique de la déductibilité du loyer, et le cas échéant des charges, exposés par la société d'exploitation, locataire de la SCI. La tentation peut être grande en effet, de stipuler un loyer important, permettant tout à la fois de réduire la charge fiscale du locataire et d'accroître les revenus de la société bailleuse (le plus souvent en vue de lui permettre de rembourser l'emprunt lié à l'acquisition de l'immeuble).

Cette dérive ne pose pas de problèmes sous l'angle de la SCI, sauf à remarquer que, plus le loyer sera important, plus la charge fiscale liée aux revenus perçus par la SCI sera lourde. En revanche, la déductibilité d'un loyer supérieur au marché n'est pas assurée du côté du preneur à bail. L'article 39 du CGI, texte fondant la théorie dite de l'acte anormal de gestion, prévoit que la charge ne devra pas être excessive et surtout être engagée dans l'intérêt direct de l'entreprise.

Si par conséquent le loyer convenu entre les deux structures s'avérait hors marché, le différentiel serait réintégré dans le résultat de la société locataire, sans préjudice des pénalités dues à l'Administration fiscale.

Le risque patrimonial

C'est le principal. Lorsqu'une personne morale est placée en redressement ou liquidation judiciaire, il est de principe que cette procédure n'affecte pas les personnes morales liées. Mais l'actif d'une SCI va souvent représenter pour les créanciers de la société d'exploitation une valeur tangible (alléchante), surtout si le fonds de commerce a cessé toute activité.

L'extension à la SCI de la procédure peut être prononcée à titre exceptionnel, soit sur le fondement de la fictivité, soit sur celui de la confusion des patrimoines.

La **fictivité** suppose que la SCI n'a pas d'existence réellement distincte de la société d'exploitation ; elle n'a été constituée que dans le but de soustraire l'actif immobilier aux créanciers de l'activité commerciale. La fictivité supposera par exemple le défaut d'un élément constitutif de la société, ou encore l'absence de toute vie sociale (pas de réunion d'assemblée générale...). Mais, et il faut s'en réjouir, la fictivité demeure difficile à prouver devant les juridictions du fond.

La **confusion des patrimoines** est plus fréquemment retenue par la jurisprudence. Elle va permettre, si elle est caractérisée, d'étendre la liquidation à la SCI, en démontrant l'existence de relations financières anormales entre les deux entités. À ce titre, le bail commercial constitue un élément clé, et plus spécifiquement le montant élevé (ou au contraire dérisoire) du loyer. On apportera par conséquent à la rédaction du bail un soin particulier.

N° 32 : ÉTUDE DE CAS**Réglementation des groupes**

Soit le schéma suivant : A est une SAS dont le capital est détenu à égalité par quatre personnes physiques, A1, A2, A3 et A4.

- A détient :
 - 70 % de la SNC B
 - 34 % de la SCI C
 - 97 % de la SA D
 - 80 % de la SA E
 - 100 % de la SASU F
 - 15 % de la SARL G
- B détient 96 % de la SA H
- D détient 55 % de la SA I

QUESTIONS

Après avoir fait le schéma du groupe, vous répondrez aux questions suivantes :

1. Quelles sociétés sont tenues d'établir des comptes consolidés ? Quel est le périmètre de la consolidation ?
2. A peut-elle fiscalement intégrer ses filiales ? Si oui lesquelles ?
3. En admettant qu'au cours de l'exercice, A se porte acquéreur de 30 % de plus du capital de la SCI C, et de 20 % du capital d'une société étrangère, quelles sont les conséquences sur le groupe ?
4. S'il est décidé de mettre en place des stock-options au profit de ses salariés de D, quels schémas sont envisageables au sein du groupe ?
5. Quelles sont les possibilités d'action des créanciers de B sur les autres sociétés du groupe ?
6. Quelles pourraient être les conséquences si D opérait à plusieurs reprises des avances de trésorerie non remboursables au profit de A, au point de voir ses capitaux propres diminuer dans des proportions importantes ?

Les autres modes de coopération interentreprises

SECTION 1	Les structures juridiques de coopération
SECTION 2	Les contrats de coopération

Le groupe au sens où nous l'avons entendu jusqu'à présent, c'est-à-dire reposant sur des liens capitalistiques, n'est pas le seul mode de coopération entre des entreprises, dotées ou non de la personnalité juridique. Il existe tout d'abord des structures juridiques dédiées à la coopération entre les entreprises, ou pouvant servir de fondement à celle-ci ; il est également possible aux entreprises désirant se lier, de passer des accords de nature contractuelle n'affectant pas la structure juridique adoptée.

SECTION 1

LES STRUCTURES JURIDIQUES DE COOPÉRATION

Diversité. *A priori*, toute structure juridique peut être utilisée en vue de mettre en place ou de développer une coopération entre des entreprises.

Ainsi, deux sociétés commerciales peuvent constituer ensemble, et sans capital particulier (1 €), une société civile, par laquelle elles gèreront des équipements techniques coûteux, ou encore des personnels travaillant pour les deux structures. La seule limite est que cette société civile n'ait pas d'activité commerciale. Parfois, quand elle sert à la mise en commun de moyens par des professions libérales réglementées, elle porte le nom de société civile de moyens.

Une association soumise à la loi du 1^{er} juillet 1901 peut également servir de structure de coopération entre deux entreprises commerciales, à la condition que leur objectif commun ne soit pas le partage des bénéfices ; ce qui serait contraire à ladite loi.

Deux structures paraissent particulièrement adaptées à la coopération interentreprises : le groupement d'intérêt économique et la société en participation.

1. Le GIE et le GEIE (GIE européen)

1.1 Définition du GIE

Le GIE est défini (par son but) par l'article L. 251-1 du Code de commerce :

Article L. 251-1 Code de commerce. Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même.

Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.

On retient de cette définition plusieurs éléments importants :

- le GIE n'a pas d'activité propre : il est au service du développement de l'activité de ses membres ;
- son but n'est pas de réaliser des bénéfices, même si cela ne lui est en aucun cas interdit.

1.2 Genèse et évolution du GIE

Avant d'être intégrés au Code de commerce, les textes relatifs au GIE avaient leur siège dans une ordonnance du 23 septembre 1967.

Intérêts. Le GIE a été créé pour répondre à un besoin de la pratique. En effet, à cette époque, deux ou plusieurs entreprises souhaitant unir leurs forces en vue du développement de leur activité n'avaient guère de possibilités :

- la société, au sens de l'article 1832 du Code civil, était une structure trop lourde à créer et à faire fonctionner. Elle était, de plus, toute entière tournée vers le partage des bénéfices ;
- l'association, quant à elle, excluait toute idée de partage des bénéfices et semblait tournée vers les causes humanitaires. De plus, la structure associative ne conférait pas, et ne confère d'ailleurs toujours pas la pleine capacité juridique.

Utilité réduite. Le GIE a donc rencontré un certain succès dès sa consécration législative. Par la suite, son utilité s'est réduite sous la pression de plusieurs facteurs :

- la nouvelle définition donnée à la société par la loi du 4 janvier 1978 : la société vise non seulement au partage des bénéfices mais également à la réalisation d'une économie, ce qui crée une zone de concurrence indéniable entre les deux structures ;
- la lourde responsabilité de ses membres.

Enfin, la loi du 13 juin 1989 a institué la version européenne du GIE, très proche, nous le verrons, de la version française, et a sensiblement réformé l'ordonnance de 1967.

1.3 Utilisation du GIE

Le GIE connaît des applications très variées, que ce soit dans le domaine des petites entreprises (artisans ou commerçants contribuant à une animation de galerie marchande, de rue piétonnière), ou des géants de l'industrie ou des services (Airbus à une époque, Carte Bleue, Axa...)..

LES CAISSES DE SÉCURITÉ SOCIALE CRÉENT LE GIE « SYSTÈME D'INFORMATION SUR LES PRODUITS DE SANTÉ » (SIPS)

Extrait du préambule des statuts

Dans le cadre de l'optimisation de la prise en charge des prestations, de la gestion du risque et du bon usage des produits de santé, les parties aux présentes ont décidé de mettre en commun les moyens dont ils disposent en matière d'informations sur les produits de santé. À cet effet, elles constituent un Groupement d'intérêt économique (GIE) ayant pour but de traiter et d'exploiter tous supports d'informations scientifiques, réglementaires et tarifaires sur les produits de santé et d'élaborer en particulier une base de données sur les produits de santé.

Cette base constitue la base de référence pour les besoins propres de l'assurance-maladie obligatoire. Elle sera mise à disposition de l'ensemble des partenaires de santé et principalement des usagers, des professionnels de santé, des établissements de santé et du secteur médico-social, et des réseaux d'information intervenant dans le domaine de la santé.

Les membres du GIE considèrent que cette base de données a pour vocation de contribuer à l'amélioration de la transparence de l'information sur les produits de santé ainsi qu'au développement de l'informatisation du système de soins.

Le GIE est très apprécié pour la souplesse de son fonctionnement et la facilité de sa création. Toutefois, il implique une lourde responsabilité de ses membres qui peut être de nature à les dissuader de recourir à ce mode de coopération.

1.4 Réglementation du GIE

a) Naissance

■ *Conditions de fond de la constitution*

L'objet social. On rappellera en premier lieu l'objet social du GIE : il doit avoir un objet économique sans avoir une activité propre et distincte de celle de ses membres. Son activité doit être accessoire à celle de ses membres, être son prolongement. L'exemple type est celui de commerçants d'une galerie marchande ou d'une rue piétonnière se constituant en GIE pour réaliser des actions de promotion communes ; le GIE leur permet de réaliser des économies d'échelle mais ne se substitue pas à leur activité propre. De même est-il fréquent que des producteurs d'une appellation d'origine contrôlée (AOC) viticole se groupent sous cette forme en vue de réaliser des campagnes publicitaires.

L'objet du GIE ainsi précisé peut être civil ou commercial. Le GIE sera en tout état de cause immatriculé au registre du commerce et des sociétés, mais son caractère civil ou commercial ne dépend que de son objet social (et non pas de sa forme comme c'est le cas pour la plupart des sociétés qui sont commerciales par la forme indépendamment de leur objet social).

Les membres du groupement peuvent être des personnes morales comme des personnes physiques, la seule condition étant qu'ils aient une activité économique.

Leur nombre est de deux au minimum.

Les apports des membres ne sont pas obligatoires, mais pas prohibés non plus. Par voie de conséquence, le GIE peut ne pas avoir de *capital* social. En pratique, peu de GIE ont un capital. Le capital de ceux qui choisissent d'en avoir un est en général très faible. S'il n'y a pas de capital, il n'y a pas de droits sociaux. L'existence d'un capital social peut signifier que des droits sociaux (non négociables) seront remis aux membres ; mais ce n'est nullement impératif.

Personnalité juridique. Le GIE jouit d'une pleine et entière personnalité juridique à compter de son immatriculation au RCS. S'il est commercial, la loi affirme qu'il peut accomplir des actes de commerce et être preneur à un bail commercial (ceci depuis la loi du 13 juin 1989 ayant réformé le statut du GIE et introduit le GEIE).

■ *Conditions de forme*

Le contrat de GIE (ou statuts) est réglementé par le texte suivant.

Article L. 251-8 Code de commerce

I. Le contrat de groupement d'intérêt économique détermine l'organisation du groupement, sous réserve des dispositions du présent chapitre. Il est établi par écrit et publié (...)

II. Le contrat contient notamment les indications suivantes :

- 1) la dénomination du groupement,
- 2) les nom, raison sociale ou dénomination sociale, la forme juridique, l'adresse du domicile ou du siège social et, s'il y a lieu, le numéro d'identification de chacun des membres du groupement, ainsi que, selon le cas, la ville où se situe le greffe où il est immatriculé ou la ville où se situe la chambre des métiers où il est inscrit,
- 3) la durée pour laquelle le groupement est constitué,
- 4) l'objet du groupement,
- 5) l'adresse du siège du groupement.

Les fondateurs doivent déposer un dossier au Centre de formalités des entreprises (CFE) compétent qui transmet au RCS pour immatriculation. À la différence d'une constitution de société, la publication dans un journal d'annonces légales est facultative. Après immatriculation, une publication au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (BODACC) est réalisée par le greffier.

b) Fonctionnement

■ Direction du GIE

Le Code de commerce laisse ici une très grande latitude aux fondateurs qui vont organiser l'administration du groupement comme ils l'entendent. Les textes applicables fixent simplement deux impératifs :

- le groupement est administré par un ou plusieurs administrateurs personnes physiques ou morales ;
- ce ou ces administrateurs, dans leurs rapports avec les tiers, engagent le GIE pour tous les actes entrant dans l'objet social, toute limitation de pouvoirs par les statuts étant inopposable aux tiers.

La liberté est donc entière pour les fondateurs concernant : les conditions de nomination (organe, majorité, quorum), la durée des fonctions, les limitations internes de pouvoirs, les causes de révocation et la rémunération.

■ Assemblées

Le droit applicable au GIE est ici très souple. La seule règle impérative est l'obligation de réunir l'assemblée à la demande d'un quart au moins des membres du GIE. Pour le reste, la liberté domine.

Les statuts vont donc déterminer :

- quelles décisions relèvent ou non de l'AG, sachant qu'elle est habilitée à prendre toutes les décisions y compris les décisions majeures (dissolution) ;
- les conditions auxquelles ces décisions sont adoptées (*quorum* et majorité) sachant que dans le silence des statuts, les décisions sont adoptées à l'unanimité ;
- la périodicité des assemblées ;
- le droit de vote de chaque membre ; le principe est ici « un membre = une voix » mais rien n'interdit de faire dépendre le droit de vote des apports réalisés (s'il s'en trouve) ou encore de conférer un droit de vote plus important à certains membres du groupement.

■ Droits des membres

Chaque membre dispose d'un droit aux bénéfices réglé par le contrat (le but du GIE n'est toutefois pas nécessairement de réaliser des bénéfices), d'un droit de vote (voir *supra*) et d'un droit de retrait. Ce dernier droit signifie la possibilité de quitter le groupement à tout moment, à condition de s'être acquitté de ses obligations, et de respecter les statuts.

■ Responsabilité des membres

- Entre les membres du groupement, la contribution aux dettes sociales est réglée par le contrat. À défaut, les dettes se partagent par le nombre de membres du GIE (contribution par part virile).
- À l'égard des tiers, la responsabilité des membres est indéfinie et solidaire. Cela signifie que chaque membre peut être amené à payer la totalité de la dette due sur son patrimoine personnel. Deux précisions à cet égard :
 - le créancier peut renoncer dans le contrat à cette solidarité ;
 - le créancier doit obligatoirement, avant de poursuivre le patrimoine personnel d'un membre, avoir vainement mis en demeure le GIE de payer. Cette précaution ne constitue qu'un mince paravent, la responsabilité des membres du GIE demeurant très lourde.

À l'instar du droit applicable à la SNC, la procédure collective d'apurement du passif ouverte à l'égard du GIE entraînait l'ouverture d'une procédure à l'égard de chacun de ses membres. La loi du 26 juillet 2005 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 a supprimé cette règle. La procédure ne touche donc aujourd'hui que la personne morale.

■ Financement du GIE

Le GIE peut être financé de plusieurs manières :

- par capitaux propres si les membres ont fait des apports ;
- par compte courant de membres ;
- par emprunt bancaire classique ;
- par émission d'obligations à la condition que tous les membres du GIE remplissent les conditions légales pour l'émission de tels titres.

■ Contrôle des comptes et de la gestion

L'article L. 251-12 du Code de commerce prévoit deux types de contrôle :

- un contrôle de la gestion opéré dans les conditions prévues par les statuts et portant sur la régularité et l'opportunité de la gestion. Le ou les contrôleurs doivent obligatoirement être des personnes physiques, mais les conditions de leur nomination, d'exercice de leur mission, etc., sont librement prévues par les statuts ;
- un contrôle des comptes est obligatoire dans les GIE émettant des obligations et dans les groupements qui comptent cent salariés ou plus à la clôture d'un exercice ; ce contrôle doit être exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis sur la liste visée à l'article L. 822-1 du Code de commerce et nommés par l'assemblée pour une durée de six exercices.

■ Fiscalité

Le régime fiscal du GIE est calqué sur celui de la SNC ; toutefois le GIE n'a pas la possibilité d'opter pour l'IS. Il relève de plein droit du régime des sociétés de personnes, à savoir l'IR. Les bénéfices réalisés (et pas obligatoirement distribués) ne sont donc pas taxés au niveau du groupement, mais à celui de ses membres.

- membres personnes physiques : ils doivent inclure la quote-part des résultats leur revenant, dans leurs revenus. Suivant l'activité du groupement, ces bénéfices seront traités comme des BNC, BIC, BA...
- membres personnes morales à l'IS : inclusion de la quote-part leur revenant dans le bénéfice soumis à l'IS, même si cette quote-part n'a pas été distribuée.

c) Fin du GIE

■ Transformation du GIE en société

Article L. 251-18 Code de commerce. Toute société ou association dont l'objet correspond à la définition du groupement d'intérêt économique peut être transformée en un tel groupement sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle. Un groupement d'intérêt économique peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

Il faut déduire de ce texte que la transformation d'une association ou société en GIE est possible sans conséquences fiscales rédhibitoires. L'inverse, à savoir la transformation du GIE en société, n'est possible que si la société est une SNC. Dans le cas contraire la transformation est traitée comme une dissolution suivie d'une création de société, avec les conséquences fiscales que l'on peut imaginer.

■ Causes de dissolution

Le groupement d'intérêt économique est dissous par l'arrivée du terme, par la réalisation ou l'extinction de son objet, par la décision de ses membres, par décision judiciaire, pour de justes motifs, ou encore par le décès d'une personne physique ou par la dissolution d'une personne morale, membre du groupement, sauf stipulation contraire du contrat.

Si l'un des membres est frappé d'incapacité, de faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale, le GIE est dissous, à moins que sa continuation ne soit prévue par le contrat ou que les autres membres ne la décident à l'unanimité.

La dissolution du groupement entraîne sa liquidation. La personnalité du groupement subsiste pour les besoins de la liquidation.

1.5 Le GEIE

Il est régi par le règlement européen du 25 juillet 1985 et par les articles L. 252-1 et suivants du Code de commerce.

Identité des règles. La majorité des règles décrites ci-dessus à propos du GIE « national » sont applicables au GEIE.

Le GEIE a pour objectif de faciliter ou de développer les activités économiques de ses membres, par la mise en commun de ressources, d'activités et de compétences. Cette mise en commun doit permettre d'obtenir de meilleurs résultats que par des activités menées isolément. Ce groupement n'a pas pour but de réaliser des bénéfices pour lui-même. S'il réalise des bénéfices, ceux-ci sont répartis entre les membres et taxés en conséquence. Ses activités doivent présenter un lien avec l'activité économique des membres, sans pouvoir les remplacer.

Un GEIE ne peut employer plus de 500 personnes.

Un GEIE peut être constitué par des sociétés et autres entités juridiques, de droit public ou privé, constituées conformément au droit d'un État membre et ayant leur siège dans la

Communauté. Il peut également être constitué par des personnes physiques exerçant dans la Communauté des activités industrielles, commerciales, artisanales, agricoles, de profession libérale ou d'autres services.

Constitution. Un GEIE doit compter au moins deux membres relevant d'États membres différents.

Le contrat de GEIE contiendra obligatoirement le nom, le siège et l'objet de ce groupement, le nom, le numéro et le lieu d'immatriculation, s'il y a lieu, de chaque membre du groupement, et la durée du groupement si elle n'est pas indéterminée. Ce contrat devra être déposé auprès d'un registre à désigner par chacun des États membres. Cette immatriculation confère au GEIE pleine capacité juridique dans toute la Communauté.

Un avis annonçant la création ou la liquidation d'un GEIE doit être publié dans le *Journal officiel des Communautés européennes*.

Le siège d'un groupement doit se situer dans la Communauté. Il peut être transféré d'un État membre à un autre sous certaines conditions.

Fonctionnement. Chaque membre d'un GEIE disposera d'une voix au moins. Cependant, le contrat de groupement peut accorder plus d'une voix à certains membres, pour autant qu'aucun d'entre eux ne détienne la majorité des voix. Le règlement énumère les décisions qui doivent être prises à l'unanimité.

Le GEIE doit comporter au moins deux organes : ses membres agissant collégialement ainsi que le ou les gérants. Le gérant, ou chacun des gérants s'ils sont plusieurs, représente et engage le GEIE vis-à-vis des tiers, même lorsque ses actes n'entrent pas dans l'objet du groupement.

Un GEIE ne doit pas nécessairement être formé avec un capital. Ses membres sont libres de recourir à d'autres modes de financement.

Les bénéfices du GEIE seront considérés comme bénéfices des membres et répartis entre eux conformément à la clause prévue à cette fin dans le contrat ou, à défaut d'une telle clause, par parts égales. Les bénéfices ou pertes d'un GEIE seront imposables au niveau de ses membres. En contrepartie de la liberté contractuelle, qui est à la base du GEIE, et de l'absence d'obligation pour ses membres de fournir un capital minimal, chaque membre du GEIE est indéfiniment et solidairement responsable des dettes contractées par le GEIE.

L'avenir dira si l'institution de la société européenne (voir *supra*) contribuera la marginalisation du GEIE.

UN GEIE ORIGINAL : LA CHAÎNE TÉLÉVISÉE ARTE

Le traité interétatique du 2 octobre 1990, signé entre la République Française et les onze « anciens » Länder allemands, a établi les fondements de la chaîne culturelle européenne ARTE (Association relative à la télévision européenne) qui a été créée par contrat le 30 avril 1991, sous la forme d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE). De droit européen et non national, sa structure juridique souple permet à ses membres de regrouper une partie de leurs activités tout en conservant leur autonomie juridique et économique.

La mission d'ARTE GEIE est définie par l'article 2 de son contrat de formation : « Le groupement a pour objectif de concevoir, réaliser et diffuser, ou faire diffuser (...) des émissions de télévision ayant un caractère culturel et international (...) propres à favoriser la compréhension et le rapprochement des peuples. »

ARTE se compose de trois entités : la Centrale, ARTE GEIE, à Strasbourg et deux pôles de production de programmes et de développement de nouveaux supports, ARTE France à Issy-les-Moulineaux et ARTE Deutschland TV GmbH à Baden-Baden. La Chaîne ne peut recourir à la publicité, mais a la possibilité de développer ses recettes propres, en particulier par la recherche de parrainages. Le budget de la chaîne est voté par l'assemblée générale composée de représentants français et allemands, laquelle nomme également le comité de gérance qui dirige la chaîne au quotidien. Les programmes d'ARTE sont constitués aux trois quarts d'émissions qui proviennent, à égalité, d'ARTE France et d'ARTE Deutschland. Le dernier quart est assuré par ARTE GEIE. Les programmes sont sélectionnés par la Conférence des programmes, sur proposition des pôles qui les fournissent ensuite à la centrale. Un comité consultatif des programmes composés de personnalités de la vie civile et culturelle en France et en Allemagne, conseille également le comité de gérance et la Conférence des programmes en la matière.

Source [http ://deutschland-und-frankreich.de](http://deutschland-und-frankreich.de).

2. La société en participation

Définition. La plupart des sociétés ont la personnalité morale. Certaines ne l'ont pas car les fondateurs choisissent volontairement de ne pas l'immatriculer au RCS (or la personnalité morale est attribuée du jour de l'immatriculation).

La société porte alors le nom de **société en participation**. C'est une société occulte dans laquelle les associés ne veulent pas apparaître (on dit ne veulent pas être révélés.). Ils passent entre eux un contrat qui demeure à usage interne et donc secret. Les associés qui traitent avec les tiers traitent en qualité de personne physique et non pas au nom de la société..

QUELQUES UTILISATIONS DE LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

On utilise la société en participation par exemple pour le lancement d'une star du show-business ou d'un spectacle de théâtre avec des personnes qui ne souhaitent pas révéler leur identité. Ils confient des fonds à un gérant qui va gérer l'affaire et leur reverser des bénéfices si l'affaire fonctionne (on retrouve là les éléments du contrat de société).

Certaines compagnies aériennes utilisent la société en participation pour exploiter en commun un appareil (on est alors proche du régime de l'indivision).

Deux entreprises peuvent également l'utiliser pour lancer un projet commun encore incertain (fréquent dans le domaine du bâtiment).

Par définition même, il n'est pas possible de disposer de statistiques sur les sociétés en participation.

L'avantage de cette formule est la souplesse, la discrétion, l'absence de formalisme de la création et du fonctionnement, les coûts limités.

La société en participation est régie par les articles 1871 et suivants du Code civil.

2.1 Constitution de la société en participation

a) Conditions de fond

La société en participation est de ce point de vue identique aux autres sociétés.

Elle est constituée par plusieurs associés, personnes physiques ou morales, dotés de la capacité juridique (et dans certains cas de la capacité commerciale, notamment si l'objet est commercial et que la société est ostensible), effectuant des apports (en numéraire, nature ou industrie), unis par une volonté commune (*affectio societatis*), désireux de partager les bénéfices de leur entreprise et, enfin, s'obligeant à contribuer aux pertes.

Concernant les apports en nature, trois solutions sont concevables, sachant que l'absence de personnalité juridique de la SEP entraîne l'impossibilité d'être propriétaire :

- soit chaque participant en demeure propriétaire tout en conférant la jouissance à la SEP ;
- soit le ou les biens sont placés en indivision entre les participants ;
- soit enfin les participants conviennent que l'un d'entre eux apparaîtra comme seul propriétaire au vu et au su des tiers, le ou les biens étant en réalité indivis.

Cela signifie que la SEP n'a pas à proprement parler de capital social, et que les apports ne sont pas rémunérés par des parts sociales ; rien n'empêche toutefois que le contrat de société passé entre les participants module leurs droits et obligations en fonction des apports réalisés par chacun.

La SEP sera civile ou commerciale suivant son objet social, ceci conditionnant les règles générales applicables à son fonctionnement.

b) Conditions de forme

Par définition même, la SEP ne fait l'objet d'aucune publicité et n'est pas inscrite au RCS. En pratique, le caractère occulte ne s'oppose pas à ce que les participants passent entre eux un contrat écrit (cela est même fortement recommandé pour des motifs liés à la preuve de leurs obligations), lequel ne sera pas porté à la connaissance des tiers.

2.2 Règles de fonctionnement

a) Règles générales

Le principe est posé par le texte suivant :

Article 1871-1 Code civil. À moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif.

Cela signifie que la SEP est régie par le contrat passé entre participants. Dans le silence de celui-ci, son régime sera calqué, soit sur celui de la société civile (avec une responsabilité indéfinie et non solidaire des participants), soit sur celui de la SNC (responsabilité indéfinie et solidaire), en fonction du caractère civil ou commercial de l'objet.

Les participants peuvent donc librement organiser leurs rapports sous réserve de ne pas déroger à quelques règles impératives du droit des sociétés parmi lesquelles :

- l'interdiction des clauses léonines ;
- l'interdiction de faire appel public à l'épargne ;
- l'interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur consentement ;
- le droit pour chaque associé de participer aux décisions collectives.

b) Gérance

À défaut de stipulations contraires dans le contrat de société, la gérance est régie de la même manière que dans la SNC, si toutefois l'objet de la SEP est commercial, ce qui est fréquent. Un ou plusieurs gérants peuvent être nommés. Si aucun ne l'est dans les statuts, tous les associés sont présumés gérants, ce qui complique singulièrement le fonctionnement.

- **dans les rapports avec les tiers**, et lorsque la société demeure occulte, le gérant est le seul à être connu. Il est donc présumé être propriétaire des biens dont il dispose apparemment. Les participants ne peuvent pas agir contre les tiers avec lesquels le gérant a contracté. Les tiers, eux, ne peuvent agir que contre le gérant ;
- **dans les rapports avec les associés**, le gérant est tenu par les limitations de pouvoirs qui lui sont imposées par le contrat ; dans le silence de celui-ci, il est investi des pouvoirs de gestion pour agir dans l'intérêt social. Tout acte passé en violation de ces règles demeurera valable à l'égard des tiers, mais engagera la responsabilité du gérant.

c) Situation des associés participants

■ Au plan interne

Le participant est un associé à part entière, au moins au plan interne. À ce titre :

- il a droit aux bénéfices et participe aux pertes ;
- il a le droit de participer à la vie sociale ;
- il contrôle l'action du gérant ;
- il peut céder ses droits sociaux dans les mêmes conditions qu'un associé de SNC ou de société civile (suivant l'objet de la société).

■ À l'égard des tiers

Dans les rapports avec les tiers, deux situations sont à considérer, l'une courante, l'autre exceptionnelle.

Situation normale : engagement personnel de chaque participant. Le principe est simple, tel que posé par l'article 1872-1, al. 1^{er} du Code civil : *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers*. Cela signifie que l'action de l'un n'engage pas les autres, qui demeurent protégés par le caractère occulte de la structure et l'absence de personnalité juridique.

Situation exceptionnelle : responsabilité des participants à l'égard des tiers. Les alinéas suivants de l'article 1872-1 du Code civil énoncent trois hypothèses dans lesquelles l'action d'un participant engage les autres associés. Les participants deviennent donc codébiteurs des dettes contractées par l'un d'eux, avec solidarité si la SEP a un objet commercial ; sans solidarité si elle a un objet civil :

- *hypothèse 1.* Les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers. Par exemple, ils ouvrent un compte bancaire au nom de la société, font apparaître la raison sociale sur des documents officiels... On passe ici d'un contrat occulte à une société ostensible, révélée. Dans ce cas, les tiers pourront agir directement contre tous les associés s'étant révélés. On notera toutefois que la révélation doit concerner tous les participants mais peut ne viser que certains tiers (la SEP pourrait donc être ostensible pour le banquier et occulte pour le fournisseur...) ; également, la révélation doit se déduire d'un acte positif et volontaire de la part des associés de la SEP. Le gérant de l'affaire ne peut donc révéler les participants contre leur volonté ;

- *hypothèse 2.* L'un des participants s'est immiscé dans la gestion et a laissé croire au contractant qu'il entendait s'engager à son égard ;
- *hypothèse 3.* Il est prouvé que l'engagement a tourné au profit du participant. Cela signifie en clair que le contrat passé par l'un des participants a profité aux autres et que l'on peut rapporter la preuve d'un tel profit.

2.3 Fin de la société en participation

La SEP est soumise aux mêmes causes de dissolution que la SNC ou la société civile : survenance du terme, réalisation ou extinction de l'objet, décision unanime des associés, cause statutaire, dissolution judiciaire pour justes motifs...

À ces causes communes, l'article 1872-2 du Code civil ajoute que lorsque la SEP est à durée indéterminée, la dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par tout participant aux autres, pourvu qu'elle soit faite de bonne foi et non pas à contre-temps.

2.4 Fiscalité

En premier lieu, bien que non dotée de la personnalité juridique, la SEP a un patrimoine fiscal composé des biens indivis mis à disposition de la société par les associés participants. La principale conséquence est que les charges afférentes à ces biens (amortissements, intérêts d'emprunt...) sont déductibles du bénéfice social.

En second lieu, du point de vue des revenus retirés de la société :

- le régime des sociétés de personnes est applicable uniquement aux participants indéfiniment responsables dont le nom a été communiqué à l'administration fiscale ;
- dans le cas contraire (associé non indéfiniment responsable ou dont l'identité n'est pas communiquée), les bénéfices leur revenant sont taxés à l'IS, au nom du gérant.

SECTION 2

LES CONTRATS DE COOPÉRATION

Souplesse. Plus souples que les formules d'association visant à la constitution d'une entité, les formules de collaborations contractuelles entre entreprises présentent bien des atouts :

- elles permettent d'unir tous types d'entreprises ;
- elles reposent sur une – presque – totale liberté de négociation des obligations respectives, puisqu'aucune figure de style n'est imposée ;
- elles préservent l'identité et l'autonomie juridique de chaque partie ;
- elles sont toujours réversibles ;
- elles peuvent n'être que temporaires ou conjoncturelles ;
- elles peuvent évoluer vers des formules plus élaborées ou des opérations de restructuration.

Ces contrats peuvent être classés selon deux manières :

- on peut tout d'abord constater que certains contrats postulent une stricte égalité entre contractants alors que d'autres mettent en place une hiérarchie entre les différents partenaires ;

- on constate ensuite que si certaines formules contractuelles sont réglementées (location-gérance par exemple), d'autres sont innommées et relèvent de la seule liberté contractuelle des parties.

Compte tenu de la diversité des schémas, les développements qui suivent visent à présenter les principales formules de manière nullement exhaustive.

1. Les contrats d'intégration

Ce sont des contrats qui réalisent une intégration économique, commerciale ou industrielle, de plusieurs entreprises indépendantes, le plus souvent sous l'égide d'une entreprise tête de réseau.

1.1 Les réseaux de distribution

Deux contrats d'intégration sont particulièrement répandus : la concession et la franchise.

a) Le contrat de concession

Le contrat de concession est une convention liant un fournisseur à un nombre limité de commerçants auxquels il réserve la vente d'un produit sous condition qu'ils satisfassent à certaines obligations. Ce contrat de concession unira donc un fabriquant et un revendeur dans le cadre d'un réseau de distribution. Il intervient le plus souvent dans la commercialisation de biens de consommation durable comme, les produits de marque.

Le fournisseur, ou concédant, distribue ces produits en exclusivité au concessionnaire. Celui-ci est un commerçant indépendant qui va acheter les biens du fabriquant pour les revendre. Sa rémunération sera à hauteur de la marge commerciale qu'il effectuera sur les produits revendus.

Le contrat de concession se caractérise par une exclusivité de fourniture et une exclusivité d'approvisionnement.

Le contrat de concession (ou plutôt la clause d'exclusivité qu'il contient) est simplement réglementé dans sa durée par l'article L. 330-1 du Code de commerce :

Article L. 330-1 Code de commerce. Est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur.

En dehors de ce texte, le contrat n'est soumis à aucune réglementation spécifique. Seules les règles générales des contrats commerciaux lui sont applicables.

b) Le contrat de franchise

C'est un contrat prévoyant qu'une entreprise utilise notamment le nom, la marque et le savoir-faire d'une autre, en contrepartie du paiement d'une redevance. Le contrat de franchise crée une structure pyramidale avec, à sa tête, un franchiseur et de multiples franchisés à la base, lesquels exploitent de manière indépendante et assument donc les risques de leur commerce.

La réglementation interne du contrat de franchise est encore très imprécise et les rapports contractuels sont régis la plupart du temps par des codes de déontologie formalisant les pratiques en ce domaine.

Le seul texte directement applicable à ce contrat est reproduit ci-après :

L'article L. 330-3 du Code de commerce. Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause. Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités. Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit. Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent.

La franchise est une technique de distribution intégrée aujourd'hui, très courante et utilisée par de grands noms commerciaux en tous domaines : alimentation, restauration, hôtellerie, prêt-à-porter...

1.2 Les accords de sous-traitance

La sous-traitance est le contrat par lequel un entrepreneur, dit *donneur d'ordres*, se décharge de tout ou partie de la réalisation d'un ouvrage ou d'une production, sur un ou plusieurs autres entrepreneurs.

La sous-traitance est un phénomène très courant dans le secteur du bâtiment, et les sous-traitants forment une partie essentielle du tissu économique. Elle représente environ 15 % du chiffre d'affaires du bâtiment.

Il convient de distinguer la sous-traitance de marché et la sous-traitance industrielle.

La sous-traitance de marché est une opération dans laquelle le sous-traitant exécute une tâche pour le compte final du maître d'ouvrage initial. Dans un contrat portant sur la construction d'un immeuble, le maître d'ouvrage contracte principalement avec une entreprise générale, laquelle va confier par le contrat de sous-traitance l'exécution de la plomberie par exemple à une entreprise tierce. Il y a donc deux contrats : l'un dit principal entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, l'autre dit sous-contrat entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

La sous-traitance industrielle suppose que le sous-traitant ne travaille en fait que pour le compte de l'entrepreneur principal. Ce contrat existe de manière indépendante du contrat principal. Le sous-traitant n'est ici qu'un maillon d'une chaîne que le maître d'ouvrage ignore.

Seule donc la sous-traitance de marché est régie par la loi du 31 décembre 1975 dont l'objectif est de protéger le sous-traitant contre les abus de l'entrepreneur principal et surtout de lui donner des garanties de paiement de sa prestation.

Pour qu'il y ait sous-traitance soumise à la loi de 1975, il faut que le contrat existant entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant soit un contrat d'entreprise.

Le risque principal pour le sous-traitant, c'est de n'être pas payé de son travail. En effet, si l'on se contentait de juxtaposer les deux contrats – le principal et le sous-contrat – le paiement serait effectué par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur puis par l'entrepreneur au sous-traitant. Étant situé en bout de chaîne, il multiplie les risques d'impayés.

Protection. Pour protéger le sous-traitant, la loi du 31 décembre 1975 met en place deux mesures. L'une qui concerne les relations entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, l'autre qui concerne les relations entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage.

- première garantie : l'entrepreneur principal doit fournir au sous-traitant la caution personnelle et solidaire d'un établissement de crédit. S'il préfère, il peut utiliser le mécanisme dit de la délégation de paiement qui signifie que l'entrepreneur « offre » un nouveau débiteur au sous-traitant en la personne du maître d'ouvrage ;
- seconde garantie : l'action directe du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage. C'est là le point essentiel de la loi du 31 décembre 1975. Le sous-traitant peut à certaines conditions demander le paiement des sommes qui lui sont dues directement au maître d'ouvrage. Cette action a pour effet de créer un lien entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage.

Les conditions sont les suivantes : il doit s'agir d'un marché privé ; une autre procédure nommée paiement direct, et non action directe, est réservée aux sous-traitants des marchés publics. Il faut surtout que le maître d'ouvrage ait agréé le sous-traitant.

2. La location-gérance

2.1 Définition et intérêts

C'est un contrat qui permet au propriétaire d'un fonds de commerce, artisanal ou industriel, de concéder à une personne – le locataire gérant – le droit d'exploiter librement ce fonds à ses risques et périls moyennant le paiement d'une redevance. Ce contrat offre la possibilité de réaliser des concentrations d'entreprises, souples et réversibles, dans l'attente d'une éventuelle fusion ultérieure.

La location-gérance permet au propriétaire de l'entreprise de conserver la propriété de ce fonds et de s'assurer un revenu, grâce à la perception de redevances. Elle peut représenter un moyen efficace de préparer la cession de son entreprise.

Pour le locataire gérant, cette formule lui permet d'exploiter une clientèle sans avoir à acquérir immédiatement les éléments parfois onéreux d'un fonds. Elle lui permet également d'apprécier la viabilité de l'entreprise qu'il envisage de reprendre. À cet égard, la récente création d'un contrat de location de parts sociales ou d'actions permet d'atteindre le même objectif.

2.2 Les conditions principales du contrat

Pour le loueur, propriétaire du fonds, il est nécessaire d'avoir exploité le fonds pendant deux ans au moins. Des exceptions à cette obligation sont prévues par l'article L. 144-5 du Code du commerce.

C'est notamment le cas des héritiers ou légataires d'un commerçant ou d'un artisan décédé ; des conjoints attributaires du fonds de commerce ou artisanal à la suite de la dissolution du régime matrimonial, lorsqu'ils ont participé à l'exploitation pendant au moins deux ans.

Pour le locataire gérant, il est nécessaire d'avoir la capacité d'exercer le commerce et de s'immatriculer au Registre du commerce et des sociétés.

Durée. Le contrat de location gérance doit être publié. Sa durée est déterminée ou indéterminée. En règle générale, elle est d'un an renouvelable par tacite reconduction. Le locataire gérant n'a pas droit au renouvellement automatique du contrat. Le bailleur peut reprendre son fonds sans avoir à verser une indemnité (sauf si le contrat lui-même le prévoit).

Prix. Le montant des redevances est fixé librement par les parties. Leur montant peut être fixe ou proportionnel au chiffre d'affaires ou au bénéfice. Elles peuvent être versées mensuellement ou trimestriellement. Fiscalement, les redevances constituent des bénéfices d'exploitation imposables dans la catégorie des BIC pour le bailleur. Pour le locataire gérant, ces redevances sont déductibles.

Solidarité. Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette date, le bailleur est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds. Le bailleur peut être mis en cause par l'administration fiscale, pour le paiement des impôts directs du locataire, établis à raison de l'exploitation du fonds de commerce.

3. Les contrats innommés

Nous citerons deux exemples.

Contrats « entreprise pilote ». Il est fréquent que des entreprises, notamment dans le domaine du bâtiment, se groupent soit en vue d'obtenir un marché soit, plus fréquemment, après l'avoir obtenu.

Ces entreprises contractent librement ; l'une d'elles pouvant être désignée comme mandataire des autres (entreprise pilote ou chef de file du consortium). L'entreprise pilote devient ainsi l'interlocuteur unique du maître d'ouvrage. En revanche, le maître de l'ouvrage contracte juridiquement non pas avec l'entreprise pilote mais avec chaque entrepreneur. L'entreprise pilote est simplement un intermédiaire de négociation.

Contrats d'intérêt commun. Ce sont des pratiques qui peuvent recouvrir des réalités très différentes. Dans tous les cas, deux ou plusieurs entreprises décident de s'unir contractuellement sur un pied d'égalité afin de mettre en commun des moyens de recherche ou de distribution. Ces contrats, parfois à tort nommés *joint venture*, ne sont pas réglementés de manière précise.

Dans les deux cas précités, on perçoit que le contrat de société n'est jamais très loin. Si les différents partenaires ont conscience de « s'approcher » du contrat de société, ce sera une société en participation ; si en revanche, ils se conduisent comme associés sans le savoir, ni *a fortiori* le vouloir, la qualification de société créée de fait pourra être retenue.

5

PARTIE

CHAPITRE 18

CHAPITRE 19

CHAPITRE 20

LES MUTATIONS DE L'ENTREPRISE

La transmission de l'entreprise

L'entreprise en difficulté

La fin de l'entreprise

La transmission de l'entreprise

SECTION 1 La transmission à titre onéreux de l'entreprise

SECTION 2 La transmission à titre gratuit de l'entreprise

FICHE • APPLICATIONS

Champ de l'étude. Seront présentées les règles relatives à la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit de l'entreprise *in bonis*. Celles, particulières, gouvernant la cession d'une entreprise en état de cessation de paiement seront exposées plus loin (voir *infra*, chap. 19, section 4).

SECTION 1

LA TRANSMISSION À TITRE ONÉREUX DE L'ENTREPRISE

Entreprise individuelle et société. Le mode de transmission d'une entreprise individuelle est différent de celui d'une société. On rappellera en effet que la première n'a pas d'existence juridique propre, tandis que la seconde, lorsqu'elle dispose de la personnalité morale, est la seule propriétaire de l'entreprise (à l'exclusion des associés).

Aussi, la cession d'une entreprise individuelle consiste toujours en la vente par l'entrepreneur des éléments de son patrimoine utilisés pour son entreprise. En revanche, la cession d'une société peut procéder de deux modalités distinctes : soit une cession des actifs, c'est-à-dire la vente des biens de la société décidée collectivement par les associés (en assemblée générale extraordinaire lorsque la cession compromet la poursuite de l'objet social) ; soit une cession de contrôle. Celle-ci consiste en la cession par les associés majoritaires de leurs droits sociaux.

1. La cession de l'entreprise individuelle

Champ de l'étude. Seule sera envisagée la cession de l'entreprise individuelle de nature commerciale.

Cession divisée. Cette cession à titre onéreux s'opère par la transmission des éléments d'exploitation. Généralement, ceux-ci sont regroupés en trois ensembles obéissant à des règles distinctes : le fonds de commerce ; les immeubles ; les créances, les dettes et les contrats.

Vente du fonds de commerce. La vente du fonds de commerce est régie par les règles du droit commun des contrats, ainsi que par celles du droit de la vente. Elle est également soumise à des règles édictées dans le Code de commerce (art. L. 141-1 et suivants), issues des lois du 17 mars 1909 et du 29 juin 1935. Pour la distribution de ces règles, il suffit de rappeler que le spécial déroge au général.

Les dispositions légales propres aux fonds de commerce (c'est-à-dire celles du Code de commerce) ne s'appliquent... qu'aux fonds de commerce. C'est dire l'importance de la notion. Or, la loi ne la définit pas. De la jurisprudence il ressort que la clientèle est la condition nécessaire de l'existence du fonds. Mais cette condition n'est pas suffisante ; il faut encore qu'un ou plusieurs éléments corporels ou incorporels soit présents. Aussi, peut-on affirmer que le fonds de commerce est un ensemble de biens permettant d'attirer une clientèle. Partant, il y a vente d'un fonds de commerce lorsque l'élément ou les éléments d'exploitation vendus ont un effet d'attraction d'une importance telle que la clientèle est cédée ou, dit autrement, lorsque cet ou ces éléments suffisent à attirer la clientèle.

1.1 Les conditions de fond de la vente du fonds de commerce

Droit commun. Les conditions de validité édictées par le droit commun des contrats s'appliquent à la vente du fonds de commerce (voir *supra*, chap. 1, section 2), de même que celles communes à toute vente (voir *supra*, chap. 1, section 6).

EXEMPLES

Lorsque le fonds de commerce est la propriété d'une personne incapable (mineur ou majeur incapable), la vente ne peut-être conclue que par son représentant légal.

Le prix de vente doit être déterminé ou déterminable.

Pouvoirs. Outre les règles communes relatives à la capacité de contracter, il convient de préciser que la personne souhaitant se porter acquéreur d'un fonds de commerce doit avoir la capacité commerciale, du moins s'il souhaite exploiter directement le fonds. Aussi, une personne frappée d'une interdiction d'exercer le commerce ne saurait acquérir un fonds de commerce. En revanche, un mineur émancipé le pourrait depuis que l'article L. 121-2 du Code de commerce (issu de la loi du 15 juin 2010 sur l'EIRL) l'autorise à être commerçant.

Reste le cas du vendeur marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, lorsque le fonds de commerce est un bien commun. La vente du fonds est alors un acte de cogestion, dans le sens où les deux époux doivent consentir à la vente (C. civ., art. 1424).

Prix. Les parties peuvent avoir dissimulé une partie du prix en affichant, dans l'acte de vente, un prix inférieur au prix réel. Ce dernier est alors contenu dans une **contre-lettre**. L'objectif est généralement de réduire l'assiette fiscale des droits d'enregistrement. À l'égard des contre-lettres, l'article 1321 du Code civil prévoit qu'elles ne produisent effet qu'entre les parties contractantes et aucun contre les tiers. Et l'article suivant (1321-1) dispose que la contre-lettre qui contient le supplément du prix est nulle (même entre les parties) lorsqu'elle concerne notamment une cession de fonds de commerce. Ce texte reprend sans changement les dispositions de l'article 1840 du Code général des impôts, lequel est abrogé. Cette précision est faite pour bien marquer la finalité fiscale de la règle.

La nullité est absolue, de sorte qu'elle peut être demandée même par l'acquéreur. Par ailleurs, les tribunaux jugent que seule la contre-lettre encourt la nullité, l'acte de vente demeurant valable. En conséquence, l'acquéreur est en droit de refuser de payer le prix stipulé dans la contre-lettre et, s'il l'a déjà versé, il est fondé à obtenir sa restitution.

Quant à l'administration fiscale, même en l'absence de simulation d'une partie du prix, elle peut établir que le prix est insuffisant et, si la preuve est établie, redresser fiscalement le débiteur des droits d'enregistrement.

1.2 Les conditions de forme de la vente du fonds de commerce

Recours à des professionnels. La vente d'un fonds de commerce est un acte très formaliste et, par conséquent, très complexe à réaliser. C'est pourquoi, en pratique, la rédaction de l'acte de vente et la réalisation des formalités sont confiées à des professionnels (avocat, notaire, courtier, agence immobilière...).

a) L'acte de vente

Préparation de l'acte de vente. Souvent la vente d'un fonds de commerce (c'est aussi exact pour un immeuble) est précédée d'un acte préparatoire, c'est-à-dire d'un avant-contrat. Celui-ci prend la forme soit d'une **promesse unilatérale de vente** – seul le propriétaire s'engage à vendre –, soit d'une **promesse synallagmatique de vente** – les deux parties sont engagées, l'une à vendre, l'autre à acheter (voir *supra*, chap. 1, section 6). On rappellera que lorsqu'elle est unilatérale, la promesse, qu'elle soit établie par acte sous seing privé ou authentique, doit être enregistrée auprès de l'administration fiscale dans les dix jours à compter de son acceptation par le bénéficiaire. À défaut, l'acte est nul (C. civ., art. 1589-2). Quant à son exécution forcée en nature, voir *supra*, chap. 1, section 6).

Un écrit ? La validité de la vente du fonds de commerce n'est pas conditionnée par un écrit. Certes, la loi exige la présence de mentions informatives dans l'acte même, mais leur omission n'est pas sanctionnée par une nullité automatique (voir ci-dessous).

REMARQUE

En pratique, un écrit est le plus souvent rédigé afin que les formalités informatives et publicitaires puissent être accomplies.

Mentions obligatoires. Afin que le candidat à l'acquisition puisse contracter en toute connaissance de cause, la loi oblige le vendeur à mentionner dans l'acte de vente certaines mentions informatives (C. com., art. L. 141-1, I). La règle concerne aussi la promesse synallagmatique de vente, parce qu'elle vaut vente, mais pas la simple promesse unilatérale. La liste est exhaustive :

- le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;
- l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;
- le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;
- les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps ;
- le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

Sanction de l'omission. La vente qui ne comporte pas une ou plusieurs des mentions ci-dessus présentées est annulable. La sanction de pareil formalisme informatif peut sembler sévère, mais la nullité est enfermée dans certaines conditions (C. com., art. L. 141-1, II) :

- tout d'abord seul l'acquéreur peut agir, ce qui en fait une nullité relative ;
- ensuite, l'action en nullité doit être intentée dans l'année qui suit la conclusion de la vente. Il s'agit d'un délai préfix, donc insusceptible de suspension et d'interruption ;
- enfin, la nullité n'est pas automatique ; elle n'opère pas de plein droit. Le juge saisi n'a pas pour rôle de constater la nullité mais de la prononcer ou pas. À cet effet, il lui

appartient, selon une jurisprudence constante, de rechercher si l'omission d'une mention obligatoire a vicié le consentement de l'acheteur.

Sanction de l'inexactitude. La sanction de l'inexactitude (par exemple l'indication des bénéfices fiscaux au lieu des bénéfices réels) est énoncée par l'article L. 141-3 du Code de commerce : le vendeur est tenu d'une garantie dont la consistance est précisée par un renvoi à la garantie des vices cachés. D'où il se déduit que l'acheteur a le choix de demander la résolution de la vente ou la réduction du prix. Si le vendeur connaissait l'inexactitude il engage sa responsabilité contractuelle (voir aussi *supra*, chap. 1, section 6).

Mais l'application du régime de la garantie des vices cachés s'arrête là. Ainsi, la garantie en cas d'inexactitude est d'ordre public. Le délai pour agir est d'une année à compter de la date de la prise de possession du fonds. L'action ne peut être intentée que par l'acquéreur (C. com., art. L. 141-4). Il s'agit d'un délai préfix.

REMARQUE

Les tribunaux estiment que l'action en garantie ne fait pas obstacle aux actions de droit commun fondées sur les vices du consentement, notamment l'erreur et le dol.

b) Les publicités légales

Double publicité. Le législateur impose à l'acquéreur l'accomplissement de deux formalités de publicité afin d'informer les tiers de la vente et, plus précisément, de permettre aux créanciers du vendeur d'intervenir (voir *infra*) :

- l'acte de vente doit être publié sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal d'annonces légales du lieu d'exploitation du fonds. Cette publicité doit avoir lieu dans les 15 jours de la vente ;
- dans les 15 jours qui suivent cette première publication, une publicité doit être effectuée au BODACC (C. com., art. L. 141-12).

Sanctions. Les dispositions relatives à la publicité de l'acte ne sont pas sanctionnées par la nullité de la vente, mais l'inopposabilité du paiement réalisé par l'acquéreur (C. com., art. L. 141-17). En conséquence, les créanciers du vendeur qui ne parviendraient pas à se faire payer pourraient obliger l'acquéreur à payer une deuxième fois puis saisir la somme ainsi versée.

c) Les autres formalités

Déclaration préalable. Le Code de l'urbanisme impose la déclaration préalable de la cession à la commune où est situé le fonds. Cette formalité ne doit être accomplie que lorsque, d'une part, le Conseil municipal a institué un droit de préemption en délimitant un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité et, d'autre part, le fonds se trouve dans ledit périmètre (C. urb., art. L. 214-1 et R. 214-1).

REMARQUE

La commune est dans l'impossibilité légale d'exercer son droit de préemption lorsque le fonds est compris dans la cession totale ou partielle d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective.

Formalité fiscale. À peine de nullité, l'acte de vente doit faire l'objet d'un enregistrement auprès de l'administration fiscale (C. com., art. L. 141-13). Cette formalité doit être accomplie avant les publicités légales. À cette occasion un droit d'enregistrement proportionnel à la valeur du fonds est payé par l'acheteur.

REMARQUE

Le Code général des impôts fait obligation de procéder à l'enregistrement dans le délai d'un mois suivant la conclusion de l'acte (CGI, art. 635). En pratique, cette formalité est effectuée dans des délais plus courts puisqu'elle doit être réalisée, aux termes du Code de commerce, avant la publicité dans un journal d'annonces légales, laquelle doit intervenir dans les 15 jours de la vente et faire mention de la date d'enregistrement.

Inventaire et visa des livres de comptabilité. Les livres de comptabilité tenus par le vendeur doivent être visés par les parties à la vente. Il s'agit plus exactement des livres tenus pendant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ainsi qu'un document présentant les chiffres d'affaires annuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente.

Par ailleurs, ces livres de comptabilité doivent être inventoriés par les parties et le vendeur est tenu de les mettre à la disposition de l'acquéreur pendant trois ans à compter de son entrée en jouissance du fonds.

Les dispositions relatives à pareils visa et inventaire sont d'ordre public (C. com. art. L. 141-2). Mais la loi ne prévoit aucune sanction en cas de manquement.

Formalités propres à certains éléments du fonds. L'accomplissement des formalités propres à la vente du fonds de commerce ne dispense pas d'accomplir celles qui sont spécifiques à certains éléments faisant partie du fonds et cédés avec ce dernier.

EXEMPLES

- La cession d'un brevet n'est opposable aux tiers que si l'acte a été inscrit sur le registre national des brevets, tenu par l'Institut national de la propriété industrielle (CPI, art. L. 613-9).
- La cession du bail commercial n'est opposable au bailleur que si elle lui a été signifiée, même s'il est intervenu dans l'acte. En effet, la cession de bail est soumise à l'article 1690 du Code civil relatif à la cession de créance. Il en résulte en outre que la formalité de la signification n'est pas nécessaire lorsque la vente du fonds de commerce a été réalisée par acte authentique et que le bailleur a accepté la cession du bail dans cet acte.

RCS. Lorsque l'acheteur est une personne physique, il va devenir commerçant et a l'obligation, à ce titre, de demander son immatriculation au **Registre du commerce et des sociétés** (RCS) dans le délai de 15 jours à compter de la date du début de son activité. S'il est une personne morale, et que celle-ci n'est pas encore immatriculée au RCS, elle devra y procéder au plus tôt après l'accomplissement des formalités de constitution.

Enfin, le vendeur personne physique est tenu de se radier du RCS dans le délai d'un mois qui suit la cession du fonds (voir *infra*, chap. 20, section 1).

1.3 Les obligations des parties à la vente

Obligations du vendeur. Une fois le contrat valablement formé, les obligations du vendeur du fonds de commerce sont celles de tout vendeur, notamment l'obligation de délivrance et de garantie (voir *supra*, chap. 1, section 6).

On précisera seulement que la **garantie contre l'éviction** interdit au vendeur de détourner la clientèle du fonds vendu. Elle ne fait pas obstacle à son rétablissement pour l'exercice d'une activité similaire... pour autant que ce rétablissement n'ait pas pour conséquence la reprise de la clientèle cédée.

REMARQUE

Souvent la convention stipule une clause de non-rétablissement ou de non-concurrence. Elle est valable, mais ne se confond pas avec la garantie d'éviction. De sorte que même si la convention de non-concurrence est respectée – soit que le vendeur ne s'est pas réinstallé dans le secteur géographique spécifié, soit que le délai stipulé est expiré – le vendeur du fonds reste tenu de s'abstenir de reprendre la clientèle cédée.

Obligations de l'acheteur. L'acheteur est également tenu des obligations de tout acheteur, notamment payer le prix (voir *supra*, chap. 1, section 6). Souvent le paiement du prix est échelonné dans le temps par la souscription, par l'acquéreur, de **billets à ordre** à échéances successives, appelés « billets de fonds » dans la pratique. Le règlement par billet à ordre n'est valable que s'il a été expressément prévu par les parties (C. com., art. L. 512-8).

TUTORAT RÉMUNÉRÉ EN ENTREPRISE

La loi a prévu la faculté pour le cédant d'une entreprise commerciale (mais aussi artisanale, libérale ou de services) de conclure avec le cessionnaire, après la cession, une convention de tutorat. Le cédant s'engagerait alors à transmettre au cessionnaire son expérience professionnelle de chef de l'entreprise cédée. En contrepartie, le cessionnaire lui verserait une rémunération. Un décret doit préciser le régime de ce tutorat.

1.4 Les garanties du vendeur

Prix payable à terme. Lorsque le prix est payable à terme, le vendeur bénéficie d'une double garantie en cas de défaut de paiement : un privilège et une action résolutoire.

a) Le privilège du vendeur de fonds de commerce

Consistance du privilège. La loi confère au vendeur du fonds de commerce un privilège (qui n'est autre qu'une sûreté) qui lui confère un droit de préférence, c'est-à-dire le droit d'être payé avant les autres créanciers de l'acheteur, sur le prix retiré de la vente amiable ou forcée du fonds. Ce droit de préférence suit le fonds lorsque ce dernier est revendu par l'acheteur (C. com., art. L. 143-12). On dit alors que le privilège confère un droit de suite : le vendeur pourra réclamer paiement au sous-acquéreur.

Conditions du privilège. L'existence du privilège du vendeur du fonds de commerce est subordonnée à l'enregistrement de l'acte de vente et à son inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu d'exploitation du fonds (C. com., art. L. 141-5). L'inscription doit être réalisée dans les 15 jours qui suivent la signature de l'acte de vente. L'inscription hors délai est nulle (C. com., art. L. 141-6, al. 1^{er}).

Assiette du privilège. Le privilège du vendeur porte sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription sur le registre spécial. Mais faut-il encore que le prix soit ventilé entre les éléments incorporels du fonds, le matériel et les marchandises. Si l'acte de vente ne mentionne qu'un prix global, alors il a été jugé à plusieurs reprises que le privilège ne porte que sur les éléments incorporels. Ce qui signifie que la créance du vendeur, portant sur le prix restant dû, est chirographaire sur le matériel et les marchandises.

Enfin, à défaut de désignation précise des éléments du fonds dans l'acte et dans l'inscription, le privilège ne porte que sur certains des éléments incorporels : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage (C. com., art. L. 141-5).

Exercice du privilège. Le privilège du vendeur porte sur la totalité du prix qui lui est dû, mais son exercice est compartimenté par la loi selon l'origine de la créance. Autrement dit le privilège s'exerce sur le prix ventilé en trois compartiments : le prix correspondant aux éléments incorporels, celui correspondant au matériel et celui des marchandises. Par exemple, le privilège ayant pour assiette les éléments incorporels ne pourra être exercé que sur le prix afférant à ces éléments, ce qui peut se révéler défavorable au vendeur lorsque la valeur de ces derniers a diminué.

Si l'acquéreur procède à des paiements partiels, la loi ajoute une autre règle importante : ils s'imputent d'abord sur le prix des marchandises, ensuite sur le prix du matériel, puis sur le prix des éléments incorporels.

EXEMPLE

Prenons l'hypothèse suivante : la ventilation du prix mentionnée dans l'acte de vente, fait apparaître 300 pour les marchandises et l'acquéreur a effectué un paiement partiel de 200 quelques mois après la vente. Lors de la revente du fonds, le prix des marchandises est de 200.

L'imputation du paiement partiel doit être effectuée sur le prix de revente des marchandises ($200 - 200 = 0$). 100 est la somme qui reste due au vendeur ($300 - 200 = 100$). Cette créance est chirographaire puisque le privilège relatif aux marchandises ne peut être exercé que sur le prix de revente des marchandises.

Vente forcée. Le vendeur privilégié dispose de la faculté de faire ordonner la vente du fonds huit jours après sommation de payer faite à l'acquéreur demeurée infructueuse. La demande est portée devant le tribunal de commerce du lieu d'exploitation du fonds (C. com., art. L. 143-5).

b) L'action résolutoire

Condition d'opposabilité. Comme tout vendeur, celui d'un fonds de commerce dispose d'une action en résolution de la vente si l'acheteur ne paye pas le prix (C. civ., art. 1654). Toutefois, lorsque la vente concerne un fonds de commerce, l'action résolutoire ne pourra être exercée que si elle a été mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège dans le registre public (C. com., art. L. 141-6, al. 2). La règle a pour objet de protéger les créanciers de l'acheteur ainsi que le sous-acquéreur éventuel.

Aussi, à défaut d'accomplissement de cette formalité, l'acheteur ne peut pas s'en prévaloir. En revanche, l'action résolutoire serait inopposable au sous acquéreur et aux créanciers de l'acheteur. Parmi ces créanciers, il a pu être jugé que seuls ceux disposant d'un droit sur le fonds (un nantissement par exemple) pouvaient se prévaloir de la règle, à l'exclusion des créanciers chirographaires ; mais la solution n'est pas certaine.

Condition d'exercice. La mention et la réservation de l'action résolutoire ne suffisent pas à son efficacité. En effet, le vendeur qui entend exercer pareille action doit la notifier aux créanciers inscrits sur le fonds (*i.e.* qui disposent d'une sûreté sur le fonds). Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification (C. com., art. L. 141-8).

La règle a pour finalité de permettre aux créanciers inscrits de faire obstacle à la résolution. Ils peuvent en effet, dans le mois qui suit la notification, soit désintéresser le vendeur en lui payant la somme due, soit contester la régularité de la résolution (perte du privilège du vendeur, par exemple).

Procédures collectives. Souvent, l'acquéreur ne paie pas le prix parce qu'il éprouve de telles difficultés financières qu'il fait l'objet d'une procédure collective. En pareille situation, on rappellera que l'action en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent est impossible. Il ne reste au vendeur qu'à déclarer sa créance à la procédure (voir *infra*, chap. 19, section 2).

Effets, restitutions. La résolution opère un effet rétroactif qui se manifeste par des restitutions réciproques (voir *supra*, chap. 1, section 5). Le fonds doit être restitué par l'acheteur, dans sa totalité, même si une partie du prix avait été payée.

Des difficultés se présentent lorsque, depuis la vente, la composition du fonds a évolué. Le Code de commerce dispose que l'action résolutoire est limitée aux seuls éléments qui ont fait partie de la vente (art. L. 141-6, al. 2) et qu'en cas de résolution le vendeur est tenu de reprendre tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente (art. L. 141-7).

Hypothèse	Étendue de la restitution
Des éléments fongibles, telles des marchandises, ont été aliénés puis remplacés par d'autres éléments du même type.	La restitution porte sur les éléments existant lors de la résolution.
Des éléments du fonds ont disparus depuis la vente, par exemple le stock de marchandises a été aliéné sans être remplacé.	La restitution ne portera que sur les éléments encore compris dans le fonds, mais une indemnité sera due (voir <i>infra</i>).
Des éléments composant le fonds lors de la vente se sont accrus, par exemple une augmentation du stock de marchandises.	La restitution portera sur l'ensemble du fonds, y compris l'accroissement.
Des éléments nouveaux, non compris dans la vente, sont apparus, par exemple l'acquisition d'un brevet.	Il est le plus souvent soutenu que la restitution ne saurait porter sur les éléments nouveaux, corporels ou incorporels.

Effets, évaluation des restitutions. La loi confère à la résolution de la vente du fonds de commerce un effet dérogatoire au droit commun : le vendeur « est comptable du prix des marchandises et du matériel existant au moment de sa reprise de possession d'après l'estimation qui en est faite par expertise contradictoire, amiable ou judiciaire, sous la déduction de ce qui peut lui rester dû par privilège sur les prix respectifs des marchandises et du matériel » (C. com., art. L. 141-7). Il convient donc de tenir compte de l'évolution, à la hausse ou à la baisse, de la valeur des marchandises et du matériel, soit du fait de variations quantitatives (augmentation du volume des stocks par exemple), soit par fluctuation de la valeur marchande (plus ou moins-value). Ainsi, l'expertise établira la quantité et la valeur des marchandises et du matériel au jour de la reprise de possession par le vendeur.

Hypothèse	Évaluation des restitutions
Au jour de la restitution, les marchandises et le matériel ont une valeur supérieure au prix de vente afférant à ces biens.	Le vendeur est débiteur à l'égard de l'acheteur d'une somme égale à la différence entre cette valeur et ce prix.
Au jour de la restitution, les marchandises et le matériel ont une valeur inférieure au prix de vente afférant à ces biens.	Le vendeur est créancier à l'égard de l'acheteur d'une somme égale à la différence entre ce prix et cette valeur.

En revanche, la loi ne prévoit pas de disposition spéciale concernant les éléments incorporels. La majorité des décisions de justice comme de la doctrine en déduit qu'il convient de s'en tenir alors au droit commun de la résolution : l'acheteur restitue les éléments incorporels, tandis que le vendeur restitue l'acompte perçu. Si une moins-value est établie et qu'elle est imputable à l'acquéreur alors le vendeur pourra prétendre à des dommages-intérêts.

1.5 La protection des créanciers du vendeur

Inopposabilité. Tout d'abord, on rappellera que la double publicité de l'acte de vente, à laquelle est soumis l'acquéreur du fonds à peine d'inopposabilité du paiement du prix, permet aux créanciers de celui-ci d'être informé de la vente (voir *supra*). De la sorte, ils sont en mesure d'exercer leurs droits d'opposition et de surenchère.

Droit d'opposition. Durant une période de 10 jours, courant à compter de l'accomplissement des formalités de publicité, les créanciers du vendeur sont en droit de former opposition au paiement du prix par l'acheteur (C. com., art. L. 141-14). Il importe peu qu'ils soient chirographaires ou titulaires de sûretés ; titulaires de créances échues ou à échoir (sauf pour la créance de loyer qui doit être échue). L'opposition doit être formée par acte extrajudiciaire (le plus souvent par huissier de justice).

Durant ce délai de 10 jours, le prix est indisponible : il est fait interdiction à l'acquéreur de le verser au vendeur. Si ce paiement est malgré tout réalisé, il serait inopposable aux créanciers, qu'ils aient formé opposition ou pas ; ce qui signifie que l'acquéreur s'expose à payer une seconde fois (C. com., art. L. 141-17).

Face à une telle opposition de ces créanciers, le vendeur du fonds peut en demander la mainlevée au président du tribunal de grande instance statuant en référé. En d'autres termes, il demande à pouvoir percevoir le prix malgré l'opposition. Pour cela, il doit consigner une somme d'argent suffisante, fixée par le juge des référés, pour désintéresser, le cas échéant, les créanciers opposants (C. com., art. L. 141-15).

Droit de surenchère. Lorsque le prix de vente lui paraît insuffisant, le créancier qui a formé opposition, mais aussi celui inscrit, sont en droit de demander au tribunal de commerce la mise aux enchères publiques du fonds. La demande doit être formée dans les 20 jours qui suivent la publication de la vente au BODACC. Il n'y sera fait droit que si le prix ne suffit pas à désintéresser tous les créanciers opposants et inscrits.

Surtout, le créancier doit proposer de surenchérir du sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises. Lors des enchères, si aucune offre plus intéressante n'est faite, le créancier surenchérisseur sera déclaré adjudicataire du fonds pour le prix de vente initial majoré du sixième (C. com., art. L. 141-19).

1.6 Les aspects fiscaux de la vente du fonds de commerce

a) Les impôts directs

Bénéfice d'exploitation et plus-values de cession. Les règles relatives aux impôts directs sont présentées dans le chapitre relatif à la cessation de l'entreprise individuelle (voir *infra*, chap. 20, section 1).

On précisera que le délai de 60 jours pour aviser l'administration fiscale de la cession court à compter du jour où la vente ou la cession a été publiée dans un journal d'annonces légales. Par ailleurs, l'acquéreur du fonds de commerce est solidairement tenu (avec le cédant) du paiement des impôts sur les bénéfices d'exploitation dus par le cédant au titre de l'année de cession. Mais cette solidarité ne saurait l'obliger au paiement d'une somme d'argent supérieure au prix du fonds de commerce (CGI, art. 1684, 1).

b) Les droits d'enregistrement

Délai. Il a été vu plus haut que l'enregistrement de l'acte de cession du fonds de commerce doit être réalisé dans le délai d'un mois suivant la conclusion de l'acte.

Taux (CGI, art. 719, 1595 et 1595 bis)

Valeur de la fraction taxable	Taux applicable			
	Taxe d'État	Taxe additionnelle départementale	Taxe additionnelle communale	Total
N'excédant pas 23 000 €	0 %	0 %	0 %	0 %
Comprise entre 23 000 € et 107 000 €	2,00 %	0,60 %	0,40 %	3 %
Comprise entre 107 000 € et 200 000 €	0,60 %	1,40 %	1,00 %	3 %
Supérieure à 200 000 €	2,60 %	1,40 %	1,00 %	5 %

REMARQUE

Concernant la taxe d'État, il existe un barème plus favorable pour les cessions de fonds situés dans certaines zones d'aménagement du territoire (CGI, art. 722 bis).

Assiette. Le calcul des droits d'enregistrement est basé,

- soit sur le prix augmenté des charges imposées à l'acquéreur et diminuées des obligations contractées par le vendeur en lieu et place de l'acquéreur ;
- soit sur la valeur vénale du fonds de commerce si elle supérieure au prix.

C'est dire que l'administration fiscale est en droit de contester le prix fixé par les parties si elle estime que la valeur vénale du fonds est supérieure. Elle devra en rapporter la preuve.

Tous les éléments du fonds ne sont pas pris en compte :

- servent de base de calcul la clientèle, le droit au bail, les objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds (CGI, art. 719) ;
- sont exclus :
 - les marchandises neuves (car elles sont assujetties à la TVA),
 - les brevets (ils font l'objet d'un droit fixe de 125 euros : CGI, art. 731),
 - les créances, les dettes et les contrats (ils ne font pas partie du fonds de commerce).

Cession de la nue-propriété. Lorsque seule est cédée la nue-propriété du fonds de commerce – le cédant se réservant alors l'usufruit – les droits d'enregistrement ne sont calculés que sur la nue-propriété. La part de celle-ci en rapport à la totalité du bien dépend de l'âge de l'usufruitier. Le barème a été étendu aux mutations à titre onéreux (voir CGI, art. 669, I).

Abattement. La loi du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, outre la modification des taux indiqués dans le tableau ci-dessus, a édicté un abattement de 300 000 euros sur la valeur du fonds au profit de certains acquéreurs, par exemple le conjoint du cédant, et à certaines conditions (CGI, art. 732 ter).

La cession d'un fonds de commerce est en principe dispensée de la TVA en application de l'article 257 bis du CGI : « Les livraisons de biens et les prestations de services, réalisées entre redevables de la taxe sur la valeur ajoutée, sont dispensées de celle-ci lors de la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit, ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens. (...) ».

1.7 La cession des autres éléments d'exploitation

a) Les immeubles

Exclusion du fonds. Les immeubles ne sont pas des éléments du fonds de commerce et ne font donc pas partie de la vente de ce dernier. Aussi, lorsque le fonds est exploité dans un immeuble dont est propriétaire l'exploitant, la vente de l'immeuble se fait par un acte séparé et obéit à un régime juridique et fiscal différent de la vente du fonds. Par exemple, la vente immobilière doit faire l'objet d'un acte authentique afin qu'il puisse être procédé aux formalités de publicité foncière. Souvent, une clause lie le sort des deux biens.

Il n'est pas interdit d'établir un seul acte authentique réunissant la vente du fonds et de l'immeuble.

Fiscalité des plus-values immobilières. Le Code général des impôts prévoit un abattement sur les plus-values immobilières à long terme réalisées dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole (donc les plus-values professionnelles). Ces plus-values sont imposées après application d'un abattement de 10 % par année de détention au-delà de la cinquième (CGI, art. 151 *septies* B). Les plus-values réalisées sur des biens immobiliers détenus depuis plus de quinze ans sont donc totalement exonérées. Cet abattement s'applique notamment aux plus-values réalisées à l'occasion de la cession :
– des immeubles bâtis ou non bâtis affectés par l'entreprise à sa propre exploitation (à l'exclusion des immeubles de placement et des terrains à bâtir) ;
– des droits afférents à un contrat de crédit-bail immobilier.

b) Les créances, dettes et contrats

Exclusion du fonds. Les créances, dettes et contrats ne sont pas cédés de plein droit à l'acquéreur du fonds de commerce. En effet, les créances dont est titulaire le vendeur du fonds et les dettes auxquelles il est tenu ne sont pas des éléments du fonds de commerce, mêmes quand elles trouvent leur origine dans l'exploitation de celui-ci. Il en est de même des contrats en cours au jour de la vente du fonds puisqu'ils comportent des créances et/ou des dettes.

Cession conventionnelle. Pour autant, la cession des créances, dettes et contrats est possible, par contrat et séparément du fonds de commerce. Concrètement, il s'agira d'une clause stipulée dans l'acte de vente du fonds et concernant spécifiquement les créances, dettes et contrats ; ou encore d'un acte séparé de la vente. Il convient d'envisager les conditions et modalités d'une pareille cession conventionnelle.

Créances. La cession de créance est autorisée par le droit français. Elle ne nécessite pas l'accord du débiteur. En revanche, les formalités édictées par l'article 1690 du Code civil doivent être respectées afin que la cession soit opposable aux tiers. Elles consistent en la signification de la cession au débiteur par exploit d'huissier ou en l'acceptation par ce dernier de la cession dans un acte authentique.

Dettes. La cession de dette est interdite en droit français, du moins sans l'accord du créancier cédé. La loi peut porter exception à pareil principe. C'est le cas par exemple de l'article 1684 du Code général des impôts (voir *supra*).

EXEMPLE

Une entreprise A cède son fonds de commerce à une entreprise B. Le fonds est notamment constitué d'un stock de marchandises. La plupart de celles-ci fut vendue à terme par l'entreprise C, avant la cession du fonds. L'entreprise C agit aujourd'hui en paiement contre l'entreprise B. L'action n'aboutira pas parce que la dette de A envers C n'a pas été cédée à B.

En l'absence de texte, les parties à la vente du fonds peuvent prévoir la cession des dettes du vendeur. Plusieurs techniques sont possibles (notamment la délégation ou la stipulation pour autrui), mais toutes nécessitent l'accord du créancier cédé. Le plus simple consiste encore à établir un contrat entre le cédant, le cessionnaire et le cédé, dans lequel le deuxième accepte de prendre en charge les dettes du premier, tandis que le troisième accepte de libérer le premier pour l'avenir. À défaut d'un tel contrat à trois personnes, celui établi uniquement entre le cédant et le cessionnaire ne produirait aucun effet à l'égard du créancier cédé. Ce dernier serait alors en droit d'agir contre le cédant.

Cession conventionnelle des contrats. Le droit français ne prévoit pas de régime juridique général propre à la cession de contrat. L'intérêt de la cession est grand lorsqu'il s'agit d'un contrat s'inscrivant dans la durée et qu'il est en cours d'exécution au jour de la vente du fonds. La Cour de cassation juge que la cession de contrat est possible, même si le contrat a été conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire pour lequel la personnalité du cocontractant est déterminante. Une condition est toutefois posée : le consentement du cocontractant (le cédé).

REMARQUE

Parfois, le contrat en cause est indispensable à l'exploitation du fonds de commerce ; par exemple un contrat de franchisage liant un franchiseur (le cocontractant) et un franchisé (le vendeur du fonds de commerce et cédant du contrat). Les conséquences d'un refus du franchiseur seraient graves pour l'acheteur du fonds. Il est donc recommandé de stipuler une condition suspensive, c'est-à-dire une clause par laquelle l'acquisition du fonds est conditionnée par le consentement du franchiseur à la cession du contrat de franchisage.

Cession légale des contrats. Par exception au principe de liberté contractuelle, la loi prévoit dans certains cas et pour certains contrats une cession de plein droit :

Contrats de travail	Lors d'une cession d'entreprise (individuelle ou non) tous les contrats de travail en cours au jour de la cession subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise (C. trav., art. L. 1224-1).
Contrats d'assurance	Les contrats d'assurance de dommages (ils garantissent les biens et la responsabilité civile) continuent de plein droit au profit de l'acquéreur de la chose assurée (C. assur., art. L. 121-10). Il pourrait s'agir par exemple d'une assurance perte d'exploitation (sur laquelle, voir <i>supra</i> , chap. 1, section 6). La règle ne s'applique pas lorsque la chose assurée, et aliénée, est un véhicule.
Contrats d'édition	En cas d'aliénation de son fonds de commerce par un éditeur, les contrats d'édition sont transmis de plein droit. Toutefois, si cette aliénation est de nature à compromettre gravement les intérêts matériels ou moraux de l'auteur, celui-ci est fondé à obtenir réparation même par voie de résiliation du contrat (CPI, art. L. 132-16).

2. La cession de contrôle d'une société

Cession de société. La cession d'une société peut procéder de deux techniques distinctes. La première consiste en une cession des actifs et, notamment, du fonds de commerce ; le cédant n'étant autre que la société elle-même. Les règles examinées relatives à la vente de fonds de commerce s'appliquent (voir *supra*). En réalité, il ne s'agit pas directement de cession de société, mais de cession de fonds de commerce.

La seconde technique est la cession du contrôle de la société. Elle consiste en la cession par les associés majoritaires de leurs droits sociaux. La **cession de contrôle** n'est pas non plus une

cession directe de la société puisque le cessionnaire n'acquiert pas les biens de la société ; il ne dispose pas de la propriété de l'actif social, pas plus que le cédant. En d'autres termes, l'entreprise demeure dans le patrimoine de la société.

Cession de droits sociaux. La cession de contrôle est une convention par laquelle un ou plusieurs associés majoritaires cèdent la propriété de leurs droits sociaux – parts sociales ou actions – à une personne qui devient ainsi associé majoritaire et contrôle alors la société émettrice desdits droits sociaux.

Réglementation. Juridiquement la cession de contrôle n'est autre qu'une cession de droits sociaux. Elle n'est pas réglementée en tant qu'opération de contrôle, sauf pour les sociétés cotées en bourse. S'agissant de celles-ci, le Code de commerce édicte des dispositions relatives aux offres publiques d'achat ou d'échange. Les praticiens préfèrent alors parler de prise de contrôle. Elle ne sera pas envisagée dans ce paragraphe.

La cession de droits sociaux émis par des sociétés non cotées obéit au droit commun des contrats et à celui de la vente, ainsi qu'à des règles spécifiques tenant à la forme de la société émettrice.

2.1 Nature et qualification de la cession

Contrat civil ou contrat commercial. En principe, la cession de droit sociaux constitue un contrat civil, quelle que soit la forme de la société cible.

Toutefois, les tribunaux jugent que la cession est commerciale lorsqu'elle « a pour objet ou pour effet d'assurer aux acquéreurs le contrôle » d'une société commerciale. Il s'agit d'un acte de commerce qui emporte toutes les conséquences que l'on sait : liberté de la preuve, compétence du tribunal de commerce, solidarité des acquéreurs s'ils sont plusieurs. Toutefois, une exception concerne la compétence juridictionnelle et résulte de l'article L. 721-3, 2°, du Code de commerce, aux termes duquel les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux sociétés commerciales : qu'il s'agisse ou pas d'une cession de contrôle, le litige né à l'occasion d'une cession de titres d'une société commerciale relève de la compétence du tribunal de commerce (Cass. com., 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-16.548).

Cession de droit ou cession de fonds de commerce ? Lorsque la cession de droits sociaux confère à l'acquéreur le contrôle de la société cible, ce qui est l'objet même d'une cession de contrôle, la question s'est posée de savoir si l'acte devait être requalifié en vente de fonds de commerce (lorsque l'activité est commerciale) ou si, au contraire, le nombre de titres cédés ne devait avoir aucune incidence sur le régime applicable.

Aujourd'hui, en droit fiscal comme en droit commercial la cession massive de droits sociaux n'est plus requalifiée en cession de fonds de commerce. Le droit fiscal réserve le cas de fraude.

2.2 La liberté ou l'agrément de la cession

Régimes matrimoniaux. L'article 1424 du Code civil, applicable aux époux mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, soumet à la cogestion (c'est-à-dire au consentement des deux époux) la cession de droits sociaux non négociables (à propos de leur identification, voir *infra*). Lorsque les droits sociaux sont négociables, en revanche, le consentement du conjoint n'est pas nécessaire.

Agrément. La cession est-elle libre ou, au contraire, doit-elle faire l'objet d'un agrément par les dirigeants de la société ou les actionnaires ? Tout dépend de la forme de la société cible ; ce qu'il convient maintenant d'envisager.

a) Société civile

Agrément obligatoire. Les parts d'une société civile ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés (C. civ., art. 1861, al. 1^{er}), c'est-à-dire à l'unanimité. La règle est d'ordre public lorsque les parts sociales sont cédées à des tiers. Pour le reste, elle est supplétive :

- les statuts peuvent dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux ;
- les statuts peuvent prévoir que l'agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent ;
- les statuts peuvent prévoir que l'agrément sera décidé par les gérants.

Agrément facultatif. Les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant ne sont pas soumises à agrément (C. civ., art. 1861, al. 2). La règle n'est pas d'ordre public, de sorte que les statuts peuvent prévoir l'agrément.

Procédure d'agrément. Le projet de cession doit être notifié à la société et à chacun des associés. La notification n'est pas faite aux associés mais aux gérants si les statuts prévoient que l'agrément sera décidé par ces derniers (C. civ., art. 1861, al. 3). À défaut de réponse dans un délai de six mois à compter de la notification, l'agrément est réputé acquis, sauf si les associés décident, dans ce délai, la dissolution de la société. Mais, le cédant peut rendre caduque pareille décision de dissolution. Pour cela, il doit renoncer à la cession dans le délai d'un mois à compter de ladite décision (C. civ., art. 1863).

Refus d'agrément. Si la cession n'est pas agréée, le cédant n'est pas tenu de conserver ses droits sociaux et demeurer ainsi associé. Plusieurs solutions sont prévues par la loi (C. civ., art. 1862) :

- d'abord, les associés ont la possibilité d'acquérir les parts. S'ils les acquièrent, ils sont réputés acquéreurs à proportion du nombre de parts qu'ils détenaient antérieurement ;
- si aucun associé ne se porte acquéreur, la société peut :
 - faire acquérir les parts par un tiers désigné à l'unanimité des autres associés ou suivant les modalités prévues dans les statuts,
 - racheter les parts en vue de leur annulation.

b) Société en nom collectif

Cession obligatoire. Les parts de société en nom collectif (SNC) ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. La règle est d'ordre public (C. com., art. L. 221-13). Aussi, est-ce la société la plus fermée.

Refus d'agrément. En cas de refus d'agrément, le cédant n'a d'autre solution que de rester associé.

c) Société à responsabilité limitée

Agrément obligatoire. L'agrément est de principe lorsque les parts sociales doivent être cédées à des tiers étrangers à la société. Il doit être donné à la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Mais les statuts peuvent prévoir une majorité plus forte (C. com., art. L. 223-14).

Procédure. Le projet de cession doit être notifié à la société et à chacun des associés. Si, après trois mois suivant la notification, la société n'a pas fait connaître sa décision, le consentement à la cession est réputé acquis (C. com., art. L. 223-14, al. 2).

L'associé sollicitant l'agrément n'est pas interdit de vote, ce qui simplifie les choses lorsqu'il est majoritaire.

Refus d'agrément. Dans l'hypothèse où l'agrément est refusé, l'associé qui essuie le refus est en droit d'obliger les associés à lui acheter ses parts ou à les faire acheter par un tiers. Les associés disposent alors d'un délai de trois mois à compter du refus. Seul peut se prévaloir de ces dispositions l'associé cédant détenant ses parts depuis au moins deux ans, sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de donation au profit du conjoint, ascendant ou descendant (C. com., art. L. 223-14, al. 3 et 6).

Une autre solution est prévue par la loi, mais elle ne saurait être imposée par le cédant. C'est en effet la société qui a la faculté d'acheter elle-même les parts sociales et réduire alors son capital. Sa décision doit être prise dans les trois mois suivant le refus. Le consentement du cédant est nécessaire (C. com., art. L. 223-14, al. 4).

Si aucune de ces deux solutions n'aboutit, l'associé peut réaliser la cession initialement prévue. Mais la règle ne concerne que l'associé détenant ses titres depuis au moins deux ans, sous les mêmes réserves présentées ci-dessus (C. com., art. L. 223-14, al. 5 et 6).

Agrément facultatif. N'est pas soumise à agrément, la transmission des parts sociales par voie de succession ou du fait de la liquidation de communauté de biens entre époux. Elle est libre. Il en est de même de la cession des parts à son conjoint, à un ascendant ou à un descendant. Les statuts peuvent toutefois prévoir l'agrément du conjoint, l'héritier, l'ascendant ou le descendant (C. com., art. L. 223-13, al. 1 et 2). La procédure d'agrément, ainsi que les conséquences d'un refus sont les mêmes qu'en cas de cession à des tiers.

Les parts sont également librement cessibles entre les associés. L'agrément peut toutefois être imposé par les statuts (C. com., art. L. 223-16).

d) Société anonyme

Agrément facultatif. Parce que la société anonyme est dépourvue d'*intuitu personae* (entre les associés), les droits sociaux sont librement cessibles ; aucun agrément n'est exigé par la loi. En revanche, les statuts peuvent prévoir pareil agrément (C. com., art. L. 228-23).

Domaine de la clause d'agrément :

- la clause d'agrément ne peut être stipulée que dans les sociétés non cotées (plus exactement dans les sociétés non admises aux négociations sur un marché réglementé) ;
- est concernée par la clause, « la cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital » ;
- depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, les cessions entre actionnaires peuvent être soumises à agrément. Pour autant, la **clause de préemption** conserve un intérêt. Elle oblige l'actionnaire cédant à proposer ses droits en priorité à ses coactionnaires. La violation d'une clause de préemption n'est pas la nullité de la cession, mais son inopposabilité à la société ;
- la clause d'agrément est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession soit à un conjoint soit à un ascendant ou à un descendant.

Conditions de la clause d'agrément. La clause d'agrément n'est efficace que si elle est prévue dans les statuts. Une décision du conseil d'administration ne suffit donc pas.

Par ailleurs, les titres doivent être nominatifs, en vertu de la loi ou des statuts.

Sanction. « Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle » (C. com., art. L. 228-23, al. 4).

Procédure. Le projet de cession doit être notifié à la société par le cédant ou le cessionnaire. L'agrément, ou son refus, est décidé par l'organe désigné dans les statuts, le plus souvent

le conseil d'administration. À défaut de réponse après trois mois suivant la notification, l'agrément est acquis (C. com., art. L. 228-24).

L'associé sollicitant l'agrément prend part au vote. Si la décision est prise par le conseil d'administration, il ne peut voter que s'il est administrateur. Si elle est prise par l'assemblée générale il votera en tant qu'actionnaire.

Refus d'agrément. Dans l'hypothèse où l'agrément est refusé, le conseil d'administration est tenu de faire acheter les titres soit par un actionnaire, soit par un tiers, soit par la société elle-même en vue d'une réduction correspondante du capital. Dans ce dernier cas, le consentement du cédant est nécessaire. Pour réaliser pareille cession, le conseil d'administration dispose d'un délai de trois mois à compter de la notification du refus. À défaut, l'agrément est considéré comme donné.

Enfin, le cédant peut renoncer à la cession si l'agrément ne lui est pas donné.

e) Société par actions simplifiées

Agrément facultatif. En principe, la cession des actions d'une SAS est libre. Mais les statuts peuvent soumettre la cession à l'agrément préalable de la société (C. com., art. L. 227-14). Ils désignent alors l'organe compétent pour prendre la décision.

La cession réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle (C. com., art. L. 227-15).

Clause d'inaliénabilité. La loi prévoit que les statuts d'une SAS peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions. Cette interdiction de cession ne saurait excéder une durée de dix ans (C. com., art. L. 227-13).

f) Tableau récapitulatif (agrément)

	Agrément obligatoire	Agrément facultatif
Société civile	Règle d'ordre public lorsque les parts sociales sont cédées à des tiers	Cession à des ascendants ou descendants
SNC	Règle d'ordre public	
SARL	Cessions à des tiers	• Transmission des parts sociales par voie de succession ou du fait de la liquidation de communauté de biens entre époux. • Cession à son conjoint, à un ascendant ou à un descendant. • Cession entre les associés.
SA		• Cession à des tiers ou entre associés. • Clause d'agrément impossible en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession soit à un conjoint soit à un ascendant ou à un descendant.
SAS		• Cession à des tiers ou entre associés.

2.3 La préparation de la cession

Justification. La cession de contrôle est une opération complexe qui, en pratique, est le plus souvent préparée. Rares sont en effet les accords immédiats.

La préparation s'impose notamment pour des raisons financières. Un audit financier et juridique de la société cible est le plus souvent nécessaire pour évaluer le prix de cession. Il permet aussi de déterminer la nécessité et la portée d'une clause de garantie.

Des considérations juridiques sont aussi à prendre en compte : le comité d'entreprise de la société cible doit être consulté sur le projet de cession (C. trav., art. L. 2323-6 et 2323-19) ; l'agrément de la société doit être recueilli lorsque la loi ou les statuts l'exigent (voir *supra*) ; la cession de contrôle entre dans le champ d'application du contrôle des concentrations d'entreprise (voir *supra*, chap. 2, section 1).

a) Les accords préparatoires

Négociations. La négociation de la cession peut être encadrée par des accords préparatoires, notamment une lettre d'intention faisant état de l'intention, non contraignante, de l'acquéreur et pouvant aussi fixer les règles de la négociation, notamment la confidentialité des informations échangées ou encore l'exclusivité de la négociation avec le seul partenaire (voir aussi, *supra*, chap. 1, section 1).

Promesse unilatérale de cession. Fréquemment la cession de droits sociaux est précédée d'un acte préparatoire, c'est-à-dire d'un avant-contrat. Celui-ci prend le plus souvent la forme d'une promesse unilatérale de vente par laquelle seul le propriétaire s'engage à céder, le bénéficiaire disposant d'un délai pour lever l'option (voir *supra*, chap. 1, section 6). Une telle promesse peut également être l'instrument d'une cession fractionnée des titres : une première cession portant sur une partie des titres et contenant une promesse de cession de l'autre partie des titres. L'intérêt est de permettre au cessionnaire de trouver les capitaux nécessaires à l'acquisition.

L'obligation d'enregistrement auprès de l'administration fiscale ne s'applique pas à la promesse unilatérale de cession de droits sociaux puisque cette obligation ne concerne que les immeubles et fonds de commerce.

Quant à son exécution forcée en nature, il convient de distinguer deux hypothèses :

Hypothèse		Solution
1	Le promettant se rétracte après que le bénéficiaire a levé l'option.	La rétractation n'est pas efficace car l'option a scellé la cession.
2	Le promettant se rétracte avant la levée de l'option.	En l'état actuel de la jurisprudence, le bénéficiaire ne peut pas obtenir l'exécution forcée en nature (voir aussi, <i>supra</i> , chap. 1, section 6).

Promesses croisées. L'acte préparatoire peut prendre aussi la forme d'une promesse unilatérale d'achat. En pratique sont fréquentes les promesses unilatérales croisées : l'un s'engage unilatéralement à vendre, tandis que l'autre s'engage, de la même façon, à acheter. La Cour de cassation juge qu'il s'agit là d'une promesse synallagmatique de vente, valant vente définitive, dès lors que les deux promesses réciproques ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes.

Pacte de préférence. Par un pacte de préférence le propriétaire des droits sociaux s'engage, au cas où il viendrait à les céder, à donner préférence au bénéficiaire du pacte aux conditions proposées par un tiers ou à des conditions prédéterminées. En droit des sociétés, le pacte

de préférence est aussi appelé clause de préemption. Celle-ci est valable. Quant à son exécution forcée en nature, voir *supra*, chap. 1, section 6.

Convention de portage. Le portage de droits sociaux est la convention par laquelle une personne (le donneur d'ordre) donne l'ordre à une autre personne qui accepte (le porteur) – le plus souvent une banque – d'acquérir ou de souscrire des titres d'une société. Dans pareil contrat, le donneur d'ordre s'engage à racheter les titres à la banque (promesse d'achat), tandis que le porteur promet de les lui céder (promesse de vente). En pratique, ce montage est mis en place notamment pour garantir la banque qui finance l'acquisition du contrôle d'une société.

Le prix du rachat des titres par le donneur d'ordre au porteur est convenu entre les parties. Souvent il est établi sur la base du prix payé par le porteur au cédant, lequel est alors majoré de la rémunération du porteur et diminuer des dividendes perçus par ce dernier pendant le portage.

Prohibition des clauses léonines. La question s'est posée de savoir si la promesse de cession ou la convention de portage ne tombait pas sous le coup de la prohibition des clauses léonines ; question légitime puisque le promettant (ou le porteur, associé de la société pendant le portage) est assuré de percevoir un prix convenu à l'avance et non soumis aux aléas sociaux. Bref, il ne supporterait pas les risques de pertes.

Si la première chambre civile de la Cour de cassation affirme la nullité des clauses fixant un prix minimal, la chambre commerciale juge que le grief de clause léonine doit être écarté au motif que la cession à un prix convenu était indépendante de la contribution aux pertes. On rappellera que la cession de contrôle d'une société commerciale est un acte de commerce relevant de la compétence des tribunaux de commerce, lesquels sont enclins à appliquer la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

b) Les conditions suspensives

Notion. Il ressort de la pratique que les actes de cession de contrôle stipulent très souvent des clauses conditionnant la perfection de l'acte à la survenance d'événements divers. Il s'agit de conditions suspensives. Plus exactement, une condition suspensive fait dépendre l'exécution de l'obligation de la survenance d'un événement futur ou incertain (C. civ., art. 1181). Lorsque cet événement survient, le contrat est réputé efficace dès sa conclusion (C. civ., art. 1179). La condition ne doit pas dépendre d'un événement qu'il est au pouvoir du seul débiteur d'empêcher ou de faire arriver, à peine de nullité de l'obligation conditionnelle (on parle de condition potestative ; C. civ., art. 1174).

Pratique. Fréquemment les conditions suspensives sont prévues dans les actes préparatoires de cession, notamment les promesses de cession. Dès lors que l'événement est survenu, il devient inutile de réitérer la condition réalisée dans l'acte définitif, ce dernier en constatant alors la réalisation.

EXEMPLES

Voici quelques exemples d'événements auxquels les parties conditionnent souvent l'exécution de la cession : agrément du cessionnaire par la société cible (voir *supra*) ; autorisation de la concentration lorsque les seuils sont atteints (voir *supra*) ; obtention d'un prêt bancaire par le cessionnaire ; remise de rapports d'audits ; remise de la démission du cédant au titre de son mandat social ; obtention de l'accord de certains cocontractants de la société de poursuivre les contrats en cours (utile lorsque ces contrats prévoient une faculté de résiliation unilatérale en cas de cession de contrôle) ; conclusion par la société de transactions relativement à certains litiges en cours.

2.4 La qualité du consentement

Vices du consentement. Le consentement des parties, cédant comme cessionnaire, ne doit pas être vicié, c'est-à-dire ne doit pas avoir été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. Il s'agit là d'une condition de validité de l'acte. C'est une règle relevant du droit commun des contrats (voir *supra*, chap. 1, section 2).

EXEMPLES

Le contrat encourt la nullité pour erreur sur les qualités substantielles, lorsque l'acquéreur des titres découvre après la cession que la société dont l'objet social était d'exploiter une carrière a vendu cette carrière avant la cession.

Les manœuvres dolosives peuvent résulter de manipulations comptables permettant d'occulter la vraie valeur de la société et, par voie de conséquence, des titres cédés.

2.5 Le prix de cession

a) La détermination du prix

Prix déterminé. L'article 1591 du Code civil, aux termes duquel le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, s'applique à la cession de droits sociaux. La règle est une condition de validité de l'acte (voir aussi *supra*, chap. 1, section 6).

Évaluation des droits sociaux. L'évaluation des droits sociaux n'est pas facile lorsque la société n'est pas cotée, faute de marché. De plus, bien souvent la valeur nominale des parts ou actions (qui s'obtient en divisant le montant du capital social par le nombre total de titres) ne correspond pas à leur valeur économique.

Alors, il devient impérieux pour l'acquéreur d'obtenir les informations indispensables à une évaluation proche de la réalité. Pour cela, il aura recours aux informations résultant des publicités légales, par exemple en obtenant du greffe du tribunal de commerce, qui tient le registre du commerce et des sociétés, un extrait de l'état d'immatriculation (dit « K bis ») ou encore la copie des statuts. Mais ces informations publiques ne sont pas suffisantes pour établir une évaluation complète.

D'autres informations, tenant par exemple à l'existence de sûretés ou garanties non publiées, au contenu des contrats les plus importants tels le bail commercial ou un contrat de distribution, ne peuvent être obtenues que du cédant. Aussi, le candidat à l'acquisition des parts doit obtenir l'accord du cédant – ce qui n'est pas très compliqué lorsque ce dernier est le dirigeant social – pour procéder à un audit de la société. Cette opération est appelée **due diligence** dans les pays anglo-saxon. En France, elle est souvent confiée à des avocats d'affaires ou des experts-comptables.

Prix symbolique. Lorsque le passif de la société cible est supérieur à son actif, se pose la question de savoir si les parties peuvent stipuler un prix symbolique, d'un euro par exemple. En principe le droit commun de la vente s'oppose à pareille pratique, d'une part parce que le prix n'est pas réellement déterminé, d'autre part parce qu'il est dérisoire.

Toutefois, ce prix symbolique a pour contrepartie la prise en charge indirecte du passif de la société par le cessionnaire. Aussi, les tribunaux admettent-ils la validité de la cession, mais à condition que le montant du passif soit précisé dans le contrat.

REMARQUE

Bien sûr, en cas de litige, le juge appréciera si, eu égard à la différence entre l'actif et le passif, le prix symbolique, certes déterminé, est dérisoire ou pas.

Prix déterminable. On sait que la jurisprudence relative à la vente admet que le prix soit simplement déterminable, c'est-à-dire résulte d'un procédé qui ne dépend pas de la volonté de l'une seule des parties. Cette technique est utile notamment lorsque les parties se sont rapprochées au cours d'un exercice comptable. Il est alors possible de prévoir dans un accord préparatoire un prix déterminé provisoire et de stipuler que le prix définitif sera établi lors de la clôture de l'exercice par tel procédé.

EXEMPLE

Est licite la clause qui prévoit dans un acte préparatoire un prix provisoire de 100 fixé en fonction de la valeur de l'actif net de la société à telle date et qui ajoute que le prix définitif sera fixé lors de la conclusion du contrat définitif en fonction de la valeur de l'actif net de la société résultant de la situation comptable de la société arrêtée à telle autre date.

Prix fixé par expert. En application du droit commun de la vente, les parties ont la faculté de laisser la détermination du prix de cession de droits sociaux à l'arbitrage d'un expert (C. civ., art. 1592).

Clause d'intéressement. La clause d'intéressement, dite aussi **clause de earn out**, a pour objet de lier le montant du prix des titres aux performances futures de la société. Elle implique un paiement différé du prix. La jurisprudence admet la validité d'une telle stipulation, dès lors que le prix est déterminable, ce qui est le cas lorsque le prix est fonction de l'évolution des résultats et de la valeur réelle de l'entreprise à une date donnée.

b) L'exclusion de la lésion

L'acte de cession de droits sociaux n'est pas susceptible de rescision pour lésion. Cette sanction n'est en effet qu'exceptionnelle et la cession de droit sociaux ne fait pas partie des exceptions (voir *supra*, chap. 1, section 2 et section 6).

2.6 Les formes de la cession

a) Cession de droits sociaux non négociables

Identification. On rappellera que les droits sociaux ne sont pas négociables lorsqu'ils ne peuvent pas être cédés selon les modes simplifiés du droit commercial. Il en est ainsi des parts sociales des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif, des SARL et des sociétés en commandite pour les commandités. Ils sont cessibles mais certaines formes sont exigées.

Un écrit. L'acte de cession de droits sociaux non négociables doit être établi par écrit (C. civ., art. 1865 ; C. com., art. 221-14 et 223-17), prenant la forme soit d'un acte sous seing privé, soit d'un acte authentique. Pareille exigence ne conditionne pas la validité de la cession. Le formalisme s'impose à titre de preuve.

Exceptionnellement, il conditionne la validité. C'est le cas de la cession intervenant entre époux membres d'une même société (C. civ., art. 1861, al. 4).

Formalisme de la cession de créance. N'étant pas négociables, les parts sociales ne peuvent pas être cédées par simple virement de compte à compte. L'article 1690 du Code civil relatif à la cession de créance s'applique. Aussi, la cession n'est-elle opposable à la société que si elle lui est signifiée par exploit d'huissier ou si elle est acceptée par la société dans un acte authentique.

Toutefois, la loi prévoit, au sujet des sociétés en nom collectif et des SARL, que la signification peut être remplacée par le dépôt de l'original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. Le Code civil dispose, s'agissant des sociétés civiles, que ladite signification peut être remplacée par transfert sur les registres de la société à condition que les statuts le prévoient (C. civ., art. 1865).

Publicité au RCS. Pour être opposable aux tiers, le formalisme destiné à rendre la cession opposable à la société (voir ci-dessus) doit être accompli, d'une part, et la cession doit être publiée au Registre du commerce et des sociétés, d'autre part.

REMARQUE

La Cour de cassation s'est orientée ces dernières années vers un assouplissement des exigences légales formalistes d'opposabilité de la cession à la société et aux tiers (v. *infra*, fiche 12 « Assouplissement du formalisme légal de la cession de parts sociales », p. 477).

Transfert de propriété. Par application du droit commun de la vente, le transfert de propriété des parts sociales s'opère par le seul échange de consentement (*solo consensu*), c'est-à-dire dès lors que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix (voir aussi *supra*, chap. 1, section 6).

b) Cession de droits sociaux négociables

Identification. Les actions nominatives qui sont émises par une SA, une SAS et une société en commandite par actions sont négociables.

Exclusion du formalisme. Du caractère négociable des actions, il résulte que les formes de l'article 1690 du Code civil, relatives à la cession de créance, ne sont pas nécessaires à la cession d'actions.

Par ailleurs, le contrat de cession n'a pas à être constaté par un écrit, ni publié au Registre du commerce et des sociétés. Toutefois, un écrit est le plus souvent établi, ne serait-ce que pour consigner les conditions suspensives ou, plus simplement encore, pour pouvoir prouver, le cas échéant, l'existence de la cession de contrôle. Cet écrit peut alors prendre la forme d'un acte sous seing privé ou être établi en la forme authentique.

Virement de compte. Un formalisme minimum est toutefois imposé par la loi. La cession doit être accomplie selon les formes simplifiées du droit commercial.

On sait que toutes les actions émises par les sociétés non cotées doivent être nominatives. Ces actions sont inscrites dans des comptes ouverts au nom de leur propriétaire. Ces comptes sont tenus soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire financier habilité. En conséquence, la cession d'actions nécessite un virement de compte à compte. Plus précisément, le cédant signe un ordre de virement, adressé à la société émettrice, afin que les actions cédées soient portées au nom du cessionnaire.

Transfert de propriété. Même si la cession de titres négociables est un acte consensuel, le transfert de propriété ne s'opère pas par le seul échange des consentements. Depuis une ordonnance du 24 juin 2004 en effet, la propriété des titres cédés a lieu à la date de l'inscription des titres au compte du cessionnaire (C. com., art. L. 228-1, al. 9). Cette date est celle fixée par l'accord des parties et notifiée à la société émettrice (C. com., art. R. 228-10).

c) Tableau récapitulatif

	Exigence d'un écrit	Opposabilité à la société	Opposabilité aux tiers	Transfert de propriété
Société civile	Oui	Formalisme de la cession de créance	Publicité au RCS	<i>Solo consensu</i>
SNC	Oui	Formalisme de la cession de créance	Publicité au RCS	<i>Solo consensu</i>
SARL	Oui	Formalisme de la cession de créance	Publicité au RCS	<i>Solo consensu</i>
SA	Non	Virement de compte	Absence de formalités	Inscription en compte
SAS	Non	Virement de compte	Absence de formalités	Inscription en compte

Enregistrement. La cession doit être enregistrée auprès de l'administration fiscale, qu'il s'agisse de parts sociales ou d'actions (voir *infra*).

2.7 La réalisation de la cession

Signing et closing. Les praticiens distinguent la phase de conclusion d'un accord relatif à la cession de contrôle – dite aussi *signing* – de celle de la réalisation de la cession – dite cession effective ou *closing*.

La première n'est autre que la phase de négociation qui s'achève par la signature d'un accord – l'acte de cession ou, le plus souvent, une promesse de cession. La seconde consiste à constater, contradictoirement, la réalisation de toutes les conditions suspensives ainsi que des formalités nécessaires, telle que le virement de compte (pour des actions). C'est à ce moment-là que le prix est payé.

2.8 Les garanties de la cession

Le cessionnaire dispose de garanties légales, mais elles sont de faible portée. Aussi est-il important de stipuler une garantie conventionnelle.

a) Les garanties légales

Garantie des vices cachés. La garantie des vices cachés, prévue par le droit commun de la vente (voir *supra*, chap. 1, section 6), peut être demandée par le cessionnaire... à condition de démontrer que les droits sociaux acquis sont affectés d'un vice caché.

La preuve d'un vice caché affectant un actif principal de la société cible ne suffit pas. La Cour de cassation exige que le vice affectant pareil actif soit de nature à rendre les parts sociales cédées impropres à leur destination.

Surgit alors une question d'importance : l'insolvabilité de la société, non apparente lors de la conclusion de la cession de contrôle, constitue-t-elle un vice caché affectant les droits sociaux cédés ? D'abord, parce que la cession de droits sociaux s'apparente à une cession de créance (du titulaire des droits sur la société), les articles 1693 et 1694 du Code civil s'appliquent. De sorte que le cédant garantit l'existence des titres, mais pas la solvabilité de la société. Pour autant, décide la Cour de cassation, la garantie des vices cachés est due au cessionnaire, mais à condition que ce dernier démontre que les titres sont impropres à leur destination. Par exemple, la preuve d'une perte nette comptable, cachée lors de la cession,

n'autorise pas la garantie dès lors que cette perte n'a pas mis la société dans l'impossibilité de poursuivre l'activité économique constituant son objet (Cass. com., 16 nov. 2004, pourvoi n° 02-12636).

EXEMPLE

L'acquéreur du contrôle d'une société civile immobilière (SCI) ne saurait obtenir la résolution de la cession des parts au motif que l'immeuble, constituant l'élément d'actif principal de la SCI, est affecté d'un vice caché. En effet, le vice n'affecte pas les parts directement, mais une chose dont le cessionnaire n'a pas acquis la propriété. Aussi, la Cour de cassation exige-t-elle que le vice affectant l'immeuble soit de nature à rendre les parts sociales cédées impropres à leur destination.

On peut alors penser que si le vice affectant un actif principal, tel le fonds de commerce exploité par la société cible, n'est autre qu'une interdiction administrative d'ouverture, la garantie joue puisque les parts sociales cédées sont alors impropres à leur destination.

Garantie d'éviction. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que la mise en œuvre de la garantie d'éviction est subordonnée à l'existence d'actes de nature à constituer des reprises ou des tentatives de reprise du bien vendu ou d'atteintes aux activités telles qu'elles empêchent le cessionnaire des titres de poursuivre l'activité économique de la société ainsi que de réaliser l'objet social.

Mais dans les sociétés où le droit de présentation de clientèle est essentiel lors de la cession – notamment dans les sociétés civiles professionnelles de médecins –, la Chambre civile juge que la tentative par le cédant de capter la clientèle de la société cédée suffit à établir la violation de la garantie d'éviction.

Si les parties à la cession ont pris le soin de stipuler une clause de non-concurrence – par laquelle le cédant s'engage à ne pas exercer une activité qui viendrait concurrencer le cessionnaire – l'expiration du délai de non-concurrence n'empêche pas le cessionnaire d'agir en garantie d'éviction. C'est que cette garantie n'est pas limitée dans le temps. En outre, elle est d'ordre public lorsqu'elle a pour objet le fait personnel du cédant (C. civ., art. 1628) : la durée prévue dans la clause de non-concurrence ne saurait limiter la durée de la garantie.

b) Les garanties conventionnelles

Intérêt. Certes, le cessionnaire du contrôle d'une société ne se voit pas transmettre l'actif et le passif de celle-ci ; il ne dispose d'aucun droit réel sur les actifs, de même qu'il ne devient pas débiteur du passif de la société. Ces actifs et passifs demeurent dans le patrimoine de la société. Cependant, tandis que la cession de fonds de commerce n'emporte pas cession du passif, la cession de contrôle conduit au contrôle d'une société avec tout son actif et tout son passif.

Certes encore, l'évaluation des parts sociales cédées dépend de la valeur nette de la société. Mais il n'est tenu compte, lors de la cession, que du passif connu. Or, un passif peut se révéler postérieurement à la cession, par exemple du fait d'une action en responsabilité intentée par un tiers contre la société cible et dont le fait générateur est antérieur à la cession. Le droit commun, qu'il s'agisse des règles relatives aux vices du consentement ou aux garanties du droit de la vente, ne suffit pas à protéger le cessionnaire. D'où la rédaction en pratique de clauses de garantie.

Clauses de garantie de passif. Les praticiens ont ainsi mis en place de clauses permettant de garantir le passif de la société cible. Plus exactement, il s'agit de prévoir à la charge du cédant une garantie des dettes qui ne figuraient pas dans le bilan comptable, mais dont l'origine est antérieure à la cession. Les variantes sont nombreuses.

La clause de garantie de passif est valable, mais doit être mise en œuvre avec loyauté. La garantie se manifeste par le versement d'une somme d'argent par le garant, soit au cessionnaire, soit à la société cible, soit directement au créancier. Enfin, la garantie peut être plafonnée au prix perçu par le cédant, ce qui est fréquent lorsque le bénéficiaire est le cessionnaire (clause dite de révision du prix ou de garantie de valeur). Mais elle peut être illimitée, le garant devant alors garantir la totalité de la dette même si son montant est supérieur au prix qu'il a perçu lors de la cession (clause de garantie *stricto sensu*, dite aussi clause d'indemnisation).

REMARQUE

La déloyauté – par exemple lorsque le cessionnaire connaissait les dettes ne figurant pas dans le bilan – ne semble pas devoir être sanctionnée par la neutralisation de la garantie (c'est-à-dire son inefficacité), mais uniquement pas l'allocation de dommages et intérêts (voir Cass. com., 10 juil. 2007, pourvoi n° 6-14.768).

Clause de garantie de l'actif. Il n'est pas rare non plus de voir stipulées des clauses garantissant les actifs de la société. Elles permettent au cessionnaire de se prémunir contre le risque d'une constatation d'un défaut postérieurement à la cession. La clause de garantie de l'actif est valable, mais doit être mise en œuvre avec loyauté.

LA LOCATION DE PARTS SOCIALES ET D'ACTIONS, REMÈDE AUX DANGERS DE LA CESSIION D'ENTREPRISE ?

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 relative aux PME a introduit dans les articles L. 239-1 et suivants du Code de commerce un contrat de location de parts sociales et d'actions visant à faciliter la transmission d'entreprise en protégeant au mieux le cessionnaire.

La location des parts ou actions, qui permet la progressivité de la transmission, est dans l'intérêt des deux parties à la transaction puisqu'elle permet au cédant de conserver le contrôle et/ou des revenus pour une durée choisie, et au cessionnaire de bénéficier d'une « période d'essai » propice à la réussite de la transmission. L'étalement de la période de transmission diminue également le risque lié à l'évaluation des actifs transmis (tant pour le cédant que pour le cessionnaire) et à l'apparition d'éléments de passif cachés.

La technique de la location, à la différence du prêt ou du démembrement, n'implique pas de transfert de propriété ; elle était déjà applicable à l'entreprise individuelle par le biais de la location-gérance, mais n'avait pas de pendant pour les droits sociaux. De plus elle autorise la réversibilité du schéma, le locataire des droits pouvant toujours ne pas renouveler le contrat.

Combinée avec une option d'achat, la location de parts ou d'actions se muera en véritable technique de transmission progressive.

2.9 Les aspects fiscaux

a) L'imposition des plus-values

Présentation. Le cédant qui vend ses titres à un prix supérieur à celui auquel il les avait acquis réalise une plus-value. L'imposition de celle-ci diffère selon qu'est applicable le régime des plus-values professionnelles ou celui des plus-values des particuliers.

■ Régime des plus-values professionnelles

Domaine. Le régime des plus-values professionnelles s'applique lorsque le cédant est une :

- entreprise soumise à l'impôt sur les revenus (IR) ;
- société soumise à l'impôt sur les sociétés (IS) ;
- personne physique associée d'une société de personnes dans laquelle elle exerce son activité professionnelle.

Entreprises relevant de l'impôt sur le revenu. Lorsque le cédant est une entreprise relevant de l'IR, il convient de distinguer selon la durée de détention des titres cédés. En effet, la cession des titres relève du régime des plus-values ou moins-value d'actifs à court ou à long terme. Encore faut-il que les titres cédés soient immobilisés. Relèvent du long terme les titres détenus depuis plus de deux ans, de même que les titres détenus depuis moins de deux ans à condition que la cession comprenne également des titres de même nature détenus depuis plus de deux ans. Lorsque tous les titres cédés étaient détenus depuis moins de deux ans, la plus-value est intégrée dans les résultats d'exploitation et imposée dans les conditions de droit commun.

Les plus-values dégagées de la cession des titres cédés faisant partie de l'actif immobilisé et détenus depuis plus de deux ans se voient appliquer le régime des plus-values à long terme. Elles sont donc imposées aux taux réduit de 16 % auquel il faut ajouter les prélèvements sociaux, soit 28,3 % au total.

Enfin, la cession par une entreprise soumise à l'IR des titres d'une société prépondérance immobilière peut bénéficier de l'abattement prévu à l'article 151 septies B du Code général des impôts, abattement sur les plus-values immobilières à long terme réalisées dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. Ces plus-values sont imposées après application d'un abattement de 10 % par année de détention au-delà de la cinquième (CGI, art. 151 septies B). L'abattement s'applique notamment aux plus-values réalisées à l'occasion de la cession des immeubles bâtis ou non bâtis affectés par l'entreprise à sa propre exploitation (à l'exclusion des immeubles de placement et des terrains à bâtir) ; des droits afférents à un contrat de crédit-bail immobilier.

Entreprises relevant de l'impôt sur les sociétés. Lorsque le cédant est une entreprise relevant de l'IS, il convient de distinguer selon que les titres cédés sont des titres de placement ou des titres de participation.

En droit fiscal, constituent des titres de participation :

- les titres qui ont ce caractère sur le plan comptable, c'est-à-dire ceux dont la possession durable est estimée utile à la société ;
- les actions acquises en exécution d'une offre publique d'achat (OPA) ou d'échange (OPE) par l'entreprise qui en est l'initiatrice, mais à condition d'être inscrites dans un compte spécial ;
- les titres qui ouvrent droit au régime des sociétés mères, à condition d'être inscrits au compte des titres de participation ou dans une subdivision spéciale d'un autre compte du bilan correspondant à leur qualification comptable.

En vertu de la loi de finances pour 2007, les titres dont le prix de revient est au moins égal à 22,8 millions d'euros et satisfaisant aux conditions ouvrant droit au régime des sociétés mères ne sont plus considérés comme des titres de participation.

Les titres qui ne sont pas des titres de participation, sont des titres de placement.

Enfin, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2006, il convient d'identifier le secteur d'imposition séparée. Ce dernier concerne les titres de participation revêtant ce

caractère au plan comptable, les titres acquis en exécution d'une OPA ou OPE et les titres ouvrant droit au régime des sociétés mères. Sont exclus de ce secteur les autres titres de participation, c'est-à-dire les titres de société à prépondérance immobilière.

Quant au régime d'imposition :

- la plus-value de cession de titres de placement est intégrée dans les résultats d'exploitation et imposée au taux normal de l'IS ;
- la plus-value de cession de titres de participation détenus depuis moins de deux ans constitue en principe une plus-value à court terme. Elle est donc imposée par application du droit commun. Toutefois, lorsqu'il existe des liens de dépendance entre l'entreprise cédante et la cessionnaire, la plus-value résultant des cessions réalisées à compter des exercices clos au 31 décembre 2010 peut être placée en report d'imposition ; les moins-values étant obligatoirement placées en report d'imputation (CGI, art. 219, I-a septies, issu de la loi n° 2010-1657 du 29.12.2010) ;
- la plus-value de cession de titres de participation détenus depuis au moins deux ans, constitue une plus-value à long terme :
 - lorsque les titres font partie du secteur d'imposition séparée, la plus-value est exonérée pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2007, sous réserve d'une quote-part de frais et charges égale à 5 % du résultat net des plus-values de cession. Cette quote-part doit être intégrée dans le résultat pour être imposée dans les conditions de droit commun,
 - lorsqu'il s'agit de titres de participation de sociétés à prépondérance immobilière cotées, la plus-value est imposée au taux de 16,5 % pour les exercices ouverts à compter du 31 décembre 2007. Ce taux est porté à 19 % pour les exercices clos à compter du 1^{er} janvier 2009.

Les plus-values de cession des titres de sociétés à prépondérance immobilière non cotées relèvent désormais du régime du court terme pour les exercices clos à compter du 26 septembre 2007.

Calcul de la plus-value. La plus-value se calcule en soustrayant la valeur d'origine du prix de cession. La loi de finance pour 2007 prévoit toutefois que la valeur d'origine de titres de participation est égale au coût d'acquisition (frais d'acquisition inclus) déduction faite des amortissements pratiqués sur les frais d'acquisition.

TABLEAU RÉCAPITULATIF RELATIF AU RÉGIME D'IMPOSITION			
	Entreprises relevant de l'IR	Sociétés soumises à l'IS	
Titres détenus depuis moins de deux ans	Régime de droit commun	Titre de participation	Titre de placement
		Régime de droit commun	Régime de droit commun
Titres détenus depuis au moins deux ans	Régime des plus-values à long terme : 28,3 %	Régime des plus-values à long terme : • Secteur d'imposition séparée : exonération • Exclusion de ce secteur : droit commun ou 19 % s'il s'agit de titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées	Régime de droit commun

■ Régime des plus-values des particuliers

Domaine. Le régime des plus-values des particuliers s'applique en principe lorsque le cédant est une personne physique

REMARQUES

- Lorsque les titres cédés concernent une société de personnes dans laquelle le cédant exerce son activité professionnelle, les plus-values de cession de titres relèvent du régime des plus-values professionnelles (voir *supra*).
- Les plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière non soumises à l'IS relèvent des règles des plus-values immobilières.

Seuil d'imposition. Le régime fiscal est le même que les titres cédés soient cotés ou pas. Depuis la loi de finances pour 2011, les plus-values de cession de droits sociaux sont imposées dès le premier euro (CGI, art. 150-0 A). Ladite loi de finance a en effet supprimé le seuil d'imposition, à compter des cessions réalisées en 2011. Elle a aussi augmenté le taux de l'imposition, lequel s'élève aujourd'hui à 19 % de la totalité des plus-values réalisées (CGI, art. 200 A, 2°).

REMARQUE

Auparavant, elles n'étaient imposées que si le montant annuel des cessions réalisées par l'ensemble des membres du foyer fiscal excédait un seuil.

Montant des cessions en 2010	Régime fiscal
Jusqu'à 25 830 € par an	Exonération des plus-values
Supérieur à 25 830 €	Imposition au taux de 18 % de la totalité des plus-values réalisées.

Si la cession de titre était liée à un événement exceptionnel (exemples : le départ à la retraite ou en préretraite, le licenciement, l'invalidité) le franchissement du seuil d'imposition était calculé par référence à la moyenne des cessions de l'année considérée et des deux années précédentes.

En revanche, depuis le 1^{er} janvier 2010, le seuil d'imposition ne s'appliquait pas aux prélèvements sociaux (CSG, CRDS...), lesquels étaient alors dus à partir du premier euro.

Calcul de la plus-value. La plus-value nette imposable est égale au prix de cession des titres duquel est déduit le prix d'acquisition de ces titres (y compris les frais et taxes acquittés sur ces titres).

Si la différence est négative, il s'agit d'une moins-value.

Plus-values et moins-values de cession de droits sociaux réalisées au cours d'une même année se compensent entre elles, faisant apparaître soit une plus-value nette, soit une moins-value nette. Les moins-values nettes peuvent s'imputer sur les plus-values nettes des dix années suivantes.

Abattement pour durée de détention. Pour les cessions réalisées à compter du 1^{er} janvier 2006 de titres de sociétés passibles de l'IS, le montant de la plus ou moins-value est diminué sous certaines conditions d'un abattement d'un tiers par année de détention des titres au-delà de la cinquième. Le mécanisme abouti donc à une exonération totale au-delà de la huitième année de détention. Toutefois, la durée de détention des titres détenus avant le 1^{er} janvier 2006 se décompte à partir de cette date, sauf pour les dirigeants de PME qui vendent leur société et partent à la retraite dans les 24 mois qui précèdent ou qui suivent la cession si certaines conditions supplémentaires sont réunies.

b) Les droits d'enregistrement

Délai d'enregistrement et paiement des droits. L'acte portant cession de droits sociaux doit être enregistré auprès de l'administration fiscale dans le délai d'un mois à compter de leur date (CGI, art. 635, 2, 7°). Si aucun acte de cession n'a été établi, l'enregistrement doit être effectué dans le mois de la réalisation de la cession (CGI, art. 639).

Le paiement des droits d'enregistrement doit avoir lieu le jour de l'enregistrement. En principe ce paiement incombe au cessionnaire, mais l'acte peut prévoir que le cédant en supportera la charge, en tout ou en partie (CGI, art. 1712).

Taux et assiette

	Taux applicable	Plafond	Abattement	Assiette
Cession de parts sociales ⁽¹⁾	3 % ⁽²⁾	Néant	23000 € ⁽³⁾	Prix total de cession ou valeur vénale ⁽⁵⁾
Cession d'actions ⁽¹⁾	3 % ⁽²⁾	5 000 € ⁽⁴⁾	Néant	Prix total de cession ou valeur vénale ⁽⁵⁾
Cessions de droits sociaux de personnes morales à prépondérance immobilière	5 %	Néant	Néant	Prix total de cession ou valeur vénale ⁽⁵⁾

⁽¹⁾ Autres que de personnes morales à prépondérance immobilière.
⁽²⁾ La cession est imposable même si elle n'est pas constatée par un acte. Cette règle ne vaut que pour les sociétés non cotées. Pour les sociétés cotées, l'imposition n'est due que si la cession est constatée dans un acte.
⁽³⁾ Cet abattement résulte d'un souhait d'harmonisation avec la cession de fonds de commerce (voir *supra*). Mais lorsque seule une partie des parts sociales est cédée, l'abattement s'applique proportionnellement. Pour ce faire, il convient d'appliquer la formule suivante : $\text{Abattement} = (\text{nombre de parts cédées} \times 23\,000) / \text{nombre total de parts}$.
⁽⁴⁾ Le plafond de 5 000 € s'applique par mutation, c'est-à-dire par ensemble d'actions de la même société transmis du même cédant au même cessionnaire par un même acte.
⁽⁵⁾ L'administration fiscale se prévaudra de la valeur vénale réelle si elle estime que le prix est inférieur à celle-ci. Elle devra en rapporter la preuve.

REMARQUE

L'abattement de 300 000 € prévu à l'article 732 ter du CGI (voir *supra*, aspects fiscaux de la vente de fonds de commerce), peut également s'appliquer aux cessions de parts ou actions de sociétés si les conditions fixées par ce texte sont réunies.

Transformation de la société. En homogénéisant le taux applicable aux cessions de parts sociales et d'actions, la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie réduit sensiblement l'intérêt fiscal qui existait auparavant de transformer une SARL en SA avant la réalisation de la cession. Un intérêt peut subsister malgré tout puisque les droits d'enregistrement applicables à la cession d'actions font l'objet d'un plafonnement.

Exonération. Bénéficient d'une exonération des droits d'enregistrement les acquisitions de droits sociaux réalisées par une société créée par les salariés, ou une partie d'entre eux définie par la loi, de la société rachetée (CGI, art. 732 bis).

SECTION 2

LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT
DE L'ENTREPRISE

Problématique. En raison du vieillissement de la population française, on estime que dans les années à venir près de 500 000 entreprises sur les 2,5 millions que compte notre pays, vont changer de main. Au plan européen, la proportion serait d'un tiers des entreprises, soit environ 610 000, avec 2,4 millions d'emplois à la clé. Même si une évolution positive se fait sentir, la transmission d'entreprise est encore aujourd'hui une page noire du droit positif. En témoigne la publication régulière de statistiques sur les défaillances d'entreprises liées à une transmission non préparée du patrimoine de l'entrepreneur. Toutefois, la politique fiscale incitative liée à la transmission, et mise en œuvre depuis cinq ans environ devrait porter ses fruits dans les années à venir et pourrait contribuer à inverser la tendance.

Sur un autre plan, les statistiques de l'Insee montrent que les reprises d'entreprises (notion plus large que la seule transmission) sont à la baisse sur la dernière décennie. Alors qu'en 1993, pourtant en pleine crise liée à la guerre du Golfe, plus de 48 000 entreprises ont été reprises, seulement 40 000 l'ont été en 2003 (42 000 pour 2005). Cette baisse est d'autant moins explicable que le vieillissement de la population aurait dû conduire à une hausse notable des reprises.

Explications. Plusieurs facteurs contribuent à cette situation.

- Les chefs d'entreprise sont encore trop peu à préparer leur succession. Plus d'un individu sur deux juge, à tout âge, prématuré d'organiser sa succession. Seuls 26 % des chefs d'entreprise ont organisé leur succession ; 34 % y ont réfléchi sans poser d'actes concrets ; enfin, 40 % n'y ont pas réfléchi.
- La transmission conduit trop souvent à un morcellement de la propriété de l'entreprise. Cet exercice collectif de la propriété (ou son démembrement), inévitable en présence d'une pluralité d'héritiers, débouche généralement sur des crises et des conflits préjudiciables ou fatals à l'entreprise.
- Enfin et surtout, notre système juridique n'est pas toujours adapté à la transmission de l'entreprise. Il est important toutefois de prendre acte de ce que le législateur a intégré ces problématiques depuis déjà quelques années. Les lois récentes, notamment la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique, et la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 réformant les successions, vont dans le bon sens, mais l'on est toujours confronté à une législation « en patchwork », hésitante et manquant de cohérence globale.

Fiscalité. Au plan fiscal, après des avancées notables entre 2002 et 2004 et la relative stagnation de la loi de finances pour 2005, les dernières réformes sont conséquentes :

- les lois de l'été 2005, et spécifiquement celle du 2 août 2005, comportent des avancées considérables ;
- il en va de même de la loi de finances rectificative pour 2005 et de la loi de finances pour 2006. La loi de finances pour 2007 (loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006), ne contient pas de mouvement notable en faveur de la transmission d'entreprises à titre gratuit.

Enfin, la loi du 21 août 2007 et la loi de finances pour 2008 viennent réformer en profondeur le système fiscal applicable aux transmissions.

Deux cas de figure peuvent se présenter : soit le chef d'entreprise ou le propriétaire de l'entreprise décède de manière subite sans avoir préparé sa succession (cette impréparation est elle-même susceptible de degrés), soit il a pensé la transmission de l'entreprise en prenant les dispositions adéquates visant à la fois à réduire le coût de la transmission et à éviter le risque de défaillance en assurant la continuité de la gouvernance.

1. La transmission inorganisée de l'entreprise

1.1 Rappel des règles de dévolution successorale

Les règles de dévolution successorale applicables à l'entreprise ne diffèrent en rien de celles contenues dans le Code civil aux articles 720 et suivants. L'entreprise, de ce point de vue, est perçue comme un bien, ou plutôt comme un ensemble de biens ordinaires. En revanche, des difficultés particulières pourront naître de la présence d'héritiers mineurs ou de collaborateurs de l'entreprise.

Il ne s'agit ici que d'un rappel des règles de dévolution successorales dans l'hypothèse où le défunt n'a fait ni testament, ni donations de son vivant. Ces règles sont générales. Il n'y a pas de règles de dévolution spécifiques à la transmission d'entreprise.

Le principe est que si le défunt ne prépare pas sa succession, la loi détermine l'ordre dans lequel les héritiers vont recueillir son patrimoine. Ces principes sont les suivants.

a) Ordres et degrés

Ordre. La loi classe les héritiers par ordres et par degré de parenté par rapport au défunt :

- le premier ordre est constitué des enfants et de leurs descendants ;
- le deuxième ordre est un ordre mixte composé des parents du défunt, de ses frères et sœurs et des enfants de ces derniers (neveux et nièces donc) ;
- le troisième ordre est composé des ascendants autres que les père et mère soit, en pratique, les grands-parents ;
- le quatrième ordre est composé des autres personnes apparentées au défunt : oncles et tantes, cousins...

Degrés. Le degré exprime la proximité générationnelle entre le défunt et son héritier. On ne compte pas les degrés de la même manière en ligne directe et en ligne collatérale :

- en ligne directe (personnes descendant les unes des autres) on compte un degré par génération. Le fils est au 1^{er} degré par rapport au père. Le petit fils est au 2nd degré par rapport au grand-père...
- en ligne collatérale (personnes descendant d'un même auteur ; des cousins sont en ligne collatérale car ils ont leurs grands-parents en commun), on compte le degré en remontant jusqu'à l'auteur commun, puis en descendant jusqu'au défunt. Ainsi des frères et sœurs sont au 2nd degré ; des cousins au 4^e...

b) Dévolution

La loi prévoit en premier lieu la dévolution en l'absence de conjoint, puis dans l'hypothèse où un conjoint existe. Le conjoint est la personne avec laquelle le défunt a été marié

et non divorcé. Nous présenterons les règles essentielles sans entrer dans le détail des exceptions.

■ *En l'absence de conjoint*

En l'absence de conjoint, la règle est la suivante :

- l'ordre 1 exclut le 2, qui exclut le 3, qui exclut le 4. Cela veut dire qu'en présence d'enfants, ni les frères et sœurs, ni les parents n'héritent ;
- au sein du même ordre, le plus proche en degré l'emporte ;
- à égalité d'ordre et de degré, le partage se fait par tête.

Dévolution. Donc la succession est dévolue en premier lieu aux enfants, à parts égales. À défaut, aux parents et frères et sœurs. Plusieurs cas de figure ici :

- soit le défunt ne laisse qu'un parent et il recueille tout ;
- soit il laisse ses deux parents et ils se partagent la succession par moitié ;
- soit il laisse un parent et des frères et sœurs, auquel cas le parent prend un quart, et les frères et sœurs se partagent les trois quarts (par tête) ;
- soit encore il laisse deux parents et des frères et sœurs : les parents prennent la moitié (un quart chacun) et les frères et sœurs l'autre moitié ;
- soit enfin, il ne laisse que des frères et sœurs et la succession se partage entre eux à parts égales.

À défaut d'héritiers du premier et du deuxième ordre, la succession va au troisième ordre (grands-parents) et se partage par branche : la moitié à la branche paternelle, l'autre à la branche maternelle.

Enfin, à défaut de grands-parents, la succession est dévolue aux oncles, tantes et cousins, le plus proche en degré l'emportant. Ainsi, en principe, un oncle l'emporte sur un cousin car il est au 3^e degré et le cousin au 4^e degré.

■ *En présence d'un conjoint*

La dévolution va dépendre des héritiers par le sang avec lesquels le conjoint est en concours :

- conjoint/enfants : le conjoint recueille, soit la totalité en usufruit, soit un quart en pleine propriété ;
- conjoint/parents : le conjoint prend la moitié ; les deux parents l'autre moitié ;
- conjoint/un parent : le conjoint prend trois quarts ; le parent un quart ;
- conjoint/autre type d'héritier (frères et sœurs, grands-parents, oncles, cousins...) : le conjoint prend la totalité.

1.2 Droits post-successoraux des collaborateurs de l'entreprise

Le sort des collaborateurs de l'entreprise au décès de son chef appelle l'application de règles ou de montages particuliers. En effet, indépendamment des droits pouvant être recueillis par les collaborateurs au titre de leur qualité d'héritier, le droit positif consacre, au profit de certaines catégories, soit un droit personnel, soit un droit réel sur la succession du chef d'entreprise.

Les collaborateurs visés par ces règles seront pour l'essentiel ceux qui ont contribué, sans statut légal, au développement de l'entreprise. L'absence de statut légal va viser les personnes n'ayant pas bénéficié d'un contrat de travail ainsi que celles qui n'étaient pas associées avec le défunt dans le cadre d'une société dotée de la personnalité juridique.

En pratique, il s'agira le plus souvent du conjoint ou du concubin de l'exploitant, mais certains de ces mécanismes peuvent trouver application au profit d'autres personnes.

a) Créance de salaire différé

Ce mécanisme a été calqué sur celui du contrat de travail à salaire différé décrit aux articles L. 321-13 et suivants du Code rural et de la Pêche maritime. En cas de décès de l'exploitant, la loi du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, prévoit que :

Le conjoint survivant du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale qui justifie par tous moyens avoir participé directement et effectivement à l'activité de l'entreprise pendant au moins dix années, sans recevoir de salaire ni être associé aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise, bénéficie d'un droit de créance d'un montant égal à trois fois le salaire minimum interprofessionnel de croissance annuel en vigueur au jour du décès dans la limite de 25 % de l'actif successoral. (...) Le cas échéant, le montant des droits propres du conjoint survivant dans les opérations de partage successoral et de liquidation du régime matrimonial est diminué de celui de cette créance. Pour la liquidation des droits de succession, cette créance s'ajoute à la part du conjoint survivant.

Conditions. Il convient d'analyser les conditions posées par le texte.

On notera tout d'abord que seul le conjoint survivant est concerné, ce qui exclut bien évidemment d'autres héritiers, mais également d'autres formes d'union conjugale telles le PACS, ou le concubinage. Les descendants, collatéraux, concubins ou partenaires pacsés ayant collaboré bénévolement à l'activité ne peuvent bénéficier des dispositions de la loi du 31 décembre 1989.

La preuve de la participation à l'exploitation pendant dix années est libre. En pratique, le conjoint de l'exploitant ne recevant ni salaire, ni dividendes pourra rencontrer des difficultés de ce point de vue. L'inscription au registre du commerce ou au répertoire des métiers en qualité de conjoint collaborateur (C. com., art. L. 121-4) peut faire date.

Le montant de la créance est limité par un double plafond : celui du triple du SMIC annuel et celui du quart de l'actif successoral. En tout état de cause, ce montant demeurera modeste. La reconnaissance d'une société créée de fait va permettre une participation plus importante aux résultats de l'entreprise et conférer au collaborateur des droits de propriété sur celle-ci.

b) Société créée de fait

Distinction. On confond souvent la société créée de fait et la société de fait.

La **société de fait** est une société qui a été immatriculée et se trouve affectée d'une cause de nullité. Le droit des sociétés y est appliqué pour les besoins de sa liquidation. La **société créée de fait** est une société non immatriculée, dans laquelle les associés, le plus souvent, n'ont pas conscience de se comporter comme tels.

La **société créée de fait** est un contrat de société dont l'existence est reconnue – le plus souvent à l'occasion d'un contentieux – *a posteriori*, dans le but de liquider les intérêts des personnes ayant collaboré de manière non formalisée à une même activité.

En effet, si le droit des régimes matrimoniaux permet de rétablir un équilibre à la dissolution de la communauté, que ce soit par le mécanisme des récompenses ou par celui des créances

entre époux dans les régimes séparatistes, la collaboration bénévole d'un concubin, d'un partenaire lié par un PACS, ou d'un tiers à l'entreprise du défunt, n'est pas reconnue au-delà des mécanismes ci-dessus décrits.

La reconnaissance d'une société créée de fait partira du constat que la collaboration à l'entreprise contient les éléments principaux du contrat de société : apports, participations aux bénéfices et aux pertes, *affectio societatis*, etc. Partant, la société ainsi reconnue, non dotée de la personnalité juridique, est liquidée d'après les principes applicables en ce domaine : chacun reprend ses apports (les apports en industrie, même s'ils sont chiffrés, ne peuvent donner lieu à une reprise), le solde apparaissant après paiement des créanciers, nommé *boni* de liquidation, est réparti entre les associés de fait en proportion de leurs apports respectifs. Des droits en propriété pourront donc être reconnus à celui qui a collaboré à l'entreprise du défunt. La reconnaissance d'une société créée de fait naîtra de la séparation des partenaires, soit voulue, soit à cause de mort.

1.3 Problématiques particulières à la transmission inorganisée de l'entreprise

Deux points font difficulté, la minorité des héritiers et le démembrement de la propriété de l'entreprise.

a) Minorité des héritiers

Évolution. Jusqu'à la loi du 15 juin 2010, il fallait être majeur pour exercer le commerce. Cette dernière vient modifier deux dispositions importantes :

L'article L. 121-2 du Code de commerce prévoit maintenant que :

Article L. 121-2 du Code de commerce. Le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé.

L'article 389-8 du Code civil dispose maintenant que :

Article 389-8 du Code civil. Un mineur peut être autorisé, par ses deux parents qui exercent en commun l'autorité parentale ou par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles, à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par ses deux parents ou, à défaut, par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles.

Cette dernière disposition semble donc signifier qu'un mineur, même non émancipé, peut être chef d'entreprise et gérant d'EURL ou président de SASU, ce qui assurément est une solution novatrice. Mais cela ne vaut que pour les EURL et sociétés unipersonnelles, et non pour les sociétés pluripersonnelles.

Si l'entrepreneur décédé exerçait son activité sous la forme d'une société pluripersonnelle, les problèmes sont limités car la qualité d'associé ne postule pas celle de commerçant (sauf dans les sociétés en nom collectif ou encore s'agissant des associés commandités des sociétés en commandite) ; l'associé peut donc être mineur. Toutefois, se posera la question de la direction de la société ; à cet égard, la possibilité offerte par la loi n° 2005-882

du 2 août 2005 – dite loi PME –, de louer des parts sociales ou des actions n'est pas sans intérêt.

Si un commerçant qui exerce *en nom propre*, propriétaire de son fonds de commerce, vient à décéder en laissant des héritiers mineurs, la situation devient plus complexe puisque ces derniers ne peuvent exercer le commerce, sauf application du nouvel article 389-8 du Code civil (*supra*).

Palliatifs. Plusieurs palliatifs existent :

- la **mise en location-gérance** du fonds de commerce, qui permettra de dissocier les qualités de propriétaire et d'exploitant du fonds. Toutefois, l'article L. 144-3 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004, pose plusieurs conditions à la mise en location-gérance du fonds de commerce. Le loueur doit notamment avoir exploité le fonds personnellement pendant une durée de deux années, condition impossible à remplir en cas de location-gérance consécutive à un décès du commerçant : à cet effet, l'article L. 144-5, 5° déclare ce délai non applicable aux héritiers et légataires d'un commerçant ou d'un artisan décédé. Mais la location gérance présente des inconvénients rédhibitoires : risque de dévalorisation du fonds exploité par un tiers, solidarité pour les dettes d'exploitation, pour les dettes fiscales également... ;
 - la **mise en société** du fonds de commerce : les héritiers créent entre eux une société qui sera propriétaire et exploitante du fonds de commerce. Dans ce cas de figure, l'exploitant est la personne morale et non la personne physique. Or, la personne morale dispose de la capacité juridique et aura la plupart du temps la qualité de commerçant. Les associés peuvent ne pas avoir cette qualité et donc être mineurs. Tout au plus sera-t-il nécessaire que le gérant de la société soit majeur.
- Dans les sociétés à responsabilité indéfinie (société civile, SNC), on peut considérer que l'obligation au passif social se classe dans la catégorie des actes de disposition, ce qui induira le plus souvent la nécessité de l'autorisation du juge des tutelles pour valider l'apport en société fait par le mineur. Cette précaution vaut pour les cas où le mineur demeure sous administration légale pure et simple, et s'impose *a fortiori* dans l'hypothèse d'une administration légale sous contrôle judiciaire ;
- dernier palliatif, introduit par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, le **mandat à effet posthume** permet notamment de remédier à la situation d'incapacité commerciale des héritiers.

L'article 812 du Code civil en trace les contours

Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer (...) tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés.

L'article 812-1-1 du Code civil pose les conditions principales

Le mandat n'est valable que s'il est justifié par un intérêt sérieux et légitime au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral, précisément motivé. Il est donné pour une durée qui ne peut excéder deux ans, prorogeable une ou plusieurs fois par décision du juge, saisi par un héritier ou par le mandataire. Toutefois, il peut être donné pour une durée de cinq ans, prorogeable dans les mêmes conditions, en raison de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels.

Mineur dirigeant ?

Un mineur peut-il être gérant, administrateur, ou P-DG d'une société ? À cette question, il n'existait pas de réponse claire en raison du silence des textes. En effet, la qualité de dirigeant ne postule pas celle de commerçant – à l'exception des sociétés en nom collectif – et, par conséquent, l'article L. 121-2 du Code de commerce ne trouve pas à s'appliquer. Un argument peut être tiré de l'article 1990 du Code civil qui permet au mineur d'être mandataire. Mais la fonction de dirigeant est-elle assimilable en tous points à celle d'un mandataire ? Rien n'est moins sûr. En outre, si tel était le cas, l'article 1312 du même code limite l'action des tiers ou des associés à son encontre, ce qui est directement contraire à l'article 1843-5 du Code civil qui postule une responsabilité pleine et entière des dirigeants. Assurément le nouvel article 389-8 du Code civil constitue une rupture avec les solutions passées puisqu'un mineur peut désormais être gérant d'EURL ou président de SASU à la condition que les autorisations prévues par le texte soient obtenues. Toutefois, cette capacité nouvelle est limitée aux actes d'administration.

Deux questions sont soulevées par ce nouveau dispositif :

- est-ce bien opportun de permettre à un mineur de moins de 16 ans d'être à la tête d'une entreprise ?
- pourquoi avoir limité ce dispositif aux sociétés unipersonnelles ?

b) Démembrement de la propriété de l'entreprise

Le démembrement sera une situation fréquente en présence d'un conjoint et de descendants, puisque le conjoint recueille par principe la totalité de la succession en usufruit, et les descendants la nue-propriété. Les problèmes posés ne sont pas les mêmes suivant que l'entreprise est individuelle ou sociétaire.

Entreprise individuelle démembrée. L'entreprise individuelle est dénuée d'existence juridique. Elle se réduit, sous l'angle de la propriété, à un ensemble de biens affectés à une exploitation. Schématiquement, on trouvera au mieux dans la succession du chef d'entreprise *les murs et le fonds*.

Murs. Les murs, à savoir l'assiette immobilière de l'exploitation, ne posent pas de difficultés caractéristiques du point de vue du démembrement. Du moins, l'application des textes du Code civil permet-elle la résolution de la plupart de ces questions (réparations, baux...).

Fonds. Le démembrement de la propriété d'un fonds de commerce n'est pas directement abordé par la loi. Il ne semble pas faire de doute que l'usufruitier d'un fonds de commerce a seul le pouvoir de l'exploiter en vue d'en retirer les revenus. Son obligation principale consistera, aux termes de l'article 578 du Code civil, en la conservation de la substance du fonds, ce qui devrait conduire à interdire à l'usufruitier de modifier la destination de celui-ci. La cessation de l'activité est susceptible de constituer un abus de jouissance au sens de l'article 618, alinéa 1^{er} :

L'usufruit peut cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance (...) en le laissant dé périr faute d'entretien.

Vente. La vente du fonds de commerce n'est pas possible par le seul usufruitier. Cela ne saurait surprendre. Cette règle sera également appliquée à l'apport en société du fonds de commerce. La question est plus intéressante s'agissant de la cession d'éléments le composant. La cession d'un élément essentiel du fonds, tel la clientèle ou le droit au bail, nécessite assurément le concours du nu-propriétaire en raison de l'atteinte à la substance de la chose sujette à usufruit. Il en irait de même de la cession d'un droit indispensable à l'exploitation comme une licence.

Location-gérance. L'usufruitier peut-il confier l'exploitation du fonds à un tiers en application des articles L. 144-1 et suivants du Code de commerce ? Une réponse affirmative s'impose à double titre : en premier lieu, la location-gérance n'est pas mentionnée dans les baux dont la passation nécessite le consentement du nu-propiétaire au regard de l'article 595 du Code civil. En second lieu, et de manière plus générale, l'usufruitier dispose du *fructus* de la chose sujette à usufruit, prérogative emportant la possibilité de mettre le bien en location.

Entreprise sociétaire démembrée. L'accord se fait généralement sur le point que l'usufruitier n'est pas associé, cette qualité appartenant au nu-propiétaire :

- l'usufruitier aura droit aux bénéfices ;
- le nu-propiétaire se voit attribuer les réserves et le *boni* de liquidation. De même se voit-il restituer les apports. S'agissant du droit préférentiel de souscription, il est en principe attribué au nu-propiétaire, mais l'usufruitier pourra l'exercer si le premier le néglige (C. com., art. L. 225-140).

Droit de vote. S'agissant du droit de vote, la situation n'est pas aussi simple en raison de l'article 1844 du Code civil qui traite du droit de vote aux assemblées générales. Ce texte pose que le droit de vote appartient au nu-propiétaire sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier.

L'article L. 225-110 du Code de commerce, applicable dans les sociétés par actions, énonce que sauf clause contraire dans les statuts, le droit de vote appartient au nu-propiétaire, dans les assemblées générales extraordinaires, et à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires.

La jurisprudence débat encore sur le point de savoir si les statuts peuvent, et dans quelle mesure, déroger à cette répartition légale du droit de vote.

1.4 Difficultés liées à l'indivision et au partage

L'indivision est un état, le plus souvent subi, qui sépare le décès du partage. Dans cette phase, les héritiers sont copropriétaires d'une quote-part de la succession, sans que l'on puisse déterminer quelle sera précisément la part qui leur sera attribuée. C'est un état transitoire que la loi tente d'organiser, mais qui peut se révéler problématique du point de vue de la gestion de l'entreprise.

Le partage pose d'autres problèmes, liés essentiellement au morcellement des unités économiques.

a) Indivision postsuccessorale

Indivision portant sur l'entreprise individuelle. L'indivision postsuccessorale peut conduire l'entreprise à la défaillance en raison de la précarité de la situation et des difficultés relatives aux prises de décisions. Il est certes possible de pérenniser et d'organiser la gestion de l'indivision par le biais de conventions soumises aux articles 1873-1 et suivants du Code civil, mais cela suppose l'accord des coïndivisaires.

Imprévision législative. Il est particulièrement frappant de constater que le maintien dans l'indivision ou le sursis au partage n'ont pas été pensés sous l'angle de l'entreprise commerciale ou artisanale individuelle. Le législateur avait prévu des dispositions spécifiques concernant l'entreprise agricole, le local d'habitation ou professionnel, mais pas le

fonds de commerce. La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions modifie sensiblement cette situation.

Deux mécanismes nouveaux issus de la loi du 23 juin 2006 viennent réformer le droit positif.

Sursis au partage. L'article 820 du Code civil pose maintenant un principe général de sursis au partage pour 2 années.

À la demande d'un indivisaire, le tribunal peut surseoir au partage pour deux années au plus si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ou si l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai. Ce sursis peut s'appliquer à l'ensemble des biens indivis ou à certains d'entre eux seulement.

S'il y a lieu, la demande de sursis au partage peut porter sur des droits sociaux.

Maintien dans l'indivision. L'article 821 du Code civil pose lui le droit à demander le maintien dans l'indivision pour 5 années.

À défaut d'accord amiable, l'indivision de toute entreprise agricole, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, dont l'exploitation était assurée par le défunt ou par son conjoint, peut être maintenue dans les conditions fixées par le tribunal à la demande des personnes mentionnées à l'article 822.

S'il y a lieu, la demande de maintien de l'indivision peut porter sur des droits sociaux.

Le tribunal statue en fonction des intérêts en présence et des moyens d'existence que la famille peut tirer des biens indivis.

Le maintien de l'indivision demeure possible lors même que l'entreprise comprend des éléments dont l'héritier ou le conjoint était déjà propriétaire ou copropriétaire avant l'ouverture de la succession.

Ces deux textes portent donc une évolution très positive puisqu'ils vont s'appliquer à tout type d'entreprise, quelle que soit son activité et quelle que soit sa forme juridique.

Du point de vue de la gestion, il n'y a aucune règle spécifique à l'entreprise individuelle dans le droit de l'indivision inorganisée. Celle-ci fonctionne suivant la règle de l'unanimité pour les actes de disposition, et la majorité des deux tiers pour les actes d'administration et d'autres actes comme la conclusion des baux (nouvel article 815-3 du Code civil, réd. loi du 23 juin 2006).

Entreprise sous forme de société. Cette configuration pose moins de difficultés car l'indivision va porter sur des droits de même nature, et non pas sur des éléments hétérogènes tels que ceux qui composent une entreprise individuelle.

Si l'indivision survient en cours de vie sociale (la société préexiste à l'indivision), ce sont les parts ou actions qui tombent dans l'indivision.

Qualité d'associé. S'agissant de l'exercice des prérogatives liées à la qualité d'associé, deux éléments de réponse peuvent être avancés : l'indivision n'ayant pas la personnalité juridique ne peut être considérée comme associée de la société. On considère donc que chaque coindivisaire a la qualité d'associé.

Droit de vote. Ensuite, pour l'exercice des droits tels par exemple que le droit de vote, il en va différemment. L'article 1844, alinéa 2 du Code civil prescrit que les indivisaires doivent désigner d'un commun accord un mandataire unique qui les représentera et exercera le vote en leur nom. Les bénéfices seront perçus par le mandataire unique puis répartis au sein de

l'indivision. En cas de désaccord sur la désignation du mandataire, celui-ci sera désigné en justice.

Partage. Le droit au partage est ici sans incidences, du moins si les droits sociaux sont de même nature : avoir un quart indivis des actions formant le capital ou un quart des actions après partage est indifférent : la société n'est pas dissoute par le partage ; chaque ayant-droit retrouve sa liberté de vote et de cession des droits (sauf clause restrictive).

La convention d'indivision permet de remédier, partiellement au moins, à la précarité et à la lourdeur de gestion de l'indivision légale. Le Code civil offre, dans la mesure où les coindivisaires en conviennent, une solution permettant de pérenniser la gestion commune (la convention a une durée minimale de 5 ans) et d'en assouplir le fonctionnement (un gérant de l'indivision est nommé et peut accomplir seul les principaux actes de gestion).

Cette solution semble plus adaptée à l'entreprise individuelle indivise qu'à l'entreprise sociétaire indivise : en effet, la superposition d'une société et d'une convention d'indivision sur les droits sociaux risque de présenter un haut degré de complexité, contraire au résultat recherché.

b) Partage

En principe, tout indivisaire peut à tout moment demander le partage.

Attribution préférentielle. Outre le maintien dans l'indivision et le sursis au partage, permettant de reculer le moment du partage, le droit des successions permet à un héritier de solliciter l'attribution préférentielle d'un bien particulier, de manière à éviter qu'il ne soit partagé.

Institution quasi séculaire visant à éviter de morceler les héritages et de diviser les exploitations, l'attribution préférentielle n'a été consacrée que récemment s'agissant de l'entreprise non agricole. L'ancien article 832 du Code civil, devenu l'article 831, prévoit les conditions de l'attribution.

Intérêt. L'intérêt de l'attribution préférentielle ne fait aucun doute, mais se marque plus s'agissant de l'entreprise individuelle. Le partage de l'entreprise sous forme de société peut être géré rationnellement. Une fois encore, l'éparpillement des droits sociaux entre les copartageants peut être suppléé par des clauses statutaires relatives à la direction de la société. Le droit des sociétés permet dans une certaine mesure de dissocier le pouvoir de la propriété. Ainsi le partage des droits sociaux de l'entreprise tombée en succession ne remettra pas obligatoirement en cause sa survie. En revanche, le partage de l'entreprise individuelle peut conduire à un véritable démantèlement de celle-ci. Dans le meilleur des cas, le fonds de commerce ou artisanal sera attribué à l'un des copartageants, l'immeuble d'exploitation à l'autre, rien ne garantissant la création de liens contractuels permettant la jouissance des locaux à l'exploitant du fonds. Dans le pire des scénarios, le fonds sera dépecé, rendu inexploitable par le partage.

Conditions. L'analyse du texte de l'article 831 du Code civil fait ressortir que l'attribution préférentielle est applicable :

- à une entreprise agricole, commerciale, artisanale, libérale ou industrielle ;
- qui peut être individuelle ou sociétaire.

La loi du 23 juin 2006 a donc réécrit l'ancien article 832 en supprimant notamment la condition relative au caractère familial de l'entreprise et en clarifiant son application aux droits sociaux (l'ancien texte se référait aux parts sociales, ce qui laissait planer le doute sur les actions de SA, SAS...).

Du point de vue des bénéficiaires, retenons en premier lieu que le demandeur à l'attribution préférentielle doit participer ou avoir participé effectivement à l'exploitation de l'entreprise (cette condition n'est pas obligatoirement appréciée à la date d'ouverture de la succession, elle peut avoir été remplie avant ou après) ; cette condition ne signifiant pas obligatoirement qu'il ait personnellement la qualité de commerçant ou d'artisan. La jurisprudence semble toutefois sévère sur l'appréciation du caractère effectif de la participation.

Intuitu personae, l'attribution peut être demandée par le conjoint survivant, même divorcé, ou tout héritier copropriétaire. Le concubin n'est pas habilité à la solliciter.

Caractère facultatif. L'attribution préférentielle de l'entreprise commerciale, industrielle ou artisanale est toujours facultative pour le juge, lequel aura à se prononcer souverainement :

- sur l'opportunité de l'attribution préférentielle. Ainsi, même si les conditions légales sont réunies, le Code civil prescrit au juge de se prononcer en fonction des intérêts en présence ;
- sur l'aptitude des différents postulants à gérer l'entreprise et à s'y maintenir. Le texte prescrit notamment, en cas de demandes concurrentes, de prendre en compte la durée de la participation personnelle du demandeur à l'entreprise. Il a ainsi été jugé que ne peut être acceptée la demande d'un copartageant visant à l'attribution d'un terrain de camping, le caractère commercial de l'activité étant incompatible avec son statut de fonctionnaire.

Contrairement à ce que le texte peut laisser entendre, la vérification de l'aptitude ne se confond pas avec un mode de sélection entre différents demandeurs. Le juge peut vérifier cette aptitude et rejeter une demande d'attribution préférentielle en présence d'un seul candidat.

2. Les techniques de transmission organisée de l'entreprise

Ces techniques sont nombreuses et visent toujours à assurer une transmission optimale, c'est-à-dire qui garantisse à la fois le maintien d'une bonne gouvernance de l'entreprise, et dont le coût fiscal soit le plus limité possible. Nous décrirons des techniques tirées du droit des sociétés et d'autres tirées du droit des libéralités.

2.1 Techniques tirées du droit des libéralités

a) Donation simple

■ En pleine propriété

Définition. La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte (Code civil, article 894).

Avantages. Le principal avantage est la possibilité de moduler la donation de l'entreprise, essentiellement si celle-ci est exploitée sous forme de société. En effet, le donateur pourra de manière régulière faire donation de parts ou actions à ses héritiers désignés.

Cette progressivité évitera un changement brutal de pouvoir au sein de la société, et offre en outre de nombreux avantages fiscaux ; ainsi, en renouvelant la donation tous les 6 ans, le donateur pourra bénéficier plusieurs fois de l'abattement. En outre, en commençant le cycle des donations de manière précoce, il pourra bénéficier de réductions de droits conséquentes.

Limites. Le pouvoir de disposer de ses biens est limité par l'institution de la réserve héréditaire.

De manière simplifiée, la réserve héréditaire est la part des biens dont la loi assure la dévolution à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible, pendant de la réserve héréditaire, est la part des biens qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt peut disposer librement par des libéralités.

La réserve est une quote-part qui dépend du nombre et de la qualité des héritiers. Ainsi, l'article 913 du Code civil règle cette quote-part en présence d'enfants :

Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

Calcul. Au décès du donateur, on va vérifier que l'ensemble des donations n'a pas excédé le montant de la quotité disponible.

Pour ce faire, on forme une masse de tous les biens existant au décès du donateur. Les biens dont il a été disposé par donation entre vifs sont fictivement réunis à cette masse, d'après leur état à l'époque de la donation et leur valeur à l'ouverture de la succession. Cette règle d'évaluation est très pénalisante pour le donataire, surtout si la valeur du bien a augmenté (marché immobilier, cours d'actions...).

Schématiquement, on applique à cette masse les fractions représentatives de la réserve et de la quotité disponible en imputant les donations réalisées. Si le défunt a consenti plus de libéralités qu'il n'y était autorisé par la loi, celles-ci seront réduites d'autant.

■ Avec réserve d'usufruit

Définition. La donation avec réserve d'usufruit consiste pour le donateur à transférer la nue-propriété du bien en conservant l'usufruit de celui-ci. À son décès (l'usufruit présente un caractère viager), la pleine propriété est reconstituée « sur la tête » du donataire.

Avantages. La donation avec réserve d'usufruit offre deux avantages principaux :

- le donateur conserve sa vie durant des prérogatives importantes au sein de l'entreprise, ainsi que des revenus ;
- la fiscalité est réduite puisque le donateur ne paie les droits de mutation que sur la nue-propriété transférée ; au moment de son décès, la reconstitution de la pleine propriété n'est pas taxée. La valeur de la nue propriété est fonction de l'âge du donateur : plus celui-ci est jeune, moins la nue-propriété n'a de valeur et plus la transmission est allégée du point de vue fiscal.

Ces deux avantages cumulés conduisent à ce que la plupart des donations sont aujourd'hui effectuées avec réserve d'usufruit ; la donation simple en pleine propriété est rare.

b) Donation-partage

La donation-partage est une libéralité possédant une double nature : celle de donation et celle de partage. Elle permet au donateur :

- d'arbitrer d'éventuels conflits familiaux ;
- d'éviter l'indivision.

La donation-partage est probablement la meilleure garantie de la pérennité de l'entreprise, le partage étant réalisé du vivant du chef d'entreprise. Elle peut bien évidemment porter sur les éléments d'exploitation d'une entreprise individuelle, mais il est beaucoup plus judicieux de la faire porter sur les titres de la ou des sociétés habillant l'entreprise.

L'objectif est bien entendu d'attribuer un bloc majoritaire à l'héritier repreneur sans pour autant léser les autres héritiers du chef d'entreprise. Plusieurs mécanismes sont envisageables :

- la dissociation des actifs commerciaux et immobiliers au sein de deux sociétés ; les héritiers non-repreneurs seront ainsi allotés avec des parts de la société civile immobilière ;
- la constitution d'une holding ;
- la création d'une société par actions qui émettra en rémunération des apports réalisés des titres de capital dénués du droit de vote (actions de préférence sans droit de vote), lesquels seront attribués dans le cadre de la donation-partage aux héritiers non-repreneurs.

Si aucune de ces solutions n'est envisageable, l'héritier repreneur aura, selon toute vraisemblance, une soule à acquitter.

Portant sur l'entreprise. La donation-partage de l'entreprise, ou plus précisément des droits sociaux, offre l'indéniable avantage de l'article 1078 du Code civil, à savoir l'évaluation des biens pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible, au jour de la donation, et non pas au jour de l'ouverture de la succession comme le prescrit l'article 922 du Code civil (cette disposition concerne tous les biens compris dans la donation-partage et non pas seulement les droits sociaux). La valorisation de l'entreprise profitera donc aux seuls donataires, ce qui est assurément plus incitatif.

Code civil, article 1078. Nonobstant les règles applicables aux donations entre vifs, les biens donnés seront, sauf convention contraire, évalués au jour de la donation-partage pour l'imputation et le calcul de la réserve.

EXEMPLE

Soit un père de famille faisant donation à ses enfants A et B de deux portefeuilles d'actions en 1995. Le portefeuille donné à A vaut 100 000 € et celui donné à B 100 000 € également. En 2007 au moment du décès du père, le portefeuille donné à A ne vaut plus que 80 000 €, mais celui donné à B vaut 150 000 €.

Dans le système de la donation simple, on retiendra les valeurs au jour du décès soit respectivement 80 000 et 150 000 € ; ce système peut conduire B à indemniser A. Dans une donation-partage et en raison de l'application de l'article 1078 ci-dessus, les valeurs retenues pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible seront figées au jour de la donation-partage.

Incluant un tiers. La loi du 5 janvier 1988 introduite dans le Code civil (art. 1075-2) autorise une donation-partage d'entreprise incluant un tiers. Cette disposition vise à permettre que l'entreprise continue de vivre si les héritiers ne souhaitent pas la reprendre. Le texte énonce :

Si ses biens comprennent une entreprise individuelle à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral ou des droits sociaux d'une société exerçant une activité à caractère industriel, commercial, artisanal, agricole ou libéral et dans laquelle il exerce une fonction dirigeante, le disposant peut en faire, sous forme de donation-partage et dans les conditions prévues aux articles 1075 et 1075-1, la distribution et le partage entre le ou les donataires visés auxdits articles et une ou plusieurs autres personnes, sous réserve des conditions propres à chaque forme de société ou stipulées dans les statuts.

Cette libéralité est faite sous réserve que les biens corporels et incorporels affectés à l'exploitation de l'entreprise ou les droits sociaux entrent dans cette distribution et ce partage, et que cette distribution et ce partage aient pour effet de n'attribuer à ces autres personnes que la propriété ou la jouissance de tout ou partie de ces biens ou droits.

Extension. La loi du 23 juin 2006 a étendu le dispositif aux droits sociaux, alors qu'il ne concernait auparavant que les entreprises individuelles. Toutefois, cette disposition, non accompagnée de mesures fiscales lors de son entrée en vigueur, est demeurée lettre-morte. L'évolution contemporaine de la fiscalité de la transmission, de même que son extension récente aux entreprises sociétaires pourrait lui donner un deuxième souffle.

2.2 Techniques tirées du droit des sociétés

Capital et pouvoir. Ces techniques visent, lors de la transmission, à dissocier le capital et le pouvoir. La dissociation du capital et du pouvoir peut être envisagée de différentes manières :

- si l'entreprise est transmise à un tiers, il peut être recherché une transmission du pouvoir et la conservation de revenus ;
- en cas de cession intrafamiliale, on pourra rechercher la transmission du pouvoir aux uns, du capital aux autres, ou encore la transmission du capital avec une rétention du pouvoir.

a) Dissociation des actifs immobiliers et commerciaux

Ce montage, très répandu, consiste en la création d'une société commerciale accueillant l'activité commerciale et d'une SCI détenant les actifs immobiliers ; un bail commercial est passé entre les deux structures.

Du strict point de vue de la transmission, la dissociation des deux structures permet d'isoler au sein de la SCI les actifs générant un revenu fixe ; les parts en seront soit conservées par le cédant, soit transmises à des héritiers incapables ou ne souhaitant pas exploiter l'activité.

Mais cette opération n'est pas dénuée d'inconvénients, et présente des risques. Du point de vue de la transmission gratuite, la réduction d'assiette de 75 % offerte par l'article 787 B du CGI (voir *infra*), n'est pas applicable aux parts de SCI. Si au contraire l'immeuble est détenu par une société commerciale n'ayant pas de prépondérance immobilière, la disposition fiscale de faveur s'appliquera.

Un autre risque réside dans la confusion des patrimoines pouvant être retenue dans une procédure de liquidation judiciaire, notamment en cas de relations financières anormales. L'extension se fonde le plus souvent notamment sur le caractère anormalement élevé du loyer perçu par la SCI.

b) Holdings de transmission

Dans le domaine de la transmission d'entreprise, la technique de la *holding* permet de dissocier le capital et le pouvoir, ce qui aura pour résultat de confier le contrôle de l'entreprise à un héritier reprenneur, sans lui offrir plus de capital qu'à ses cohéritiers. L'objectif est de faire apport de la majorité des titres détenus par le chef d'entreprise dans la société d'exploitation, à une société holding. Cette dernière sera majoritaire dans la société d'exploitation lors du vote des résolutions d'assemblée générale. On fera alors donation de la majorité des droits sociaux de la holding à l'héritier reprenneur. Il sera par conséquent majoritaire dans la société associée majoritaire de la société d'exploitation. En revanche, la valeur des titres qui lui permettent de contrôler indirectement la société d'exploitation est d'environ le quart de la valeur des actions de la société d'exploitation. L'égalité est respectée sans que l'unité du contrôle ne soit atteinte.

c) Ressources de la SAS

Cette forme sociale permet en effet la mise en place d'un effet de levier important, notamment par la stipulation de clauses relatives au statut des dirigeants. La loi ne règle pas

les modes de nomination, de révocation ainsi que la durée des fonctions sociales. Il devient ainsi possible de déconnecter la pérennité du pouvoir, de la détention capitalistique, ceci permettant par exemple à un héritier repreneur d'asseoir son pouvoir sans recevoir plus de parts de capital que ses cohéritiers.

La SAS va également permettre d'amplifier le mécanisme déjà performant des actions de préférence.

d) Utilisation des actions de préférence

L'instauration par l'ordonnance du 24 juin 2004 d'actions de préférence vise à fonder dans un cadre unique les titres de capital offrant des prérogatives pécuniaires ou politiques modulées.

Ce sont des actions « avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent » (art. L. 228-11 du Code de commerce). Le texte ajoute que le droit de vote peut être aménagé ou suspendu pour un délai déterminé ou déterminable, voire supprimé.

Il est donc possible dans le cadre de la transmission d'une entreprise :

- de réduire la « puissance politique » de certains héritiers en leur attribuant des actions de préférence sans droit de vote ;
- de doter le repreneur soit en actions ordinaires, soit en actions à droit de vote double, soit les deux ;
- de respecter strictement une égalité en valeur, sous réserve de ce qui suit concernant l'évaluation.

L'utilisation des actions de préférence dans les schémas de transmission appelle des remarques complémentaires :

- tout d'abord il peut se poser un problème d'évaluation de la valeur économique des actions de préférence, que ce soit dans le cadre d'une transmission à titre gratuit, ou d'une transmission à titre onéreux. Une action à droit de vote double, dont le droit aux dividendes est subordonné, ne peut être évaluée de la même manière qu'une action ordinaire ou qu'une action de préférence donnant des droits financiers accrus ;
- la technique consistant à différencier les droits des associés existait déjà dans des sociétés comme la société civile ou la SAS. La liberté statutaire régnant dans ces structures permet de mettre en place des catégories de parts ou d'actions offrant une modulation des prérogatives ;
- le levier des actions de préférence peut être amplifié dans la SAS, puisque notamment, il est possible de créer des actions à droit de vote multiple, d'instituer des actions donnant un droit de *veto*, des clauses de stage...

3. La fiscalité de la transmission à titre gratuit

On distinguera la fiscalité de la transmission de patrimoine classique et les mesures spécifiques à la transmission d'entreprise. Cette partie intègre les nouveautés introduites par la loi du 21 août 2007, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et la loi de finances pour 2011.

La réforme en cours de la fiscalité des successions

A l'heure où cet ouvrage est imprimé, le gouvernement s'apprête à faire voter la loi de finances rectificative pour 2011. Sous réserve qu'elle soit adoptée en l'état, cette réforme durcit de manière sensible la fiscalité des libéralités, qui, il faut le reconnaître, n'avait cessé d'être assouplie depuis plus de 10 ans. La mesure phare concerne le délai au terme duquel les abattements sont reconstitués. Ce délai était de 6 ans et passe à 10 ans (délai en vigueur originellement et remis en cause il y a 5 ans environ). Ainsi, en ligne directe, un parent pouvait donner environ 157 000 € en franchise de droits à un descendant au cours d'une même période de 6 années ; il faudra désormais attendre 10 ans pour que les compteurs fiscaux soient remis à zéro. Pour atténuer cette mesure, il est prévu que le montant des donations réalisées entre la 6^e et la 10^e année est minoré d'une fraction comprise entre 10 et 40 %.

3.1 Droit commun de la transmission de patrimoine

La fiscalité des successions et des donations, tout en répondant à des principes proches, n'est pas identique.

a) Par voie de succession

Le calcul des droits de successions dus par chaque héritier se fait par étapes.

■ Étape 1 : Évaluation du bien transmis

Les biens hérités sont évalués à leur valeur vénale sous les limites suivantes :

- il est admis un abattement de 20 % sur la résidence principale, si elle est occupée par conjoint, enfants mineurs et pacsés ;
- les dettes affectant la succession sont déduites ;
- si le défunt était usufruitier des biens, et les héritiers nu-propriétaires : la réunion de l'usufruit et de la nue-propriété est non taxable.

■ Étape 2 : Détermination part individuelle

Elle s'opère suivant les règles de dévolution ci-dessus expliquées.

■ Étape 3 : Abattements individuels

Il est procédé ensuite à un abattement forfaitaire sur la part de chaque héritier en fonction de son degré de parenté.

- conjoint : exonéré de droits de mutation ;
- ascendants : 156 974 € ;
- enfants vivants ou représentés : 156 974 € ;
- partenaires liés par un pacs : exonéré de droits de mutation ;
- frères et sœurs : exonération si plus de 50 ans et ayant vécu 5 ans avec le défunt avant le décès ; 15 697 € en cas de non-application de cette disposition.
- neveux et nièces : 7 849 € ;
- abattement à défaut d'autre abattement : 1 570 €.

■ Étape 4 : Barème de calcul des droits 2011

Il s'agit d'un barème progressif réévalué chaque année.

– ligne directe (parents/enfants) :

- moins de 7 953 € – 5 % ;
- 7 953/11 930 – 10 % ;

- 11 930/15 697 – 15 % ;
- 15 697/544 173 – 20 % ;
- 544 173/889 514 – 30 % ;
- 889 514/ 1 779 029 – 35 % ;
- plus de 1 779 029 – 40 % ;
- conjoint/partenaire pacsé : exonérés ;
- frère et sœurs (exonérés à certaines conditions) :
 - moins 24 069 € : 35 % ;
 - plus 24 069 € : 45 % ;
- jusqu'au 4^e degré inclus (oncle, tante, cousin) : 55 % ;
- au-delà 60 %.

■ Étape 5 : Réduction de droits

Réduction de droits pour charge de famille si l'héritier a plus de deux enfants : 610 € par enfant en sus du deuxième si ligne directe ou entre époux. Réduite à 305 € pour chaque enfant en sus du deuxième, pour les autres successions.

b) Par voie de donation

■ Étape 1 : Évaluation

Si la donation est réalisée avec un démembrement de propriété (le donateur conserve l'usufruit), la taxation ne concerne que la nue-propriété transmise en application du barème ci-après.

Âge de l'usufruitier	Valeur de l'usufruit	Valeur de la nue-propriété
Moins de 21 ans révolus	90 %	10 %
Moins de 31 ans révolus	80 %	20 %
Moins de 41 ans révolus	70 %	30 %
Moins de 51 ans révolus	60 %	40 %
Moins de 61 ans révolus	50 %	50 %
Moins de 71 ans révolus	40 %	60 %
Moins de 81 ans révolus	30 %	70 %
Moins de 91 ans révolus	20 %	80 %
Plus de 91 ans révolus	10 %	90 %

■ Étape 2 : Abattements

- l'abattement se renouvelle tous les 6 ans ;
- conjoint : 79 533 € ;
- ascendants : 156 974 € ;
- enfants : 156 974 € ;
- pacs : 79 533 € ;
- frères et sœurs : 15 697 € ;
- petits-enfants : 31 395 € ;
- arrières petits-enfants : 5 232 € ;

■ Étape 3 : Barème

- Identique à celui applicable en matière de succession en ligne directe.

- Entre conjoints ou pacsés :

- moins de 7 953 € : 5 % ;
- de 7 953 à 15 697 € : 10 % ;
- de 15 697 à 31 395 € : 15 % ;
- de 31 395 à 544 173 € : 20 % ;
- de 544 173 à 889 514 € : 30 % ;
- de 889 514 à 1 779 029 € : 35 % ;
- plus de 1 779 029 € : 40 %.

■ Étape 4 : Réductions de droits

Ces réductions sont applicables sur le montant des droits à payer après application du barème.

Donation en pleine propriété

- Donateur moins de 70 ans : 50 %.
- 70/80 ans : 30 %.
- Plus de 80 ans : rien.

Donation en nue-propriété

- Donateur moins 70 ans : 35 %.
- 70/80 ans : 10 %.
- Plus de 80 ans : rien.

3.2 Mesures propres à la transmission d'entreprise

Ces mesures, récentes pour la plupart, permettent de réduire notablement le coût de la transmission. Pour la plupart, elles se cumulent avec les règles décrites ci-dessus.

a) Transmission de parts ou actions de sociétés (CGI, art. 787-B) – « Pacte Dutreil »

Les parts ou actions de sociétés sont exonérées de droits de succession ou de donation à concurrence de 75 % de leur valeur aux quatre conditions cumulatives suivantes :

- la société doit avoir une activité libérale, commerciale, industrielle, artisanale ou agricole. L'EURL est du point de vue du dispositif considérée comme une entreprise individuelle. L'exonération est régie par l'article 787-B du Code général des impôts. Notons que les parts de sociétés de gestion de patrimoine (SCI par exemple) ne sont pas éligibles à l'exonération ;
- les parts ou actions doivent faire l'objet d'un engagement de conservation collectif d'une durée de deux ans au minimum. Cet engagement sera pris avant ou après (dans les 6 mois) le décès par acte sous seing privé enregistré ou par acte authentique. Il concerne au moins 20 % des droits de vote et des droits financiers si la société est cotée sur un marché réglementé ; 34 % des parts ou actions dans le cas contraire ;
- chaque héritier ou donataire prend l'engagement individuel de conserver les parts ou actions pendant quatre années mais il demeure possible d'effectuer des cessions ou

- donations de titres entre associés. De même est-il possible de faire apport des droits à une holding ;
- enfin, l'un des héritiers ou donataires doit exercer une fonction dirigeante ou son activité principale dans la société pendant les trois années qui suivent le décès.

Avant la loi du 2 août 2005, ce dispositif ne concernait que les *donations de parts sociales* ou d'actions en pleine propriété. La loi précitée l'a étendu aux donations avec réserve d'usufruit aux conditions suivantes :

- le droit de vote de l'usufruitier doit être statutairement limité aux décisions d'affectation des bénéfices ; les clauses privant le nu-propriétaire du droit de vote sont donc sans effet ;
- le cumul avec les réductions de droits de l'article 790 du Code général des impôts (réductions liées à l'âge du donateur) n'est pas possible.

Cette possibilité de cumuler deux réductions d'assiette, celle liées au démembrement, et celle liée à l'article 787 B du Code général des impôts permet de réduire considérablement le montant des droits à payer.

b) Transmission de l'entreprise individuelle (CGI, art. 787-C)

Le dispositif est identique à celui décrit ci-dessus. Mais il vise l'ensemble des biens meubles ou immeubles (comparer l'absence d'exonération sur le fondement de l'article 787-B du Code général des impôts pour les parts de SCI), corporels ou incorporels, affectés à l'exploitation d'une entreprise individuelle commerciale, artisanale, agricole ou libérale (le droit fiscal adopte ici une définition très pragmatique de l'entreprise individuelle, incluant notamment les actifs immobiliers. On comparera cela avec la conception privatiste du fonds de commerce) ou simplement une quote-part indivise de ces biens.

Il n'est donc pas nécessaire de transmettre la totalité de l'entreprise pour bénéficier de cette mesure. Les conditions (cumulatives) d'exonération des droits de succession sur 75 % de la valeur de ces éléments sont les suivantes :

- le défunt, s'il avait acquis l'entreprise à titre onéreux, devait la détenir depuis plus de deux ans ;
- l'engagement individuel des héritiers ou donataires de conserver les éléments de l'exploitation pendant quatre années au moins ;
- l'un des héritiers ou donataires doit poursuivre personnellement l'activité pendant cinq années après le décès. Il est désormais possible de poursuivre l'activité en transformant l'entreprise individuelle en société.

La donation peut se faire en nue-propriété, depuis la loi du 2 août 2005, sous réserve de ne pas cumuler cet avantage avec les réductions de droits accordées par l'article 790 du Code général des impôts, en fonction de l'âge du donateur.

c) Donation d'entreprises aux salariés

Dispositif et évolutions. De ce point de vue, rien ou presque n'existait avant la loi du 1^{er} août 2003. Les salariés étant des tiers, ces derniers étaient en effet imposés au taux le plus élevé des droits de mutation à titre gratuit (soit 60 %). L'article 790 A ancien du Code général des impôts accordait un abattement spécial à l'occasion de la transmission de l'entreprise à « tout ou partie du personnel », d'un montant limité à 15 000 euros. Cet abattement était conditionné à un agrément préalable et ne s'appliquait pas aux entreprises individuelles.

Le nouvel article 790 A du Code général des impôts prévoit un abattement de 300 000 € sur la valeur transmise, aux conditions suivantes :

- le donateur doit être propriétaire du fonds ou des parts depuis plus de deux ans ;
- le donataire doit faire partie du personnel de l'entreprise et doit répondre à certaines conditions liées à l'exploitation de l'entreprise ;
- seuls les titulaires d'un contrat de travail à durée indéterminée depuis deux ans qui exercent leur fonction à temps plein, ou d'un contrat d'apprentissage, bénéficient de l'exonération ;
- le donataire doit poursuivre l'exploitation du fonds ou de la société pendant cinq ans ;
- l'entreprise doit avoir une activité industrielle, commerciale, artisanale ou libérale, ce qui exclut les entreprises agricoles notamment.

d) Dons de sommes d'argent en vue de reprise d'entreprise (CGI art. 790 A bis)

Il s'agit là d'une nouveauté de la loi Jacob du 2 août 2005 dans le but de favoriser le financement familial des projets de création d'entreprise que les banques rechignent souvent à financer. Le nouvel article 790 A bis du Code général des impôts prévoit une exonération de droits pour les donations :

- de sommes d'argent inférieures à 30 000 euros (par bénéficiaire et donateur) ;
- consenties à enfant, petit-enfant et, à défaut, neveu ou nièce ;
- sous conditions d'affectation dans les deux ans à la souscription de parts de PME (création/ PME jusqu'à 250 salariés, CA supérieur à 50 millions d'euros/total bilan supérieur à 43 millions d'euros) ou à la reprise d'une entreprise individuelle ;
- le donataire doit exercer son activité dans l'entreprise créée, ou reprise, pendant cinq années.

FICHE 24

**LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE
À RESPONSABILITÉ LIMITÉE**

Rappel. La loi du 15 juin 2010 a introduit l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) dans le droit français. Dans la fiche qui lui a été consacrée *supra* (voir fiche 5), il est expliqué que l'EIRL permet à un entrepreneur individuel d'affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

Règles applicables. La loi prévoit quelques règles propres de transmission, qu'il s'agisse de transmission entre vifs ou à cause de mort.

La transmission d'une EIRL ne consiste pas seulement au transfert du fonds de commerce, puisque le patrimoine affecté n'est pas constitué que du fonds. On parlera alors de transmission du patrimoine affecté.

1. Transmission entre vifs

Le Code de commerce comporte quelques dispositions propres à la transmission à titre onéreux par la cession du patrimoine affecté ou par son apport à une personne morale, d'une part, et à la transmission à titre gratuit, d'autre part (C. com., art. L. 526-17). Et, à s'en tenir à la lettre du texte, la transmission entre vifs doit nécessairement porter sur l'intégralité du patrimoine d'affectation.

En ce qui concerne la cession à titre onéreux, les articles L. 141-1 à L. 141-22 du Code de commerce, que l'on sait relatifs à la vente du fonds de commerce (voir *supra*), ne s'appliquent pas à la cession d'un fonds de commerce intervenant par suite de la cession d'un patrimoine affecté. En revanche, on peut penser que les autres règles qui ont été exposées au titre de la vente du fonds de commerce s'appliquent. Par exemple, si le patrimoine d'affectation comporte un immeuble, l'acte de cession doit être authentique, du moins concernant l'immeuble.

Formalités. La transmission entre vifs, onéreuse ou gratuite, doit faire l'objet d'un dépôt par le cédant, d'une déclaration de transfert au registre dans lequel a été effectuée la déclaration initiale d'affectation et d'une publication. Le transfert de propriété n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de ces formalités (C. com., art. L. 526, II).

Effets. La transmission du patrimoine conduit à son transfert de propriété, sans qu'il soit nécessaire de procéder à sa liquidation. C'est dire que le cessionnaire prend la place du cédant. Lorsque le premier est une personne physique, l'affectation est maintenue : le patrimoine cédé

est affecté à l'activité professionnelle du cessionnaire. En revanche, si ce dernier est une personne morale, l'affectation disparaît puisque une personne morale ne peut disposer d'un patrimoine affecté.

2. Transmission à cause de mort

Formalité. En cas de décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, un héritier, un ayant droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au registre dans lequel a été déclaré initialement le patrimoine d'affectation (C. com., art. L. 526-15).

Principe : disparition de l'affectation. En principe, au décès, la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets (C. com., art. L. 526-15). Pour autant, les créanciers personnels et les créanciers professionnels conservent pour seul gage général celui qui était le leur avant le décès.

Exception : reprise. Mais si un héritier souhaite reprendre l'activité, l'affectation ne cesse pas. Il doit mentionner la reprise dans le registre dans un délai de trois mois à compter du décès.

33. ÉTUDE DE CAS	Cession de l'entreprise individuelle
34. ÉTUDE DE CAS	Cession de contrôle
35. ÉTUDE DE CAS	Fiscalité de la transmission à titre gratuit
36. ÉTUDE DE CAS	Démembrement croisé de parts sociales

N° 33 : ÉTUDE DE CAS

Cession de l'entreprise individuelle

Antoine de La Chesnaye exploite depuis plus de vingt ans une entreprise individuelle de nature commerciale sous forme de franchise. Il est le franchisé d'une société (le franchiseur) qui distribue des services informatiques. Comme son âge avancé le rapproche de la retraite et personne dans sa famille ne souhaite reprendre le flambeau, Antoine voudrait céder son entreprise afin d'en retirer un prix lui permettant de subvenir à ses besoins pendant quelque temps. L'entreprise comprend bien sûr le contrat de franchisage, lequel prévoit notamment la location de différents éléments incorporels telles l'enseigne et la marque du franchiseur. Elle comprend aussi du matériel de bureau. L'entreprise est exploitée dans un local qui est loué à un tiers. Enfin, Antoine emploie deux salariés : un informaticien et un technico-commercial.

Stéphane Marceau, intéressé par l'affaire, a pris contact avec Antoine. Avant de conclure définitivement, il souhaiterait signer un contrat préalable qui n'engagerait qu'Antoine et qui lui laisserait le temps de réfléchir à d'autres propositions et de trouver un financement.

Une fois le contrat préalable conclu et le délai pour se décider écoulé, M. Marceau fait part à M. de La Chesnaye de sa volonté d'acquérir définitivement son entreprise.

QUESTIONS

1. Quelle formalité doit être accomplie après la signature du contrat préalable et avant la conclusion du contrat définitif ?
2. Quelle précaution a intérêt de prendre Stéphane relativement au contrat de franchisage liant Antoine au franchiseur ?
3. Quel sera le sort des deux salariés ?

N° 34 : ÉTUDE DE CAS

Cession de contrôle

M. Dietrich a conclu une promesse de cession des titres qu'il détient dans la société anonyme (non cotée) Bleudange. M. Dietrich n'est pas dirigeant, ni salarié de la société. Le bénéficiaire, M. Albers, est le président du conseil d'administration de la société. Il détiendrait le contrôle de la société cédée, s'il venait à lever l'option. Le prix de cession est déterminé de façon forfaitaire dans la promesse.

QUESTION

En cas de cession, l'acte encourt-il la nullité en vertu de la prohibition des clauses léonines ?

La cession a eu lieu. Le contrat stipule une clause garantissant le cessionnaire contre toute augmentation du passif résultant d'événements à caractère fiscal dont le fait générateur serait antérieur à la cession. Quelque temps après la cession, la société a fait l'objet d'un redressement fiscal ayant pour origine un événement antérieur à la cession.

QUESTION

M. Albers, peut-il se prévaloir de la clause de garantie ?

N° 35 : ÉTUDE DE CAS

Fiscalité de la transmission à titre gratuit

M. X est propriétaire d'un immeuble d'une valeur de 350 000 € détenu sous la forme d'une SCI dont il possède l'immense majorité des parts ; son épouse possédant 2 parts symboliquement. Il exploite également sous forme d'EURL un petit commerce évalué à 150 000 €. Il est âgé de 62 ans et souhaite :

- faire donation des parts de SCI à sa fille âgée de 20 ans. Il hésite entre une donation en pleine propriété et une donation en nue-propriété en se réservant l'usufruit ;
- faire donation des parts de l'EURL en pleine propriété à son fils âgé de 30 ans.

QUESTION

Vous calculerez les droits de mutations à titre gratuit.

N° 36 : ÉTUDE DE CAS

Démembrement croisé de parts sociales

QUESTION

Imaginons deux concubins qui achètent en commun un fonds de commerce (le schéma est également utilisé pour l'acquisition en commun du logement par le biais d'une SCI). Ils ont chacun un enfant d'un premier lit et souhaitent, sans léser ces enfants, s'assurer, au moindre coût fiscal, que le survivant pourra continuer à exploiter le fonds sa vie durant.

19

CHAPITRE

L'entreprise en difficulté

SECTION 1	Prévention et traitement non judiciaires des difficultés de l'entreprise
SECTION 2	La sauvegarde de l'entreprise
SECTION 3	Le redressement judiciaire de l'entreprise
SECTION 4	La liquidation judiciaire de l'entreprise
SECTION 5	Les sanctions des dirigeants
FICHE • APPLICATIONS	

Droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté a pour fonction d'instaurer une discipline dans le paiement des créanciers de l'entreprise débitrice ainsi que, lorsque cela est encore possible, la sauvegarde de cette entreprise et des emplois.

Les termes « procédures collectives », qui ne figurent pas dans la loi, même si les juristes les utilisent, ne sont plus aptes à identifier l'ensemble de la matière. Le législateur a en effet renforcé au fil du temps les efforts de prévention. De plus, la réforme opérée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, a brouillé les pistes en instaurant une procédure de sauvegarde pouvant être ouverte avant la cessation des paiements, vêtue d'une nature hybride, mi-contractuelle, mi-judiciaire. Aussi, mieux vaut-il parler de droit des entreprises en difficulté.

Évolution législative. Le droit des entreprises en difficulté est très ancien. Mais la forme contemporaine de ce droit date de 1967, par une loi qui distingue l'entreprise de l'entrepreneur. Des modifications majeures ont été apportées par la suite. Les dernières résultent de la loi précitée du 26 juillet 2005, qui a institué la procédure de sauvegarde, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, qui a achevé la réforme de 2005 en corrigeant les imperfections des innovations mises en place par celle-ci, et la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière qui a notamment créé une nouvelle procédure : la sauvegarde financière accélérée.

SECTION 1

PRÉVENTION ET TRAITEMENT NON JUDICIAIRES DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

1. La prévention par l'information économique

Le législateur a renforcé les obligations comptables des entreprises afin que leurs dirigeants aient conscience des difficultés lorsque celles-ci surviennent, et puissent prendre des décisions rapidement. L'objectif de l'information comptable consiste également à informer les tiers sur la situation de l'entreprise, notamment ses partenaires actuels ou éventuels.

1.1 Établissement et dépôt des comptes annuels

Établissement des comptes annuels

• La tenue d'une comptabilité est obligatoire pour les commerçants, personnes physiques ou morales (C. com., art. L. 123-12 s.), et certaines sociétés civiles. En sont dispensées les personnes physiques dont le chiffre d'affaires n'excède pas un certain montant défini par le Code général des impôts.

REMARQUE

Sont également concernées par ces mesures les personnes physiques exerçant une activité commerciale sous forme d'EIRL. En ce cas, « L'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome » (C. com., art. L. 526-13, al. 1^{er}).

• Depuis la loi du 1^{er} mars 1984, cette obligation pèse également sur toutes personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique (sociétés civiles, associations, sociétés coopératives agricoles), à condition qu'elles dépassent deux des trois seuils suivants :

- cinquante salariés ;
- 3 100 000 € de chiffres d'affaires ;
- 1 550 000 € au bilan.

• Enfin, sont aussi concernées les associations, sans qu'il y ait lieu de prendre en compte les seuils ci-dessus indiqués, ayant reçu annuellement de l'État, de ses établissements publics ou des collectivités locales, une ou plusieurs subventions dont le montant total excède un montant fixé par décret. Il en va de même pour les associations et fondations qui ont reçu annuellement des dons dont le montant est supérieur à un montant fixé par décret (L. n° 87-571 du 23 juillet 1987, art. 4-1). Ce montant, qu'il s'agisse de subventions ou de dons, est actuellement fixé à 153 000 €.

Les comptes annuels dont il s'agit sont le bilan, le compte de résultat et l'annexe. Cette dernière complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat.

Depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, certains commerçants peuvent se contenter toutefois d'une présentation simplifiée de leurs comptes annuels, à condition de ne pas dépasser des chiffres qui seront fixés par décret (C. com., art. L. 123-16).

Dépôt des comptes annuels. Certaines sociétés sont soumises à l'obligation de déposer leurs comptes sociaux annuels au greffe du tribunal dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale des associés. De la sorte, les tiers peuvent s'informer sur leur situation patrimoniale.

Cette obligation pèse sur les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions (sociétés anonymes et sociétés en commandites par actions) et certaines sociétés en nom collectif (C. com., art. L. 232-21 à L. 232-23). Sa violation est pénalement sanctionnée. Il s'agit d'une contravention de 5^e classe (C. com., art. R. 247-3).

Les commerçants personnes physiques ne sont pas concernés par l'obligation de déposer les comptes annuels. À l'exception notable, depuis la loi du 15 juin 2010, de ceux qui exercent leur activité sous forme d'entreprise individuelle à responsabilité limitée, c'est-à-dire qui ont affecté leur bien professionnel dans un patrimoine spécial (C. com., art. L. 526-14, al. 1^{er}).

1.2 Établissement des comptes prévisionnels

Entreprises concernées. À l'obligation d'établir des comptes annuels, permettant de connaître le passé, s'ajoute celle d'établir des comptes prévisionnels, afin de connaître le futur, notamment les éventuelles difficultés.

Sont concernées les sociétés commerciales et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique.

Mais, sans doute du fait de la contrainte qu'elle impose, l'obligation d'établissement de comptes prévisionnels ne touche que les groupements les plus importants, ceux qui ont au moins 300 salariés ou dont le chiffre d'affaires hors taxes est supérieur ou égal à 18 millions d'euros.

Contenu. Quatre documents composent la comptabilité prévisionnelle obligatoire :

- une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible ;
- un compte de résultat prévisionnel ;
- un tableau de financement ;
- un plan de financement prévisionnel.

Confidentialité. Alors que les comptes annuels sont publiés par le dépôt au greffe du tribunal, et par conséquent connus des tiers, les comptes prévisionnels sont confidentiels. Ils ne sont pas publiés.

En revanche, ils doivent être communiqués à certains organes ou personnes, tous tenus d'une obligation de confidentialité : le comité d'entreprise, le commissaire aux comptes, ainsi que conseil de surveillance lorsqu'il en existe un.

Les associés ne sont informés que lors de l'assemblée générale annuelle, notamment par le rapport que doit établir le commissaire aux comptes. Il incombe en effet à ce dernier de formuler ses observations dans un rapport écrit au conseil d'administration ou au directoire, communiqué au comité d'entreprise et présenté à la prochaine assemblée générale.

2. La prévention par l'alerte

2.1 L'alerte par le commissaire aux comptes

Fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le commissaire aux comptes nommé dans un groupement – soit parce que la loi y oblige le groupement, soit nommé volontairement par ce dernier – a le devoir d'alerter les dirigeants « des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Pareille obligation ne s'applique pas lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée par les dirigeants.

Le législateur n'a pas établi de liste de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ils peuvent apparaître dans les comptes (exercices déficitaires, manque de fonds propres...), mais aussi dans des événements tels que la perte d'un client très important ou le non-paiement de dettes sociales.

REMARQUE

Ce devoir d'alerte a ses limites. Il ne porte que sur des faits précis relevés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission, de sorte que le commissaire aux comptes n'est pas tenu de réaliser un audit général de l'entreprise.

Procédure. La procédure d'alerte diffère selon le type de groupement concerné. Dans une société anonyme, elle se déroule en quatre étapes (C. com., art. 234-1).

Étape 1	Le commissaire aux comptes informe, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le président du conseil d'administration ou du directoire des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ce dernier doit répondre, dans les mêmes formes, dans les quinze jours qui suivent la réception de l'information. Si la réponse est jugée satisfaisante, la procédure d'alerte s'arrête là.
Étape 2	À défaut de réponse ou si la réponse ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer ces organes sur les faits relevés. Copie de cette invitation doit être transmise au président du tribunal de commerce. Par ailleurs, le commissaire aux comptes doit être convoqué à cette séance. La délibération de l'organe de direction doit être communiquée au président du tribunal de commerce et au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.
Étape 3	En cas d'inobservation de ces dispositions ou si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, ce dernier doit inviter le président du conseil d'administration ou du directoire à convoquer une assemblée générale sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.
Étape 4	Si, à l'issue de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats.

2.2 L'alerte par le comité d'entreprise

Droit d'alerte. Le Code du travail confère un droit d'alerte aux représentants du personnel de certaines entreprises. Il ne s'agit pas d'une obligation.

Aux termes de la loi, l'alerte porte sur des « faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise » (C. trav., art. L. 2323-78). Le critère de déclenchement est plus large que celui relatif à l'alerte par les commissaires aux comptes. Les faits concernés peuvent ne pas menacer la survie de l'entreprise.

Procédure

Étape 1	Le comité d'entreprise adresse à l'employeur une demande d'explication.
Étape 2	À défaut de réponse satisfaisante, le comité établit un rapport d'alerte, avec l'aide, s'il le souhaite, d'un expert comptable rémunéré par l'entreprise. Ce rapport est transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes.
Étape 3	Si le rapport le prévoit, il peut être communiqué au conseil d'administration ou de surveillance ou, à défaut, aux associés.

2.3 L'alerte par les associés

Titulaires du droit d'alerte. Les associés de SARL et les actionnaires disposent d'un droit d'alerter la direction de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

- Dans les SARL, en sont titulaires les associés non gérants, quel que soit leur nombre de parts.
- Dans les SA, le droit d'alerte est reconnu aux actionnaires représentant, seul ou à plusieurs, au moins 5 % du capital social, ainsi qu'aux associations d'actionnaires dans les sociétés cotées sur un marché réglementé.

Procédure. Le droit d'alerte s'exerce par la faculté de poser par écrit, deux fois par exercice, des questions aux dirigeants (président ou gérant). Ceux-ci disposent d'un délai d'un mois pour répondre et leur réponse est transmise au commissaire aux comptes.

2.4 L'alerte par le président du tribunal

Entreprises concernées. Les entreprises concernées par l'alerte déclenchée à l'initiative du président du tribunal sont les suivantes :

- les sociétés commerciales ;
- les groupements d'intérêt économique ;
- les entreprises individuelles, commerciales ou artisanales.

L'alerte est mise en œuvre lorsque le président a connaissance, par tout acte, d'un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Convocation à un entretien. La procédure d'alerte que peut mettre en œuvre le président du tribunal est constituée par une convocation à un entretien « afin que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation », comme une augmentation de capital. Pareil entretien est informel et ne peut pas être imposé au dirigeant. Son succès repose tant sur sa confidentialité (les tiers ne doivent pas être alertés) que sur l'autorité morale du juge.

Obtention de renseignement auprès de tiers. À l'issue de cet entretien, ou dans le cas où l'entreprise ne s'y serait pas présentée, le président du tribunal a la possibilité d'obtenir communication de certaines personnes en relation avec l'entreprise, dont les commissaires aux comptes, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

Le contenu des ces informations peuvent conduire le président du tribunal à envisager d'autres procédures, collectives ou pas, selon la gravité des difficultés éprouvées par l'entreprise.

3. Le traitement par un mandataire ad hoc nommé

Article L. 611-3 du Code de commerce. Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc*.

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et le tribunal de grande instance dans les autres cas.

Dispositif autonome. Depuis la loi du 26 juillet 2005, la nomination d'un mandataire *ad hoc* (« pour cela » en latin) est un dispositif autonome ; elle n'est plus rattachée à une procédure de traitement conventionnel des difficultés des entreprises. Elle doit être sollicitée, sans pouvoir être imposé, par le représentant de l'entreprise, c'est-à-dire par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique.

Mission. Ce mandataire est nommé afin de porter aide au chef d'entreprise dans la recherche de solutions de traitement des difficultés. Plus précisément, sa mission est fixée par celui qui le nomme, le président du tribunal. Elle prend fin par décision de ce dernier à la demande du débiteur.

Intérêt. La désignation d'un mandataire *ad hoc* ne suspend pas les poursuites individuelles des créanciers.

Son intérêt réside d'abord dans sa confidentialité (C. com., art. L. 611-15) et ensuite dans sa souplesse. La souplesse vient de l'absence de procédure légale, le Code de commerce prévoyant simplement la nomination d'un tel mandataire. Pour autant, ce dernier ne saurait assurer la gestion générale de l'entreprise.

Mais la loi de 2005 n'a pas énoncé le degré nécessaire de difficulté pouvant justifier la nomination d'un tel mandataire. On peut alors penser que ce dernier pourrait être désigné avant la cessation des paiements, mais aussi après. Sans doute, comme c'était le cas avec la procédure de règlement amiable, la nomination d'un mandataire *ad hoc* précèdera la procédure de conciliation, la première ayant alors pour fonction de déterminer les créanciers prêts à consentir des efforts lors de la seconde.

Recours. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le débiteur dispose d'un recours à l'encontre de la décision qui lui aurait refusé la nomination d'un mandataire *ad hoc*. Il s'agit d'un appel dont les modalités sont identiques à celles édictées concernant l'appel de la décision refusant la désignation d'un conciliateur (C. com., art. R. 611-20).

4. La conciliation

Article L. 611-4 du Code de commerce. Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

4.1 Ouverture de la procédure de conciliation

Entreprises concernées. Les entreprises concernées sont les suivantes :

- les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale ;
- les personnes morales de droit privé ;
- les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

L'ouverture offerte aux professions libérales date de la loi du 26 juillet 2005.

REMARQUE

Les agriculteurs personnes physiques font l'objet d'une réglementation spécifique.

Degré de difficulté justifiant l'ouverture de la procédure. Deux conditions cumulatives et tenant à la gravité de la situation conditionnent l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 611-4).

- L'entreprise ne se trouve pas en cessation des paiements ou ne s'y trouve pas depuis plus de 45 jours. À défaut c'est obligatoirement une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire qui devrait être ouverte.
- L'entreprise éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible. Il peut s'agir de la perte d'un client important, du retrait du marché d'un produit du fait de défauts...

Initiative de l'entreprise débitrice. La demande d'ouverture d'une procédure de conciliation doit être faite par le débiteur et lui seul. Elle ne saurait par exemple être formulée par un créancier. C'est là une différence importante avec le redressement judiciaire.

Intervention judiciaire. Le juge doit intervenir pour accueillir ou non la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation. Pour autant la conciliation reste contractuelle. S'il juge la conciliation opportune, le président du tribunal rend une ordonnance d'ouverture d'une telle procédure. Dans sa décision, il désigne un conciliateur et fixe la durée de sa désignation (v. *infra*).

Après ouverture de la conciliation, le président du tribunal dispose du même pouvoir d'investigation auprès de tiers que celui prévu dans le cadre de la procédure d'alerte (voir *supra*). En outre, il peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur. Enfin, il peut aussi obtenir des informations des établissements bancaires ou financiers (C. com., art. L. 611-6, al. 5). Ces derniers ne sauraient lui opposer le secret bancaire.

REMARQUE

Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 13 décembre 2008, les pouvoirs du président du tribunal – lui permettant d'obtenir certaines informations d'administrations diverses et de certains interlocuteurs du débiteur, ainsi que de nommer un expert – pouvaient être exercés avant l'ouverture de la conciliation. Le législateur a souhaité rendre cette procédure plus attractive en écartant chez le débiteur la crainte d'une intrusion judiciaire.

Communication de la décision d'ouverture. La décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, aux commissaires aux comptes dès lors que le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes.

REMARQUE

Faut-il craindre que le commissaire aux comptes, informé de la décision de conciliation, lance une procédure d'alerte, ce qui serait susceptible de nuire à la confidentialité ? La réponse est négative puisque le Code de commerce prévoit que l'obligation d'alerte mise à la charge du commissaire aux comptes ne s'applique pas lorsqu'une procédure de conciliation a été engagée (L. 234-4).

4.2 Mission du conciliateur

Objectifs. Le but essentiel de la conciliation est simple : parvenir à un accord contractuel entre le débiteur et ses créanciers destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut s'agir de remises de dettes, partielles ou totales, ou d'échelonnement des paiements, de concours bancaires, de restructuration de l'entreprise débitrice, par exemple.

Le conciliateur essaiera de convaincre, de faire des propositions acceptables, d'inciter à la conciliation en faisant valoir les avantages d'un accord homologué (voir *infra*). Mais, il ne s'agit pas pour le conciliateur de prendre la direction de l'entreprise.

Durée. Le président du tribunal désigne le conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois, mais pouvant être prorogée d'un mois à la demande du conciliateur. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, lorsque l'homologation de l'accord est demandée au tribunal avant l'expiration de cette période, la procédure de conciliation est prolongée jusqu'à la décision dudit tribunal (C. com., art. L. 611-6, al. 2). Ce dernier n'est donc plus tenu de statuer à l'intérieur de la période de cinq mois maximum, ce qui augmente d'autant le temps à consacrer aux négociations.

Moyens. Le conciliateur peut proposer la conclusion d'un accord aux opérateurs économiques privés mais aussi publics. La loi prévoit en effet que les administrations fiscales et sociales peuvent, dans le cadre d'une procédure de conciliation, consentir des remises de dette, de même que des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque ou l'abandon de ces sûretés (C. com., art. L. 611-7, al. 3). Ces remises, cessions et abandons ne sauraient être consentis que dans des conditions similaires à celles qu'octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation.

REMARQUE

Cette mesure est importante puisque, avant la loi du 26 juillet 2005, les administrations fiscales et sociales n'étaient autorisées à consentir des remises que sur les intérêts et les pénalités. Par ailleurs, c'est la loi dite de modernisation de l'économie, du 4 août 2008, qui a enfoncé le clou en autorisant les cessions de rang ou l'abandon de certaines garanties. Et c'est celle du 17 février 2009 qui a supprimé la condition tenant à ce que les créanciers privés consentent un effort dit « concomitant », c'est-à-dire similaire.

Impossibilité de suspendre les poursuites. Le conciliateur ne peut pas demander la suspension des poursuites exercées par un ou plusieurs créanciers contre le débiteur en difficulté. Ce moyen de pression, improductif en pratique, a été supprimé par la loi du 26 juillet 2005. Cependant, si, au cours de la procédure de conciliation, un créancier exerce son droit de poursuite ou, plus simplement, met le débiteur en demeure de s'exécuter, le juge qui a ouvert cette procédure peut lui imposer des délais de paiement dans la limite de deux années (C. com., art. L. 611-7, al. 5).

Obligation de confidentialité. Le conciliateur est tenu d'une obligation de confidentialité, comme tous ceux qui sont appelés à la procédure ou en ont connaissance par leurs fonctions. L'existence de celle-ci est essentielle pour donner confiance et inciter le débiteur à solliciter la conciliation.

Fin de la mission du conciliateur et de la procédure de conciliation. La mission du conciliateur et la procédure de conciliation prennent fin :

- lorsque le délai légal de cinq mois maximum (v. *supra*) est expiré alors qu'aucune demande d'homologation n'a été formulée dans ce délai ;
- lorsque l'accord conclu est soit constaté judiciairement, soit homologué ;
- lorsque, avant le terme de la procédure, le conciliateur fait part au président du tribunal de l'impossibilité de parvenir à un accord. Dans ce dernier cas, ledit président met fin à sa mission ainsi qu'à la procédure de conciliation.

Nouvelle procédure. Une nouvelle procédure de conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent une conciliation ayant pris fin (C. com., art. L. 611-6, al. 2). Pareil délai de carence, issu de l'ordonnance de 2008, tend à éviter les successions de procédures sollicitées dans l'unique dessein de pallier la brièveté du délai légal.

4.3 Dénouement de la conciliation

Le succès de la mission du conciliateur se concrétise par un accord entre le débiteur et ses créanciers. Cet accord, qui n'est autre qu'un contrat, a une valeur juridique qui diffère selon qu'il est simplement constaté par le juge ou s'il est homologué par ce dernier.

a) Constatation judiciaire de l'accord

Force exécutoire de l'accord constaté. Les parties à l'accord souhaitant une simple constatation judiciaire de celui-ci adressent une requête en ce sens au président du tribunal. Ce dernier constate l'accord et lui donne force exécutoire. L'avantage d'une simple constatation judiciaire de l'accord réside dans le maintien de la confidentialité de la procédure, ce qui permet de ne pas nuire au crédit du débiteur. En effet, la décision constatant l'accord n'est pas publiée et n'est pas susceptible de recours.

b) Homologation de l'accord

Contrôle de l'accord par le juge. C'est au débiteur, et à lui seul, qu'il appartient de demander l'homologation au tribunal. L'homologation de l'accord suppose un contrôle du juge sensiblement plus important qu'une simple constatation judiciaire. Le tribunal homologue l'accord obtenu si les conditions suivantes sont réunies :

- le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclu y met fin ;
- les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

Fin de la confidentialité. Dès lors que l'accord est soumis à l'homologation judiciaire, la procédure de conciliation cesse d'être confidentielle. La loi prévoit en effet que le jugement d'homologation (qui ne reprend pas le contenu de l'accord) est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet d'une mesure de publicité. Par ailleurs, lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, l'accord homologué est transmis à son commissaire aux comptes (C. com., L. 611-10).

Sécurité offerte aux créanciers signataires. L'homologation est très intéressante pour les créanciers signataires car elle leur apporte une sécurité en cas d'échec de l'accord, c'est-à-dire dans l'hypothèse où cet accord ne parviendrait pas à mettre fin aux difficultés de l'entreprise – et d'ouverture consécutive d'une procédure collective.

Mesure de sécurité	Observations
La période suspecte ne peut pas commencer avant l'homologation.	Aussi, les garanties souscrites dans l'accord ne peuvent pas être remises en cause (à propos de la période suspecte, voir <i>infra</i> , section 3).
Privilege de conciliation	Les créanciers bénéficient d'un rang très favorable pour leurs créances. Il s'agit de signataires qui, dans le cadre de l'accord homologué, ont consenti de nouveaux apports de trésorerie (hormis les associés dans le cadre d'une augmentation de capital) et de ceux qui ont fourni un nouveau bien ou service.

Chèque. L'interdiction, éventuellement faite au débiteur, d'émettre des chèques est levée de plein droit.

c) Effets de l'accord constaté ou homologué

Rapprochement. L'ordonnance du 13 décembre 2008 a sensiblement uniformisé les effets de l'accord constaté et de l'accord homologué. Essentiellement par soucis de cohérence.

Arrêts des poursuites individuelles. L'accord constaté ou homologué a force obligatoire entre les parties signataires puisqu'il s'agit d'un contrat. Aussi, les créanciers qui en sont parties ne peuvent-ils agir en justice contre le débiteur en vue du recouvrement des créances faisant l'objet de l'accord. En revanche, l'accord homologué ne produit pas d'effet obligatoire à l'égard des créanciers non signataires de l'accord. Ceux-ci conservent leur droit de poursuivre le recouvrement de leurs créances.

Coobligés et garants. Les codébiteurs et les garants sont en droit de se prévaloir de l'accord constaté. L'ordonnance du 13 décembre 2008 a rapproché aussi sur ce point les effets de l'accord constaté ou homologué et en a profité pour allonger la liste des personnes concernées afin de parer les tentatives de contournement par des créanciers qui chercheraient à profiter de nouvelles garanties dans le but de les mettre en œuvre même en cas de conciliation. Le Code de commerce vise plus précisément les « personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » (C. com., art. L. 611-10-2, al. 1^{er}). Le cautionnement est évidemment concerné, mais aussi, par exemple, la fiducie-sûreté (à propos de celle-ci, voir *supra*, chap. 11).

EXEMPLES

Si un créancier accorde une remise de dette dans le cadre de la conciliation, il ne pourra pas demander paiement à la personne ayant cautionné la créance en cause.

Dans une fiducie-sûreté où le créancier (le bénéficiaire de la fiducie) et le fiduciaire seraient deux personnes différentes, le créancier qui, dans le cadre de la conciliation, aurait accordé des délais de paiement, ne pourrait exiger la réalisation immédiate du patrimoine fiduciaire.

Anéantissement de l'accord inexécuté. L'accord qui n'est pas exécuté encourt la résolution, c'est-à-dire l'anéantissement rétroactif.

REMARQUE

Le président du tribunal ou le tribunal prononce la résolution dès lors qu'il constate l'inexécution. Il ne lui appartient donc pas d'apprécier la gravité du manquement contractuel, ce qui déroge au droit commun des contrats.

Échec de l'accord. Si intervient à l'encontre du débiteur une procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire), alors son ouverture met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué. Les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés (C. com., art. L. 611-12). Par exemple, les remises de dettes sont anéanties. En revanche, les paiements déjà effectués ne peuvent pas être remis en cause.

Par ailleurs, les créanciers privilégiés – ceux qui dans le cadre de l'accord *homologué* ont consenti de nouveaux apports de trésorerie et ceux qui ont fourni un nouveau bien ou service (voir *supra*) – conservent leur rang très favorable dans la procédure collective, malgré la fin de l'accord.

SECTION 2

LA SAUVEGARDE DE L'ENTREPRISE

Article L. 620-1 Code commerce. « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

La procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30. »

Sous la protection de la loi

La procédure de sauvegarde, instituée par la loi du 26 juillet 2005, s'inspire du fameux chapitre XI de la loi fédérale américaine sur les entreprises en difficulté. L'entreprise qui subit des difficultés importantes sans pour autant être en cessation des paiements peut demander la protection de la loi par l'ouverture d'une procédure collective tendant à la sauvegarder. On peut parler en effet de protection de la loi puisque l'entreprise en sauvegarde ne peut pas aboutir à sa cession (totale du moins).

1. Ouverture de la procédure

1.1 Entreprises concernées

Personnes physiques pouvant faire l'objet d'une procédure de sauvegarde (C. com., art. L. 620-2)	Observations
Les personnes exerçant une activité commerciale	Depuis l'ordonnance du 13 décembre 2008, le Code de commerce ne vise plus « tout commerçant » et « toute personne immatriculée au répertoire des métiers », mais « toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale ». En conséquence, le champ des entreprises concernées par une procédure collective est élargi. Les questions relatives à l'absence d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, ne se posent plus. L'immatriculation n'est pas une condition nécessaire à l'ouverture de la procédure. Par exemple, les auto-entrepreneurs peuvent bénéficier de la procédure, dès lors qu'ils exercent une activité commerciale ou artisanale, alors qu'ils sont dispensés d'immatriculation.
Les personnes exerçant une activité artisanale	
Les agriculteurs	Certaines spécificités sont aménagées pour les agriculteurs.
Les personnes exerçant une activité professionnelle indépendante	C'est là une nouveauté de la loi de 2005. Y sont notamment comprises les personnes exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé (avocats, médecins...).

REMARQUE

L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), création de la loi du 15 juin 2010 (v. *supra*, fiche 5) est évidemment concerné par les procédures collectives puisqu'il s'agit d'une personne physique exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou encore libérale. L'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 adapte le droit des procédures collectives à la spécificité de l'EIRL qui repose sur l'affectation d'un patrimoine à l'exercice de l'activité professionnelle. Notamment, l'impact de la procédure ne concerne que le patrimoine soutenant l'activité professionnelle souffrant de difficultés économiques. Si les difficultés touchent l'activité exercée sous forme d'EIRL, la procédure ne concernera que le patrimoine affecté. Si les difficultés touchent une activité professionnelle exercée par l'entrepreneur autre que celle exercée sous forme d'EIRL, la procédure collective ne concernera que le patrimoine non affecté.

Personnes morales. Sont en droit de solliciter une procédure de sauvegarde toutes les personnes morales de droit privé.

Extension de procédure. La loi de 2005 a consacré la jurisprudence antérieure en admettant l'extension de procédure dans certains cas. Il faut entendre par là qu'une personne peut se voir soumise à une procédure collective, notamment de sauvegarde, déjà ouverte à l'encontre d'une autre personne. La demande doit en être faite par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public ; mais le tribunal peut en décider d'office, c'est-à-dire en l'absence de demande. Les deux personnes font alors l'objet d'une procédure unique. Deux extensions possibles sont prévues par la loi :

- en cas de **confusion des patrimoines**. Deux personnes physiques ou morales se sont comportées comme si elles avaient le même patrimoine, par exemple lorsque l'une assume les charges qui devraient incomber à l'autre ;
- en cas de **fictivité de la personne morale**. Une société fictive est une société qui n'est utilisée que comme une façade permettant de masquer l'activité d'une autre personne.

REMARQUE

Lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle sous forme d'EIRL, la loi prévoit un mécanisme d'extension de procédure entre ses différents patrimoines : il s'agit de l'action en réunion de patrimoines. Cette action obéit au régime procédure de l'action en extension et en produit les effets.

1.2 Degré de difficulté justifiant la procédure de sauvegarde

Difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter. Le débiteur est en droit de solliciter une procédure de sauvegarde si, sans être en cessation des paiements, il éprouve des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. La Cour de cassation a pu juger que les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture (Cass. com., 26 juin 2007, pourvois n° 06-17.821 et n° 06-20.820, deux arrêts). Cette jurisprudence demeure pertinente sous l'empire de l'ordonnance de 2008.

REMARQUES

1. La situation de la société qui demande le bénéfice d'une procédure de sauvegarde doit être appréciée en elle-même, de sorte que les capacités financières du groupe auquel elle appartient n'ont pas à être prises en compte (Cass. com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-20.820).
2. Lorsque les difficultés sont éprouvées par une EIRL, l'appréciation des difficultés ne doit porter que sur le patrimoine affecté.

3. Le débiteur est-il condamnable lorsqu'il demande l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à la suite de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé d'obtenir d'un créancier la modification d'un accord ? Pareil comportement doit-il être considéré comme un détournement de la procédure ? La Cour de cassation répond par la négative (Cass. com., 8 mars 2011, pourvoi n° 10-13.988).

1.3 Jugement d'ouverture de la procédure

Une procédure collective est ouverte par une décision de justice rendue par un tribunal.

a) Tribunal compétent

Tribunal de commerce ou tribunal de grande instance. La compétence *ratione materiae* (en raison de la matière) est celle du tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas (C. com., art. L. 621-2).

Compétence territoriale. Depuis le décret du 28 décembre 2005, il convient de distinguer les personnes morales des personnes physiques :

- personnes morales : tribunal dans le ressort duquel la personne a son siège social. Ce siège est précisé dans les statuts. Mais il faut tenir compte du siège réel, c'est-à-dire du « centre des intérêts principaux » de la personne morale, lequel peut s'avérer différent du siège statutaire ;
- personnes physiques : tribunal dans le ressort duquel le débiteur a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité.

Entreprise débitrice	Compétence matérielle	Compétence territoriale
Personnes physiques exerçant une activité commerciale	Tribunal de commerce	Ressort de l'adresse déclarée
Personnes physiques exerçant une activité artisanale	Tribunal de commerce	Ressort de l'adresse déclarée
Agriculteurs, personnes physiques	Tribunal de grande instance	Ressort de l'adresse déclarée
Personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante	Tribunal de grande instance	Ressort de l'adresse déclarée
Personnes morales de droit privé commerçantes	Tribunal de commerce	Ressort du siège social réel
Personnes morales de droit privé non commerçantes	Tribunal de grande instance	Ressort du siège social réel

b) Saisine du tribunal

Saisine réservée au débiteur. À la différence des procédures de redressement et de liquidation judiciaire, la saisine du tribunal en vue de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde est réservée à l'entreprise débitrice. La participation volontaire du débiteur est l'une des clés du succès de la sauvegarde.

c) Mise en place des organes de la procédure

Rôle du tribunal compétent. Il appartient au tribunal compétent de désigner, dans le jugement d'ouverture, les personnes qui formeront les organes de la procédure. Certaines nominations interviennent dans toute procédure collective, d'autres dépendent de la procédure concernée. Par ailleurs, il faut noter le rôle important que la loi attribue au tribunal lui-même, qui n'est pas précisément un organe de la procédure mais qui assure la direction générale de celle-ci.

Juge-commissaire. Le juge-commissaire, présent dans toute procédure collective, est un juge faisant partie du tribunal de la procédure collective. De façon générale, la loi le charge de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. Il statue par ordonnance (et non par jugement).

Mandataire judiciaire. Un mandataire judiciaire doit être nommé dans toute procédure collective.

En cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, il ne peut avoir qu'une seule mission : celle d'assurer la **défense des intérêts des créanciers**. D'ailleurs, il a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. En cas de procédure de liquidation, le mandataire judiciaire a pour rôle, outre la défense des intérêts des créanciers, de liquider l'entreprise : il est le **liquidateur**.

Représentant des salariés. Dans le jugement d'ouverture de toute procédure collective, le tribunal invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise débitrice. À défaut de comité d'entreprise et de délégués du personnel, les salariés élisent eux-mêmes leur représentant. Le rôle de ce représentant *ad hoc* (car spécialement désigné pour la procédure) consiste à participer à la vérification des créances salariales.

Administrateur judiciaire. L'administrateur judiciaire est un mandataire de justice doté d'un statut professionnel particulier (C. com., art. L. 811-1 et suivants).

- Dans une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la nomination d'un administrateur judiciaire est obligatoire lorsque l'entreprise est suffisamment importante. Elle n'est que facultative pour les entreprises comptant moins de 20 salariés ou dont le chiffre d'affaires hors taxes est inférieur à 3 000 000 €.
- Dans une procédure de liquidation judiciaire, un administrateur judiciaire peut être désigné lorsqu'un maintien provisoire d'activité est autorisé.

La mission de l'administrateur judiciaire est définie par le tribunal qui le nomme :

- dans une procédure de sauvegarde, cette mission peut aller de la surveillance du débiteur dans sa gestion à son assistance pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux. Il ne saurait se substituer à la personne du débiteur car ce dernier continue à assurer l'administration de l'entreprise ;
- dans une procédure de redressement judiciaire, la mission de l'administrateur peut aller de l'assistance à la représentation. Dans ce dernier cas, il assure seul, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise. Il ne peut pas être désigné pour une simple mission de surveillance.

Contrôleurs. La désignation, par le juge-commissaire, d'un ou plusieurs contrôleurs parmi les créanciers (cinq au maximum) n'est obligatoire que si ces derniers en font la demande.

Leur rôle est modeste. Il consiste à assister le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise.

Experts. Le tribunal a la possibilité de nommer un ou plusieurs experts dont il définit la mission. Il s'agit d'experts en diagnostic d'entreprise dont le rôle essentiel consiste à renseigner le tribunal sur la situation économique, financière et sociale de l'entreprise.

d) Publicité du jugement d'ouverture et voies de recours

Publicité. Parce que le jugement d'ouverture d'une procédure collective modifie la situation du débiteur, laquelle est opposable aux tiers, il y a lieu d'informer ceux-ci du jugement. C'est le rôle de la publicité. Par ailleurs, la publicité est le point de départ de certains délais de forclusion, par exemple celui dans lequel les créanciers doivent déclarer leurs créances. Les modalités de cette publicité sont prévues par le décret du 28 décembre 2005 (art. 63).

Voies de recours. L'exercice des voies de recours contre le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, mais aussi des autres procédures collectives, ne suspend pas la procédure. Autrement dit, le jugement d'ouverture est **exécutoire de plein droit à titre provisoire**, sans qu'il y ait lieu d'attendre l'expiration des délais de voies de recours. Deux voies de recours sont possibles :

- le débiteur, l'éventuel créancier poursuivant et le ministère public peuvent faire **appel** ou se pourvoir en cassation ;
- **tierce opposition** peut être formée contre le jugement d'ouverture dans les dix jours qui suivent la publication du jugement au BODACC. Cette voie de recours est ouverte aux personnes qui n'ont pas été parties à l'instance. Ce serait le cas d'un créancier souhaitant exercer des poursuites individuelles contre le débiteur et contestant alors la situation financière de ce dernier telle qu'établie par le jugement d'ouverture.

2. Déroulement de la procédure

Durant la procédure de sauvegarde l'activité de l'entreprise est évidemment maintenue. S'ouvre alors une période d'observation, laquelle doit aboutir à un plan de sauvegarde.

2.1 Période d'observation

a) Durée de la période d'observation

Période provisoire. La période d'observation est nécessairement provisoire puisqu'elle n'est que le moyen de permettre l'établissement d'un diagnostic sur la situation de l'entreprise et, éventuellement, l'établissement d'un plan de sauvegarde. Sa durée est fixée par le juge auquel la loi impose un maximum : six mois. Cette durée peut être renouvelée une fois.

Modification de la période d'observation. La période d'observation n'est pas intangible.

- Lorsqu'il apparaît, en cours de procédure, que l'entreprise est en état de cessation des paiements, le tribunal convertit la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire. Le juge peut alors, s'il estime nécessaire, modifier la durée de la période d'observation restant à courir.
- Si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduisait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements, le tribunal convertit également la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement

judiciaire, si le débiteur lui en fait la demande. Le juge peut aussi, s'il l'estime nécessaire, modifier la durée de la période d'observation restant à courir (C. com., art. L. 622-10).

REMARQUE

On remarquera que dans cette hypothèse, la conversion serait prononcée alors même que le débiteur ne serait pas en cessation des paiements. La disposition permet la continuité des procédures. À première vue, on comprend mal pourquoi cette conversion est prévue alors qu'un plan de redressement ne sera pas plus envisageable. En réalité, la disposition permet de préparer la cession totale de l'entreprise, laquelle n'est pas possible dans le cadre d'une procédure de sauvegarde.

- Quand les difficultés sont si graves que la procédure doit être convertie en une liquidation de l'entreprise dans les conditions énoncées à l'article L. 622-10 du Code de commerce, le tribunal met fin à la période d'observation (C. com., art. L. 622-11), même si la poursuite d'activité temporaire peut être exceptionnellement permise.
- Des considérations plus positives peuvent aussi justifier la fin de la période d'observation. Celle-ci est interrompue lorsque les difficultés qui ont justifié la procédure de sauvegarde ont disparu (C. com., art. L. 622-12).

b) Gestion de l'entreprise

C. com., art. L. 622-1, I. L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant.

C. com., art. L. 622-3. Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur.

En outre, sous réserve des dispositions des articles L. 622-7 et L. 622-13, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi.

■ Pouvoirs du débiteur

L'activité de l'entreprise est poursuivie durant la période d'observation, de sorte que se pose la question de savoir qui doit en assurer la gestion. L'article L. 622-3 du Code de commerce y répond : le débiteur continue d'exercer les actes de disposition et d'administration ; pour le reste, tout dépend de la mission confiée par le tribunal à l'administrateur judiciaire lorsque ce dernier est nommé.

Mission de l'administrateur judiciaire	Pouvoirs du débiteur	Observations
Surveillance de la gestion du débiteur	Le débiteur reste libre de sa gestion. En effet, le rôle de l'administrateur se limite au contrôle <i>a posteriori</i> des actes accomplis par l'entreprise sous sauvegarde.	Cependant, il ne faut pas perdre de vue que l'administrateur peut demander au tribunal la modification de sa mission, voire la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.



Mission de l'administrateur judiciaire	Pouvoirs du débiteur	Observations
Assistance du débiteur pour tous les actes de gestion ou certains d'entre eux	Les pouvoirs du débiteur sont plus réduits. L'assistance suppose en effet un contrôle <i>a priori</i> , c'est-à-dire l' autorisation de ces actes.	
Toute mission	L'administrateur dispose de pouvoirs spécifiques qui réduisent d'autant ceux du débiteur.	Exemple : pouvoir d'exiger la poursuite des contrats en cours

REMARQUE

Si la procédure collective est ouverte à l'encontre de l'activité exploitée sous forme d'EIRL, les règles restrictives de gestion ne concernent que cette activité ; elles ne s'appliquent donc pas au patrimoine non affecté sur lequel l'entrepreneur conserve une entière liberté, même si ce patrimoine est utilisé, en partie ou en totalité, pour l'exploitation d'une autre activité professionnelle.

Actes de gestion courante. Quelle que soit la mission de l'administrateur, le débiteur dispose du pouvoir d'accomplir les actes de gestion courante de l'entreprise. Du moins, ces actes sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi. Ils sont alors opposables à la procédure. Le tiers de bonne foi est celui qui ignorait l'existence de la procédure.

La loi écarte de cette présomption le paiement des dettes antérieures et la continuation des contrats en cours, lesquels, même s'il peut s'agir d'opérations courantes, sont soumis à un régime particulier.

EXEMPLES

Est assurément un acte de gestion courante, la vente de produits fabriqués par l'entreprise aux conditions habituelles. Il en a été aussi jugé ainsi à propos de la passation d'encarts publicitaires, indispensables au maintien de l'activité, une cession de créances professionnelles, la vente d'appartements par une société immobilière dès lors que ces ventes entrent dans l'activité courante de la société.

En revanche, n'a pas été jugé comme un acte de gestion courante, la conclusion ou le renouvellement d'un contrat de travail.

Sanction d'un dépassement de pouvoir par le débiteur. La loi ne prévoit pas de sanction au dépassement de pouvoir par le débiteur. Mais la Cour de cassation a jugé, en 1995, que de tels actes sont inopposables à la procédure collective ; de sorte que le tiers bénéficiaire de l'acte litigieux ne peut pas se prévaloir de l'acte dans le cadre de la procédure.

■ Actes réglementés

Interdiction des paiements des créances antérieures et certaines créances postérieures. Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-7). La règle s'applique au débiteur comme à l'administrateur. Elle tend à soumettre les créanciers à une même discipline, puisque le sort de leurs créances sera réglé ultérieurement. Elle se justifie aussi

par la préservation de l'actif de l'entreprise, nécessaire à sa sauvegarde. Aussi, la règle a-t-elle pour corollaire la **suspension des poursuites individuelles** par les créanciers antérieurs. C'est l'origine de la créance qui doit être prise en compte pour savoir si son paiement est interdit, et non son échéance. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de distinguer entre les créances munies de sûretés et celles chirographaires. Enfin, la règle s'étend à certaines créances postérieures au jugement d'ouverture, celles qui ne sont pas nécessaires au déroulement de la procédure ou qui ne sont pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle.

La sanction d'un paiement réalisé alors que prohibé est la nullité, outre des sanctions pénales. L'interdiction des paiements des créances antérieures comporte des exceptions (C. com, art. L. 622-7) :

- le débiteur personne physique peut librement payer les créances alimentaires, qu'elles soient antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure ;
- le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à payer certaines créances antérieures au jugement, visées par la loi et justifiées par la poursuite de l'activité. Il s'agit de paiement visant les objectifs suivants :
 - retirer le gage ou une chose légitimement retenue (Ce pourrait être l'exemple d'un véhicule retenu par un garagiste non payé pour ces travaux mais nécessaire à l'entrepreneur pour se rendre sur des chantiers),
 - obtenir le retour de biens transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire (à propos de la fiducie-sûreté, voir *supra*, chap. 11),
 - lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat.
- le paiement par **compensation** est permis lorsque les créances sont connexes, c'est-à-dire étroitement liées. L'hypothèse est celle où le créancier, dont la créance est née avant la procédure, est par ailleurs débiteur de l'entreprise en difficulté, tandis que toutes les conditions de la compensation ne sont pas réunies avant l'ouverture de la procédure. En effet, la compensation est un mécanisme juridique permettant l'extinction de deux créances à condition que celles-ci soient réciproques, fongibles, liquides et exigibles. Malgré tout, la loi autorise la compensation dès lors que les créances sont connexes, même si ne sont pas réunies les conditions de liquidité et d'exigibilité. Faut-il encore que le créancier ait déclaré sa créance antérieure au passif de la procédure.

EXEMPLES

- Ont été jugés connexes le prix de la construction d'un immeuble dû par le maître de l'ouvrage et les pénalités de retard dues par le constructeur.
- Dans une affaire où des relations d'affaires existaient entre deux sociétés, l'une fabriquant des emballages, l'autre de la vaisselle à usage unique, il a été jugé que la créance de la première à l'égard de la seconde n'était pas connexe avec les créances de vente de marchandises de la seconde à la première. L'existence de relations d'affaires est jugée insuffisante.
- En revanche, dans une autre affaire, la connexité a été déduite du fait que les créances réciproques étaient nées de ventes et d'achats conclus en exécution d'un contrat-cadre. Le contrat-cadre liait un exploitant d'un centre Leclerc à un fournisseur. Il prévoyait la fourniture de marchandises (créance du fournisseur à l'égard du distributeur) et la réalisation de prestation de services par le distributeur afin de promouvoir les marchandises à distribuer (créance du distributeur à l'égard du fournisseur).

Actes contrôlés. Les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise que souhaiteraient réaliser le débiteur ne sont pas interdits mais doivent être autorisés par le juge-commissaire, à peine de nullité. La loi soumet à la même autorisation la constitution d'une hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement.

Le juge-commissaire peut également autoriser le débiteur ou l'administrateur à compromettre ou transiger.

c) Poursuite des contrats en cours

Généralités. L'activité de l'entreprise avec ses partenaires (clients, fournisseurs et autres) se matérialise par la conclusion et l'exécution de contrats. Certains de ceux-ci sont indispensables à la poursuite de l'activité – laquelle est inhérente à la procédure de sauvegarde – d'autres pas. Par ailleurs, certains contractants du débiteur souhaitent rompre leur relation contractuelle avec une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective. La loi empêche cette rupture : l'ouverture d'une procédure collective ne met pas fin aux contrats en cours et la clause qui stipulerait le contraire n'aurait aucune portée. Aussi, le cocontractant doit-il s'exécuter après l'ouverture d'une telle procédure même si le débiteur n'a pas exécuté ses engagements avant la procédure (C. com., art. L. 622-13). En d'autres termes, il n'appartient pas à ce cocontractant de décider du sort du contrat en cours. La décision relève de l'administrateur (voir *infra*).

Contrats concernés. Tous les contrats auxquels l'entreprise débitrice est partie peuvent faire l'objet de l'option entre continuation et renonciation. Depuis la réforme intervenue en 2005, le contrat d'assurance n'échappe pas à la règle (C. assur., art. L. 113-6). En revanche, y échappent les contrats d'édition (CPI, art. L. 132-15), de production audiovisuelle (CPI, art. L. 132-30) et de travail (ces derniers se poursuivent de plein droit ; voir *infra*) ; leurs régimes étant spécifiques. Y échappe également le contrat de fiducie, mais pas le contrat par lequel le constituant conserve la jouissance des actifs fiduciaires (C. com., art. L. 622-13, VI).

REMARQUE

Lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle sous forme d'EIRL, seuls sont concernés par les règles de continuation les contrats conclus dans le cadre de l'activité faisant l'objet de la procédure collective.

CONTRATS INTUITU PERSONAE

Pendant longtemps les contrats *intuitu personae*, c'est-à-dire pour lesquels la personnalité du cocontractant est déterminante, n'obéissaient pas à la règle de la continuation. Ils étaient résiliés de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure collective. Après la réforme opérée en 1985, la Cour de cassation a décidé qu'une convention d'ouverture de crédit et une autre de compte courant bancaire étaient soumises à l'option de l'administrateur puisque la loi (aujourd'hui, C. com., art. L. 622-13) écarte toute disposition légale contraire. Elle pose comme principe que l'administrateur a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne (Cass. com., 8 déc. 1987).

Un contrat en cours. L'article L. 622-13 du Code de commerce vise les contrats en cours, de sorte qu'il n'autorise pas à faire renaître un contrat qui n'existe plus. Ainsi, n'est plus en cours un contrat qui a pris fin par une rupture acquise avant l'ouverture de la procédure

de sauvegarde. Un jugement définitif de nullité ou de résolution du contrat est une rupture acquise.

La continuation des contrats en cours concerne tous les contrats qui s'inscrivent dans la durée (sous réserve des exceptions indiquées ci-dessus). Il s'agit au premier chef des contrats à exécution successive, tel un bail, un crédit-bail, un contrat de franchisage ou un contrat d'abonnement. Mais les contrats à exécution instantanée peuvent aussi être visés dès lors que la prestation caractéristique du contrat n'a pas été fournie au jour du jugement d'ouverture.

EXEMPLE

N'est pas un contrat en cours le contrat de prêt d'une somme d'argent qui a été entièrement remise à l'emprunteur avant l'ouverture de la procédure collective à l'encontre de ce dernier et dont des échéances restent à rembourser. En conséquence, le prêteur ne peut obtenir paiement des échéances postérieures au jugement et doit déclarer sa créance pour se voir payer à l'issue du plan de sauvegarde.

Titulaire, termes et modalités de l'option. Le choix de continuer un contrat en cours ou d'y mettre fin appartient à l'administrateur, quelle que soit l'étendue de sa mission. À défaut, c'est-à-dire dans les entreprises n'atteignant pas certains seuils (voir *supra*), le choix incombe au débiteur.

L'administrateur ou, à défaut, le débiteur, dispose du choix d'imposer la continuation des contrats en cours ou de provoquer leur anéantissement. La loi n'impose à l'administrateur ni formes ni délais pour prendre sa décision. Le choix de la continuation peut être exprès, mais aussi tacite, résultant par exemple de l'exécution du contrat. Le choix de l'anéantissement résulte d'une demande de résiliation formulée par l'administrateur au juge-commissaire, lequel prononce la résiliation (C. com., art. L. 622-13).

REMARQUE

Auparavant, c'est-à-dire avant la réforme opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le choix portait sur la continuation ou la renonciation à la continuation ; l'administrateur ne disposant pas d'une faculté générale de provoquer la résiliation du contrat.

Si le cocontractant souhaite ne pas rester dans la position inconfortable de l'expectative, il a la possibilité de mettre l'administrateur en demeure de se prononcer. Celui-ci dispose alors d'un mois pour répondre, ce délai pouvant être écourté ou prorogé de deux mois au maximum par le juge-commissaire.

REMARQUE

En conséquence, lorsque l'administrateur ne s'est pas prononcé à propos de la continuation, ni de façon expresse, ni tacitement, le cocontractant est en droit de prendre l'initiative soit de le mettre en demeure de prendre parti sur la continuation, soit de poursuivre la résiliation selon le droit commun. La première branche est préférable pour lui parce que plus simple est plus rapide.

Obligation du cocontractant. Si le choix de l'administrateur s'est porté sur la continuation d'un contrat en cours, le cocontractant a l'obligation de s'exécuter. Surtout, il ne saurait invoquer un défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Il peut seulement déclarer pareille inexécution au passif de la procédure (C. com., art. L. 622-13). Cette « purge des inexécutions antérieures » (selon l'expression du Pr Ph. Pétel) a été restreinte par la jurisprudence aux obligations de payer une somme d'argent.

Garanties du cocontractant. Lorsque le contrat est poursuivi, le cocontractant a la garantie de voir les engagements du débiteur exécutés tel que cela est prévu dans la convention. L'administrateur ne saurait donc modifier le contrat qu'il décide de continuer. Mais seule doit être fournie la prestation qui correspond à l'exécution postérieure à l'ouverture de la procédure.

EXEMPLE

Posons l'hypothèse d'un administrateur qui décide de continuer un contrat de bail alors que n'ont pas été payés les trois derniers loyers (mensuels) correspondant à l'utilisation de l'immeuble avant le jugement d'ouverture. Ces loyers ne doivent pas être payés, le bailleur ayant seulement le droit d'en effectuer la déclaration au passif. En revanche, les loyers correspondant à l'utilisation de l'immeuble postérieurement au jugement d'ouverture doivent être versés.

Sanction de l'inexécution du débiteur. L'inexécution d'un contrat dont le choix a été fait de la continuation est sanctionnée par la résiliation de plein droit, sauf accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles malgré l'inexécution.

Par ailleurs, s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonné dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant. Autrement dit, la loi l'autorise à revenir sur sa décision de continuation.

BAIL IMMOBILIER

La loi prévoit un régime particulier pour le bail d'un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise débitrice. Si les loyers afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture ne sont pas payés, le bailleur ne peut demander la résiliation, ou la faire constater, qu'au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement. Pendant ce délai, le défaut de paiement des loyers postérieurs ne peut donc être sanctionné.

Indemnisation du cocontractant. Lorsque l'administrateur ne fait pas le choix de la continuation du contrat ou y met fin (parce qu'il apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant), ou encore si la résiliation est prononcée à sa demande, le cocontractant qui subit ainsi la rupture anticipée peut prétendre à des dommages et intérêts.

2.2 Droits des créanciers

Généralités. Par définition une procédure collective soumet les créanciers à une discipline collective, par dérogation au droit commun. Il est toutefois nécessaire de réserver un sort différent selon que la créance est née avant la procédure ou après celle-ci. Les créanciers postérieurs doivent en effet bénéficier d'un traitement de faveur car ils fournissent des prestations utiles au bon déroulement de la procédure. Cette faveur est d'autant plus importante lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire parce que le maintien de l'activité durant la période d'observation, qui est de la nature de ces deux procédures, est impératif. Inversement, les droits des créanciers antérieurs sont restreints afin de ne pas empêcher la sauvegarde (ou le redressement).

REMARQUE

Lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle sous forme d'EIRL, les créanciers concernés sont ceux dont la créance se rattache à l'activité faisant l'objet de la procédure collective. Par exemple, si celle-ci est soutenue par le patrimoine affecté, n'est pas concerné par la procédure le créancier dont la créance se rattache au patrimoine non affecté.

a) Créanciers antérieurs au jugement d'ouverture

Au titre de la procédure de sauvegarde, la loi énonce trois règles venant restreindre les droits des créanciers antérieurs.

■ Arrêt des poursuites individuelles

Rappelons que l'arrêt des poursuites individuelles, produit par l'ouverture d'une procédure collective, est le corollaire de l'interdiction faite au débiteur de payer les dettes antérieures.

Tout créancier antérieur. Tout créancier antérieur, c'est-à-dire dont la créance trouve son origine dans un fait générateur antérieur au jugement d'ouverture, est soumis à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur. Il n'y a pas lieu de distinguer entre créanciers chirographaires et créanciers titulaires de sûretés ou autres privilèges.

La règle ne concerne cependant pas les salariés, lesquels sont soumis à un régime particulier. Les instances prud'homales en cours au jour du jugement d'ouverture se poursuivent de plein droit (C. com., art. L. 625-3).

CAUTIONS ET COOBLIGÉS

Les codébiteurs et garants de la dette contractée par l'entreprise en difficulté bénéficient de l'arrêt des poursuites. Plus précisément, il s'agit des coobligés ainsi que des personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. La loi prévoit en effet la suspension de toute action à leur encontre dès lors qu'il s'agit de **personnes physiques** (C. com., art. L. 622-28, al. 2). Les personnes morales (telle une banque) ne sont donc pas concernées. La suspension se produit jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation, c'est-à-dire pendant la période d'observation.

La règle a notamment pour vocation à inciter les dirigeants qui se portent caution des engagements de la société qu'ils dirigent, ce qui est fréquent en pratique, à solliciter une procédure de sauvegarde, voire à déposer le bilan.

FIDUCIE-SÛRETÉ

Lorsqu'une procédure de sauvegarde (ou de redressement) est ouverte au bénéfice du constituant d'une fiducie-sûreté, la question se pose de savoir si le créancier bénéficiaire est en droit de réaliser ou demander la réalisation des biens du patrimoine fiduciaire, c'est-à-dire de faire jouer sa garantie (à propos de la fiducie-sûreté, voir *supra*, chap. 11). Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le Code de commerce y répond.

Lorsque, en vertu d'un contrat de mise à disposition, le constituant a conservé la jouissance des actifs fiduciaires, le créancier n'est pas autorisé à mettre en œuvre sa garantie (C. com., art. L. 622-23-1). L'administrateur devra imposer la continuation du contrat de mise à disposition. Par ailleurs, le créancier est soumis à la discipline consistant à déclarer sa créance et revendiquer les biens mobiliers affectés dans le patrimoine fiduciaire.

En revanche, en l'absence d'une telle mise à disposition, la fiducie produit son effet de garantie. On sait, toutefois, que le juge-commissaire peut autoriser le débiteur et l'administrateur à payer la créance afin d'obtenir la restitution des actifs fiduciaires (C. com., art. L. 622-7, II, al. 2).

Actions en justice. L'arrêt des poursuites concerne tout d'abord les actions en justice. Il peut s'agir d'actions introduites avant le jugement d'ouverture, auquel cas les poursuites sont interrompues, ou après le jugement, auquel cas elles sont interdites.

La règle ne s'applique qu'à l'action en paiement d'une somme d'argent et à l'action en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Il ne reste aux titulaires de la première qu'à déclarer leur créance au passif et attendre le dénouement de la procédure.

REMARQUE

Toute autre action qui ne vise pas au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent n'est donc pas arrêtée ; elle peut être intentée individuellement. Ce serait le cas d'une action en nullité d'un contrat.

Reprise des actions en justice. Les actions en justice en cours au jour du jugement d'ouverture ne sont que provisoirement interrompues. Après la déclaration de la créance litigieuse, l'action reprend de plein droit. Toutefois, cette reprise ne peut avoir pour effet de prononcer une condamnation au paiement d'une somme d'argent ou une résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Elles ne peuvent tendre qu'à la constatation des créances et à la fixation de leur montant.

Voies d'exécution. Le jugement d'ouverture arrête également les voies d'exécution de la part des créanciers antérieurs tant sur les meubles que sur les immeubles.

■ Interdiction des inscriptions de sûretés

Inopposabilité de la sûreté constituée. L'article L. 622-30 dispose que les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture. Le texte concerne des sûretés qui ont été constituées avant l'ouverture de la procédure et qui doivent être publiées pour pouvoir être opposées aux tiers. L'inscription, visée par la loi, n'est autre que la réalisation de cette publicité. Ces sûretés ne pouvant être inscrites après le jugement d'ouverture, elles deviennent inopposables aux tiers. Deux conséquences concrètes en résultent.

- les créanciers qui en sont titulaires ne peuvent plus être admis à la procédure collective qu'en qualité de chirographaire ;
- les biens sur lesquels leur sûreté a été constituée (mais non publiée) peuvent faire l'objet d'une nouvelle affectation en garantie d'une dette née après le jugement d'ouverture.

Sûretés concernées. La règle d'interdiction des inscriptions ne s'applique qu'aux sûretés qui doivent être publiées pour être opposables aux tiers. Il s'agit :

- des hypothèques (conventionnelles, légales ou judiciaires) ;
- des gages (voir *supra*, chap. 11) ;
- des nantissements soumis à publicité (nantissements sur fonds de commerce ou outillage et le matériel d'équipement ; gage sur automobile) ;

- des privilèges immobiliers spéciaux (exemple : le privilège du vendeur d'immeuble) ;
- des privilèges généraux soumis à publicité (exemple : privilège de la Sécurité sociale qui porte sur les meubles).

Limites de l'interdiction. Seules les inscriptions nouvelles sont interdites. Le renouvellement d'une inscription, pour en éviter la péremption, reste possible. Il en est de même d'une inscription définitive, postérieure au jugement d'ouverture, faisant suite à une inscription provisoire faite avant ledit jugement.

Exceptions. La loi édicte deux exceptions à la règle d'interdiction des inscriptions :

- l'ouverture d'une procédure collective n'interdit pas l'inscription du privilège du Trésor public ;
- le vendeur du fonds de commerce peut également inscrire son privilège.

■ Arrêt du cours des intérêts

Principe. Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations (C. com., art. L. 622-28). Les créanciers antérieurs à la procédure collective perdent ainsi droit aux intérêts, lesquels peuvent constituer soit leur rémunération principale (c'est le cas d'un prêt d'argent), soit la compensation du retard de paiement. Il s'agit bien d'une perte puisque les intérêts courus depuis le jugement d'ouverture sont éteints, ils ne sont plus dus, même en cas de sauvetage ou de redressement de l'entreprise.

Il n'y pas lieu de distinguer selon que la créance productive d'intérêts est chirographaire ou assortie de sûretés.

Intérêts arrêtés	Observations
Intérêts légaux	Il s'agit d'intérêts dont le taux est fixé par la loi (3,79% en 2009) et s'appliquent à défaut d'accord contractuel sur ce taux. En principe, ils courent à compter d'une mise en demeure (C. civ., art. 1153) ou à compter d'une condamnation (C. civ., art. 1153-1).
Intérêts conventionnels	Ce sont des intérêts dont le taux est fixé par contrat. Ils peuvent être stipulés en contrepartie d'une prestation (cas des intérêts d'un prêt bancaire). Ils peuvent aussi venir compenser le retard dans l'exécution de ses obligations par le débiteur ; on parle alors d'intérêts moratoires (ou de retard).
Majorations	Ce terme englobe les redressements fiscaux ou les majorations sanctionnant un retard dans le paiement des cotisations sociales. Il s'applique aussi aux pénalités de retard fixées par contrat.

REMARQUE

La règle arrêtant le cours des intérêts ne s'applique qu'aux intérêts qui courent à compter du jugement d'ouverture et concernant une créance antérieure à ce jugement. Les intérêts ayant courus avant, et non payés, sont à déclarer au passif de la procédure.

CAUTIONS ET COOBLIGÉS

Les codébiteurs et garants de la dette contractée par l'entreprise en difficulté bénéficient de l'arrêt du cours des intérêts. Plus précisément, il s'agit des coobligés ainsi que des personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou

ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Seules les personnes physiques bénéficient de cette faveur. Les personnes morales (telle une banque) ne sont donc pas concernées.

Comme la règle arrêtant les poursuites individuelles, celle stoppant le cours des intérêts profite surtout aux dirigeants qui se portent caution des engagements de la société qu'ils dirigent.

Cas des crédits d'un an et plus. Ne sont pas soumis à l'arrêt du cours des intérêts, ceux résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. On l'aura compris, le législateur entend par là ne pas décourager le crédit à moyen et long terme.

b) Créanciers postérieurs au jugement d'ouverture

Article L. 622-17, I et II, du Code de commerce. I. – Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance.

II. – Lorsque ces créances ne sont pas payées à l'échéance, elles sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code. (...).

Les créanciers postérieurs, c'est-à-dire ceux dont la créance trouve son origine dans un fait générateur postérieur au jugement d'ouverture, mais pas tous, bénéficient d'un privilège de procédure leur donnant droit à être payés à l'échéance et, à défaut de fonds suffisants, à être payés en priorité.

■ **Domaine du privilège de procédure**

Créances utiles. La loi du 26 juillet 2005 a instauré un critère de distinction qui posera sans doute des difficultés d'application, mais a le mérite de revenir au fondement pratique de ce privilège accordé à certains créanciers : l'utilité de la créance pour la procédure. Plus précisément, sont concernées les créances suivantes :

- les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure. Il s'agit là des frais de procédure, tels les frais de justice, les honoraires des organes de la procédure ;
- les créances nées pour les besoins de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période. Ce sont les créances utiles à l'activité de l'entreprise pendant la période d'observation (livraison d'un bien, réalisation d'une prestation de services).

REMARQUE

Lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle sous forme d'EIRL, ne sont concernées par le privilège de procédure que les créances se rattachant au patrimoine concerné par la procédure collective.

Créances nées régulièrement. Le privilège de procédure ne concerne que les créances qui sont nées régulièrement. Il s'agit des créances nées conformément aux règles régissant les

pouvoirs du débiteur et des organes de la procédure. En d'autres termes, est régulière la créance née conformément aux pouvoirs octroyés par la loi ou par le tribunal à la personne du chef de qui elle est née.

EXEMPLES

La créance née de la continuation d'un contrat en cours est régulière si cette continuation a été décidée par l'administrateur judiciaire (dans les entreprises d'une certaine taille).

Si la mission de l'administrateur, fixée par le tribunal, consiste à assister le débiteur, la créance née du chef de ce dernier n'est régulière que s'il a obtenu l'autorisation de celui-là.

Sort des créances postérieures ne bénéficiant pas du privilège de procédure. Les créances qui sont nées **régulièrement** mais inutiles à la procédure subissent le même traitement que les créances antérieures à la procédure.

Les créances **irrégulières** devraient être exclues de la procédure. Outre que leur titulaire ne pourrait alors être payé et exercer des poursuites, il ne saurait participer aux répartitions postérieures au plan.

■ Droit au paiement à l'échéance

Droit commun du paiement. Les créances précitées sont payées à leur échéance si les fonds disponibles sont suffisants. C'est dire qu'elles obéissent au droit commun du paiement : celui-ci est le prix de la course, de sorte qu'une créance d'un rang préférable, mais non encore exigible, ne peut être payée avant la créance arrivée à échéance.

Dérogation à la discipline de la procédure. Mais il faut surtout percevoir que les créances bénéficiant du privilège de l'article L. 622-17 échappent à la discipline collective de la procédure. En effet, ces créanciers postérieurs ne subissent pas les restrictions imposées aux créanciers antérieurs. Aussi peuvent-ils agir en justice contre le débiteur.

■ Droit à un paiement prioritaire

Situation. Lorsque les fonds disponibles ne sont pas suffisants pour payer les créanciers à l'échéance, ils ne restent plus à ces derniers qu'à participer aux répartitions qui ont lieu après l'adoption d'un plan de sauvegarde (ou de redressement, ou encore, et ce sera le plus fréquent en pratique, dans le cadre de la liquidation de l'entreprise).

Obligation d'information à la charge des créanciers. À la différence des créanciers antérieurs, ceux bénéficiant du privilège de procédure ne sont pas soumis à une procédure de vérification de leurs créances. Cependant, celles-ci perdent ledit privilège si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur ou, à défaut, du mandataire judiciaire (ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur), dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation.

Classement au sein de la procédure. Les créances bénéficiant du privilège de procédure sont payées avant toutes les créances antérieures. Cette règle s'applique même si celles-ci sont assorties de sûretés, du moins lorsque la répartition a lieu après l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

La loi prévoit plusieurs exceptions à pareille primauté, au profit :

– des créances salariales garanties par le superprivilège ;

- des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure (exemples : les honoraires des mandataires de justice, les frais de publication des décisions de justice) ;
- des créances nées de nouveaux crédits consentis à l'entreprise en difficulté dans le cadre d'un accord homologué à la suite d'une procédure de conciliation.

Classement des créanciers postérieurs entre eux. L'article L. 622-17 du Code de commerce établit un classement des créanciers titulaires du privilège de procédure. Cet ordre de priorité ne vaut que dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Rang	Type de créance	Observations
1 ^{er} rang	Les créances de salaire dont le montant n'a pas été avancé par l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS).	L'AGS est un organisme qui garantit le paiement des créances salariales pour un montant et une durée déterminés.
2 ^e rang	Les prêts, qu'ils aient été consentis ou non par un établissement de crédit. Les créances résultant de la continuation des contrats en cours lorsque le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé.	Deux conditions sont toutefois nécessaires. Ces prêts et délais de paiement doivent être autorisés par le juge-commissaire et faire l'objet d'une publicité.
3 ^e rang	Les autres créances, selon leur rang	Exemples : les créances nées de contrats autres que les prêts et conclus après le jugement d'ouverture.

2.3 Détermination du patrimoine du débiteur

Au cours de la procédure de sauvegarde, il est nécessaire de connaître l'actif comme le passif composant le patrimoine du débiteur. Aujourd'hui, cette connaissance a pour objectif de permettre un désintéressement ordonné des créanciers, d'éviter un appauvrissement du débiteur et de permettre au tribunal de décider du sort de l'entreprise.

a) Actif : les revendications

Actif réel. L'actif est répertorié par la réalisation d'un inventaire précis des biens de l'entreprise (et des garanties qui les grèvent). Mais il faut encore que soit connu l'actif réel de l'entreprise. Or, il dépendra de deux actions postérieures au jugement d'ouverture :

- les actions en nullité de la période suspecte. Elles ne concernent que les procédures de redressement et de liquidation judiciaires (voir *infra*, section 3) ;
- les actions en revendication. Elles peuvent être exercées durant la procédure de sauvegarde comme de redressement et de liquidation judiciaires.

Revendication de bien meubles. Parce que l'actif doit être connu avec précision, il appartient aux tiers qui estiment être propriétaires d'un bien se trouvant entre les mains du débiteur de le revendiquer afin de faire reconnaître leur droit de propriété, puis d'en obtenir la restitution.

Les **propriétaires d'immeubles** détenus par le débiteur peuvent bien sûr revendiquer leurs biens si leur droit est contesté, mais sans être astreints à une discipline particulière.

En revanche, les **propriétaires de biens meubles** sont soumis à une discipline qui conditionne le succès de leurs revendications. Cette restriction s'explique par l'apparence de solvabilité entretenue par la possession de meubles par une entreprise qui n'appartien-

nent pas à celle-ci. On envisagera le cadre général des revendications mobilières, puis le cas particulier du vendeur de meuble.

■ **Cadre général des revendications mobilières**

Domaine. Les règles strictes conditionnant le succès d'une revendication s'appliquent aux propriétaires de biens meubles, corporels ou incorporels, qui se trouvent entre les mains du débiteur à titre précaire.

EXEMPLES

C'est le cas lorsque le débiteur a la possession du bien meuble du fait d'un contrat de dépôt (il est le dépositaire), ou d'un prêt à usage (il est l'emprunteur), ou de location (il est le locataire). Ou encore quand il a acheté un bien qui lui a été livré sans que pour autant la propriété lui ait été transférée (vente avec clause de réserve de propriété).

C'est aussi le cas lorsque le débiteur a vendu un bien, sans clause de réserve de propriété, qui n'a pas été livré à l'acheteur au jour de l'ouverture de la procédure.

Par exception, ne sont pas soumis à cette discipline les propriétaires en vertu d'un contrat ayant fait l'objet d'une publicité : crédit-bail par exemple, ou cession de fonds de commerce ou de brevet.

Cas de vente du bien par le débiteur. Si l'entreprise en difficulté a vendu régulièrement le bien meuble que le créancier entend revendiquer, la loi autorise la revendication du prix, ou partie du prix, qui n'a pas été encore payée par le tiers acquéreur. Autrement dit, le créancier a le droit d'être payé directement par le tiers acquéreur car la créance de prix est venue remplacer le bien meuble (c'est une subrogation réelle). Mais faut-il encore que la chose ait été revendue par le débiteur dans son état initial.

EXEMPLE

La revendication de la créance de prix ne serait pas possible si le débiteur avait vendu des vêtements fabriqués grâce à du tissu préalablement acheté avec clause de réserve de propriété au bénéfice du créancier.

REMARQUE

La Cour de cassation soumet clairement le tiers acquéreur à l'opposabilité des exceptions (Cass. com., 5 juin 2007, pourvoi n° 05-21.349, tiers acquéreur d'une machine ne pouvant se prévaloir de son dysfonctionnement à l'encontre du vendeur).

Cas de destruction du bien. Si le bien meuble que le créancier entend revendiquer a été détruit, la demande peut être exercée sur l'indemnité d'assurance versée au débiteur.

Délai pour revendiquer. La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure. C'est un délai *préfix*, c'est-à-dire insusceptible de suspension ou d'interruption.

REMARQUE

Concernant les biens faisant l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure (contrat de location ou de dépôt par exemple), le délai courrait à partir de la résiliation ou du terme du contrat. L'ordonnance a opportunément abrogé cette règle puisque la revendication a pour objet de faire reconnaître son droit de propriété (C. com., art. L. 624-10) et non directement de se faire restituer le bien, de sorte que le propriétaire n'est pas empêché de formuler sa demande. Désormais, le délai court à compter de la publication au BODACC et seule la restitution effective est reportée à la résiliation ou au terme du contrat.

Bien se retrouvant en nature. La revendication n'est admise que si le bien litigieux se retrouve en nature entre les mains du débiteur. Cette condition est générale, même si la loi ne vise que le contrat de dépôt et la vente avec réserve de propriété. *A priori*, ne se retrouve pas en nature un bien qui a été transformé (par exemple du cuir transformé en chaussures) ou qui a été incorporé dans un autre bien (par exemple de la ferraille incorporée dans la construction d'un immeuble). La loi a cependant apporté des précisions propres à améliorer la situation des revendiquants (C. com., art. L. 624-16, al. 3) :

- est admise la revendication d'un **bien incorporé** dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage ;
- il en est de même de la revendication de **biens fongibles** lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte.

Aboutissement de la demande en revendication. La demande en revendication est adressée à l'administrateur. Celui-ci, avec l'accord du débiteur, peut acquiescer à cette demande. En l'absence d'administrateur, c'est au débiteur qu'il appartient d'acquiescer, mais après accord du mandataire judiciaire. À défaut d'accord ou en cas de contestation, la demande est portée devant le juge-commissaire (C. com., art. L. 624-17), lequel tranche.

Conséquences de la revendication. La demande de revendication emporte demande de restitution du bien.

■ Cas particulier du vendeur de meuble impayé

Les garanties qu'octroie le droit commun de la vente au vendeur de meuble impayé (droit de rétention, privilège, droit de revendication, action en résolution) subissent un régime particulier du fait de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'acheteur (C. com., art. L. 624-11).

Bien détenu par le vendeur. Dans l'hypothèse où le vendeur n'a pas livré la chose au débiteur au jour du jugement d'ouverture, il peut exercer son droit de rétention et, de la sorte, conserver le bien (C. com., art. L. 624-14). Puisque, en ce cas, il s'agit d'un contrat en cours, la suite dépendra de la décision de l'administrateur.

Bien détenu par l'acheteur en présence d'une clause de réserve de propriété. La clause de réserve de propriété permet au vendeur de rester propriétaire de la chose qu'il ne possède pourtant plus, jusqu'au paiement total du prix. Lorsque le vendeur a pris la précaution d'introduire pareille stipulation dans le contrat, il est en droit de le revendiquer d'après les règles générales, envisagées plus haut, gouvernant les revendications mobilières (C. com., art. L. 624-16, al. 2).

Faut-il encore que cette clause ait été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Le bien est alors restitué au vendeur. Toutefois, il peut être fait obstacle à la restitution si le juge-commissaire autorise le paiement immédiat du vendeur.

b) Passif : la vérification des créances

La vérification des créances a pour but de connaître la réalité des droits invoqués par les créanciers. Elle se présente donc comme le préalable nécessaire à l'apurement du passif qui interviendra après le plan de sauvegarde (ou de redressement judiciaire, ou lors de la liquidation judiciaire).

■ Déclaration des créances

Article L. 622-24, al. 1^{er} du Code de commerce. À partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au mandataire judiciaire dans les délais fixés par décret en Conseil d'État. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. Le délai de déclaration court à l'égard de ceux-ci à compter de la notification de cet avertissement.

Créances à déclarer. Doivent faire l'objet d'une déclaration les créances suivantes, qu'elles soient ou non assorties de sûretés :

- les créances antérieures au jugement d'ouverture ;
- les créances postérieures qui ne bénéficient pas du privilège de procédure édicté à l'article L. 622-17.

REMARQUE

Les salariés ne sont pas tenus de déclarer leurs créances découlant d'un contrat de travail. La vérification de ces créances est soumise à des règles propres (C. com., art. L. 625-1 à L. 625-6).

Destinataire et auteur de la déclaration. Dans la procédure de sauvegarde (comme celle de redressement judiciaire) la déclaration des créances doit être adressée au mandataire judiciaire.

Depuis la réforme de 1994, la loi prévoit que la déclaration peut être faite par le créancier ou par tout préposé (par délégation de pouvoir) ou mandataire de son choix.

Créance concernée	Délai pour déclarer
Principe	La déclaration doit être adressée au mandataire judiciaire dans les deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC.
Créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié	Le délai de principe court à compter de la notification de l'avertissement personnel qui doit leur être adressé par le mandataire judiciaire (ou le liquidateur en cas de liquidation judiciaire).
Créance postérieure au jugement d'ouverture	Le point de départ du délai de principe est fixé à la date d'exigibilité de la créance.
Créance civile née d'une infraction pénale	Le délai de principe de déclaration par la partie civile court à compter de la date de publication du jugement d'ouverture ou à compter de la décision définitive qui en fixe le montant lorsque cette décision est postérieure à la publication du jugement d'ouverture.
Créance résultant de la résiliation d'un contrat en cours	Le cocontractant bénéficie d'un délai supplémentaire d'un mois, lequel court à compter de la date de résiliation de plein droit ou de la date de notification de la décision prononçant la résiliation.
Créanciers qui ne demeurent pas en France métropolitaine	Le délai de principe est augmenté de deux mois.

Sanction du défaut de déclaration : la forclusion. Le créancier qui n'a pas effectué la déclaration de sa créance dans les délais est forclus. Celle-ci n'est pas admise dans les répartitions et les dividendes (C. com., art. L. 622-26, al. 1). Pour autant elles ne sont pas éteintes ! L'ordonnance du 18 décembre 2008 pose clairement le principe de l'inopposabilité

comme sanction frappant le défaut de déclaration. Mais elle ajoute que cette inopposabilité joue pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. C'est dire que le débiteur est libéré des créances non déclarées – donc que ces créances sont éteintes ! – même après l'achèvement du plan dès lors qu'il a été exécuté selon ses dispositions.

■ **Vérification des créances**

Modalités. La vérification des créances est faite par le mandataire judiciaire, le débiteur et, le cas échéant, les contrôleurs désignés, présents ou dûment appelés. Puis, le mandataire judiciaire établit une liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Cette liste ainsi que les observations du débiteur sont déposées au greffe pour être sans délai remises au juge-commissaire.

CRÉANCES DE SALAIRE

Les créances salariales sont soumises à un régime particulier. Puisque la déclaration n'est pas nécessaire, c'est le mandataire judiciaire (ou le liquidateur en cas de liquidation) qui prend l'initiative de la vérification. Il établit un relevé des créances salariales impayées, après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur (C. com., art. L. 625-1). Puis, ces relevés sont soumis au représentant des salariés et visés par le juge-commissaire. Enfin, ils sont déposés au greffe du tribunal et font l'objet d'une mesure de publicité.

■ **Admission ou rejet des créances**

État des créances	Les décisions du juge-commissaire, admettant ou rejetant les créances, sont répertoriées sur un document appelé l'état des créances. Il est déposé au greffe et peut être consulté par toute personne.
Contestation des créances	Si la créance déclarée n'est pas contestée, le juge-commissaire prononce une décision d'admission. Si elle est contestée, dans son existence ou son montant, il appartient au juge-commissaire de trancher.
Voies de recours	Les décisions prises par le juge-commissaire sur l'admission des créances sont susceptibles d'appel devant la cour d'appel. Délai de 10 jours à compter de la notification.

3. Dénouement de la procédure : le plan de sauvegarde

Article L. 626-1, al. 1^{er} Code de commerce. Lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation.

Présentation. Comme son nom l'indique le plan de sauvegarde tend à... sauvegarder l'entreprise. C'est un instrument juridique qui doit permettre le sauvetage de l'entreprise. Lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, aucun plan de cession de l'entreprise n'est envisageable. Seul est possible un plan de sauvegarde. Aussi, l'entreprise est-elle maintenue dans le patrimoine du débiteur.

Exclusion du plan. Le plan de sauvegarde ne s'impose pas dans deux cas opposés. D'une part, son adoption n'est pas nécessaire lorsque les difficultés qui ont justifié l'ouverture de la procédure ont disparu, la période d'observation prenant alors fin. D'autre part, la procédure de sauvegarde est susceptible d'être convertie en redressement ou liquidation judiciaire (voir *supra*, propos relatifs à la durée de la période d'observation).

3.1 Préparation du plan

Présentation. La période d'observation a pour objet de savoir si la sauvegarde de l'entreprise est envisageable ou pas. Aussi, un bilan économique et social doit être réalisé. Sur sa base, l'administrateur propose un plan de sauvegarde. Si toutefois le bilan révèle l'impossibilité de la sauvegarde, le débiteur a la faculté de demander la conversion de la procédure en un redressement judiciaire, même si l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements, mais à condition que la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à pareille cessation.

a) Bilan économique et social

Le bilan économique et social précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise. Il est élaboré par l'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts (C. com., art. L. 623-1).

REMARQUE

Lorsqu'il n'est pas désigné d'administrateur judiciaire, la loi ne prévoit pas l'élaboration d'un bilan économique et social.

b) Projet de plan

Contenu du projet de plan. Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, doit plancher sur les sujets suivants (C. com., art. L. 626-2) :

- les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles ;
- les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution ;
- le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité ;
- les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Encore une fois, la cession de l'entreprise est impossible dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Toutefois, les cessions partielles d'activité sont admises.

Modalités de règlement du passif. La définition des modalités de règlement du passif est un volet essentiel du projet de plan, car déterminant pour la sauvegarde de l'entreprise. La procédure suivante doit *en principe* être suivie :

Étape 1	L'administrateur communique les propositions pour le règlement des dettes au mandataire judiciaire, aux contrôleurs et aux représentants du personnel (C. com., art. L. 626-5).
Étape 2	Le mandataire judiciaire consulte chaque créancier qui a déclaré sa créance sur les délais, les remises de dette et les conversions de créances en capital qui lui sont proposés.
Étape 3	Le mandataire judiciaire dresse un état des réponses faites par les créanciers. Cet état est adressé au débiteur, à l'administrateur et aux contrôleurs.

Comités des créanciers. Les entreprises remplissant un double critère sont soumises à un régime particulier instauré par la loi de 2005 et directement inspiré du droit américain :

- premier critère. Les comptes de l'entreprise ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable ;
- second critère. Soit elle emploie plus de 150 salariés, soit elle réalise un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions d'euros.

La procédure est alors la suivante :

Étape 1	Il appartient à l'administrateur de constituer deux comités de créanciers. L'un regroupe les établissements de crédit et ceux assimilés (c'est-à-dire les entités auprès desquelles le débiteur a conclu des opérations de crédit). Sont également membres de droit de ce comité les titulaires d'une créance acquise auprès des établissements crédits (et assimilés) ou d'un fournisseur de biens ou de services. L'autre comité regroupe les principaux fournisseurs (biens ou services). Les créanciers ne faisant pas partie de ces deux comités sont consultés selon la procédure de principe décrite ci-dessus.
Étape 2	Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, présente à ces comités des propositions en vue d'élaborer le projet de plan dont le contenu a été décrit plus haut (C. com., art. L. 626-30-2). Les propositions peuvent comporter des délais de paiement et des remises, bien entendu, mais aussi, depuis l'ordonnance de 2008, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Ces conversions ne peuvent concerner que les sociétés par actions à risques limités.
Étape 3	Les comités disposent alors de 20 à 30 jours pour se prononcer sur ce projet après en avoir discuté avec le débiteur et l'administrateur judiciaire (discussion qui peut aboutir à une modification).
Étape 4	Si les comités se prononcent en faveur du projet de plan, le tribunal s'assure tout de même que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés. Si les comités, ou l'un d'eux, n'adoptent pas le projet de plan, il convient alors de procéder à la consultation selon le régime de principe décrit plus haut.

Assemblée des obligataires. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a mis en place un dispositif de consultation de l'ensemble des obligataires. Il ne s'agit pas, pour autant, d'un troisième comité même si cela y ressemble fort. L'administrateur convoque une assemblée générale unique, constituée de l'ensemble des obligataires, que leurs obligations aient été émises en France ou à l'étranger. Cette assemblée délibère sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers (C. com., art. L. 626-32).

Délai global. L'ordonnance de 2008 a instauré un délai global de consultation des comités et de l'assemblée des obligataires : six mois à compter du jugement d'ouverture. Si au terme de ce délai ces trois organes ne se sont pas prononcés sur le projet de plan ou si l'un d'eux a refusé les propositions faites par le débiteur ou encore si le tribunal n'a pas arrêté le plan parce qu'estimant que les intérêts d'un ou plusieurs créanciers n'étaient pas suffisamment protégés, la procédure de consultation est reprise pour préparer un plan selon le régime de principe (v. *supra*).

Information et consultation des représentants du personnel. Les représentants du personnel (de même que le mandataire judiciaire) sont informés, mais aussi consultés, sur les mesures que le débiteur envisage de proposer dans le projet de plan. Ils le sont également (ainsi que le mandataire judiciaire et les contrôleurs), sur le bilan économique et social et sur le projet

de plan. Par ailleurs, ce bilan et ce projet sont également communiqués à l'inspection du travail et au ministère public.

3.2 Adoption du plan

Délais	- Le projet de plan doit être présenté au tribunal « en temps utile » - Le tribunal statue, au vu de ce projet, avant la fin de la période d'observation.
Décision du tribunal	- Le tribunal arrête le plan lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée. - Dans le cas contraire, il convertit la procédure en un redressement ou prononce une liquidation judiciaire, si la cessation des paiements est constatée et dès lors que les conditions légales en sont réunies.
Voie de recours	- Appel de la décision du tribunal devant une cour d'appel. - Tierce opposition.

3.3 Contenu du plan

Schématiquement, le plan de sauvegarde se compose de mesures propres à permettre l'apurement du passif et, si nécessaire, la restructuration de l'entreprise. Souvent, pour assurer l'exécution du plan, des engagements personnels seront intégrés à celui-ci.

a) Engagements personnels

Le plan désigne mentionne l'ensemble des engagements souscrits par le débiteur lui-même, lorsque le débiteur est une personne physique. Lorsque celui-ci concerne une personne morale, il s'agit souvent d'engagements pris par les associés, mais un tiers peut être concerné.

EXEMPLES

Voici quelques exemples d'engagements personnels : l'entrepreneur individuel qui s'engage à transformer son entreprise en société ; des associés qui s'engagent à se porter caution d'emprunts futurs ; un tiers qui s'engage à souscrire à une augmentation de capital.

b) Restructuration de l'entreprise

Licenciements économiques. À la différence du plan de redressement, les licenciements économiques décidés dans le cadre d'un plan de sauvegarde n'obéissent pas à une réglementation spécifique. Ils sont alors soumis au droit commun.

ADJONCTION OU CESSIION D'UNE OU PLUSIEURS ACTIVITÉS

La cession globale de l'entreprise est impossible dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Le plan peut prévoir, en revanche, l'adjonction ou la cession partielle d'activités (C. com., art. L. 626-1, al. 2). La cession partielle est définie et gouvernée par les règles applicables à la cession d'entreprise en cas de liquidation judiciaire (voir *infra*, section 4) ; exceptée une règle : la mission n'incombe pas au liquidateur mais au mandataire judiciaire.

Modification des statuts. Le plan mentionne les modifications des statuts lorsqu'elles sont nécessaires à la réorganisation de l'entreprise. La mesure concerne les personnes morales. Le plus souvent, il s'agira d'augmentation de capital permettant d'accroître les fonds propres de l'entreprise.

Reprise interne. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé la faculté pour le tribunal de subordonner l'adoption du plan de sauvegarde au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise (abrogation de C. com., art. L. 626-4). Cette faculté demeure applicable dans un plan de redressement (voir *infra*).

c) Apurement du passif

Délais et remises. Sont ici concernées les créances antérieures à la procédure, ainsi que celles postérieures mais ne bénéficiant pas du privilège de procédure. Lors de la préparation du projet de plan, il a été indiqué que les créanciers sont consultés par le mandataire judiciaire afin de consentir volontairement des délais de paiement et/ou des remises de dettes. Lorsque le tribunal adopte le plan, il donne acte de ces engagements. Mais il peut aussi les réduire s'il estime que les largesses des créanciers ont été excessives.

Pour les créanciers qui n'ont pas consenti volontairement, le tribunal peut choisir entre deux mesures :

- leur imposer des délais de paiement (mais pas des remises de dette) ;
- offrir aux créanciers la possibilité de choisir entre un paiement intégral mais dans des délais uniformes imposés ou un paiement dans des délais uniformes plus brefs, mais assorti d'une réduction proportionnelle du montant de leur créance.

Incidences fiscales. Une remise de dette entraîne une diminution du passif et, corrélativement, une augmentation de l'actif net. Elle génère donc un bénéfice imposable.

DROIT DES CRÉANCIERS CONTRE LES GARANTS

Les créanciers qui ont consenti des délais ou remises, ou qui ont été forcés d'accorder des délais, conservent-ils leur recours contre les codébiteurs et les garants ? La réponse est négative. Les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie, lorsqu'ils sont des **personnes physiques**, peuvent se prévaloir des délais et remises figurant dans le plan de sauvegarde (la solution n'est pas la même dans le cadre d'un plan de redressement, voir *infra*, section 3). Le législateur souhaite inciter les dirigeants, qui souvent cautionnent les engagements de la société dirigée, à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Créances non soumises aux délais et remises. Les créances suivantes ne peuvent faire l'objet de délais ou remises :

- certaines créances salariales, notamment celles garanties par le superprivilège des salariés ;
- les créances de faible valeur sont payées sans remise ni délai.

Conversion de créances en capital. Depuis la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, le projet de plan puis le plan peuvent prévoir la conversion de créances en capital ou, plus exactement « une conversion en titres donnant ou pouvant donner accès au capital ». Auparavant pareille conversion était réservée aux créanciers membres des comités des créanciers. Aujourd'hui, elle est susceptible de bénéficier à tout créancier ayant régulièrement déclaré sa créance.

3.4 Effets du plan

Durée. La durée du plan est fixée par le tribunal. Elle ne peut excéder 10 ans (15 ans pour les agriculteurs).

Pouvoirs du débiteur. Avec l'adoption du plan de sauvegarde, le débiteur recouvre ses pouvoirs. En d'autres termes, les restrictions imposées pendant la période d'observation prennent fin.

Organes de la procédure. L'adoption du plan entraîne la nomination d'un nouvel organe : le **commissaire à l'exécution du plan**. Il est chargé de veiller à la bonne exécution du plan. Le tribunal nomme l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire pour endosser ses fonctions.

Conséquences en cas d'inexécution du plan. En cas d'inexécution des dispositions prévues dans le plan, la **résolution** de ce dernier peut être demandée au tribunal. Si elle est prononcée, l'anéantissement qui se produit alors emporte la déchéance des délais de paiement accordés, de même que les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues bien entendu. Si la résolution du plan conduit à la cessation des paiements, le tribunal prononce la liquidation judiciaire de l'entreprise si son redressement est manifestement impossible.

Par ailleurs, les personnes qui ont souscrit un engagement personnel, inclus dans le plan, engagent leur responsabilité civile si elles ne s'exécutent pas. La responsabilité civile peut être prononcée en plus de la résolution ou sans que celle-ci n'intervienne.

EXEMPLE

S'expose à payer des dommages et intérêts le tiers qui s'était engagé à souscrire des parts sociales dans le cadre d'une reprise interne, mais finalement s'y refuse.

Enfin des sanctions pénales sont édictées en cas de réalisation de certains actes interdits, comme le paiement d'une créance avant l'échéance prévue par le plan.

Conséquences en cas d'échec du plan. Lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan, le tribunal décide sa résolution et prononce, soit le redressement, soit la liquidation judiciaire.

Les effets de la résolution sont les mêmes que ceux indiqués plus haut. Il convient d'ajouter ici, que les créanciers soumis au plan sont dispensés de déclarer leurs créances à la nouvelle procédure (celle de liquidation). Les créances inscrites à ce plan sont admises de plein droit, déduction faite des sommes déjà perçues par les créanciers.

REMARQUE

Quels sont les droits du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté constituée par le débiteur avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde ? Dès la résolution du plan, le créancier est en droit de réaliser sa garantie, que la suite de la résolution soit le redressement ou la liquidation et même si le débiteur avait conservé la jouissance des actifs fiduciaires (C. com., art. L. 631-14).

4. Sauvegarde financière accélérée

Présentation générale. La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière – suivie d'un décret d'application n° 2011-236 du 3 mars 2011 – a mis en place une nouvelle procédure qui n'est pas totalement collective puisqu'elle soumet à une discipline collective uniquement les créanciers financiers du débiteur (établissement de

crédit, fonds d'investissement, *hedge funds*, obligataires...) : la sauvegarde financière accélérée. La loi s'applique aux conciliations ouvertes à compter du 1er mars 2011 (art. 57, II). Une fois n'est pas coutume, le législateur français s'est inspiré d'une technique légale américaine appelé « *prepack* » et qui consiste, en substance, à pré-négocier un accord de restructuration de la dette financière avec les principaux créanciers concernés afin de le faire rapidement adopter par un tribunal et, ainsi, l'imposer à l'ensemble des créanciers financiers, donc même ceux qui n'y ont pas participé, soit qu'ils n'étaient pas connus, soit qu'ils furent opposés à l'accord. L'accord est préparé dans le cadre de la procédure de conciliation, puis adopté dans celui de la procédure de sauvegarde spéciale.

La procédure de sauvegarde financière accélérée obéit aux règles de la sauvegarde de droit commun, sous réserve des dispositions qui lui sont propres (C. com., art. L. 628-1, al. 1^{er}) et lui confèrent sa particularité.

Domaine d'application. Du côté du débiteur d'abord : ne peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA) que le débiteur qui répond au double critère obligeant les entreprises faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde classique à constituer des comités des créanciers (C. com., art. L. 628-1, al. 2).

Du côté des créanciers ensuite, seuls les créanciers financiers sont concernés par la SFA. Il s'agit plus précisément des créanciers qui composent le comité des établissements de crédit dans la procédure de sauvegarde classique, c'est-à-dire les établissements de crédit et organismes assimilés. Il s'agit aussi des obligataires (C. com., art. L. 628-1, al. 3).

Conditions d'ouverture. L'ouverture ne peut être demandée que par le débiteur et ce dernier ne l'obtiendra qu'à condition qu'il soit engagé dans une procédure de conciliation en cours et éprouve des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter sans pour autant être en cessation des paiements (C. com., art. L. 628-1, al. 2).

La conciliation se présente donc comme l'antichambre du plan de sauvegarde, dont l'adoption consistera à juridictionner ce qui fut convenu.

Champ de la procédure ouverte. Une fois la procédure ouverte par le tribunal compétent, celle-ci ne produit ses effets qu'à l'égard des créanciers financiers (C. com., art. L. 628-1, al. 3).

A contrario, tous les autres, notamment les fournisseurs et les créanciers publics, ne sont pas affectés par la procédure. En conséquence, ils seront payés à l'échéance convenue, même si leur créance est antérieure à l'ouverture de la procédure. Ils seraient en droit d'exercer des poursuites judiciaires pour obtenir paiement. Bien entendu, ils n'ont pas à déclarer leur créance et ne sont pas davantage soumis aux règles relatives à la revendication.

On comprend donc que la loi entend préserver les relations commerciales du débiteur et, de la sorte, conforter son activité économique.

Déclaration des créances financières. Les créanciers financiers doivent déclarer leur créance dans les conditions de droit commun. Toutefois, la déclaration est facultative pour ceux qui ont participé à la conciliation et dont les créances sont mentionnées sur une liste que le débiteur est tenu d'établir et de faire certifier (par le commissaire aux comptes ou, à défaut, par un expert-comptable).

Adoption du plan. Dans la procédure de sauvegarde classique, la période d'observation a vocation, notamment, à construire un projet de plan lequel est discuté avec les comités des créanciers (lorsque ceux-ci s'imposent). Dans la SFA, un projet est déjà présenté au tribunal

lors de la demande d'ouverture. Il doit même être susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers afin de rendre vraisemblable son adoption dans un délai spécial à la SFA (C. com., art. L. 628-1).

C'est dire que celle-ci consiste d'abord à réunir le comité des établissements de crédit et assimilés – et lui seul puisque seuls les créanciers financiers sont affectés par la procédure –, lequel devra se prononcer dans le délai de droit commun, pouvant être réduit à huit jours (C. com., art. L. 628-4), afin d'accélérer son adoption. Ensuite, le cas échéant, c'est à l'assemblée des obligataires de se prononcer. Enfin, le tribunal arrête, ou pas, le plan dans un délai d'un mois à compter du jugement d'ouverture, lequel peut être prolongé d'un mois au plus (C. com., art. L. 628-6).

Durée de la procédure. La SFA est une procédure accélérée puisque sa durée est en principe d'un mois.

Si le projet de plan n'est pas adopté par le comité et, s'il y a lieu, l'assemblée des obligataires, ou s'il n'est pas le plan adopté n'est pas arrêté par le tribunal, ce dernier met fin à la procédure (C. com., art. L. 628-6).

SECTION 3

LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DE L'ENTREPRISE

Article L. 631-1 du Code de commerce. Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements. Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.

La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Elle donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30.

1. Ouverture de la procédure

1.1 Entreprises concernées

Personnes physiques et morales. Les personnes pouvant être soumises à une procédure de redressement judiciaire sont les mêmes que celles pouvant faire l'objet d'une procédure de sauvegarde (voir *supra*, section 2).

1.2 Degré de difficulté justifiant la procédure de redressement judiciaire

Cessation des paiements. Une procédure de redressement judiciaire ne peut être ouverte qu'à l'encontre d'une entreprise en état de cessation des paiements ; c'est-à-dire, aux termes de la loi (C. com., art. L. 631-1), qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Notion. Pour apprécier le **passif exigible**, il convient de ne tenir compte que des dettes présentant les caractères cumulatifs suivants :

- dette certaine. Une dette contestée (de façon non purement dilatoire) dans son existence ou son montant doit être écartée de l'appréciation ;
- dette liquide, c'est-à-dire chiffrée ;
- dette exigible, c'est-à-dire qui peut être immédiatement exigée sans attendre l'échéance d'un terme ou l'avènement d'une condition.

Quant à l'**actif disponible**, il se compose des éléments suivants :

- les éléments d'actif figurant au bilan, qui sont suffisamment liquides. Il s'agit bien sûr de la trésorerie, mais aussi de valeurs qui peuvent être immédiatement réalisées, comme un effet de commerce échu ou escomptable, ou des titres de placement négociables. En revanche, doivent bien sûr être écartés les immeubles non encore vendus ou encore le fonds de commerce ;
- il faut aussi prendre en considération la réserve de crédit dont dispose celle-ci, c'est-à-dire sa capacité à se faire consentir un crédit (délai de paiement susceptible d'être accordé par un créancier, avance en compte courant par un associé, prêt consenti par une banque, etc.).

REMARQUE

Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, l'appréciation de la cessation des paiements doit être réalisée en considération du seul patrimoine affecté à l'activité exercée sous la forme d'EIRL.

Preuve. L'état de cessation des paiements doit être démontré par celui qui demande l'ouverture de la procédure.

Date. C'est au tribunal qu'il incombe de fixer la date de cessation des paiements. À défaut, elle est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure. Mais cette date pourra être ultérieurement reportée par le tribunal si celui-ci dispose d'élément permettant de la fixer.

REMARQUE

Toutefois, lorsqu'il s'agit de déterminer la période suspecte, la date de cessation des paiements, arrêtée ou résultant d'un report, ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure. Par ailleurs, la date de cessation des paiements ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable dans le cadre d'une procédure de conciliation (voir *supra*, section 1).

1.3 Jugement d'ouverture de la procédure

Tribunal compétent. Renvoi. La compétence d'attribution et territoriale est la même qu'en matière de procédure de sauvegarde.

Saisine du tribunal

- Le débiteur a l'obligation de saisir le tribunal au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation. La déclaration de cessation de paiement est faite auprès du greffe du tribunal compétent ; elle est accompagnée de plusieurs documents, notamment, le bilan (d'où l'expression « **dépôt de bilan** »).

- Un créancier peut assigner son débiteur devant le tribunal en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Il doit alors démontrer l'état de cessation des paiements et, à défaut, il engage sa responsabilité civile. En pratique, ce sont l'URSSAF, les banques et le Trésor public qui déclenchent souvent ce type de procédure.
- Le tribunal peut se saisir d'office. Par ailleurs, il peut être saisi par le ministère public.

Choix de la procédure. Lorsque le débiteur est en cessation des paiements, le tribunal, après avoir apprécié la situation, décide s'il y a lieu d'ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Il prononcera l'ouverture de la liquidation s'il estime que le redressement est manifestement impossible.

Renvois. Les règles relatives à la mise en place des organes de la procédure ainsi qu'à la publicité du jugement d'ouverture et les voies de recours sont les mêmes qu'en matière de procédure de sauvegarde (voir *supra*, section 2).

2. Déroulement de la procédure

Maintien de l'activité. Durant la procédure de redressement judiciaire l'activité de l'entreprise est maintenue. S'ouvre alors une période d'observation, dont le but est de permettre l'établissement d'un diagnostic sur la situation de l'entreprise puis, si ce diagnostic est suffisant, d'élaborer un plan de redressement.

2.1 Période d'observation

Depuis la réforme opérée en 1994, cette période n'est plus obligatoire. Le tribunal a la possibilité de prononcer d'emblée la liquidation judiciaire s'il juge que le redressement de l'entreprise est manifestement impossible.

a) Durée de la période d'observation

Six mois. La durée de la période d'observation est fixée par le juge auquel la loi impose un maximum de six mois renouvelable une fois. La règle est cependant aménagée dans les situations suivantes :

- afin d'éviter que la période d'observation se poursuive alors que le redressement apparaît impossible, le tribunal décide, au plus tard au terme d'un délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture, s'il y a lieu de poursuivre la période d'observation ;
- à tout moment de la période d'observation, le tribunal peut prononcer la liquidation judiciaire s'il estime que le redressement est manifestement impossible. La période d'observation est alors interrompue ;
- elle est également interrompue lorsque le débiteur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les frais et les dettes afférents à la procédure.

b) Gestion de l'entreprise

Pouvoirs du débiteur. Durant la période d'observation le débiteur continue en principe d'exercer les actes de disposition et d'administration. Pour le reste, tout dépend de la mission confiée par le tribunal à l'administrateur judiciaire lorsque ce dernier est nommé (voir *supra*, section 2).

Mission de l'administrateur judiciaire	Pouvoirs du débiteur
Mission d'assistance : assistance du débiteur pour tous les actes de gestion ou certains d'entre eux	Autorisation nécessaire de l'administrateur.
Mission de représentation : administration de l'entreprise, seul (C. com., art. L. 631-12, al. 2)	Le débiteur est représenté, de sorte qu'il est dessaisi de la gestion de son entreprise.
Toute mission	L'administrateur dispose de pouvoirs spécifiques qui réduisent d'autant ceux du débiteur. Exemple : pouvoir de prononcer les licenciements économiques (avec l'autorisation du juge-commissaire).
Toute mission	Le débiteur dispose du pouvoir d'accomplir les <i>actes de gestion courante</i> de l'entreprise.

REMARQUE

Les actes accomplis en dépassement de pouvoir sont inopposables à la procédure collective.

Actes réglementés. Les règles applicables aux actes qui ne peuvent pas être effectués par le débiteur ou par l'administrateur judiciaire, ou qui sont contrôlés, sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde (voir *supra*, section 2), mais gouvernent aussi celle de redressement judiciaire.

Toutefois, en matière de redressement, l'accomplissement d'un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, ainsi que la faculté de consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou de compromettre ou transiger suit un régime différent : l'autorisation ne peut être demandée que par l'administrateur lorsqu'il effectue une mission de représentation ; tandis que ce pouvoir est exercé concurremment avec le débiteur lorsque l'administrateur exerce une mission d'assistance.

c) Poursuite des contrats en cours

Renvoi. Les règles applicables à la poursuite de contrat en cours sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais gouvernent aussi celle de redressement judiciaire (voir *supra*, section 2).

2.2 Droits des créanciers

Créanciers antérieurs au jugement d'ouverture. Les créanciers antérieurs sont soumis à l'interdiction d'exercer des poursuites individuelles et d'inscrire des sûretés, ainsi qu'à l'arrêt du cours des intérêts. Les règles gouvernant ces restrictions sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables à celle de redressement judiciaire (voir *supra*, section 2).

GARANTS ET CODÉBITEURS

La loi prévoit toutefois une exception concernant l'arrêt du cours des intérêts. En matière de redressement judiciaire, à la différence de la procédure de sauvegarde, les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie de la dette contractée par l'entreprise en difficulté, ainsi que les codébiteurs de celles-ci, ne peuvent pas se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts ; ils n'en bénéficient pas.

Créanciers postérieurs. Les règles gouvernant le privilège des créanciers postérieurs sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables à celle de redressement judiciaire (voir *supra*, section 2).

2.3 Détermination du patrimoine du débiteur

a) Actif : revendications et nullités de la période suspecte

L'actif est répertorié par la réalisation d'un inventaire précis des biens de l'entreprise (et des garanties qui les grèvent) et d'une évaluation de ceux-ci. Mais il faut encore que soit connu l'actif réel de l'entreprise. Or, il dépendra de deux actions postérieures au jugement d'ouverture :

- les actions en **revendication**. Les règles gouvernant la revendication des biens meubles sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables à celle de redressement judiciaire (voir *supra*, section 2) ;
- les actions en nullité de la période suspecte. Elles ne concernent que les procédures de redressement et de liquidation judiciaires.

Nullités de la période suspecte. La loi instaure une période, qui court de la cessation des paiements au jugement d'ouverture, durant laquelle elle suspecte de fraude les actes accomplis par le débiteur. En effet, celui-ci, se sachant en grave difficulté, a pu vouloir organiser son insolvabilité ou encore avantager certains de ses créanciers au détriment des autres. Ces actes accomplis durant la période dite suspecte encourent la nullité.

Pour certains actes, le tribunal saisi n'a pas le pouvoir de vérifier la fraude – on parle de nullité de droit (ou objective, ou automatique) –, tandis que pour d'autres il doit vérifier la fraude – on parle de nullité facultative. Ces nullités conduisent à la reconstitution de l'actif du débiteur par la réintégration des biens dans le patrimoine de ce dernier après restitution par les créanciers concernés.

Nullités de droit. Encourent la nullité de droit les actes suivants, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements :

- tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;
- tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;
- tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsqu'un tel paiement a été réalisé au moyen d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque ;
- tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession de créance professionnelle (dit bordereaux Dailly) ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ;
- tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2350 du Code civil, à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ;
- toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;
- toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ;
- toute autorisation et levée d'options de souscriptions d'actions ;

- tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, sauf si ce transfert est intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;
- tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant.

Nullités facultatives. Si le tribunal le juge opportun, les actes suivants encourent la nullité.

Actes encourant la nullité	Observations
Les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière accomplis dans les six mois précédant la date de cessation des paiements.	La durée de la période suspecte est ici allongée.
Les paiements pour dettes échues et les actes à titre onéreux, réalisés à compter de la date de cessation des paiements et autres que ceux sanctionnés par une nullité de droit.	Faut-il encore que ceux qui ont traité avec le débiteur aient eu connaissance de la cessation des paiements. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsqu'un tel paiement a été réalisé au moyen d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque.
Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier à compter de la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci.	

b) Passif : vérification des créances

Renvoi. Les règles gouvernant la vérification des créances sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables à celle de redressement judiciaire (voir *supra*, section 2).

REMARQUES

- 1) Lorsque le redressement judiciaire est la conséquence d'une conversion d'une procédure de sauvegarde, le créancier qui a régulièrement déclaré sa créance au passif du débiteur sous sauvegarde n'est pas tenu de procéder à une nouvelle déclaration.
- 2) À la différence de la procédure de sauvegarde (voir *supra*), l'inopposabilité qui sanctionne la créance non déclarée ne bénéficie pas aux personnes physiques codébiteurs et garants.

3. Dénouement de la procédure : le plan de redressement

Choix du tribunal. La période d'observation a vocation à aboutir à l'adoption d'un plan de redressement. Toutefois, il a été déjà expliqué que ce plan ne verra pas le jour si les difficultés sont trop importantes, conduisant alors à la liquidation judiciaire. Inversement, l'adoption d'un plan de redressement n'est pas nécessaire s'il apparaît, au cours de la période d'observation, que le débiteur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les frais et les dettes afférents à la procédure. Dans le cas contraire, ce plan est un instrument juridique qui doit permettre le redressement de l'entreprise. Nombre de règles qui le gouvernent sont communes avec celles relatives au plan de sauvegarde.

Préparation du plan. L'élaboration du plan de redressement est préparée pendant la période d'observation. Durant celle-ci un bilan économique et social doit être réalisé. Sur sa base, l'administrateur avec le concours du débiteur propose un plan de redressement. Les règles gouvernant ce bilan et ce projet sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables au plan de redressement (voir *supra*, section 2).

REDRESSEMENT PAR LE DÉBITEUR ET OFFRES DE REPRISE PAR DES TIERS

À la différence de la procédure de sauvegarde, l'administrateur a la possibilité de proposer un projet de cession de l'entreprise sans avoir à prononcer la liquidation judiciaire. Il peut ainsi présenter en même temps un projet de plan redressement par le débiteur et des offres de reprise de l'entreprise par des tiers.

Mais, pareille cession ne peut être que subsidiaire si le débiteur est dans l'impossibilité d'assurer lui-même le redressement de son entreprise. Les règles gouvernant le **plan de cession** sont prévues dans le cadre de la liquidation judiciaire (voir *infra*, section 4).

Adoption du plan. Le tribunal arrête le plan de redressement lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée. Les cessions partielles (branches d'activités) sont possibles. Mais, s'il juge que le redressement de l'entreprise par le débiteur lui-même est impossible, le tribunal peut adopter un plan de **cession globale**.

Contenu du plan. Les règles relatives au contenu du plan sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables au redressement judiciaire (voir *supra*, section 2). Toutefois, certaines règles sont propres à celui-ci. Elles sont présentées ci-dessous.

LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

À la différence du plan de sauvegarde, les licenciements économiques décidés dans le cadre d'un plan de redressement obéissent à une réglementation spécifique.

Lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique, il ne peut être arrêté par le tribunal qu'après que les représentants du personnel ont été consultés et que l'autorité administrative compétente a été informée. Le plan indique le nombre de salariés dont le licenciement est autorisé. Lors de la mise en œuvre du plan, les licenciements interviennent sur simple notification de l'administrateur.

REMPLACEMENT DES DIRIGEANTS

Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise. Ce remplacement est décidé en principe par les associés. Mais, le tribunal peut imposer la cession des parts ou actions des dirigeants en place, de sorte qu'ils n'aient plus d'influence sur la personne morale (C. com., art. L. 631-19-1). Il s'agit bien de reprise interne car malgré l'arrivée d'un nouveau dirigeant, cessionnaire des parts ou actions, c'est la même société qui continue l'activité.

DROIT DES CRÉANCIERS CONTRE LES GARANTS

À la différence du plan de sauvegarde, dans un plan de redressement, les créanciers qui ont consenti des délais ou remises ou qui ont été forcés d'accorder des délais conservent leur recours contre les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

Effets du plan. Les règles gouvernant les effets du plan sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables au redressement judiciaire (voir *supra*, section 2).

HYPOTHÈSE DE RETOUR À LA CESSATION DES PAIEMENTS

Si la cessation des paiements du débiteur est constatée, le tribunal prononce la liquidation judiciaire. Pareille situation est possible soit en cas d'inexécution, soit en cas d'échec du plan.

Dans la première situation, si le juge prononce la résolution, il est fort probable que l'entreprise connaisse à nouveau un état de cessation des paiements : celui-ci est la conséquence de l'anéantissement du plan. La liquidation est prononcée dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire dès lors que l'entreprise est en cessation des paiements et que le redressement est manifestement impossible.

Dans la seconde situation, le tribunal doit décider la résolution et prononcer la liquidation dès lors qu'il constate la cessation des paiements : cette dernière est la cause de la résolution. La liquidation est obligatoire (C. com., art. L. 631-20-1), de sorte que le tribunal ne saurait ouvrir une nouvelle procédure de redressement.

En résumé :

Inexécution $\Rightarrow$ résolution $\Rightarrow$ cessation des paiements $\Rightarrow$ liquidation
dans les conditions de droit commun

Cessation des paiements $\Leftrightarrow$ Échec $\Rightarrow$ résolution $\Rightarrow$ liquidation obligatoire

SECTION 4**LA LIQUIDATION JUDICIAIRE DE L'ENTREPRISE**

Article L. 640-1 Code de commerce. Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible.

La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens.

Objectifs. La liquidation judiciaire vise à l'élimination du marché d'un débiteur défaillant qui doit permettre le paiement des créanciers. Il s'agit alors soit de réaliser les actifs de l'entreprise dans les meilleures conditions, soit d'exproprier le débiteur de son entreprise au profit d'un tiers reprenneur. Les sommes retirées de la réalisation des actifs ou de la cession de l'entreprise seront consacrées au désintéressement des créanciers.

Cessation ou maintien de l'activité. En principe, la liquidation se traduit par l'arrêt de l'activité de l'entreprise. Celle-ci pourra cependant être maintenue afin de vendre les stocks, conserver la valeur de certains actifs, tel le fonds de commerce (avec la clientèle), ou dans la perspective d'une cession globale ou partielle de l'entreprise. Le maintien de l'activité est autorisé par le tribunal pour une durée maximale de trois mois renouvelable une fois.

Liquidation judiciaire simplifiée. Une procédure simplifiée a été mise en place par la loi du 26 juillet 2005 pour les entreprises les plus petites. Elle sera envisagée plus loin.

1. Ouverture et prononcé de la liquidation judiciaire

Ouverture sans période d'observation. Depuis la réforme opérée en 1994, la période d'observation n'est plus obligatoire. Le tribunal a la possibilité de prononcer d'emblée la liquidation judiciaire s'il juge que le redressement de l'entreprise est manifestement impossible.

Entreprises concernées. Les personnes pouvant être soumises à une procédure de liquidation judiciaire sont les mêmes que celles pouvant faire l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (voir *supra*, section 2).

Degré de difficulté justifiant la liquidation judiciaire

- L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire est subordonnée, en premier lieu, à la constatation d'un état de **cessation des paiements**. Les règles relatives à celui-ci sont identiques à celles applicables dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (voir *supra*, section 3).
- En second lieu, le redressement de l'entreprise doit être manifestement impossible.

Jugement d'ouverture de la procédure

- La compétence juridictionnelle d'attribution et territoriale est la même qu'en matière de procédure de sauvegarde (voir *supra*, section 2 ; à propos de la faillite internationale, voir *supra*, section 3).
- Comme en matière de redressement judiciaire, la saisine du tribunal en vue de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire peut être faite par le débiteur lui-même, par un créancier ou par le tribunal saisi d'office ou par le ministère public.
- Il appartient au tribunal compétent de désigner, dans le jugement d'ouverture, les personnes qui formeront les organes de la procédure (voir *supra*, section 2).
- Le jugement d'ouverture indique la date de cessation des paiements.
- Les règles relatives à la publicité du jugement d'ouverture et aux voies de recours pouvant être exercées contre celui-ci sont communes à toute les procédures collectives (voir *supra*, section 2), sauf quelques règles particulières qui ne seront pas envisagées.

LE LIQUIDATEUR

Le rôle de liquidateur est endossé par un mandataire judiciaire. Aussi le liquidateur exerce-t-il les attributions qui incombent au mandataire judiciaire durant la période d'observation (de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire) et qui se justifient pendant la liquidation, comme la vérification des créances.

En outre, il a la charge de la liquidation de l'entreprise. À ce titre, il organise les cessions d'actifs et procède à la répartition des fonds entre les créanciers. Durant les opérations de liquidation, il représente le débiteur, lequel est donc dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens.

Prononcé de la liquidation. Dans les situations suivantes, la liquidation peut être prononcée par le tribunal :

- d'emblée s'il juge que le redressement de l'entreprise est manifestement impossible ;
- à tout moment de la période d'observation ouverte dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ;
- à l'issue de la période d'observation si le juge estime que le plan de redressement ou de sauvegarde (si l'entreprise est en cessation des paiements) n'est pas viable ;
- en cas d'échec d'un plan de redressement ou de sauvegarde.

2. Déroulement de la procédure

2.1 Pouvoirs du débiteur

Dessaisissement. À partir du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, le débiteur *est dessaisi* de plein droit de l'administration et de la disposition de ses biens tant que la liquidation n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la procédure par le liquidateur.

Le débiteur accomplit toutefois les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné.

PERSONNE MORALE

Lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire ne cessent pas leur fonction. Ils demeurent dirigeants, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale. Malgré tout, ils sont dessaisis de leurs pouvoirs ordinaires au profit du liquidateur et continuent donc à exercer les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné.

2.2 Les contrats en cours

Présentation. Le liquidateur, ou l'administrateur lorsqu'il en est désigné un, a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours. Les règles sont les mêmes que celles édictées au titre de la procédure de sauvegarde (voir *supra*, section 2). La faculté d'exiger la poursuite des contrats en cours est offerte bien entendu lorsque l'activité de l'entreprise est maintenue, mais depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, il ne fait plus de doute qu'elle s'impose également en l'absence de maintien de l'activité. Dans cette dernière hypothèse, la continuation d'un contrat peut permettre de sauvegarder la valeur des actifs dans l'attente de la réalisation de ceux-ci.

REMARQUES

- 1) Bien sûr, lorsque la liquidation a été précédée d'une période d'observation, l'option du liquidateur relative aux contrats en cours ne concerne pas les conventions sur lesquelles l'administrateur s'est déjà prononcé au cours de ladite période.
- 2) Lorsque le débiteur est tenu, en vertu du contrat en cours, au paiement d'une somme d'argent, le refus du liquidateur de poursuivre le contrat conduira à sa résiliation de plein droit. À la différence des régimes de sauvegarde et de redressement judiciaire, le liquidateur est donc dispensé de demander la résiliation au juge. Cette dérogation est issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

2.3 Droits des créanciers

Créanciers antérieurs au jugement d'ouverture. Les créanciers antérieurs sont soumis à l'interdiction d'être payé, l'interdiction d'exercer des poursuites individuelles et d'inscrire des sûretés, ainsi qu'à l'arrêt du cours des intérêts. Les règles gouvernant ces restrictions sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables à celle de liquidation judiciaire (voir *supra*, section 2).

GARANTS ET CODÉBITEURS

La loi prévoit une exception concernant l'arrêt du cours des intérêts. En matière de liquidation judiciaire, comme en matière de redressement judiciaire, mais à la différence de la procédure de sauvegarde, les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie de la dette contractée par l'entreprise en difficulté, ainsi que les codébiteurs de celles-ci, ne peuvent pas se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts ; ils n'en bénéficient pas.

Créanciers postérieurs. Les créances postérieures bénéficient d'un traitement privilégié. Sont concernées :

- les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien de l'activité ;
- les créances nées de la fourniture d'une prestation au débiteur pendant le maintien de l'activité ;
- les créances nées pour les besoins du déroulement d'une procédure de sauvegarde ou de redressement antérieure ou pour les besoins d'une période d'observation dans l'hypothèse où celle-ci a précédé la liquidation judiciaire, ou encore les créances nées de la fourniture d'une prestation au débiteur pendant cette période d'observation ;

Ces créances doivent être payées à leur échéance. À défaut, leurs titulaires doivent, sous peine de perdre leur privilège, les porter à la connaissance du mandataire judiciaire. Le Code de commerce établit alors un ordre de paiement. Le privilège est toutefois moins intéressant que celui prévu pour les créances nées pendant la période d'observation (dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, voir *supra*, section 2).

2.4 Détermination du patrimoine du débiteur

Actif : revendications et nullités de la période suspecte. Les règles gouvernant la revendication des biens meubles sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables à celle de liquidation judiciaire (voir *supra*, section 2). Les règles gouvernant les actions en nullité de la période suspecte sont édictées au titre de la procédure de redressement

judiciaire, mais sont applicables à celle de liquidation judiciaire (voir *supra*, section 3), si ce n'est que le pouvoir de demander la nullité appartient au liquidateur.

Passif : vérification des créances. Les règles gouvernant la vérification des créances sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde, mais sont applicables à celle de liquidation judiciaire (voir *supra*, section 2). Précisons que la déclaration des créances doit être faite auprès du liquidateur.

3. Opérations de liquidation

Réalisation de l'actif. L'objectif traditionnel de la liquidation judiciaire est de rendre liquide l'entreprise, c'est-à-dire de réaliser ses actifs afin d'en retirer une somme d'argent. Il s'agit alors de vendre les biens de l'entreprise à des acquéreurs distincts (cession d'actifs isolés). Toutefois, la sauvegarde reste possible par la cession totale ou partielle de l'entreprise à un tiers (cession de l'entreprise).

3.1 Cession d'actifs isolés

Champ d'application. Les règles relatives à la liquidation par la cession d'actifs isolés s'appliquent en l'absence de plan de cession ou, si un tel plan a été adopté, pour les actifs qui n'y ont pas été inclus.

Vente des immeubles. Les ventes d'immeubles ont lieu suivant les règles du Code civil relatives à l'adjudication faisant suite à une saisie immobilière (C. com., art. L. 642-18). En conséquence, la vente a lieu par **adjudication** à la barre du tribunal c'est-à-dire par attribution prononcée à l'audience d'un tribunal (et non par un notaire ou un commissaire-priseur) du bien à celui qui porte l'enchère la plus élevée (mise aux enchères publiques). En revanche la mise à prix n'obéit pas aux dites règles du Code civil : c'est au juge-commissaire qu'il appartient de déterminer la mise à prix. Cette procédure d'adjudication judiciaire est longue et coûteuse, mais censée garantir les droits des créanciers.

Enfin, pour éviter l'adjudication à la barre d'un tribunal, le juge-commissaire peut préférer la vente amiable, qui a lieu de gré à gré (c'est-à-dire par accord direct entre le liquidateur et l'acquéreur), ou encore la vente par adjudication amiable (organisée par un notaire).

Vente des meubles. En ce qui concerne les biens meubles, le juge-commissaire a le choix entre la vente aux enchères publiques et la vente de gré à gré.

3.2 Cession de l'entreprise

Article L. 642-1, al. 1 et 2 du Code de commerce. La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.

Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités.

Redressement ou liquidation judiciaire. Depuis la loi du 26 juillet 2005, le régime juridique du plan de cession de l'entreprise est prévu au sein des règles gouvernant les opérations de liquidation judiciaire. On a pu expliquer toutefois que dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur peut proposer un tel plan (voir *supra*, section 2).

a) Offres de reprises

Auteurs des offres. La cession ne doit pas faire de l'entreprise une belle proie pour des personnes indélicates. Elle ne doit pas davantage être un moyen commode pour le débiteur de racheter son entreprise pour continuer son activité en se débarrassant du passif. Aussi le législateur prévoit que certaines personnes ne peuvent pas formuler des offres de reprise, ni directement ni par personne interposée :

- les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire ;
- les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ;
- le débiteur personne physique ;
- les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure.

REMARQUE

L'impossibilité de formuler une offre concerne aussi le débiteur exploitant une activité professionnelle sous forme d'EIRL. Par exemple, si la cession concerne l'activité exploitée sous forme d'EIRL, l'exploitant ne saurait émettre une offre en tant que titulaire du patrimoine non affecté.

Formalisme des offres. Toute offre doit être écrite et comporter certaines indications prévues par la loi (C. com., art. L. 642-2, II), notamment la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre, les perspectives d'emploi et les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre.

Publicité des offres. Le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il a été nommé, informe le débiteur, le représentant des salariés et les contrôleurs du contenu des offres reçues. Il les dépose au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance.

b) Adoption du plan de cession

Choix du tribunal. Le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. S'il estime qu'aucune offre n'est satisfaisante, il autorisera la vente des actifs à des acquéreurs distincts (voir *supra*).

Voie de recours. Seul l'appel est possible contre le jugement d'adoption du plan de cession, la loi n'ayant pas prévu la tierce opposition.

c) Contenu du plan

Transmission totale ou partielle. La transmission de l'entreprise peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur une branche complète et autonome d'activité, cette branche étant formée d'un ensemble d'éléments d'exploitation. Si la cession partielle intervient dans une procédure de liquidation, les autres branches d'activité peuvent faire l'objet d'une cession ; auquel cas le tribunal adopte plusieurs plans de cession. Dans le cas contraire, les éléments d'actifs sont vendus de façon isolée, ce qui est le plus fréquent.

Transmission de certains contrats en cours. Certains contrats en cours doivent pouvoir être transmis au repreneur si l'on veut que la cession soit possible, puisque celle-ci implique un maintien de l'activité.

Contrats transmis	Disposition applicable	Observations
Contrats de travail	C. trav., art. L. 1224-1	Le plan de cession peut cependant prévoir des licenciements.
Contrats d'assurance	C. assur., art. L. 121-10	
Contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité	C. com., art. L. 642-7	Le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats. Les obligations nées du contrat cédé avant la cession restent à la charge du débiteur. Seules les obligations nées postérieurement sont à la charge du cessionnaire. Par exception, n'est pas transmis le contrat mettant à la disposition du débiteur les biens qu'il a préalablement affectés dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie, sauf accord du bénéficiaire (à propos de la fiducie-sûreté, voir chap. 11).

Détermination et répartition du prix. Le prix de la cession est forfaitairement déterminé par le tribunal, sans pouvoir cependant être supérieur à l'offre faite par le repreneur. Le plan prévoit aussi la répartition de ce prix entre les créanciers du débiteur en liquidation judiciaire.

Effet du paiement intégral du prix. Une fois le prix total de la cession payé, les créanciers inscrits sur les biens cédés ne peuvent pas agir contre le cessionnaire. De plus, ce paiement emporte purge de leur sûreté. Le cessionnaire acquiert donc des biens libres de toute sûreté.

Engagements personnels du repreneur. En plus des obligations légales, le repreneur peut prendre des engagements personnels, par exemple maintenir un certain nombre d'emplois. En principe, il ne saurait s'engager à prendre en charge les dettes du cédant parce que le plan de cession n'organise pas une transmission universelle. Pourtant, la Cour de cassation valide la clause spéciale par laquelle le cessionnaire prend l'engagement de payer une dette antérieure du cédant (exemple : prise en charge des indemnités de congés payés dues aux salariés afférentes à une période antérieure à la cession).

d) Exécution du plan

Transfert de propriété. La propriété de l'entreprise est transférée à la date de la passation des actes nécessaires à la réalisation de la cession. Pareille passation pouvant prendre un certain temps, le tribunal peut, dans l'attente, confier au cessionnaire la gestion de l'entreprise cédée. Ce dernier devra alors consigner le prix de cession ou fournir une garantie équivalente. La gestion provisoire peut être assurée par un contrat de **location-gérance**, le candidat à la reprise devenant, transitoirement, locataire-gérant.

Rôle des organes de la procédure. Le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné passe tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession, notamment le licenciement des salariés non repris qui doit intervenir dans le délai d'un mois après le jugement arrêtant le plan.

En outre, il incombe au liquidateur de distribuer le prix de cession entre les créanciers. Il doit aussi, tâche extérieure au plan de cession proprement dit, liquider les actifs non inclus dans le plan et distribuer les fonds obtenus.

e) Inexécution du plan

Résolution du plan. Si le cessionnaire n'exécute pas ses engagements, le tribunal peut prononcer la résolution du plan. Le tribunal dispose d'une faculté d'appréciation et pourra préférer le maintien du plan et condamner le repreneur à des dommages et intérêts, par exemple si ce dernier a licencié des salariés qu'il s'était engagé à reprendre.

Effets de la résolution

- La loi prévoit que le prix payé par le cessionnaire reste acquis, ce qui évite une restitution par les créanciers.
- Le tribunal peut prononcer la résolution ou la résiliation des actes passés en exécution du plan résolu.

REMARQUE

La résolution du plan ne donne pas lieu à l'ouverture d'une autre procédure. L'entreprise est toujours en liquidation judiciaire, de sorte que les actifs devront être vendus.

4. Liquidation judiciaire simplifiée

Une procédure simplifiée a été mise en place par la loi du 26 juillet 2005 à destination des entreprises les plus petites (C. com., art. L. 644-1 à L. 644-6). De façon générale, la liquidation judiciaire simplifiée est soumise aux règles de la liquidation judiciaire « classique », mais sous réserve des règles qui lui sont propres et qui sont envisagées ici.

4.1 Domaine d'application

Dispositif. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a rendu obligatoire cette procédure pour les entreprises n'atteignant pas certains critères et facultative pour celles atteignant ces derniers sans atteindre un autre seuil.

Liquidation simplifiée obligatoire. La liquidation simplifiée est obligatoirement applicable s'il apparaît que l'actif du débiteur ne comprend pas de biens immobiliers et si les deux seuils suivants ne sont pas dépassés :

- le nombre des salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure n'est pas supérieur à 1 ;
- le chiffre d'affaires hors taxes n'est pas supérieur à 300 000 euros.

Liquidation simplifiée facultative. La liquidation simplifiée est facultative s'il apparaît que l'actif du débiteur ne comprend pas de biens immobiliers et si les deux seuils précédents sont atteints, tandis que les seuils suivants ne sont pas excédés :

- le nombre des salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure n'est pas supérieur à 5 ;
- le chiffre d'affaires hors taxes n'est pas supérieur à 750 000 euros.

REMARQUE

Le chiffre d'affaires est apprécié à la date de clôture du dernier exercice comptable (que la liquidation simplifiée soit obligatoire ou facultative).

TABLEAU DE SYNTHÈSE		
	Liquidation simplifiée obligatoire	Liquidation simplifiée facultative
Composition de l'actif	Absence de biens immobiliers	Absence de biens immobiliers
Nombre de salariés	0 ou 1	Entre 2 et 5
Chiffre d'affaires	≤ 300 000 €	> 300 000 et ≤ 750 000 €

Décision d'application du régime simplifié. Lorsque les conditions de la liquidation simplifiée obligatoire sont réunies, le tribunal ordonne son application immédiatement, c'est-à-dire dans le jugement de liquidation judiciaire. Ce gain de temps suppose toutefois, qu'il dispose des éléments lui permettant de vérifier que lesdites conditions sont réunies. À défaut, la décision d'application du régime simplifié est différée jusqu'à l'établissement d'un rapport du liquidateur qui permettra la vérification. La décision différée est prise par le président du tribunal (et non le tribunal), ce qui permet un gain de temps.

Lorsque les conditions de la liquidation simplifiée facultative sont réunies, la décision d'application du régime simplifié n'est pas immédiate, en principe. Elle est différée jusqu'à l'établissement d'un rapport du liquidateur qui permettra la vérification desdites conditions. Cette décision est prise par le président du tribunal. Par exception, la décision est immédiate – et prise par le tribunal – lorsque la liquidation judiciaire est prononcée au cours d'une période d'observation.

Retour à la procédure « classique ». À tout moment le tribunal peut décider de ne plus faire application du régime simplifié. Sa décision doit être spécialement motivée.

4.2 Régime simplifié

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a apporté des modifications au régime qui fut institué par la loi de 2005.

Simplification de la vente des biens mobiliers. À la différence du régime « classique », ce n'est pas le juge-commissaire qui décide de la vente de gré à gré (c'est-à-dire par accord direct entre le liquidateur et l'acquéreur) ou aux enchères publiques (voir C. com., art. L. 642-19).

Lorsque la procédure simplifiée est obligatoire, le liquidateur y procède directement. Désormais, le liquidateur a toute latitude pour décider de vendre de gré à gré ou aux enchères. Mais il dispose d'un délai de trois mois suivant le jugement de liquidation judiciaire. À l'issue de ce délai, il doit procéder à la vente aux enchères des biens restants.

Lorsque la procédure simplifiée est facultative, la simplification est moins importante. Le tribunal ou le président du tribunal (selon que le régime simplifié a été décidé par l'un ou par l'autre), détermine les biens du débiteur pouvant faire l'objet d'une vente de gré à gré dans les trois mois de sa décision. Durant ce délai les biens ainsi déterminés seront vendus de gré à gré tandis que les autres pourront être vendus aux enchères publiques. À l'issue du délai de trois mois, les biens restants seront obligatoirement vendus aux enchères publiques.

Simplification du traitement du passif. Tout d'abord, la procédure de vérification des créances est circonscrite à celles susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et à celles résultant d'un contrat de travail.

Ensuite, à l'issue de la procédure de vérification et d'admission des créances (à propos de laquelle, voir *supra*) et de la réalisation des biens, le liquidateur fait figurer ses propositions

de répartition sur l'état des créances, lequel fut préalablement établi par le juge-commissaire. Ce document, comprenant l'état et la proposition de répartition, est alors déposé au greffe et fait l'objet d'une mesure de publicité unique. Tout intéressé est en droit d'en prendre connaissance.

Tout intéressé, sauf le liquidateur, peut porter réclamation devant le juge-commissaire contre l'état des créances ou le projet de répartition, dans un délai d'un mois à compter de la publicité.

REMARQUE

En réunissant état des créances et propositions de répartition sur un document unique, l'ordonnance de 2008 simplifie encore la procédure en faisant courir un délai unique de contestation.

Enfin, le liquidateur procède à la répartition conformément à sa proposition, en l'absence de contestation, ou à la décision du juge-commissaire si ce dernier a modifié lesdites propositions.

Clôture. Le tribunal est tenu de prononcer la clôture de la liquidation judiciaire au plus tard dans le délai d'un an à compter de la décision ayant ordonné ou décidé l'application de la procédure simplifiée, avec une possibilité de prorogation de trois mois.

5. Clôture de la liquidation

Article L. 643-9, al. 2, du Code de commerce. Lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou que le liquidateur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers, ou lorsque la poursuite des opérations de liquidation judiciaire est rendue impossible en raison de l'insuffisance de l'actif, la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal, le débiteur entendu ou dûment appelé.

5.1 La clôture pour extinction du passif

Extinction du passif. L'extinction du passif est une cause de clôture de la procédure ; c'est la moins fréquente en pratique. Le passif est éteint lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou lorsque le liquidateur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers.

EXEMPLE

- La société mère reprend le passif de la société filiale en liquidation.
- La cession totale ou partielle de l'entreprise en liquidation est effectuée dans des conditions qui permettent le désintéressement des créanciers.

Effets. La clôture met fin au dessaisissement de l'entreprise débitrice. Le chef d'entreprise, ou les dirigeants s'il s'agit d'une personne morale, sont rétablis dans leurs droits. Mieux, le jugement de clôture les relève des sanctions professionnelles qui ont pu être prononcées à leur encontre. Mais, la clôture fait disparaître la personnalité juridique si le débiteur est une personne morale, laquelle n'était maintenue que pour les besoins de la procédure (voir *infra*, chap. 20, section 2).

5.2 La clôture pour insuffisance d'actif

Cause. Le juge prononce la clôture lorsque la poursuite des opérations de liquidation est rendue impossible en raison de l'insuffisance de l'actif, ce qui est le plus fréquent en pratique.

Effets. Lorsque le débiteur est une personne physique, la clôture met fin à son dessaisissement et le rétablit dans ses droits, sous réserve des sanctions qui ont pu être prononcées

à son encontre (voir *infra*, section 5). S'il s'agit d'une personne morale, la clôture fait disparaître sa personnalité juridique.

Extinction du droit de poursuite des créanciers impayés. La clôture pour insuffisance d'actif produit un autre effet d'importance : l'extinction du droit de poursuite des créanciers impayés, quand bien même le débiteur reviendrait à meilleure fortune. La règle concerne au premier chef les débiteurs personnes physiques, puisque les personnes morales disparaissent.

Elle comporte des exceptions.

Exceptions	Observations
Créance résultant d'une condamnation pénale du débiteur	
Créance résultant de droits attachés à la personne du créancier	Exemples : créance alimentaire de l'ex-épouse d'un artisan ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire ; créance de réparation d'un préjudice corporel ou moral.
Caution ou coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur	La caution garantissant une créance impayée ou le coobligé ne bénéficie par de l'extinction du droit de poursuite des créanciers impayés. Mais, la loi leur permet, une fois qu'ils ont payé le créancier, d'agir contre le débiteur.
Faillite personnelle du débiteur	Voir <i>infra</i> , section 5
Débiteur reconnu coupable de banqueroute	Voir <i>infra</i> , section 5
« Récidive » du débiteur depuis moins de cinq ans	Il s'agit de l'hypothèse où le débiteur, ou une personne morale dont il a été le dirigeant, a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis.
Liquidation secondaire d'un établissement en France	Voir <i>supra</i> , section 3
Fraude à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers	Dans cette hypothèse, la reprise des actions individuelles doit être autorisée par le tribunal. Notons par ailleurs, que la fraude du débiteur à l'égard d'un seul créancier permet la reprise des actions individuelles par tous les créanciers.

SECTION 5

LES SANCTIONS DES DIRIGEANTS

Présentation. Même si toutes les procédures collectives causent un préjudice aux créanciers de l'entreprise débitrice, les dirigeants de celle-ci n'encourent pas de sanctions à leur égard du seul fait de l'ouverture de pareille procédure. La loi prévoit les cas dans lesquels les dirigeants de l'entreprise débitrice, lorsqu'ils ont commis une faute, doivent être sanctionnés.

1. Les sanctions civiles : la responsabilité pour insuffisance d'actif

Sanction	Responsabilité pour insuffisance d'actif (C. com., art. L. 651-2)
Domaine	Procédure de liquidation judiciaire. Les dirigeants, de droit ou de fait, de personnes morales de droit privé.
Conditions	Une faute de gestion des dirigeants. Une insuffisance d'actif. Une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif.
Conséquences	Le tribunal n'est pas tenu de prononcer la responsabilité du dirigeant. Les dommages et intérêts à payer par les dirigeants condamnés ne sauraient excéder le montant de l'insuffisance d'actif. Le juge peut décider de ne condamner au paiement que d'une partie de ce montant. Les dommages- intérêts entrent dans le patrimoine de la personne morale débitrice. Ces dommages-intérêts sont répartis entre tous les créanciers de celle-ci, au marc le franc.

Suppression de l'obligation aux dettes sociales. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé une sanction civile, celle consistant à condamner au paiement des dettes sociales les dirigeants ayant commis certaines fautes. La suppression est opportune car on comprenait mal sa coexistence alternative avec la responsabilité pour insuffisance d'actif. Néanmoins, les comportements fautifs qui étaient sanctionnés au titre de l'obligation aux dettes sociales le sont toujours au titre de la faillite personnelle (voir *infra*).

2. Les sanctions professionnelles

2.1 Faillite personnelle

Notion. La faillite personnelle emporte interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute entreprise ayant toute autre activité indépendante et toute personne morale (C. com., art. L. 653-2).

Cette sanction rigoureuse a conservé le nom de *faillite* qui, autrefois, désignait la procédure collective elle-même.

Domaine

- La faillite personnelle ne peut être prononcée que dans le cadre des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire.
- Les dirigeants visés par la loi sont les suivants :
 - les personnes physiques exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole, ou encore une activité professionnelle indépendante ;
 - les personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de la personne morale faisant l'objet de la procédure ;
 - les personnes physiques représentant de façon permanente une personne morale dirigeant de droit de l'entreprise débitrice.

La loi exclut les personnes physiques ou les dirigeants de personne morale exerçant une activité professionnelle indépendante lorsqu'ils sont soumis à des règles disciplinaires (avocats, médecins...).

Dirigeants concernés	Comportement fautif visé par la loi
Personnes physiques exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole, ou encore une activité professionnelle indépendante.	Avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de son actif ou frauduleusement augmenté son passif.
Dirigeants de personne morale	Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres. Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel. Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement. Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale. Ne pas avoir acquitté les dettes de la personne morale mises à la charge du dirigeant.
Tout dirigeant personne physique	Avoir exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi. Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds. Avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale. Avoir payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers. Avoir, en s'abstenant volontairement de coopérer avec les organes de la procédure, fait obstacle à son bon déroulement. Avoir fait disparaître des documents comptables, ne pas avoir tenu de comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation, ou avoir tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables.

Sanctions. La faillite personnelle conduit à l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler... (voir *supra*). La durée est prononcée par le tribunal, mais ne peut excéder 15 ans.

En outre, la loi édicte d'autres sanctions secondaires, notamment l'impossibilité pour le failli de bénéficier de l'interdiction d'être poursuivi en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

2.2 L'interdiction de gérer

Étendue de l'interdiction. L'interdiction de gérer est un diminutif de la faillite personnelle. Le tribunal a la faculté de limiter l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, à une ou plusieurs entreprises individuelles ou personnes morales. En outre, les entreprises libérales ne sont pas concernées. Enfin, la plupart des sanctions secondaires ne peuvent pas être prononcées.

Comportements sanctionnés. L'interdiction de gérer peut être prononcée dans les cas suivants :

- lorsque le dirigeant encourt la faillite personnelle, auquel cas l'interdiction de gérer est prononcée à la place de la faillite ;
- lorsque le dirigeant n'a pas transmis de mauvaise foi, aux organes de la procédure, les informations qu'il est pourtant tenu de leur remettre lors de l'ouverture de la procédure ;
- lorsque le dirigeant aura omis de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la cessation des paiements sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

3. Les sanctions pénales

Le Code de commerce prévoit plusieurs infractions pénales pouvant être sanctionnées dans le cadre d'une procédure collective. On s'en tiendra à la plus importante, la **banqueroute** (C. com., art. 654-1).

Domaine	Comportements sanctionnés	Peines
Procédures de redressement et de liquidation judiciaires Personnes concernées : – toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute personne immatriculée au répertoire des métiers et toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante ; – toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé ; – toute personne physique représentant permanent de personne morale dirigeant d'une personne morale.	Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur. Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur. Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation.	Cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende Existence de peines complémentaires. Possibilité pour le juge répressif de prononcer une mesure de faillite personnelle ou une interdiction de gérer contre le prévenu.
Les personnes morales sont responsables pénalement, comme les personnes physiques, sauf si la loi prévoit le contraire.	Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.	

FICHE 25

LA FAILLITE INTERNATIONALE

Lorsqu'une personne, faisant l'objet d'une procédure collective, dispose de biens dans plusieurs États, ou qu'une société en difficulté exerce une activité internationale disposant d'un patrimoine dans plusieurs États (cas d'une société basée sur un État et disposant de succursales dans d'autres États), les internationalistes parlent de faillite internationale. En pareilles situations se pose la question de la juridiction compétente et du droit applicable.

Faillite internationale, règles en l'absence de norme internationale. Si aucune norme internationale (tel le règlement communautaire du 29 mai 2000 ; voir plus bas) n'est applicable, la jurisprudence française détermine la compétence territoriale selon les règles de droit interne française.

Exemple : Une société américaine a implanté des succursales en France. En cas de défaillance, cette société pourrait faire l'objet d'une procédure collective en France puisqu'elle a des intérêts dans ce pays. Pour précision, le tribunal français compétent serait celui du ressort de la plus importante de ses succursales.

Reste alors à savoir qu'elle est l'étendue de la procédure. Deux systèmes sont possibles. Soit les effets de la procédure se produisent dans tous les États où se trouvent des biens et des créanciers du débiteur (système dit de l'universalité de la faillite) ; soit ces effets se limitent au territoire dans lequel la procédure a été ouverte (système dit de la territorialité). La jurisprudence française avait plutôt tendance à appliquer le système de la territorialité. Mais par deux décisions récentes (Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2002, pourvoi n° 00-22.334 ; Cass. com., 21 mars 2006, pourvoi n° 04-17.869) la Cour de cassation applique le système de l'universalité. Elle reconnaît toutefois que l'effectivité de ce dernier système dépend fortement de l'acceptation de l'ordre juridique étranger concerné.

Exemple : Une procédure collective est ouverte en France à l'encontre d'un débiteur qui a des intérêts dans ce pays. Ce débiteur est propriétaire d'un bien situé en Espagne. Ce bien ne pourrait être appréhendé par la procédure française – dès lors que, par hypothèse, on applique le système de l'universalité – que si le jugement reçoit l'exequatur en Espagne (c'est-à-dire une décision d'une juridiction espagnole qui autoriserait l'exécution en Espagne du jugement français).

Enfin, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'étranger, et plus précisément, en dehors de l'Union européenne, elle ne produit des effets en France que si elle a reçu l'exequatur. À défaut, une juridiction française pourrait ouvrir une procédure collective en France contre le même débiteur dès lors qu'il a des intérêts en France.

Faillite internationale, règlement communautaire du 29 mai 2000. Le règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, et entré en vigueur le 31 mai 2002, édicte des règles de compétence qui s'imposent aux États membres de l'Union européenne (sauf le Danemark). Est compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité la juridiction de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, lequel est présumé être le lieu du siège statutaire. Le jugement d'ouverture est alors reconnu de plein droit dans les autres États membres, sans que l'exequatur ne soit nécessaire, dès qu'il produit ses effets dans l'État d'ouverture. On parle d'effet universel. Si en vertu de cette règle une juridiction française est compétente, celle-ci pourrait ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, ou aussi une procédure de sauvegarde. Certes, cette dernière procédure n'existait pas lorsque le règlement communautaire a été adopté. Mais ce règlement a été complété afin d'intégrer la procédure de sauvegarde. Par ailleurs, la juridiction de l'État d'ouverture appliquera les règles édictées par cet État.

Exemple : Une société a son siège social en France, mais le centre de ses intérêts principaux en Grande-Bretagne. Seule une juridiction de Grande-Bretagne a qualité pour ouvrir une procédure d'insolvabilité contre cette société. Elle appliquerait le droit anglais. Par exemple, une entreprise française créancière devrait se conformer au droit anglais pour déclarer sa créance dans la procédure.

Par ailleurs, le règlement communautaire prévoit que sont également compétentes les juridictions des autres États membres (c'est-à-dire autres que l'État dans lequel le débiteur a le centre de ses intérêts principaux) dans lesquels le débiteur possède un établissement. Il s'agit alors d'une procédure secondaire qui ne peut être qu'une procédure de liquidation limitée aux biens se trouvant sur ce territoire. Seule une procédure secondaire est en conséquence susceptible de restreindre l'effet universel d'une procédure principale.

Si aucune procédure secondaire n'a été ouverte dans un État membre, tandis qu'une procédure principale l'a été dans un autre État membre, alors le premier n'est pas en droit d'ordonner des mesures d'exécution, en application de sa législation, portant sur les biens du débiteur déclaré insolvable situés dans cet État ; du moins lorsque la législation de l'État d'ouverture de la procédure principale ne le permet pas (CJUE, 21 janvier 2010, aff. C-244/07).

Exemple : L'État polonais ouvre une procédure principale à l'encontre d'une société de construction ayant son siège social dans cet État. Cette société exerce des activités en Allemagne, pays dans lequel elle dispose d'un établissement secondaire. La loi polonaise relative à l'insolvabilité et l'assainissement ne permet pas, postérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, d'engager à l'encontre du débiteur une procédure d'exécution sur des biens faisant partie de la masse de l'insolvabilité. Les autorités allemandes ne sauraient ordonner, en application de la loi allemande, une procédure d'exécution sur des biens de la société polonaise situés en Allemagne.

37. ÉTUDE DE CAS

L'ouverture des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire

38. ÉTUDE DE CAS

Actes de gestion

N° 37 : ÉTUDE DE CAS

L'ouverture des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire

La société anonyme Constance est concessionnaire du service public de l'eau dans la région Rhône-Alpes. Elle a son siège social à Lyon. Depuis plusieurs mois, notamment à la suite de la perte d'un client important, elle éprouve de sérieuses difficultés économiques et financières. Sa trésorerie n'est pas suffisante pour faire face à ses dettes certaines, liquides et exigibles. Toutefois, elle est porteur de plusieurs lettres de change dont le montant total est supérieur aux dites dettes. Ces lettres ne sont pas encore échues, mais pourraient être escomptées.

L'Urssaf, titulaire d'une créance échue depuis plusieurs semaines, envisage d'assigner la société Constance en redressement judiciaire.

QUESTIONS

1. Après de quelle juridiction la société Constance devrait-elle être assignée en redressement judiciaire ?
2. L'Urssaf peut-elle procéder à pareille assignation ?
3. Dans l'affirmative, la procédure de redressement judiciaire serait-elle ouverte ?
4. L'Urssaf ou une autre personne pourrait-elle solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de justice ?

N° 38 : ÉTUDE DE CAS

Actes de gestion

La SA MagicGlisse fabrique et commercialise des articles de sport de glisse sur neige : sportswear, ski, surf, etc. Son siège social se trouve à Grenoble, mais la société dispose de succursales dans toute la France.

Sa direction fonctionne avec un conseil d'administration. Le président-directeur général est M. Crocq. Depuis quelques années, la société MagicGlisse voit ses parts de marchés diminuer sensiblement du fait de la concurrence accrue sur ce secteur.

Le 26 septembre 2010, l'administration fiscale l'assigne devant le tribunal de commerce de Grenoble pour défaut de paiement. Le tribunal ouvre alors une procédure de redressement judiciaire, le 20 octobre 2010. Le jugement d'ouverture fixe la date de cessation des paiements au 16 février 2010 et M. Arthuro est nommé administrateur.

- Le 25 août 2010, la société a payé par chèque à l'un de ses fournisseurs, qui est aussi un ami du PDG, une créance de 6 400 €. Le contrat de fourniture prévoit un délai de paiement de 45 jours courant à compter de la livraison. Celle-ci a eu lieu le 20 juillet.
- Le 22 février 2010, la société a réglé une facture établie par un autre fournisseur. Le paiement, réalisé par chèque, a été effectué à l'échéance.
- Le 15 décembre 2009, la société a décidé de fermer sa succursale implantée à Toulouse. Comme elle était propriétaire du local exploitée, elle l'a vendu. L'acquéreur n'est autre que le frère du PDG. Le prix fut fixé à 200 000 euros, alors que la valeur au jour de la vente s'élevait à 180 000 euros.

QUESTION

Les trois actes accomplis par la SA MagicGlisse sont-ils susceptibles d'être remis en cause ?

La fin de l'entreprise a de multiples causes, et ses effets sont d'importance. Lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle, la fin est marquée par la cessation de l'activité. Pour les sociétés, on parle de dissolution.

SECTION 1

LA CESSATION DE L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE

Ne sera concernée dans cette section que l'entreprise individuelle *stricto sensu*. N'y entre donc pas l'entreprise unipersonnelle à responsabilité (EURL). Celle-ci suit le régime de la société à responsabilité limitée (SARL).

1. Les causes de cessation

Cession de l'entreprise individuelle. La cession de l'entreprise individuelle conduit à la cessation de l'activité de l'entrepreneur individuel. Cette cession peut être réalisée à titre onéreux. C'est le cas par exemple lorsque l'entrepreneur souhaite prendre sa retraite. Pareille cession, se traduit par la vente du fonds. Si l'entrepreneur est commerçant, il s'agit alors d'une vente de fonds de commerce, dont les règles ont déjà été exposées (voir *supra*, chap. 18, section 1 ; voir aussi les particularités concernant l'EURL, *supra*, fiche n° 24). Si l'entrepreneur exerce une profession libérale, il s'agit d'une cession de **fonds libéral**, ce dernier ayant reçu une reconnaissance juridique par la jurisprudence. Pour l'essentiel, c'est la **clientèle civile** qui est cédée, ce qui est juridiquement possible (Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000, pourvoi n° 98-17731).

L'entreprise individuelle peut également faire l'objet d'une cession à titre gratuit, entre vif (donation ou donation-partage) ou à cause de mort (legs contenu dans un testament, ou testament-partage).

Cessation sans cession. Si l'entrepreneur ne parvient pas à trouver un acquéreur, il lui restera à vendre les éléments de son fonds de façon isolée.

S'il est commerçant, il a tout intérêt à procéder à la liquidation de son stock de marchandise. La **liquidation du stock** est réglementée par le Code de commerce (art. L. 310-1). Elle présente l'intérêt, pour le commerçant, de réaliser de la publicité et d'attirer ainsi les clients par une réduction de prix promise. Par ailleurs, les prix alors pratiqués peuvent être inférieurs au seuil de revente à perte (à propos de cette notion, voir *supra*, chap. 2, section 4).

Les liquidations sont soumises à autorisation sur le fondement d'un inventaire détaillé des marchandises à liquider produit par l'entrepreneur qui pourra être tenu de justifier de la provenance des marchandises par des factures. L'autorisation est accordée par le préfet dont relève le lieu de la liquidation, pour une durée ne pouvant excéder deux mois et sous condition pour le bénéficiaire de l'autorisation de justifier, dans les six mois à compter de celle-ci, de la réalisation effective de l'événement motivant sa demande.

À la vente des stocks par liquidation, il est conseillé ensuite, afin de retirer des fonds avant la cessation d'activité, de céder le droit au bail. Lorsqu'il s'agit d'un bail commercial, la **cession du droit au bail** ne nécessite pas en principe l'accord du bailleur, du moins si l'acquéreur exerce l'activité mentionnée dans le contrat de bail. Si, au contraire, le bail est cédé à une personne souhaitant exercer une activité autre que celle mentionnée, l'autorisation du propriétaire est nécessaire.

REMARQUE

La cession du bail seul (ou cession de « pas-de-porte »), c'est-à-dire sans le fonds de commerce, peut être interdite ou soumise à conditions par le contrat de bail.

Décès de l'entrepreneur. Le décès de l'entrepreneur marque, naturellement, la fin de son activité. L'entreprise est alors transmise à ses héritiers, du moins s'il n'avait pas consenti un legs à un tiers.

Liquidation judiciaire. La liquidation judiciaire, ce qui suppose que l'entreprise est en état de cessation des paiements et que le tribunal juge que le redressement judiciaire est manifestement impossible, conduit à la cessation de l'activité (voir *supra*, chap. 19, section 4).

Mise en gérance libre. La **location-gérance**, ou gérance libre, est la convention par laquelle : « le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls » (C. com., art. L. 144-1). La qualité de bailleur d'un fonds de commerce est exclusive de la qualité de commerçant. Il en résulte que la mise en gérance libre entraîne la cessation de l'activité de l'entrepreneur individuel, du moins lorsque ce dernier exploitait le fonds.

Apport du fonds en société. L'apport d'un fonds en société est l'opération par laquelle la propriété d'un fonds, le plus souvent de commerce, est transférée à une société en constitution ou déjà existante en contrepartie de droits sociaux (parts ou actions).

Cette opération est donc proche d'une vente, mais s'en distingue, pour l'essentiel, par la contrepartie, non pas une somme d'argent, mais des droits sociaux. Les règles de forme, relatives aux mentions obligatoires devant figurer dans l'acte, ainsi que celles de publicité de l'acte sont identiques à celles gouvernant la vente d'un fonds de commerce. Des règles particulières issues du droit des sociétés s'appliquent, notamment l'évaluation des apports en nature par un commissaire aux apports dans les SARL et les SA.

L'apport en société marque la cessation d'activité de l'exploitant du fonds apporté. Certes, puisqu'il reçoit des droits sociaux, il devient alors associé. Toutefois, l'entreprise individuelle n'existe plus.

2. Les formalités à accomplir

Registre du commerce et des sociétés. Lorsqu'un entrepreneur individuel crée son entreprise il est tenu de s'immatriculer au Registre du commerce et des sociétés (RCS), du moins s'il est commerçant.

Les artisans sont tenus de s'immatriculer au Répertoire des métiers. On s'en tiendra ici aux règles relatives au RCS et, par voie de conséquence, à l'entrepreneur ayant la qualité de commerçant. Le RCS est tenu par le greffier de chaque tribunal de commerce (C. com., art. L. 123-6).

Inscription modificative et radiation. Les articles R. 132-32 et suivants du Code de commerce prévoient plusieurs types d'inscription au RCS. La cessation de l'activité du commerçant est concernée par la déclaration aux fins d'inscription modificative et la déclaration aux fins de radiation. Le tableau ci-dessous indique les situations, en lien avec la cessation d'activité bien sûr, qui imposent soit une inscription modificative soit une radiation.

Inscriptions modificatives	Radiation
• Cessation partielle d'activité. • Cessation totale d'activité temporaire ou définitive, avec possibilité, lorsque la cessation est définitive, de déclarer le maintien provisoire de l'immatriculation pendant un délai maximum d'un an. • Décès de la personne immatriculée (mention d'office), avec possibilité de déclarer le maintien provisoire de l'immatriculation pendant un délai maximum d'un an.	Cessation totale d'activité, sauf exercice de la faculté de déclarer le maintien provisoire de l'immatriculation pendant un an.

Procédure. En principe la déclaration aux fins d'inscription modificative ou de radiation est effectuée par le commerçant. Lorsqu'il est décédé, la demande est présentée par les héritiers ou les ayants cause à titre universel du commerçant. La déclaration doit alors être effectuée dans le délai d'un mois à compter de la modification (pour les inscriptions modificatives) ou dans le délai d'un mois avant la cessation d'activité ou dans le délai d'un mois à compter de celle-ci (pour la radiation).

L'arrêté du 9 février 1988 prévoit que toute demande d'inscription au RCS doit être accompagnée des pièces justifiant les renseignements contenus dans ladite demande. Par exemple, en cas de décès du commerçant, l'extrait de l'acte de décès doit être produit.

REMARQUES

Les demandes d'immatriculation au RCS, d'inscription modificative ou de radiation peuvent être effectuées soit auprès d'un **centre de formalités des entreprises**, soit directement auprès du greffe du tribunal de commerce (C. com., art. R. 123-5).

Une demande d'inscription, un dépôt d'acte ou de pièce au RCS peuvent être effectués par la voie électronique dès lors qu'ils peuvent être transmis et reçus par cette voie ; à l'exception toutefois du dépôt des actes et pièces dont l'original doit être fourni et qui ont été établis sur support papier. Il est fait usage d'une signature électronique sécurisée dans les conditions prévues à l'article 1316-4 du Code civil (C. com., art. R. 123-77).

Radiation d'office. Est radié d'office, c'est-à-dire à l'initiative du greffier, tout commerçant :

- frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale en vertu d'une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou d'une décision administrative exécutoire ;
- décédé depuis plus d'un an, sauf maintien provisoire d'activité (voir *supra*). Si maintien provisoire il y a, la radiation est faite dans le délai d'un an à compter de la mention de la déclaration ou de son renouvellement ;
- à compter de la clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ;
- au terme du délai d'un an après la mention au registre de la cessation totale de son activité.

Sanctions pénales. Lorsque le commerçant immatriculé n'effectue pas dans les délais les déclarations nécessaires en cas de cessation d'activité, le juge peut lui enjoindre de le faire. Et s'il ne défère pas à pareille injonction, il s'expose notamment à une amende de 3 750 euros (C. com., art. L. 123-4).

En outre, « Le fait de donner, de mauvaise foi, des indications inexactes ou incomplètes en vue d'une immatriculation, d'une radiation ou d'une mention complémentaire ou rectificative au registre du commerce et des sociétés est puni d'une amende de 4 500 € et d'un emprisonnement de six mois. » (C. com., art. L. 123-5).

Sanctions civiles. Le commerçant qui n'a pas déclaré sa cessation d'activité ne saurait se prévaloir d'une telle cessation auprès des tiers et administrations publiques ; sauf s'il parvient à démontrer que ceux-ci avaient une connaissance personnelle de l'événement. Par ailleurs, les tiers et administrations publiques sont en droit de se prévaloir de la réalité, c'est-à-dire de la cessation, dès lors qu'ils en ont eu personnellement connaissance (C. com., art. L. 123-9).

Lorsque la cessation de l'activité résulte de la cession du fonds de commerce ou de la mise en location gérance (voir *supra*), elle n'est opposable, afin d'échapper aux actions en responsabilité du fait des obligations contractées par le successeur (le cessionnaire ou le locataire-gérant), qu'à partir du jour de la radiation (C. com., art. L. 123-8).

3. Les effets de la cessation. Aspects fiscaux

La cessation de l'activité d'un entrepreneur individuel entraîne *l'exigibilité immédiate de tous les impôts* liés à son activité professionnelle. On s'arrêtera sur les principaux.

3.1 Impôts directs

Déclaration. L'entrepreneur dispose d'un délai de soixante jours à compter de la cessation d'activité pour déclarer à l'administration ses résultats. Son imposition sur les résultats sera alors immédiatement établie (CGI, art. 201). Sont imposés les bénéfices d'exploitation qui ne l'ont pas été jusqu'alors, ainsi que les plus-values de cession.

Lorsque la cessation est causée par le décès de l'entrepreneur, le délai de déclaration, que doivent faire les ayants droit, est porté à six mois à compter du décès.

Bénéfices d'exploitation. Sont comprises dans les bénéfices les provisions, qui deviennent sans objet du fait de la cessation. Y sont comptées également les plus-values réalisées ou constatées mais non encore imposées. Enfin, il est tenu compte des bénéfices antérieurs dont l'imposition aurait été différée et des déficits reportables.

Taux d'imposition. Pour l'imposition des revenus de l'année 2010, l'impôt sur le revenu est calculé de la façon suivante (CGI, art. 197).

Fraction du revenu imposable	Taux d'imposition
Jusqu'à 5 963 €	0 %
De 5 963 € à 11 896 €	5,50 %
De 11 896 € à 26 420 €	14 %
De 26 420 € à 70 830 €	30 %
Plus de 70 830 €	41 %

Plus-values de cession. Quant aux plus-values de cession, malgré cette appellation, elles concernent aussi la cessation d'activité en l'absence de cession alors même que, juridiquement, l'entreprise se confond avec l'entrepreneur. La plus-value est alors égale à la différence entre la valeur du bien au jour de la cessation et la valeur pour laquelle le bien était inscrit au bilan (valeur nette comptable d'immobilisation figurant à l'actif du bilan).

Régime général. Les conditions d'imposition des plus-values de cession sont identiques à celles qui s'imposent pendant la vie de l'entreprise. Aussi, les plus et moins-values à court terme se compensent-elles, de même que les plus ou moins-values à long terme, afin de dégager deux plus ou moins-values nettes. La plus ou moins-value nette à court terme est intégrée dans le résultat d'exploitation. La plus-value nette à long terme est imposée à 16 %, mais il faut ajouter les prélèvements sociaux (CSG, CRDS, etc.) d'où une imposition réelle de 28,3 %.

Régimes de faveur. La loi prévoit un régime de faveur lorsque l'entreprise individuelle ou une branche complète d'activité de celle-ci est apportée à une société (CGI, art. 151 octies).

- L'imposition des plus-values afférentes aux immobilisations **non amortissables** est reportée à la date de cession des droits sociaux par l'apporteur, ou à la date de rachat de ces droits par la société, ou à la date de la cession du bien apporté par la société.
- L'imposition des plus-values afférentes aux immobilisations **amortissables** n'a pas lieu au moment de l'apport, la société bénéficiaire devant réintégrer la plus-value dans ses bénéfices imposables (sur cinq ans).

Un autre régime de faveur existe lorsque l'entreprise individuelle est transmise dans sa totalité à titre gratuit, à condition que l'exploitation soit continuée par les bénéficiaires de la transmission. La faveur consiste en un report d'imposition des plus-values afférentes aux éléments de l'actif immobilisé constatées à l'occasion de cette transmission jusqu'à la date de cession ou de cessation de l'entreprise ou jusqu'à la date de cession d'un desdits éléments si elle est antérieure (CGI, art. 41). Pareil report laisse place à une exonération lorsque l'activité est poursuivie par le nouvel exploitant pendant au moins cinq années à compter de la date de transmission.

Enfin, lorsque la cessation est causée par le décès de l'entrepreneur, un régime de faveur prévoit que toutes les plus-values, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre celles à court terme et celles à long terme, se voient appliquer le régime fiscal des plus-values à long terme (CGI, art. 39 *terdecies*). Lorsque ce régime n'est pas favorable à telle ou telle situation, les héritiers sont en droit de demander l'application du régime général. Pour terminer, il convient d'observer que ce régime de faveur ne peut pas jouer lorsque l'entreprise est transmise dans son intégralité à la suite du décès, car son application est écartée par le deuxième régime de faveur exposé ci-dessus. Toutefois, s'ils y trouvent leur intérêt, les héritiers peuvent renoncer à ce dernier.

Exonérations. Il convient de signaler enfin trois cas d'exonération possibles.

- Le premier cas tient à la valeur des éléments cédés. L'exonération concerne les petites entreprises faisant l'objet d'une transmission à titre gratuit ou à titre onéreux et dont l'exploitation par le cédant a duré au moins cinq années à la date de la transmission (CGI, art. 238 *quindecies*). Les immeubles sont exclus de l'exonération. Ils ne sont donc pas comptés dans le calcul des chiffres présentés ci-dessous :
 - l'exonération est totale lorsque la valeur des éléments transmis servant d'assiette aux droits d'enregistrement est inférieure ou égale à 300 000 euros ;
 - elle est partielle lorsque la valeur des éléments transmis servant d'assiette aux droits d'enregistrement est supérieure à 300 000 euros et inférieure à 500 000 euros.

- Le deuxième cas tient aux recettes (voir CGI, art. 151 *septies*).
- Le dernier cas concerne le départ à la retraite, c'est-à-dire lorsque l'entrepreneur cédant cesse ses fonctions et fait valoir ses droits à la retraite dans les deux années qui précèdent ou qui suivent la cession. Par ailleurs, l'activité de cet entrepreneur doit avoir été exercée pendant cinq ans. La cession doit porter sur l'ensemble de l'entreprise ; celle-ci doit employer moins de 250 salariés et avoir réalisé un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros au cours de l'exercice, ou avoir un total de bilan inférieur à 43 millions d'euros. L'exonération ne concerne pas les immeubles (CGI, art. 151 *septies* A). Enfin, les prélèvements sociaux s'appliquent (soit 12,3 %).

3.2 Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

Déclaration. L'entrepreneur individuel cessant son activité est tenu de déclarer cette cessation au service des impôts, dans les trente jours (déclaration de TVA). Ce délai est porté à soixante jours pour les entreprises placées sous le régime simplifié d'imposition. Une régularisation du paiement de la TVA sera alors effectuée si nécessaire.

REMARQUE

Généralement cette déclaration est effectuée par l'intermédiaire du centre de formalités des entreprises.

3.3 Les droits d'enregistrement

Domaine. Les droits d'enregistrement ne sont applicables qu'aux cessions d'entreprise. Leur montant dépend du caractère de la cession, à titre gratuit ou à titre onéreux. (À propos de la cession à titre onéreux, voir *supra*, chap. 18, section 1).

SECTION 2

LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

1. Les causes de dissolution

L'article 1844-7 prévoit les causes de dissolution communes à toutes sociétés, quelle que soit leur forme. Il existe des causes propres à certains types de société.

1.1 Causes communes à toutes les sociétés

Expiration de la durée de vie. Toute société a nécessairement une durée limitée, à la différence d'une association par exemple. L'expiration du terme de cette durée, laquelle est prévue dans les statuts, entraîne la dissolution de plein droit de la société (c'est-à-dire automatique). Aucune décision, des associés ou encore d'un juge, n'est exigée.

On sait que la durée maximale d'une société est de 99 ans (C. civ., art. 1838). Mais elle peut être prorogée si les associés en sont d'accord (la poursuite de l'activité ne suffit pas). C'est dire que la dissolution pour expiration de la durée de vie n'est pas inéluctable. La décision de prorogation fait l'objet d'un droit d'enregistrement fixe de 375 euros, porté à 500 euros lorsque la société dispose d'un capital égal ou supérieur à 225 000 euros.

Réalisation de l'objet social. L'objet social réalisé, la société n'a plus de raison d'être, d'où sa dissolution de plein droit. Mais pareille réalisation suppose la création d'une société pour l'accomplissement d'une mission limitée dans le temps.

EXEMPLE

Société civile de construction créée pour un programme immobilier et dissoute après la construction et la vente de tous les appartements.

Extinction de l'objet social. L'extinction de l'objet social est aussi une cause de dissolution de plein droit. Elle est rare, d'autant qu'un objet social peut être modifié.

EXEMPLES

Lors de la rupture d'un contrat de concession automobile, du fait de l'exclusivité, la société concessionnaire verra son objet éteint. Mais les associés peuvent décider de changer d'activité. Ou encore, la société continuera à exister si elle conclut un contrat de concession avec un autre constructeur.

Soit une société holding ayant pour objet statutaire l'acquisition, la gestion et l'administration de titres de sociétés. La cession par cette société des actions qu'elle détenait dans le capital d'une autre société n'a pas pour conséquence l'extinction de son objet, même si la cession porte sur l'ensemble des titres détenus et gérés par la holding. Les tribunaux prennent en compte, en effet, le potentiel de l'objet : d'autres titres peuvent être acquis par la société holding.

Dissolution anticipée décidée par les associés. La décision des associés de mettre fin au groupement avant l'arrivée du terme doit être prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts. Elle ne doit pas constituer un abus de majorité.

REMARQUE

En pratique, la dissolution volontaire des associés s'expliquent souvent par l'état de santé défaillant de la société, afin d'éviter une liquidation judiciaire.

Dissolution judiciaire pour justes motifs. La dissolution anticipée peut aussi résulter d'une décision de justice à la demande d'un associé, à condition qu'un juste motif soit démontré, notamment l'inexécution de ses obligations par un associé ou la mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

MÉSENTENTE ENTRE ASSOCIÉS

Celui qui demande la dissolution ne doit pas être à l'origine de la mésentente. Les juges sont assez réticents à prononcer la dissolution, notamment lorsque la société se porte économiquement bien. Ils préfèrent nommer un administrateur provisoire ou encore condamner l'associé semant le trouble social à des dommages-intérêts, sans exclusion pour autant. Mais des dissolutions de petites sociétés où il n'y a que deux associés ont déjà été prononcées alors même que la société était viable.

Faut-il encore que la mésentente soit grave et qu'elle paralyse le fonctionnement de la société. C'est le cas de l'impossibilité de prise de décision par les organes sociaux, ou encore lorsque la mésentente est un facteur de ruine pour la société.

Annulation du contrat de société. La nullité de la société sanctionne ses conditions de formation. Elle conduit à la disparition, non rétroactive, de la société (voir *supra*, chap. 15, section 1).

Réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé. La réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé s'explique le plus souvent par l'achat, par ce dernier, des parts des autres associés, lesquels entendent se retirer. En pareille situation, la dissolution n'opère pas de plein droit (C. civ., art. 1844-5, al. 1^{er}).

L'associé unique a la faculté de dissoudre la société par déclaration au greffe du tribunal de commerce (décret 78-704, 3 juillet 1978, art. 8).

S'il souhaite au contraire maintenir la société, la loi lui accorde un délai d'un an pendant lequel les tiers ne peuvent pas agir en dissolution. Au-delà de ce délai, si la situation n'a pas été régularisée – c'est-à-dire si l'associé unique n'a pas trouvé un ou plusieurs autres associés – tout intéressé peut demander cette dissolution au tribunal compétent.

Lorsque la dissolution est décidée, soit par l'associé unique soit par un tribunal, les conséquences dépendent de la qualité de l'associé unique.

Qualité de l'associé unique	Conséquence	Régime fiscal
Personne physique	La dissolution conduit à la liquidation.	Voir <i>infra</i> .
Personne morale	La dissolution ne conduit pas à la liquidation ; elle entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique.	La transmission bénéficie de plein droit du régime de faveur des fusions (CGI, art. 210-0 A). La seule imposition immédiate résulte alors d'un droit fixe de 375 euros, porté à 500 euros si le capital social de la société bénéficiaire de l'apport est égal ou supérieur à 225 000 euros.

Liquidation judiciaire de la société. La liquidation judiciaire de la société entraîne sa dissolution, la personnalité morale étant maintenue pour les besoins des opérations de liquidation (voir *supra*, chap. 19).

Causes prévues dans les statuts. Les statuts peuvent prévoir d'autres causes de dissolution, par exemple la constatation d'un certain nombre d'exercices déficitaires successifs, ou encore le décès d'un associé dans une société civile.

REMARQUE

Si la société réalise des bénéfices, la dissolution peut être très onéreuse fiscalement.

1.2 Causes spécifiques

Type de société	Cause spécifique de dissolution
Société en participation	Notification adressée aux associés par l'un d'eux, lorsque la société est à durée indéterminée.
Société civile	Absence de gérant depuis plus d'un an. Révocation du gérant, si les statuts le prévoient. Décès d'un associé, si les statuts le prévoient. Interdiction ou incapacité d'un associé, si les statuts le prévoient.
Société en nom collectif	Décès d'un associé, sauf clause statutaire contraire. Révocation du gérant, à certaines conditions (C. com., art. L. 221-12). Interdiction ou incapacité d'un associé, sauf clause statutaire contraire.
Société à responsabilité limitée	Dépassement du plafond de 100 associés. Capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social.
Société anonyme	Réduction du capital en deçà du minimum légal. Nombre d'actionnaires inférieur à 7. Capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social.

2. La publicité de la dissolution

Utilité	Cette publicité est importante car ce n'est qu'à la date de publication de la dissolution que celle-ci produit des effets à l'égard des tiers (C. civ., art. 1844-8).
Fiscalité	Enregistrement de l'acte de dissolution avec paiement d'un droit fixe de 375 euros, porté à 500 euros si le capital social est égal ou supérieur à 225 000 euros.
Modalités	Insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales. Dépôt des actes de dissolution et de désignation du liquidateur au centre des formalités des entreprises. Transmission du dossier aux organismes concernés, notamment le tribunal de commerce. Le tribunal de commerce fait mention de la dissolution sur le RCS et en assure la publicité par une mention au BODACC.

3. Les effets de la dissolution

La dissolution conduit à la **liquidation de la société**. La liquidation consiste à transformer en liquidités les biens et les créances composant l'actif de l'entreprise, puis à payer le passif à l'aide de cet actif. Ensuite, les associés reprennent leurs apports et, enfin, se répartissent l'éventuel boni de liquidation.

REMARQUE

Toutefois, il a été déjà écrit que la dissolution n'entraîne pas la liquidation en cas de réunion de toutes les parts sociales entre les mains d'un seul associé doté de la personnalité morale (voir *supra*).

3.1 Survie provisoire de la personnalité morale

Article 1844-8, al. 3, du Code civil. La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci.

Survie. Les opérations de liquidation peuvent prendre du temps. Durant cette période, la société conserve sa personnalité morale, pour les besoins de la liquidation (C. civ., art. 1844-8) la société est dissoute mais conserve provisoirement sa personnalité juridique. En conséquence, c'est encore la société qui est seule débitrice des dettes sociales. Les créanciers du groupement ne sont pas tenus de diviser leur recours contre chaque associé, tandis que les créanciers personnels des associés ne sauraient demander paiement à la société dissoute. Autre conséquence : la société en liquidation conserve la propriété de ses biens et reste donc redevable, par exemple, de la taxe sur la valeur vénale des immeubles.

La survie de la personnalité morale ne peut servir qu'aux opérations de liquidation et non à relancer les activités ou à en créer de nouvelles.

REMARQUE

En revanche, dans le chapitre consacré aux entreprises en difficulté, il a été vu que la continuation de l'exploitation pouvait se justifier par la nécessité de vendre les stocks, conserver la valeur de certains actifs ou dans la perspective d'une cession globale ou partielle de l'entreprise (voir *supra*, chap. 19, section 4).

Survie provisoire. La société perd sa personnalité juridique une fois la liquidation terminée, c'est-à-dire à compter de la publication de la clôture de la liquidation.

Toutefois, une société en liquidation peut faire l'objet d'une fusion par absorption ou par création d'une société nouvelle. Elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles (C. civ., art. 1844-4).

3.2 Opérations de liquidation de la société

Nomination du liquidateur. Le liquidateur est nommé conformément aux dispositions statutaires. Si celles-ci sont silencieux à ce propos, il est nommé par les associés ou, à défaut d'accord entre eux, par décision de justice (C. civ., art. 1844-8, al. 2). Dans les sociétés commerciales, la durée de son mandat est limitée à trois ans, mais renouvelable (C. com., art. L. 237-21).

Le liquidateur peut être un professionnel, c'est-à-dire un administrateur judiciaire, mais pas nécessairement.

Missions du liquidateur. Le liquidateur prend la tête de la société, remplaçant alors les dirigeants. Il représente donc la société à l'égard des tiers.

Dans les sociétés civiles l'étendue de ses missions dépend des statuts ou de l'acte de nomination. Quant aux sociétés commerciales, la loi prévoit des dispositions spéciales relatives à ses missions. De façon générale, lorsque sa mission n'est pas restreinte, le liquidateur a pour rôle... de liquider la société.

- Pour cela, il réalisera l'actif afin d'en retirer des liquidités, puis, avec celles-ci, il paiera les créanciers sociaux. Ces derniers ne sont pas soumis à une discipline collective de règlement du passif, dès lors que l'entreprise n'est pas en état de cessation de paiement. Ils sont alors payés au prix de la course (premier arrivé, premier servi), sans que le liquidateur soit tenu de faire respecter un ordre parmi eux. En pratique cependant, le liquidateur, du moins lorsqu'il est un professionnel, paie d'abord les créanciers privilégiés, selon leur rang, puis les chirographaires dans l'ordre d'exigibilité de leur créance.

- S'il constate la cessation des paiements, le liquidateur déposera le bilan, ce qui conduira à la liquidation judiciaire de l'entreprise.

Durée des opérations. Le Code civil ne prévoit pas de durée maximale pour la liquidation. Mais, afin que les opérations ne s'éternisent pas, la loi prévoit qu'au-delà de trois ans à compter de la dissolution, toute personne intéressée peut demander au tribunal de faire achever la liquidation (C. civ., art. 1844-8, al. 4).

Clôture de la liquidation. Une fois les opérations de liquidation achevées, le liquidateur doit procéder à la radiation de la société au registre du commerce et des sociétés dans le délai d'un mois à compter de la publication de la clôture de la liquidation (C. com., art. R. 123-75). À défaut, la société est radiée d'office, au terme d'un délai de trois ans après la date de la mention de sa dissolution au registre (C. com., art. R. 123-131).

Partage. S'il reste des actifs, il convient de procéder à leur partage entre les associés. Le partage suit la clôture de la liquidation, à un moment où la société dissoute a complètement disparu puisqu'elle n'a plus la personnalité morale ; de sorte que les associés sont propriétaires indivis des biens sociaux. Le partage met alors fin à l'indivision.

Article 1844-9 du Code civil. « Les règles concernant le partages des successions, y compris l'attribution préférentielle, s'appliquent au partage entre associés. »

Étape 1	Tout d'abord chaque associé reprend ses apports, sauf les apports en industrie qui ne peuvent pas être repris, ni remboursés. Toutefois, les associés peuvent décider que certains biens seront attribués à certains associés (C. civ., art. 1844-9, al. 3).
Étape 2	Les dettes payées et les apports repris, les actifs restants sont appelés le boni de liquidation . Celui-ci est partagé entre les associés proportionnellement à leurs droits. Les statuts peuvent prévoir une répartition différente.

3.3 Régime fiscal de la dissolution

La fiscalité concerne les opérations de liquidation et de partage.

Sociétés soumises à l'impôt sur le revenu. La dissolution s'apparente fiscalement à une cessation d'entreprise.

- Le partage des réserves et la reprise des apports ne donnent lieu à aucune imposition au titre de la distribution des bénéfices. Chaque associé est imposé sur les résultats de l'exercice, c'est-à-dire :

- les plus-values ;
- les bénéfices de l'exercice en cours lors de la clôture des opérations de liquidation ;
- les provisions inscrites au bilan ;

- Le partage des acquêts sociaux donne lieu à une imposition (droit d'enregistrement, dit aussi droit de partage) de 2,5 % pour les partages intervenant à compter du 1^{er} janvier 2012 (loi de finances pour 2011 ; 1,1 % auparavant). Les acquêts sociaux se composent du numéraire et des choses fongibles apportés à titre pur et simple à la société, ainsi que des biens apportés à titre onéreux, et ceux qui ont été acquis par la société. Si, à la suite des opérations de liquidation, il ne reste que des liquidités, celles-ci sont considérées comme des acquêts sociaux.

- La reprise des apports en nature ne donne pas lieu à ouverture d'un droit d'enregistrement, sauf taxe de publicité foncière pour les immeubles (de 0,715 %). La règle ne vaut que si la reprise est effectuée par l'associé apporteur. Dans le cas contraire (reprise par un associé autre que l'apporteur), l'opération est considérée comme une mutation entre deux associés, de sorte qu'il y a ouverture d'un droit d'enregistrement (mutation à titre onéreux) calculée sur la valeur du bien au jour du partage.

Actif concerné	Impôts directs	Droit d'enregistrement
Immobilisations	Imposition des plus-values	–
Apports (repris)	Pas d'imposition au titre de la distribution des bénéfices	Pas d'imposition si reprise par l'associé apporteur (sauf taxe de publicité foncière en cas de reprise d'immeubles)
Réserves (partagées)	Pas d'imposition au titre de la distribution des bénéfices	–
Acquêts sociaux	–	2,5 %

Sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés

- La société est tenue au paiement de l'impôt sur les sociétés. Ce dernier frappe les bénéfices de l'exercice en cours à la clôture des opérations de liquidation, les provisions, les plus-values et les bénéfices en sursis.

- Quant aux associés :

- ils ne sont pas imposés sur la reprise des apports au titre de la distribution des bénéfices ;
- chaque associé est imposé à titre personnel, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, sur la part reçue du boni net de liquidation ; boni net = actif – dette – apports
 - impôt sur les sociétés payé par la société ;
- tout actif net à partager est soumis à un droit d'enregistrement de 2,5 % pour les partages intervenant à compter du 1^{er} janvier 2012 (1,1 % auparavant). Il n'y pas lieu de distinguer selon l'origine du bien.

Toutefois, un régime spécial s'applique aux apports qui avaient bénéficié d'une exonération ou d'une imposition réduite (droit fixe de 375 ou 500 euros) en contrepartie de l'engagement de conserver pendant trois ans les droits sociaux reçus. Lorsque pareils apports sont repris par un associé autre que l'apporteur, le droit d'enregistrement (mutation à titre onéreux) est calculé sur la valeur du bien au jour du partage.

Personne imposée	Impôts directs	Droit d'enregistrement
La société	IS sur les bénéfices, les provisions et les plus-values.	Droit fixe en l'absence de toute transmission d'actifs aux associés
Des associés	Pas d'impositions sur la reprise des apports. Imposition du boni net de liquidation.	2,5 % sur tout actif net, sauf régime spécial

39. ÉTUDE DE CAS

Registre du commerce et des sociétés

N° 39 : ÉTUDE DE CAS**Registre du commerce et des sociétés**

M. Bienheureux a créé en 2000 un commerce de vente d'objets ménagers design. Il s'agit d'une entreprise individuelle. Il est immatriculé au Registre du commerce et des sociétés (RCS).

Il y a un an, M. Bienheureux a apporté son fonds de commerce à une société qu'il a créé avec ses deux enfants devenus majeurs. Il n'a pas procédé à une déclaration auprès du greffe du tribunal de commerce. Aujourd'hui, la Sécurité sociale lui réclame le versement de cotisations sociales au titre de l'activité qu'il aurait exercée depuis un an en tant que commerçant.

QUESTION

M. Bienheureux peut-il s'opposer à la demande de la Sécurité sociale ?

6

PARTIE

CHAPITRE 21

CHAPITRE 22

LES ASSOCIATIONS ET LES FONDATIONS

Les associations loi 1901

Les fondations

La loi du 1^{er} juillet 1901 constitue le droit commun des associations. D'autres lois ont permis la création d'associations à statut particulier et obéissant, par conséquent, à des règles spécifiques. Par exemple, sont régies par un statut propre les associations culturelles, les congrégations, les associations sportives, les fondations. Le point commun de tous ces organismes est de ne pas poursuivre un but lucratif. On présentera tout d'abord le droit commun des associations, puis les fondations.

Les associations loi 1901

SECTION 1	Aspects juridiques
SECTION 2	Aspects fiscaux
SECTION 3	Aspects sociaux
APPLICATIONS	

SECTION 1

ASPECTS JURIDIQUES

Définition. Le terme association désigne à la fois :

- Le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un autre but que le partage de bénéfice. C'est l'acte constitutif de l'association (L. 1901, art. 1^{er}).
- Le groupement lui-même de ces personnes, groupement qui peut avoir la personnalité morale. Les membres de l'association sont appelés les sociétaires.

Caractères. De cette définition, il ressort que l'association :

- doit poursuivre un but commun à tous ses membres et distinct des intérêts propres de chacun ;
- doit mettre en commun les connaissances ou l'activité de façon permanente, ce qui distingue l'association de la simple réunion ;
- ne doit pas partager les bénéfices. L'expression « à but non lucratif » ne lui interdit pas de réaliser des bénéfices, mais dans ce cas, elle doit les réinvestir pour l'accomplissement de son objet associatif. Toutefois, un sociétaire peut recevoir une rémunération pour un travail spécifique ou en tant que salarié.

Loi 1901. Le droit commun des associations est édicté dans la loi du 1^{er} juillet 1901, relative au contrat d'association, et son décret d'application du 16 août 1901. Ces textes contiennent peu de dispositions si on les compare à ceux régissant, par exemple, les sociétés commerciales. Ce qui fait de l'association une structure souple, peu réglementée. Aussi, les fondateurs ont-ils une grande liberté pour prévoir les règles d'administration et de direction de l'association. D'autres textes régissent aussi l'ensemble des associations, par exemple, les articles L. 213-8 et suivants du Code monétaire et financier relatifs aux obligations émises par les associations.

On relèvera enfin, une décision importante de la Cour de cassation en ce qu'elle applique à une association une règle du droit des sociétés inscrite dans le Code de commerce au motif que ni la loi du 1^{er} juillet 1901, ni le Code civil ne permettent de régler la difficulté à l'origine du litige (Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2006, pourvoi n° 03-18229).

1. La constitution des associations

1.1 Conditions de validité de l'association

Droit commun des contrats. L'association « est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations » (L. 1901, art. 1^{er}). Par conséquent, le consentement des fondateurs, échangés lors de la formation du contrat d'association sur lequel repose l'existence même du groupement, ne doit pas avoir été vicié. De même, ce contrat encourt la nullité en l'absence de cause et/ou d'objet, ou encore si ces derniers sont illicites. Enfin, les fondateurs doivent avoir la capacité de contracter (sur l'ensemble de ces conditions, voir *supra*, chap. 1, section 2).

Consentement. Si le consentement d'une personne (fondateur ou adhérent) est vicié, la nullité ne produit des effets qu'à l'égard de cette personne, le contrat d'association demeurant valable.

Capacité. Le consentement au contrat d'association peut être émis par une personne physique mais aussi par une personne morale (société, association...). Celle-ci peut en effet être sociétaire. Dans ce cas, le consentement sera exprimé par une personne ayant la capacité de la représenter. Les personnes morales de droit public peuvent aussi être parties à un contrat d'association.

Cause. L'objet poursuivi par l'association et formulé dans les statuts est la cause de l'obligation contractée par les sociétaires. L'article 3 de la loi de 1901 dispose qu'encourt la nullité

« toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement ».

La nullité est absolue. La dissolution de l'association est alors prononcée par le tribunal de grande instance (L. 1901, art. 7).

EXEMPLE

Une association créée pour l'organisation de corrida est illicite car la loi pénale interdit les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux. Elle est toutefois licite lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée ; l'interdiction pénale ne s'appliquant pas dans ce cas.

1.2 Formalités de constitution de l'association

a) Associations non déclarées

Absence de formalités. La création d'une association ne nécessite aucune formalité particulière. C'est un contrat consensuel, de sorte qu'aucun écrit n'est nécessaire, de même qu'aucune autorisation, déclaration ou immatriculation. Il reste bien sûr possible d'établir un écrit, que l'on appellera « les statuts », sans pour autant déclarer l'association. On parle alors d'association non déclarée.

Celle-ci ne dispose pas de la personnalité morale (à propos de cette notion, voir *supra*, chap. 5, section 1). En conséquence, elle ne dispose pas de patrimoine propre et la responsabilité liée à l'activité est directement supportée par ses membres.

b) Associations déclarées

Déclaration à la préfecture. L'association qui souhaite obtenir la capacité juridique (donc jouir de la personnalité morale) doit être rendue publique par les soins de ses fondateurs (L. 1901, art. 5), ceux indiqués dans les statuts, à l'exclusion des salariés de l'association. Pareille publicité obéit à une procédure prévue par la loi de 1901. Une déclaration préalable doit être effectuée auprès de la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association aura son siège social.

	Formalités	Sanctions
Étape 1	La déclaration peut être rédigée sur papier libre. Elle indique le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements et les noms, professions, domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration. Elle doit être accompagnée d'un exemplaire des statuts (L. 1901, art. 5).	La loi de 1901 prévoit des sanctions pénales à l'égard des personnes chargées de la déclaration lorsque celle-ci contient des informations inexacts.
Étape 2	Un récépissé de la déclaration est donné dans un délai de cinq jours à compter de la remise à l'autorité préfectorale compétente d'un dossier de déclaration complet.	Le préfet qui refuse de donner récépissé alors que la déclaration est régulière commettrait un excès de pouvoir.
Étape 3	L'association est rendue publique par une insertion au <i>Journal officiel</i> , sur production du récépissé.	En l'absence d'une telle insertion, l'association n'a pas la personnalité morale.

Statuts. La loi de 1901 impose la rédaction de statuts, donc d'un écrit, comme condition de régularité de la déclaration. Un acte sous seing privé est suffisant.

Quant au contenu formel, l'exigence légale se limite à ce qui est nécessaire pour la déclaration, c'est-à-dire la dénomination, l'objet associatif et le siège. Pour le reste, c'est-à-dire au fond, le contenu est libre, sous réserve du respect de l'ordre public. Bien sûr, pour éviter des conflits ultérieurs, il est conseillé de prévoir des dispositions relatives à l'adhésion de nouveaux membres, leur radiation, l'organisation et le fonctionnement interne de l'association, les pouvoirs des organes dirigeants, les conditions de modification des statuts (par exemple, par une assemblée restreinte, émanation de l'assemblée générale, à la majorité qualifiée). À défaut de précision sur pareille modification, c'est l'assemblée générale des sociétaires qui est compétente. Pour être opposable aux tiers, la modification doit être déclarée et publiée.

Par exception, le contenu formel des statuts est imposé pour les associations souhaitant être reconnue d'utilité publique, de même que des clauses obligatoires. Il existe d'autres exceptions, par exemple pour les fédérations départementales de chasseurs. Enfin, la modification des statuts d'associations reconnues d'utilité publique obéissent aux mêmes règles que la reconnaissance (voir *infra*).

Règlement intérieur. La rédaction d'un règlement intérieur n'est pas obligatoire (sauf pour certaines associations), même pour obtenir la personnalité morale. Il est utile en ce qu'il permet de préciser les statuts sur des points nécessitant une adaptation permanente. En effet, la modification d'un règlement intérieur est plus facile que celle des statuts.

Les statuts prévoient le mode d'adoption du règlement intérieur. Mieux vaut prévoir que ce dernier est l'œuvre de l'un des dirigeants de l'association, et non de l'assemblée générale, car, sinon, il faudrait consulter cette dernière pour chaque changement, ce qui ôte son intérêt au règlement intérieur.

c) Associations reconnues d'utilité publique

Objectif. Les associations d'une taille suffisamment importante (en nombre d'adhérents, en couverture géographique...) et poursuivant un intérêt général peuvent demander à être reconnues d'utilité publique. L'objectif principal est d'augmenter leur capacité juridique à recevoir des libéralités (voir *infra*).

Création. L'utilité publique ne peut être, en principe, reconnue qu'à l'issue d'une période probatoire de trois ans. Ce qui signifie, que l'association doit d'abord être déclarée.

Outre l'adoption de statuts types, la reconnaissance d'utilité publique nécessite le dépôt d'une demande adressée au Ministre de l'intérieur et dont le contenu est prévu par le décret de 1901 (art. 11). Le ministre consulte le Conseil d'État pour avis, sans être lié par cet avis. Puis, si les conditions sont réunies, l'utilité publique est reconnue par décret en Conseil d'État.

1.3 Capacité juridique de l'association

Personnalité morale. La capacité juridique est reconnue aux personnes morales. L'association obtient la capacité juridique lorsqu'elle est rendue publique. Par conséquent, c'est aussi la publicité qui confère la personnalité morale à l'association. Autre conséquence, l'association non déclarée n'a pas de capacité juridique.

Actes d'administration. Outre les attributs traditionnels de la personnalité juridique (le nom, le domicile et la nationalité), l'association déclarée ou reconnue d'utilité publique dispose de l'aptitude à contracter avec les tiers, à acquérir à titre onéreux, à administrer et gérer les cotisations reçues de ses membres, les apports qui lui sont faits, ou encore les immeubles qu'elle possède. Elle a aussi la capacité d'embaucher des salariés. Toutefois, l'association ne peut agir que dans la limite de son objet social ; c'est le principe de spécialité. Le législateur a mis en place une procédure simplifiée pour l'embauche des salariés par l'instauration d'un chèque emploi-associatif ; mais qui ne concerne que les associations employant neuf salariés au plus (C. trav., art. L. 1272-1).

Activité lucrative. L'association peut exercer, accessoirement, une activité lucrative. Il lui est interdit en revanche de partager les bénéfices qui en sont retirés. Toutefois, une association qui exerce de façon habituelle des actes de commerce court le risque de se voir appliquer les règles du droit commercial. Et si, en outre, les bénéfices sont partagés, elle risque d'être requalifiée de société commerciale.

EXEMPLE

À propos une association créée par deux sociétés d'édition et ayant pour objet de développer l'épanouissement des individus en proposant des voyages en France ou à l'étranger, la Cour d'appel de Toulouse a décidé que l'activité civile, qui n'est autre que l'objet social savamment affiché, a été absorbé par l'activité commerciale d'agence de voyages, activité réellement exercée. Le tribunal de commerce est alors jugé compétent.

Capacité d'agir en justice. L'association déclarée et celle reconnue d'utilité publique sont en droit d'agir en justice pour la protection de leurs intérêts.

L'association qui entend ester en justice, doit démontrer qu'elle a un intérêt à agir. Il faut par conséquent que son action soit en rapport avec l'objet qu'elle poursuit. Si elle demande réparation, elle doit démontrer un préjudice personnel, direct et certain.

Il convient ici de distinguer selon qu'elle agit pour protéger un intérêt personnel ou collectif. Toute association déclarée est en droit d'agir en justice pour voir protéger un intérêt individuel. Il peut s'agir, par exemple, d'un contrat de partenariat avec une entreprise qui ne serait pas correctement exécuté par celle-ci. Sont plus délicates les actions en justice tendant à défendre un intérêt collectif, par exemple l'action d'une association contre les myopathies visant à défendre les personnes atteintes de cette maladie dans leur ensemble, c'est-à-dire même si elles ne sont pas membres de l'association. En principe, une telle action nécessite une habilitation législative, laquelle en fixe les conditions et les limites. Au civil, les tribunaux ont sensiblement assoupli ce principe. En l'absence d'habilitation législative, une association peut en effet agir en justice au nom d'intérêts collectifs à la condition que ceux-ci entrent dans son objet social.

EXEMPLE

Des résidents d'un établissement de santé spécialisé dans l'accueil de myopathes sont victimes de dysfonctionnements de cet établissement. L'association française contre les myopathies assigne en dommages et intérêts le liquidateur de l'établissement et l'ancien président de ce dernier. La cour d'appel juge l'action irrecevable au motif que les statuts ne prévoient nullement que l'association aurait pour but ou pour moyen d'ester en justice pour la défense des intérêts des malades. La Cour de cassation casse cette décision au motif que « même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social » (Cass. 1^{re} civ., 18 sept. 2008, pourvoi n° 06-22.038).

Au pénal, de nombreuses associations sont habilitées par la loi à se constituer partie civile (action civile). En l'absence d'habilitation, la chambre criminelle accueille avec une certaine faveur l'action civile. Elle juge celle-ci recevable lorsque l'intervention de l'association « découle de la spécialité du but et de l'objet de sa mission ».

Enfin, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, les associations étrangères sont en droit d'agir devant les juridictions françaises même si elles n'ont pas d'établissement en France et n'ont pas procédé à leur déclaration préalable à la Préfecture (Cass. crim., 8 déc. 2009, pourvoi n° 09-81.607).

Subventions publiques. La loi ne définit pas ce qu'est une subvention. Il s'agit d'une aide, le plus souvent financière, consentie sans contrepartie par une personne morale publique (État, collectivité territoriale, etc.). Seules les associations dotées de la personnalité juridique ont la capacité de recevoir des subventions.

Certaines associations ne peuvent recevoir des subventions que si elles ont été agréées, par le ministre concerné, pour exercer leur activité. C'est le cas par exemple des associations sportives.

Libéralités. Toute association, dès lors qu'elle est régulièrement déclarée, peut recevoir sans aucune autorisation spéciale des dons manuels (L. 1901, art. 6), c'est-à-dire des donations dont la transmission se fait de la main à la main. Il peut s'agir d'un meuble corporel, d'un chèque ou même d'un virement bancaire. Les associations ne sauraient donc, en principe,

recevoir de donations ostensibles, ni de legs. Il en va différemment lorsque la donation est consentie par un établissement d'utilité publique.

Par exception, certaines associations ont la capacité juridique de recevoir des donations (ostensibles donc) ou des legs. Il s'agit des associations reconnues d'utilité publique, des associations cultuelles, des unions agréées d'associations familiales et des associations ayant pour objet exclusif l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale. Depuis le 1^{er} janvier 2006, ces groupements ne sont plus tenus de solliciter l'autorisation de recevoir lesdites libéralités. Ils peuvent les accepter librement (sauf pour les sectes), mais doivent tout de même en faire la déclaration à l'autorité préfectorale. Celle-ci, après réception, peut s'y opposer mais uniquement si sa décision est motivée par l'inaptitude de l'association donatrice ou légataire à utiliser la libéralité conformément à son objet statutaire. L'opposition prive d'effet l'acceptation de la libéralité par l'association (C. civ., art. 910, al. 2, introduit par Ord. 2005-856, 28 juillet 2005).

TABLEAU DE SYNTHÈSE (LIBÉRALITÉS)		
	Capacité à recevoir	Formalité administrative
Principe : toute association	Dons manuels	Aucune
Exception : certaines associations	Donations et legs	Déclaration auprès de l'autorité administrative

2. Le fonctionnement des associations

2.1 L'administration

a) Organe d'administration

Importance des statuts. L'association est une structure souple. Aussi, se sont les statuts, et non la loi, qui fixent les modalités d'administration de l'association, ainsi que les pouvoirs des personnes en charge de cette administration. La rédaction des statuts est donc importante, d'autant qu'en cas de litige, le juge saisi s'y référera.

Administration individuelle ou collégiale. Le nombre de personnes en charge de l'administration est fixé par les statuts comme leur dénomination (président, vice-président, secrétaire général, trésorier, administrateurs...). La seule contrainte est de doter l'association d'au moins un représentant personne physique. Pour le reste, les statuts peuvent prévoir un nombre précis d'administrateurs, un minimum et/ou un maximum.

Si l'association est dirigée par un organe collégial, alors les statuts, ou le règlement intérieur, prévoiront sa dénomination (conseil d'administration, comité, bureau...), sa structure, ses modalités de convocation, son lieu de réunion, le mode de scrutin, etc.

REMARQUE

Dès lors que les règles de composition et de fonctionnement sont prévues par les statuts, elles doivent être respectées à peine de nullité des décisions prises.

Statut des administrateurs. Les personnes membres de l'organe d'administration, que l'on peut appeler les administrateurs ou encore les dirigeants, sont des mandataires de l'association.

L'administrateur peut être un sociétaire, mais pas nécessairement. Les statuts peuvent prévoir cette condition d'accès aux fonctions d'administrateur. L'administrateur peut

également être un salarié de l'association. Le Conseil d'État en a jugé ainsi. Mais il faut alors éviter qu'il ait une part prépondérante dans l'administration de l'association.

REMARQUE

La personne tenue, aux termes de statuts, d'animer et de surveiller l'activité des services de l'association ne doit pas être considérée comme un administrateur, même s'il est nommé (par les statuts) délégué général ou secrétaire général et même s'il est nommé par le conseil d'administration (Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2007, pourvoi n° 06-12.061).

Désignation des dirigeants et durée de leurs fonctions. Les modalités de désignation des dirigeants sont librement fixées par les statuts ou le RI (sauf pour certaines associations). Généralement ils sont soit désignés par les statuts, soit nommés par l'assemblée générale des sociétaires. La déclaration préalable faite à la préfecture pour la constitution d'une association déclarée indique les nom, profession, domicile et nationalité des administrateurs.

La durée de leurs fonctions est librement fixée par les statuts. Elle peut être déterminée ou indéterminée. De même il est possible de prévoir la rééligibilité d'un administrateur avec un nombre de mandats limités ou pas, ou encore les modalités de renouvellement (par exemple la moitié tous les ans). À défaut de précision dans les statuts, les dirigeants sont présumés nommés pour la durée de l'association.

En cas de changement d'administrateurs, les modifications doivent être déclarées à l'autorité préfectorale (L. 1901, art. 5). La publicité des modifications (dans les trois mois) est une condition de leur opposabilité aux tiers. Elle est donc importante pour les anciens dirigeants, afin qu'ils n'engagent plus leur responsabilité ; de même que pour les nouveaux dirigeants, afin que leurs décisions puissent engager l'association à l'égard des tiers.

Rémunération. Les dirigeants d'une association peuvent être rémunérés (sauf pour certaines associations). Mais, pareille rémunération risque de remettre en question le bénéfice du statut fiscal d'organisme à but non lucratif de l'association.

b) Pouvoirs des administrateurs

Statuts. Les pouvoirs des dirigeants sont fixés librement par les statuts (sauf pour certaines associations). La rédaction de ces derniers est donc très importante, car en cas de litige relatif à la responsabilité d'un dirigeant, le juge saisi s'y référera. De plus, une décision prise par une personne ou un organe n'ayant pas le pouvoir d'engager l'association est nulle.

Recommandations. Il est recommandé de distinguer entre le pouvoir de décision, d'exécution et, éventuellement, de contrôle.

Pouvoir de décision	Il peut être donné à tous les dirigeants ou encore être réparti selon le type de décision. Il est possible de réserver certains types de décisions à l'assemblée générale des membres.
Pouvoir d'exécution	L'exécutant est un représentant de l'association. Le pouvoir d'exécution peut être attribué à un ou plusieurs dirigeants. La répartition est aussi possible. Par ailleurs, les statuts peuvent prévoir, ou interdire, la délégation de pouvoirs, par exemple à un membre pour une mission ponctuelle.
Pouvoir de contrôle	Les statuts peuvent le prévoir. Il est alors exercé par un organe de surveillance, contrôlant la gestion.

Silence des statuts. En cas de silence des statuts à propos des pouvoirs des dirigeants, les règles suivantes s'appliquent :

- les dirigeants, réunis en conseil d'administration, comité, bureau..., prennent les décisions concernant la gestion courante de l'association. Exemples : convocation de l'assemblée générale des sociétaires (AG) ; instauration de nouvelles conditions pour pouvoir voter aux AG ; suspension des membres du bureau ; admission de nouveaux membres ;
- l'AG est l'organe souverain dans le sens où sa compétence est générale (voir *infra*).

Président de l'association. Le président préside l'organe d'administration lorsque celui-ci est collégial. Il est généralement la personne habilitée (par les statuts) à représenter l'association auprès des tiers. Mais ce n'est pas une obligation, les statuts pouvant conférer ce pouvoir à une autre personne. Inversement, l'organe d'administration ne peut se dépouiller de la totalité de ses pouvoirs en les confiant (par délégation) à son président pour une durée illimitée. Quant au pouvoir de représenter l'association en justice, la Cour de cassation comme le Conseil d'État jugent qu'il peut être exercé par le président à condition que les statuts lui confèrent ce pouvoir ou, du moins, le titre de représentant légal. Dans le silence des statuts, l'assemblée générale des adhérents, qui détient alors le pouvoir d'agir en justice au nom de l'association, est en droit de donner mandat spécial au président.

Par ailleurs, le président dispose de pouvoirs spéciaux. Le licenciement d'un salarié relève ainsi du pouvoir du président de l'association et non du bureau ou conseil d'administration. Il reste possible de confier dans les statuts ce pouvoir à un autre organe. À défaut, le président peut donc prendre la décision seul (Cass. soc., 29 sept. 2004, pourvoi n° 02-43771). Il dispose en outre du pouvoir de prendre, au nom et dans l'intérêt de l'association, les mesures urgentes que requièrent les circonstances. Surtout, l'urgence justifie qu'il accomplisse des actes qui relèvent en principe du conseil d'administration ou de l'assemblée générale. La mesure d'urgence est alors effectuée à titre conservatoire ; elle tend à sauvegarder un bien ou un droit.

EXEMPLE

Il a été jugé que le président était en droit de suspendre le secrétaire général et trois autres membres du bureau de leur délégation de signature comptable (ou de leur appartenance au bureau) parce qu'ils n'avaient pas respecté ses décisions et ont gravement entravé le fonctionnement du groupement.

L'administration de l'association en difficulté. Une association peut faire l'objet d'une procédure collective gouvernée par les dispositions du Code de commerce. Les pouvoirs des dirigeants sont alors affectés par ladite procédure (voir *supra*, chap. 19, sections 2, 3 et 4).

c) Responsabilité des administrateurs

Responsabilité financière. La responsabilité financière se traduit par l'obligation de supporter les dettes de l'association. C'est l'association qui supporte les dettes contractées en son nom par un administrateur. Toutefois, celui-ci pourra être mis en cause s'il s'est porté caution.

Responsabilité civile envers les tiers. En principe, les dirigeants ne sont pas responsables à l'égard des tiers à l'association. Ils ne sont en effet que les mandataires, les représentants, de l'association et n'agissent donc pas en leur nom propre, mais au nom et pour le compte de l'association. Par exemple, si un contrat conclu au nom et pour le compte de l'association

n'est pas exécuté, c'est celle-ci qui engage sa responsabilité contractuelle et non le dirigeant qui a signé la convention.

Par exception, les dirigeants engagent leur responsabilité s'ils ont commis une faute détachable de leurs fonctions. Est détachable la faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

EXEMPLES

Commet une faute détachable de ses fonctions le dirigeant qui agit au nom de l'association mais en dehors de l'objet social de celle-ci ; le dirigeant qui contracte pour le compte de l'association tout en sachant que la position du compte du groupement ne permettait pas d'effectuer la prestation commandée ; le dirigeant qui agit avec malveillance ou dans son intérêt personnel pour prendre, à l'égard d'un membre, une décision manquant d'impartialité.

Une infraction pénale intentionnelle commise par un dirigeant est séparable de ses fonctions en tant que telle, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de vérifier que les faits reprochés constituent une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions (Cass. com., 28 sept. 2010, pourvoi n° 09-66.255).

Association en redressement ou liquidation judiciaire. Lorsque l'association fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, les dirigeants peuvent engager leur responsabilité pour insuffisance d'actif et, en outre, subir des sanctions professionnelles (voir *supra*, chap. 19, section 5).

Responsabilité envers l'association. Les dirigeants sont des mandataires de l'association. Ils peuvent donc engager leur responsabilité à l'égard de celle-ci dès lors qu'ils ont manqué à leur mandat. Leur responsabilité suppose donc une faute personnelle, tel un acte anormal de gestion. Le préjudice, c'est l'autre condition de la responsabilité civile. L'association doit donc démontrer avoir subi un préjudice découlant de la faute commise par le dirigeant. Ce serait le cas d'un redressement fiscal.

Responsabilité envers les sociétaires. Les dirigeants sont susceptibles d'engager leur responsabilité à l'égard des sociétaires, mais faut-il encore que ceux-ci démontrent un préjudice personnel, c'est-à-dire un préjudice qui se distingue de celui subi par l'association.

En revanche, il ne leur est pas nécessaire de démontrer une faute séparable de leurs fonctions. La preuve d'une faute simple suffit.

Responsabilité pénale. Les dirigeants engagent leur responsabilité pénale notamment dans les cas suivants :

- absence de déclaration en cas de modification des statuts ou de changement des dirigeants ;
- organisation de l'insolvabilité de l'association pour empêcher le recouvrement de divers impôts ;
- abus de confiance, tel que le détournement de fonds à leur profit.

Les dirigeants sont aussi pénalement responsables des infractions dont ils sont coauteurs ou complices avec l'association. Mais ils peuvent s'exonérer de leur éventuelle responsabilité en déléguant leurs pouvoirs à une personne disposant de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour exercer les pouvoirs délégués. La **délégation** ne permettra pas l'exonération si le dirigeant a pris part à l'infraction.

2.2 L'assemblée générale des sociétaires

Composition. L'assemblée générale (AG) est un organe de délibération. Il est composé de l'ensemble des sociétaires de l'association. Ceux-ci disposent d'un droit de vote et l'ensemble des votes manifeste la délibération. Des personnes non membres de l'association peuvent également être invitées aux assemblées, notamment les salariés ; mais ils ne peuvent pas voter.

Pouvoirs. L'assemblée générale est l'organe souverain dans le sens où sa compétence est générale.

Type d'assemblée	Pouvoirs
AG ordinaire	Approuve (ou pas) la gestion et les comptes de l'association. Décide d'engager une action en justice (voir <i>supra</i> , président de l'association) ; de la nomination et la révocation des dirigeants ; de l'exclusion d'un membre ; d'autoriser les actes de disposition que l'organe d'administration ne peut pas faire seul. Prononce la dissolution volontaire de l'association.
AG extraordinaire	Décide de la modification des statuts.

POUVOIR D'AGIR EN JUSTICE

Il faut bien distinguer la décision d'agir en justice de la représentation de l'association en justice (une fois la décision prise). Si les statuts désignent la personne habilitée à représenter l'association en justice, la Cour de cassation décide que la décision d'agir en justice appartient à ladite personne. Dans le silence des statuts à ce propos, c'est l'AG qui dispose du pouvoir de décider de l'action (Cass. soc., 16 janv. 2008, pourvoi n° 07-60.126). On peut penser, dès lors que l'on respecte la compétence générale de l'AG, que, dans le silence des statuts, l'AG est également habilitée à représenter l'association en justice ou à donner mandat spécial à un dirigeant ou à l'organe de direction. Toutefois, il convient de faire prévaloir les statuts et on peut alors penser que la personne désignée par les statuts pour représenter l'association à l'égard des tiers est habilitée à représenter l'association en justice.

Fonctionnement. Comme il a été écrit à propos de l'organe d'administration, les statuts ont une grande importance s'agissant du fonctionnement de l'assemblée générale, puisque la loi de 1901 contient peu de dispositions.

Période de réunion de l'AG	Aux périodes prévues par les statuts ; généralement une fois par an.
Convocation aux réunions	Par le président de l'association, dans le délai fixé par les statuts. Les sociétaires reçoivent alors l'ordre du jour.
Ordre du jour	L'AG ne peut valablement délibérer qu'à propos des résolutions mentionnées dans l'ordre du jour. Certaines questions peuvent toutefois faire l'objet d'une délibération alors même qu'elles ne figuraient pas dans l'ordre du jour. C'est le cas, par exemple, de la révocation du président justifiée par des révélations faites en séance.



 Quorum	Le <i>quorum</i> désigne la proportion minimale des membres de l'association devant être présents ou représentés à l'AG afin que celle-ci puisse valablement délibérer. Il est librement fixé par les statuts.
Vote	Dans le silence des statuts, il est de principe que chaque sociétaire dispose d'une voix. Par une réponse ministérielle, le ministre de l'Intérieur a affirmé que le vote par correspondance doit être prévu par les statuts, tandis que le vote par procuration s'impose dans le silence des statuts.
Majorité requise	Librement fixée par les statuts.
Procès-verbal (PV)	L'établissement d'un PV relatant les décisions prises n'est pas obligatoire mais est, bien sûr, conseillé ne serait-ce que pour prouver les majorités réunies.
Action en nullité	Si les règles de fonctionnement ne sont pas respectées, l'AG et les décisions qui y ont été prises encourent la nullité relative. La prescription est quinquennale.

2.3 Le contrôle de la gestion

Organes de l'association. Tout d'abord, les statuts peuvent prévoir la création d'un organe de surveillance chargé du contrôle du fonctionnement de l'association, notamment de ses comptes. Ensuite, l'organe d'administration a notamment pour mission de contrôler les actes de son président. Enfin, il appartient à l'assemblée générale d'approuver ou de désapprouver le rapport moral présenté par le président. Elle détient par ailleurs le pouvoir de révoquer les administrateurs, dont le président.

Établissement des comptes et nomination d'un commissaire aux comptes. Certaines associations, soit parce qu'elles exercent une activité économique et ont atteint une certaine taille, soit parce qu'elles ont reçu des subventions, notamment, de collectivités territoriales, ou des dons, sont tenues d'établir des comptes annuels, voire des comptes prévisionnels (voir *supra*, chap. 19, section 1) :

- les premières, dès lors qu'elles atteignent les seuils les obligeant à établir des comptes annuels, sont tenues de nommer un commissaire aux comptes ainsi qu'un suppléant (C. com., art. L. 612-2, al. 2). Si ces seuils ne sont pas atteints, elles peuvent (mais ne sont pas obligées) procéder à une pareille nomination ;
- les secondes, sont toujours tenues de nommer un commissaire aux comptes et un suppléant. Elles doivent procéder à la publication du rapport établi par le commissaire ainsi que de leurs comptes annuels (C. com., art. L. 612-4, al. 2) ;
- enfin, lorsque l'association est tenue d'établir des comptes prévisionnels, ceux-ci sont analysés dans des rapports écrits et établis par l'organe d'administration. Ces comptes et rapports sont ensuite communiqués au commissaire aux comptes, aux représentants du personnel et à l'organe de surveillance, lorsqu'il en existe. Enfin, si ces documents appellent des observations, le commissaire aux comptes doit les faire dans un rapport écrit qu'il communique à l'organe d'administration. Celui-ci doit communiquer ce rapport aux représentants du personnel et en donner connaissance aux sociétaires lors de la prochaine assemblée.

Contrôle par les autorités publiques. Certaines associations font l'objet d'un contrôle, financier ou autre, par les autorités publiques. C'est le cas, par exemple, des associations

reconnues d'utilité publique ou encore celles qui reçoivent des subventions des collectivités territoriales.

2.4 La responsabilité de l'association

La question de la responsabilité de l'association ne se pose que dans la mesure où le groupement est doté de la personnalité morale.

Responsabilité civile envers les tiers contractants. Une association qui conclut un contrat avec un tiers doit le respecter. À défaut elle engage sa responsabilité contractuelle (voir aussi, *supra*, chap. 1, section 5). Il importe peu que le contrat ne permet pas à l'association de faire un profit, ni que l'inexécution soit le fait du représentant de l'association ou d'un de ses salariés.

Par ailleurs, tout contractant est soumis à une **obligation de sécurité**, même si le contrat ne le prévoit pas. L'obligation concerne l'intégrité physique des contractants de l'association. Elle signifie que le groupement qui fournit une prestation pouvant présenter un risque, doit éviter que ses contractants subissent des dommages corporels. Il en est ainsi pour la pratique d'un sport, l'organisation d'un spectacle, une exposition, etc. L'obligation de sécurité peut être de moyens ou de résultat. C'est la jurisprudence qui en décide. Lorsque l'obligation est de moyens, l'association doit mettre en place des mesures élémentaires de sécurité ; elle n'engage sa responsabilité que si elle n'a pas pris ces mesures. Lorsque l'obligation est de résultat, le préjudice subi par la victime du fait de l'association suffira à établir la responsabilité de l'association. Le seul moyen de s'exonérer pour celle-ci sera alors de démontrer la force majeure ou la faute de la victime.

EXEMPLE

Engage sa responsabilité contractuelle une association organisant une randonnée pédestre sans prévoir un repos suffisant après un long voyage.

Responsabilité civile envers les tiers non contractants. L'association peut engager sa responsabilité envers les tiers avec qui elle n'a pas contracté. On parle alors de responsabilité délictuelle. La victime devra en principe démontrer une faute, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Par ailleurs, toute association est responsable des fautes commises par ses salariés, ou par un préposé occasionnel, sauf si le salarié a « agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions » (Cass. ass. plén., 19 mai 1988). La notion d'action hors des fonctions est difficile à appréhender. La preuve d'une faute intentionnelle du salarié ne suffit pas à démontrer que ce dernier a agi hors de ses fonctions. L'association est aussi responsable du fait des personnes dont elle contrôle le mode de vie (mineurs, handicapés mentaux).

Enfin, toute association est responsable du dommage provoqué par une chose ou un animal dont elle a la garde, c'est-à-dire l'usage et le contrôle. Elle est présumée gardienne des choses dont elle est propriétaire même si elles ont été confiées à des salariés ou préposés occasionnels.

EXEMPLE

Une association engage sa responsabilité si elle a mené une campagne de dénigrement d'une entreprise auprès d'élus locaux (responsabilité pour faute). Le club sportif est responsable de ses joueurs à l'occasion d'un match, dès lors que ceux-ci ont commis une faute caractérisée par une violation des règles du jeu (responsabilité du fait d'autrui). L'association est responsable des dommages occasionnés par des installations sportives (responsabilité du fait des choses).

Responsabilité civile envers les membres de l'association. Une association engage sa responsabilité à l'égard de ses membres si elle n'assure pas ou pas convenablement la réalisation de son objet statutaire. La victime devra démontrer un préjudice. La responsabilité est contractuelle puisque l'association est un contrat. L'adhérent pourra également demander l'exécution forcée de l'obligation ou encore la résolution de son adhésion. Par ailleurs, comme à l'égard des tiers, l'association est tenue d'une obligation de sécurité envers ses membres.

EXEMPLE

Une association gérant une résidence s'engage à assurer la sécurité de ses membres ; elle engage sa responsabilité si elle n'empêche pas une agression dans la résidence par des intrus.

Responsabilité pénale. Les associations engagent leur responsabilité pénale pour les infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits (voir *supra*, chap. 3, section 1).

EXEMPLES

Voici quelques exemples d'infractions pénales : atteinte à la dignité d'une personne ; mise en danger d'une personne ; mise en péril de mineurs ; escroquerie ; blanchiment d'argent ; dopage ou incitation au dopage d'un sportif participant à une compétition sportive ; contrefaçon d'une œuvre de l'esprit ; le fait d'offrir, de façon habituelle, des produits à la vente, les vendre ou fournir des services, si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts.

3. La dissolution des associations

Dissolution statutaire. La dissolution marque la fin de la vie d'une association, sa disparition. Elle peut résulter tout d'abord de la simple application des statuts, soit que le terme prévu (c'est-à-dire la durée de vie) est arrivé, soit que l'objet social a été réalisé (exemple d'une association de victimes créée pour exercer une action en justice déterminée). Dans les deux cas, la dissolution opère de plein droit.

Dissolution volontaire. La décision de dissoudre l'association peut être prise en cours de fonctionnement, alors même que son terme n'est pas arrivé. Cette décision relève de la compétence de l'assemblée générale des sociétaires. Le président ne saurait prendre seul une telle décision.

Le quorum et la majorité exigés sont fixés par les statuts. À défaut, il ressort d'une décision ancienne que l'unanimité est requise.

La dissolution volontaire des associations reconnues d'utilité publique est soumise à des règles particulières. Par exemple la délibération de l'assemblée doit être soumise à l'approbation de l'État.

Dissolution judiciaire. La dissolution peut d'abord être la conséquence de la nullité de l'association qui poursuit un objet illicite. Elle est alors prononcée par le tribunal de grande instance territorialement compétent.

La dissolution peut être prononcée à la requête de toute personne intéressée ou du ministère public en cas de manquement à l'article 5 de la loi de 1901, notamment en cas

d'inobservation des formalités de déclaration. Le tribunal de grande instance apprécie l'opportunité d'une telle sanction et peut lui préférer une mesure de régularisation.

Récemment, dans une affaire concernant une association, la Cour de cassation a fait de la perte de l'objet un juste motif de dissolution du groupement. En d'autres termes, une association qui ne remplit plus l'objet qui était le sien peut être dissoute pour justes motifs (Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-21.658).

REMARQUE

À la différence des sociétés, la liquidation judiciaire d'une association n'est pas une cause immédiate et automatique de dissolution (Cass. com., 8 juill. 2003, pourvoi n° 01-02.050). En conséquence, les fonctions des dirigeants sont maintenues.

Dissolution administrative. La liberté d'association étant un principe fort, le Gouvernement ne peut dissoudre qu'exceptionnellement un tel groupement. C'est par exemple le cas des associations se livrant à des actes de terrorisme.

SECTION 2

ASPECTS FISCAUX

Soumission au droit fiscal. Il serait faux de penser que les associations, en raison de leur prétendu but non lucratif, ne sont pas soumises au droit fiscal.

En premier lieu, certaines associations ont ouvertement un but lucratif ; comme cela a été rappelé, la seule interdiction formelle est le partage du bénéfice réalisé et non pas la réalisation de bénéfices.

Ensuite, si toutes les associations devaient échapper à l'emprise fiscale du simple fait de la forme juridique adoptée, il y a tout lieu de penser que la loi du 1^{er} juillet 1901 serait quotidiennement dévoyée.

Réglementation. Le régime fiscal des associations loi 1901, et plus généralement de ce que le droit fiscal nomme les organismes sans but lucratif (OSBL), est complexe. Il est synthétisé dans une Instruction fiscale du 18 décembre 2006 (4 H-5-06 n° 208) qui pose de manière claire les principes et leurs exceptions.

1. Principes fiscaux applicables aux activités des associations loi de 1901

1.1 Énoncé des principes

Le principe est que les associations loi de 1901 ne sont pas soumises aux impôts commerciaux : impôt sur les sociétés (IS), contribution économique territoriale (CET) et taxe sur la valeur ajoutée (TVA). La loi de finances pour 2010 a supprimé la taxe professionnelle et a instauré la contribution économique territoriale à compter des impositions établies au titre de l'année 2010.

Si l'association exerce une activité lucrative, cette exonération de principe est remise en cause.

Tout repose donc sur la notion d'activité lucrative, notion dont le droit fiscal a sa propre acception.

a) Distinction du caractère lucratif et du caractère non lucratif

Cette distinction repose sur trois critères cumulatifs devant être maniés suivant une méthode propre :

- première critère : le caractère intéressé ou non de la gestion de l'association ;
- deuxième critère : la concurrence exercée par l'association avec des entreprises du secteur lucratif ;
- troisième critère : l'exercice de l'activité dans des conditions identiques à celles des entreprises commerciales concurrencées par l'association. Cette dernière analyse repose sur un faisceau d'indices autour de quatre points : le produit, le public, le prix et la publicité (les « 4P »).

b) Méthode et schéma

La détermination du caractère lucratif ou non de l'activité associative repose sur la méthode suivante (voir schéma page suivante) :

1^{re} question : la gestion de l'association est-elle intéressée ou désintéressée ? Si elle est intéressée (voir *infra* sur cette notion), l'association sera, par principe, soumise aux impôts commerciaux (IS, TP, TVA). Si elle est désintéressée, il convient de passer à la question 2.

2^e question : l'association exerce-t-elle son activité en concurrence avec des entreprises du secteur lucratif ? Si l'association ne concurrence aucune entreprise, elle n'est pas soumise aux impôts commerciaux. Si elle entre en concurrence avec des entreprises, il convient de passer à la question 3.

3^e question : les conditions d'exercice de l'activité sont-elles similaires à celles des entreprises concurrencées ? Cette similarité est appréciée du point de vue du produit, du prix, du public et de la publicité réalisée. Si les conditions sont similaires, l'association est soumise aux impôts commerciaux. Si les conditions d'exercice ne sont pas similaires, l'association est exonérée.

1.2 Précision des critères

a) Caractère intéressé ou désintéressé de la gestion

Pour ne pas être soumis aux impôts commerciaux, l'association doit avoir une gestion désintéressée.

■ Conditions d'une gestion désintéressée

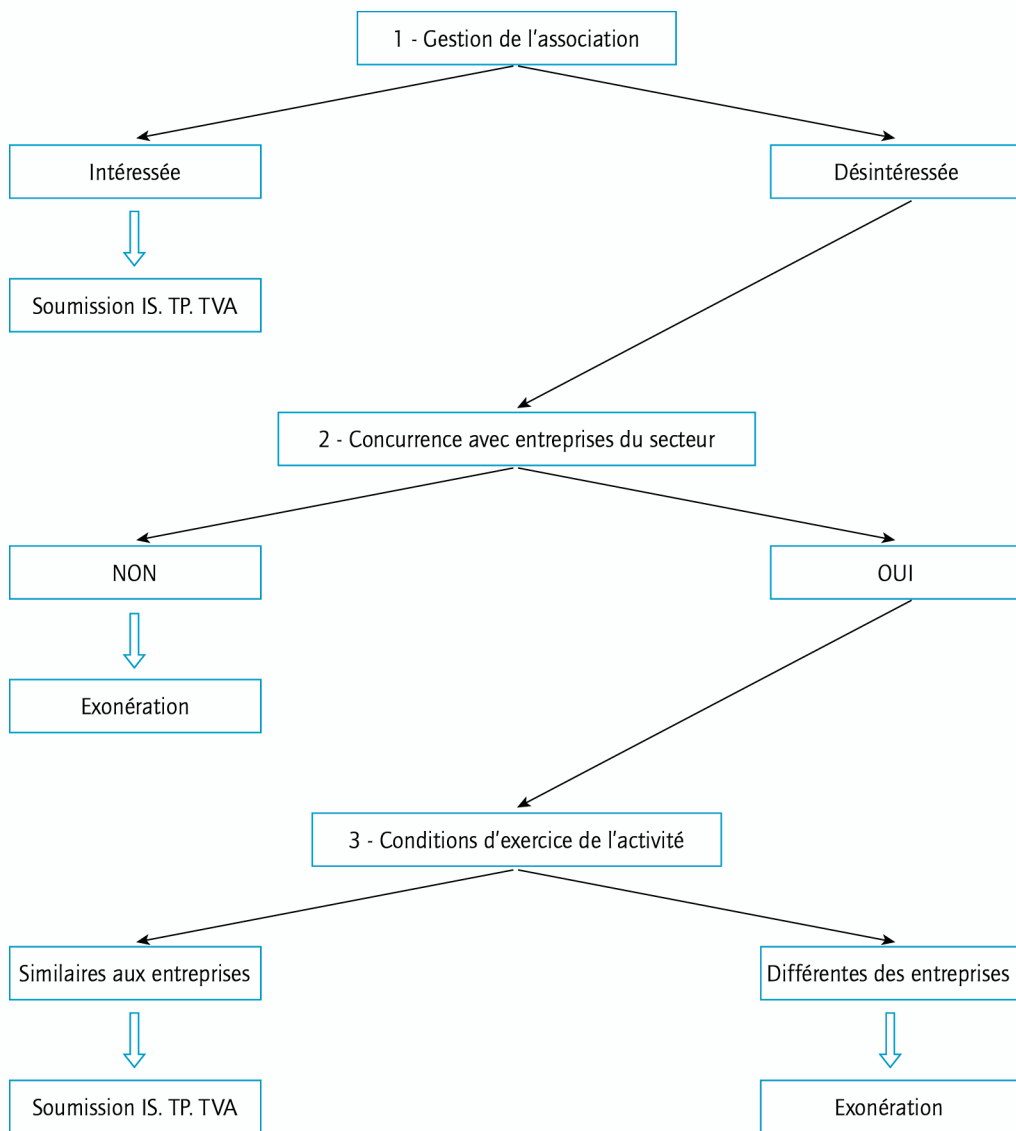
Trois conditions cumulatives sont posées par l'Instruction fiscale précitée ; si l'une n'est pas remplie, la gestion sera considérée comme non désintéressée, et donc l'association soumise aux différentes impositions.

- l'association est gérée ou administrée bénévolement, par des personnes n'ayant aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats d'exploitation ;
- l'association ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit ;
- les membres de l'association ne peuvent pas se voir attribuer des parts de l'actif de celle-ci.

■ Appréciation des conditions

Pour vérifier si les conditions ci-dessus sont remplies, on va apprécier la rémunération des dirigeants et salariés, les avantages procurés aux dirigeants, les prélèvements effectués sur les ressources et les attributions de parts d'actifs.

SCHÉMA RÉCAPITULATIF



Rémunérations versées aux dirigeants. Les dirigeants peuvent être des dirigeants de droit ou de fait.

- Les dirigeants de droit sont les personnes siégeant au conseil d'administration ou ayant une fonction dans le bureau de l'association.
 - Les dirigeants de fait sont les personnes ne possédant aucun des titres ci-dessus mais exerçant de manière effective un pouvoir de décision et de gestion au sein du groupement.
- La notion de rémunération est entendue largement : salaires, versement de sommes d'argent, honoraires, cadeaux, remboursements non justifiés, avantages en nature...

Toute association peut rémunérer un dirigeant. Le principe est que le caractère désintéressé de la gestion n'est pas remis en cause si l'association verse au dirigeant une **rémunération brute mensuelle inférieure à 75 % du SMIC**.

Les associations importantes peuvent en rémunérer plusieurs. Le nombre de dirigeants susceptibles d'être rémunérés (plus de 75 % du SMIC et sans que le caractère désintéressé de la gestion ne soit remis en cause) par une même association dépend des ressources de l'association (il s'agit des ressources financières provenant de personnes physiques ou morales de droit privé, hors subventions de personnes publiques).

Ressources annuelles	Nombre de dirigeants pouvant être rémunérés (sans plafond)
De 0 à 200 000 €	0
De 200 000 à 500 000 €	1
De 500 000 à 1 000 000 €	2
Plus d'1 000 000 €	3

Ces conditions relatives au montant de la rémunération versée et au nombre de dirigeants pouvant être rémunérés sont cumulatives. Par conséquent, la défaillance d'une seule condition entraîne l'assujettissement aux impôts commerciaux.

EXEMPLE

Une association a des ressources constituées de 50 000 € de cotisation, 150 000 € de subventions et 100 000 € de produits financiers de placement. Son président bénéficie mensuellement d'une rémunération de 1 500 € nets. Ayant des ressources hors subventions publiques inférieures à 200 000 €, elle ne peut rémunérer de dirigeants plus des trois quarts du SMIC. Le fait qu'elle rémunère son président 1 500 € la classe automatiquement dans la catégorie des associations à gestion non désintéressée ; elle sera par conséquent assujettie aux impôts commerciaux.

Rémunérations versées aux salariés. Elles ne sont pas de nature à remettre en cause le caractère désintéressé de la gestion si toutefois elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives. En clair, une association peut rémunérer des salariés, à condition qu'ils ne soient pas dirigeants, sans que cela ne signifie son imposition à l'IS, la TVA et la CET.

Avantages procurés. L'association ne doit pas avoir comme but exclusif de fournir des débouchés à une entreprise commerciale dans laquelle un dirigeant de l'association a également des intérêts. Par exemple :

- identité de dirigeant entre une association et une société commerciale qui fournissait des prestations de services à la première ;
- exploitation d'une agence matrimoniale par une présidente d'association, laquelle mettait ses adhérents en contact avec l'agence matrimoniale.

Prélèvements effectués. La distribution par l'association de tout ou partie de ses ressources au profit de tout membre, fondateur, dirigeant, salarié... est constitutive d'une gestion non désintéressée. Cela vise tous les avantages injustifiés attribués, les rémunérations de comptes courants, les prélèvements en nature, les prêts à taux préférentiels, etc.

Parts d'actif attribuées. Au moment de la dissolution de l'association, outre le droit légitime à la reprise des apports, aucun partage d'actif ne peut être réalisé. L'actif de l'association dissoute doit être obligatoirement dévolu à un autre OSBL, faute de quoi le caractère non désintéressé de la gestion serait établi.

b) Situation au regard de la concurrence

C'est le deuxième point de vérification, si la gestion de l'association est considérée comme désintéressée. Il sera recherché ici si l'association concurrence des organismes lucratifs de manière concrète et dans le même secteur d'activité et en fonction de la situation géographique de l'association.

L'identité de secteur d'activité s'apprécie de manière très précise et non de manière générale. Ainsi, on considère qu'un club associatif d'escrime ne concurrence pas une entreprise lucrative d'aviron...

Pour être certain d'être en situation de concurrence, il convient de se demander si le public placé en situation spécifique de demande, peut s'adresser de manière indifférente à une entreprise lucrative ou bien à l'association considérée :

- s'il est **répondu oui** à cette question, on peut considérer que la situation est concurrentielle, et il faudra analyser les conditions d'exercice de l'activité pour vérifier l'assujettissement aux impôts commerciaux ;
- s'il est **répondu non**, l'association n'est pas considérée comme faisant concurrence à des entreprises du secteur lucratif. L'exonération est acquise.

c) Conditions d'exercice de l'activité

Même si l'activité est concurrentielle, ses conditions d'exercice peuvent contribuer à l'exonérer des impôts commerciaux.

Ce n'est qu'au terme de cette analyse dite des « 4 P » que l'on pourra définitivement déduire à l'assujettissement ou non aux impôts commerciaux. Cette technique des 4P n'est qu'un faisceau d'indices visant à déterminer si l'association exerce son activité dans des conditions similaires à celles des entreprises du même secteur d'activité, avec lesquelles elle entre en concurrence.

Le produit. L'activité de l'association doit être d'utilité sociale au sens où elle doit tendre à la satisfaction d'un besoin pas ou peu pris en compte par le marché. Par exemple, une association qui vend des confitures « bio » ne répond pas à cette condition puisque la plupart des hypermarchés commercialisent ce type de produits aujourd'hui. En revanche, une association exploitant une « épicerie sociale » c'est-à-dire vendant des produits très en dessous de leur valeur marchande, répond à un besoin non satisfait par le marché.

Le public. Le public payant la prestation fournie par l'association doit être constitué de personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers en raison de leur situation économique ou sociale (chômeurs, personnes socialement fragiles, handicapés...).

Le prix. On va vérifier ici si les prix pratiqués se distinguent de ceux constatés dans le secteur lucratif :

- en raison de leur niveau notablement inférieur ;
- le cas échéant, en raison de leur modulation en fonction de la situation des personnes bénéficiaires.

La publicité. Le recours à des procédés commerciaux de publicité ou de promotion est généralement considéré comme un indice du caractère lucratif.

Cela n'empêche nullement l'association de faire des opérations de communication (par exemple pour faire appel à la générosité du public) ou encore de diffuser des informations *via* un site Internet.

Enfin il faut noter que le fait que l'association dégage des excédents financiers n'est pas en soi un indice de son caractère lucratif. En revanche, l'utilisation faite des excédents va pouvoir être prise en compte :

- si les excédents sont systématiquement placés, cela pourra constituer un indice en faveur du caractère lucratif ; de même s'ils sont utilisés pour des dépenses somptuaires ;
- si au contraire les excédents sont réinvestis ou mis en réserve dans le but de développer l'activité principale non lucrative, le risque de requalification en organisme lucratif sera le plus souvent écarté.

On rappellera que la méthode des « 4 P » n'est qu'un faisceau d'indices, ce qui signifie clairement qu'il ne s'agit pas de conditions cumulatives ou alternatives précises.

Les 4 P peuvent parfaitement indiquer une activité lucrative sans qu'elle soit finalement retenue, car d'autres indices l'en détourneront.

Un seul élément (une campagne publicitaire commerciale) peut suffire à indiquer que l'activité de l'association est exercée dans des conditions similaires à celles des entreprises commerciales du même secteur concurrentiel.

2. Cas particuliers : activités mixtes, exonérations, franchises d'impôt

Le propre du droit fiscal est de prévoir de multiples exceptions aux principes qu'il dégage. Ainsi, quand bien même le principe du caractère lucratif de l'association serait-il acquis au regard des principes ci-dessus posés, l'imposition à l'IS, à la TVA et à la CET n'est pas acquise dans des conditions de droit commun. Dans le cadre réduit de cette étude, nous nous bornerons à présenter les principaux régimes particuliers.

2.1 Exonérations

a) Exonérations de TVA

Sont exonérées de TVA les associations rendant à leurs membres (et non à des tiers), des services à caractère sportif, culturel, éducatif ou social, à condition de ne pas avoir recours à des pratiques commerciales.

EXEMPLE

Une bibliothèque associative qui fait du prêt ou de la location de livres à ses membres exclusivement est exonérée de TVA.

Sont également exonérées de TVA les recettes de six manifestations annuelles de bienfaisance (au maximum), organisées par des associations caractère sportif, culturel, éducatif ou social.

Enfin les associations intermédiaires et les associations agréées de services à la personne sont hors du champ d'application de la TVA.

b) Exonérations d'IS

Ne sont pas redevables de l'IS :

- les associations rendant à leurs membres des services à caractère sportif, culturel, éducatif ou social, à condition que leur gestion soit désintéressée ;
- les recettes de six manifestations annuelles de bienfaisance (au maximum), organisées par des associations à caractère sportif, culturel, éducatif ou social ;
- les associations qui organisent, avec le concours des communes ou des départements, des foires, expositions, réunions sportives ou autres manifestations publiques.

EXEMPLE

Une association organisatrice d'une course cycliste professionnelle et amateur, financée par des sponsors et des droits de retransmission télévisés.

c) Exonérations d'imposition forfaitaire annuelle (IFA)

Tout d'abord, les associations exonérées d'IS comme décrites ci-dessus, sont également exonérées d'IFA.

Ensuite, les associations non exonérées d'IS mais dont l'activité consiste à animer la vie économique et sociale de petites communes sont exonérées d'IFA (théâtres, orchestres à vocation communale...).

d) Exonérations de contribution économique territoriale (CET)

Les exonérations de CET concernent :

- les associations exploitant des jardins familiaux ;
- les associations exploitant des établissements privés d'enseignement secondaire (à certaines conditions) ;
- les cinémas associatifs classés « art et essai ».

2.2 Franchise d'impôts commerciaux

Les associations loi de 1901 dont les recettes annuelles n'excèdent pas 60 000 € (première condition), dont les activités non lucratives sont prépondérantes (deuxième condition), et dont la gestion est désintéressée (troisième condition), bénéficient d'une franchise d'impôts commerciaux. Le seuil de 60 000 € est calculé en fonction des recettes des activités lucratives, c'est-à-dire des recettes excluant :

- les cotisations des membres ;
- les subventions et aides publiques ;
- les recettes provenant de placements financiers.

Cette franchise est obligatoire et s'applique de plein droit dès que ces trois conditions sont réunies.

Ces associations :

- ne sont pas redevables de l'IS pour les revenus de leurs activités lucratives (ventes de produits, prestations de services) ;
- ne sont pas soumises à la TVA sur les biens et services proposés, mais en contrepartie ne peuvent procéder à aucunes déductions ;
- ne sont pas redevables de la CET.

2.3 Cas des activités mixtes

Il peut arriver qu'une même association développe parallèlement des activités lucratives et des activités non lucratives. Dans ce cas, et si les activités sont dissociable, la coexistence ne remet pas en cause le caractère non lucratif de l'association à la condition que l'activité non lucrative soit prépondérante.

L'association qui pratique des activités mixtes peut soit les sectoriser, soit les filialiser ; la première solution consiste à isoler au plan comptable une activité de l'autre ; la seconde solution suppose qu'une partie des activités soit transférée à une personne morale tierce. Ces hypothèses ne sont pas traitées de la même manière suivant l'impôt en cause.

a) Sectorisation et filialisation des activités lucratives

Sectorisation. La sectorisation consiste à isoler les activités lucratives en un secteur distinct, de manière à ce que le caractère non lucratif principal ne soit pas remis en cause.

La sectorisation est possible si deux conditions sont réunies :

- les activités doivent être dissociables, c'est-à-dire correspondre à des prestations différentes : vente d'un journal, exploitation d'un bar ou d'une buvette... ;
- l'activité lucrative ne doit pas être prépondérante. La prépondérance va s'apprécier en comparant le chiffre d'affaires réalisé dans le cadre de l'activité lucrative avec les moyens financiers affectés à l'activité non lucrative. En tout état de cause, il convient d'apprécier ces chiffres sur une moyenne pluriannuelle.

Filialisation. La filialisation s'opère par apport partiel d'actif, soit au profit d'une société nouvelle, soit au profit d'une société existante. L'association, suite à cette opération, va détenir des titres de participation. Cette détention de titres est susceptible de remettre en cause le caractère non lucratif de l'association dans certains cas. Trois hypothèses doivent être distinguées.

- Gestion patrimoniale ne remettant pas en cause le caractère non lucratif de l'association détenant la participation. Il convient, pour se placer dans cette hypothèse, que la gestion soit passive et que la participation demeure minoritaire.
- Gestion patrimoniale active. Si l'association possède une participation majoritaire mais ne joue aucun rôle actif dans la gestion, le caractère non lucratif peut être maintenu. Si en revanche il y a une participation majoritaire et une gestion active, l'association rejoindra le secteur lucratif.
- Relations privilégiées avec la filiale entraînant la lucrativité de l'association. De manière générale, si l'association entretient avec sa filiale des relations privilégiées, caractérisées notamment par une complémentarité économique et commerciale (échange de services, répartition de clientèles...), elle sera considérée comme ayant pour la totalité une activité lucrative, sans aucune possibilité de sectorisation.

b) Application aux diverses impositions

Cas de l'IS

En matière d'IS et en présence d'activités lucratives et non lucratives, la sectorisation n'est pas obligatoire. L'association peut choisir de soumettre l'ensemble de ses activités à l'IS, par exemple dans le cas où l'association retire un fort excédent de ses activités lucratives, excédent destiné à financer ses activités non lucratives.

Si l'association choisit la dissociation, elle peut soit isoler ses activités lucratives et non lucratives au plan comptable, soit filialiser ses activités lucratives. Dans ce cas, elle devra clairement répartir les charges entre la partie lucrative et la partie non lucrative de manière à éviter de faire peser des charges trop importantes sur la partie de l'activité qui est fiscalisée.

Cas de la TVA. Ici, les opérations lucratives réalisées à titre d'accessoire d'une activité lucrative, sont soumises à la TVA. La sectorisation réalisée dans le cadre de l'IS est sans incidences sur la sectorisation pouvant être opérée dans le cadre de la TVA. Cela rend complexe la compréhension de la fiscalité des associations à activité mixte.

Cas de la contribution économique territoriale. En ce domaine, les associations ayant une activité mixte ne sont plus obligées de sectoriser celles-ci. Si elles opèrent une sectorisation de leurs activités lucratives, elles ne seront logiquement assujetties à la CET que sur cette partie de leur activité ; seuls les moyens d'exploitation affectés à cette activité seront pris en compte dans les bases d'imposition.

SECTION 3

ASPECTS SOCIAUX

Les associations disposant de la capacité juridique peuvent employer des salariés et de manière générale passer des contrats avec des collaborateurs non salariés et parfois non rémunérés. Le monde associatif est d'ailleurs l'un des plus importants employeurs de France avec près d'1,2 millions d'équivalents temps plein.

1. Le bénévolat associatif

Définition du bénévolat. Le monde associatif est le terrain d'élection du bénévolat. Il convient de définir le bénévolat pour le distinguer clairement de salariat. Un bénévole est une personne qui collabore à l'activité de l'association sans contrepartie. À la différence du salarié, le bénévole ne perçoit pas de rémunération et n'est pas placé dans un rapport de subordination avec l'association. Si l'activité déployée par le bénévole se double d'une rémunération et que des directives sont données par le président ou un représentant de l'association, le bénévolat sera requalifié en contrat de travail nonobstant l'absence d'écrit ou même en présence d'un écrit déniait la qualité de salarié.

La rémunération s'entend de versements en espèces, chèque ou virement mais également d'avantages en nature octroyés à la personne. En revanche les remboursements de frais justifiés ne sont pas regardés comme une rémunération pouvant entraîner la requalification en contrat de travail.

Cette solution pourra donner des situations étonnantes ; ainsi une personne qui encadre un stage sportif sans être rémunérée en argent, mais qui voit son hébergement et ses frais de repas pris en charge directement par l'organisateur, sera considérée comme bénéficiant d'un avantage en nature rémunérateur ; le statut de salarié pourra alors être appliqué. Si, en revanche, la même personne se loge et se nourrit par elle-même, mais se fait rembourser ses frais par l'organisateur, son statut restera celui d'un bénévole.

REMARQUE

La Cour de cassation refuse, à juste titre, de caractériser le bénévolat uniquement sur l'absence de rémunération des tâches accomplies ou sur l'existence d'un contrat dit de bénévolat signé du travailleur. Lorsque le travailleur est membre de l'association, l'activité est jugée bénévole si les tâches accomplies participent à la réalisation de l'objet associatif. Lorsque le travailleur n'est pas membre de l'association, les tribunaux appliquent plus strictement les critères de qualification du contrat de travail : est considéré bénévole celui qui ne se trouve pas dans un état de subordination vis-à-vis de l'association et qui ne perçoit pas de somme excédant manifestement le remboursement des frais qu'il a exposé pour exécuter le travail.

Si la collaboration est requalifiée en contrat de travail, le salarié devra être affilié par l'association au régime général de la sécurité sociale ; des cotisations seront alors dues.

Exercice du bénévolat. Le bénévolat peut en principe être librement exercé par toute personne, quel que soit son statut social, chômeur, salarié, fonctionnaire, retraité, et cela sans que cela ne remette en cause le statut principal. La seule exigence est celle d'une compatibilité avec l'activité principale.

Accidents lors de l'exercice du bénévolat. Du point de vue de la couverture des accidents survenus lors de l'activité bénévole, le principe est que ceux-ci ne sont pas considérés comme des accidents du travail. La jurisprudence met souvent à la charge de l'association une obligation d'indemnisation sur le fondement *tacite* d'une convention dite d'assistance entre le bénévole et la personne morale. Cette dernière a donc tout intérêt à contracter une assurance couvrant sa responsabilité civile.

Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 20 janvier 2010

Vu l'article L. 1221-1 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... est entrée en septembre 1996 à Perpignan dans la communauté de la Croix glorieuse, association privée de fidèles constituée suivant des statuts approuvés par l'évêque de Perpignan ; qu'une association de la loi de 1901 a été créée sous le nom d'association La Croix glorieuse afin de constituer l'entité civile et juridique de la communauté ; qu'en septembre 1997, rejoignant le siège social à Toulouse, Mme X... a pris l'habit religieux et a reçu le nom de soeur Marie Y... ; que le 13 septembre 1998, elle a demandé à s'engager pour trois années en tant que moniale au sein de la communauté ; que le 30 mai 2001, elle a demandé à s'engager définitivement, en tant que moniale apostolique ; que le 15 septembre 2001, elle a déclaré faire pour toujours entre les mains du « berger de la communauté » les vœux de pauvreté, chasteté et obéissance dans la condition de moniale de la communauté de la Croix glorieuse, s'engageant à observer fidèlement ses statuts ; que ces trois engagements, constituant des vœux privés au regard du droit canon, ont été contresignés par l'évêque de Perpignan ; que le 18 novembre 2002, Mme X... a quitté la communauté ; qu'elle a saisi la juridiction prud'homale afin qu'il soit jugé qu'elle était dans une relation de travail salariée avec l'association La Croix glorieuse et que cette dernière soit condamnée à lui payer certaines sommes à titre de rappel de salaires ainsi qu'en conséquence de la rupture imputable à l'employeur ;

Attendu que pour dire que Mme X... n'était pas liée par un contrat de travail à l'association La Croix glorieuse et la débouter de ses demandes, l'arrêt retient que les engagements explicites de Mme X... dans la condition de moniale établissent de façon non équivoque que celle-ci s'est intégrée au sein de la communauté ayant, pour l'église catholique, le statut d'une association privée de fidèles, et de l'association de la loi de 1901 La Croix glorieuse, non pas pour y percevoir une rémunération au titre d'un contrat de travail, mais pour y vivre sa foi dans le cadre d'un engagement de nature religieuse, qu'elle s'est dès lors soumise aux règles de la vie communautaire et a exécuté à ce titre les tâches définies par les responsables de la communauté ; que les conditions

dans lesquelles ces tâches ont été accomplies sont exclusives de l'existence de tout contrat de travail ;

Attendu cependant, que l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association cultuelle légalement établie ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses constatations que l'association La Croix glorieuse n'était ni une association cultuelle, ni une congrégation légalement établie, et qu'il lui appartenait de rechercher si les critères d'un contrat de travail étaient réunis, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 19 octobre 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Toulouse ;

Commentaire : Arrêt après arrêt, la jurisprudence détruit un peu plus le fragile édifice du bénévolat associatif, en recherchant systématiquement l'application du Code du travail.

2. Les collaborateurs indépendants de l'association

Collaborateurs non salariés. Une association peut s'adjoindre les services de collaborateurs non salariés. Ici aussi, la frontière avec le salariat est parfois difficile à établir et dépendra de l'existence d'un lien de subordination et de la rémunération octroyée. Deux éléments spécifiques sont à noter :

- les professionnels inscrits à un registre comme le RCS, le répertoire des métiers, l'URSSAF, et qui collaborent avec l'association moyennant une rémunération, sont présumés travailleurs indépendants (sauf preuve contraire) et par conséquent ne doivent pas être affiliés au régime général de la sécurité sociale par l'association ;
- les sportifs exerçant leur activité au sein d'une association sont le plus souvent considérés comme salariés et doivent à ce titre être affiliés à la sécurité sociale (régime général) ; des exceptions à ce principe existent toutefois.

Dirigeants. S'agissant des dirigeants de l'association, ceux-ci peuvent à certaines conditions cumuler leurs fonctions avec un contrat de travail (sauf si les statuts s'y opposent) ; il est toutefois nécessaire de prouver l'état de subordination du dirigeant salarié, ce qui sera le plus souvent difficile. Si le dirigeant est rémunéré dans des conditions ne remettant pas en cause la gestion désintéressée de l'association (*supra* section 2 – régime fiscal), il devra être affilié au régime général de la sécurité sociale ; cela concernera en pratique les dirigeants rémunérés moins de 75 % du SMIC. Pour les cas où la rémunération du dirigeant excéderait les seuils de la gestion désintéressée, son statut social n'est directement prévu par aucun texte.

Portage salarial. Les associations désireuses d'avoir recours à des collaborateurs sans se préoccuper de la qualification de la prestation fournie peuvent également avoir recours à la technique très en vogue du portage salarial. Aux termes de l'article L. 1251-64 du Code du travail, le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes, comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il se rencontre également des hypothèses où l'entreprise de portage est elle-même une association.

3. Les collaborateurs salariés de l'association

Toute association déclarée peut embaucher du personnel salarié. La réglementation du contrat de travail et des conditions de travail ne dépend pas de la qualité de l'employeur et par conséquent les associations loi de 1901, sont de manière générale assujetties aux mêmes règles que tout employeur.

L'existence d'un contrat de travail, même non formalisé par écrit, se déduira de la conjonction de trois éléments :

- une activité régulière au service de l'association ;
- une rémunération de cette activité ;
- un lien de subordination avec l'employeur. La Cour de cassation considère que le lien de subordination est caractérisé par « l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ; le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions du travail ».

40. ÉTUDE DE CAS

Constitution d'une association

41. ÉTUDE DE CAS

Méthode de détermination du caractère lucratif d'une association

42. ÉTUDE DE CAS

Assujettissement aux impôts commerciaux

N° 40 : ÉTUDE DE CAS**Constitution d'une association**

Antoine souhaite créer une association d'inventeurs avec certains de ses amis ingénieurs, sans pour autant la déclarer auprès de l'autorité préfectorale. Elle aurait pour objet principal de mettre au point des inventions susceptibles d'application industrielle, de les faire breveter et, au final, d'accorder contre rémunération des licences d'exploitation à des sociétés intéressées. Les fonds retirés d'une licence permettraient alors de rémunérer les membres qui auraient mis au point l'invention.

QUESTION

Que pensez-vous de ce projet au regard du droit des associations ?

N° 41 : ÉTUDE DE CAS**Méthode de détermination du caractère lucratif d'une association**

Cet exercice vise à éprouver l'utilisation de la méthode de détermination du caractère lucratif ou non de l'activité associative. Il sera résolu facilement l'aide du schéma ci-dessus.

QUESTION

Dans les cas suivants vous déterminerez si l'association en question est susceptible ou non d'être assujettie aux impôts commerciaux.

1. Sa gestion est considérée comme intéressée ; elle exerce une activité économique concurrentielle ; les conditions d'exercice de l'activité sont différentes de celles des autres entreprises du secteur.
2. Sa gestion est désintéressée ; son activité ne concurrence aucune entreprise lucrative ; son activité est exercée dans des conditions différentes de celles des entreprises commerciales du même secteur.

3. Sa gestion est désintéressée ; son activité entre en concurrence avec des entreprises commerciales ; les conditions d'exercice de l'activité sont différentes de celles des autres entreprises du secteur.

N° 42 : ÉTUDE DE CAS

Assujettissement aux impôts commerciaux

Soit une association dont l'objet est l'exploitation d'une médiathèque de quartier. Le principe de fonctionnement est simple : les utilisateurs deviennent membres de l'association pour une somme de 20 € par an. Par la suite, tout prêt de livres, CD, DVD est facturé 2 € l'unité pour une durée de 4 jours maximum. L'association dégage chaque année un bénéfice de 30 000 € ; elle bénéficie en outre d'une subvention du département de 70 000 € par an. Son président est également salarié à mi-temps de la médiathèque et perçoit 1 100 € par mois nets. L'association diffuse régulièrement des plaquettes publicitaires dans les boîtes aux lettres du quartier pour inciter les habitants à adhérer.

QUESTION

Vous déterminerez la situation de l'association au regard des impôts commerciaux.

Les fondations

SECTION 1	La notion de fondation
SECTION 2	Les fondations abritées
SECTION 3	Les fondations reconnues d'utilité publique
SECTION 4	Les fondations d'entreprise

SECTION 1

LA NOTION DE FONDATION

Article 18, al. 1^{er} de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif.

Absence de statut légal d'ensemble. Si dès 1805, le Conseil d'État a déterminé le régime juridique des fondations, c'est la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987, portant développement du mécénat, qui en a défini la notion. Pour autant, cette loi n'est pas propre aux fondations et il n'existe pas aujourd'hui de statut légal d'ensemble de la fondation.

Notion. Il ressort de l'article 18 de la loi précitée de 1987 qu'une fondation est un acte juridique d'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. Le mot fondation désigne aussi l'institution, lorsqu'elle a la personnalité morale, qui va gérer les affectations de biens à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général.

Caractères. L'activité de la fondation consiste à affecter des biens ; aussi pareille affectation est-elle un trait essentiel de la notion de fondation. Celle-ci ne peut être reconnue d'utilité publique que si elle a constitué une masse initiale de biens à affecter, que l'on appelle dotation.

L'affectation doit être portée sur une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. Cet intérêt général ne permet par la création d'une fondation pour la seule satisfaction de ses membres (à la différence d'une association par exemple). Il doit dépasser les intérêts particuliers. L'intérêt général peut être d'ordre philanthropique, humanitaire, culturel, artistique, scientifique ou pédagogique. Il ne saurait être économique, par exemple l'affectation d'une dotation pour l'organisation de foires commerciales tendant à promouvoir le rayonnement économique d'une ville. Pour autant, une fondation peut réaliser des bénéfices, mais ce ne doit pas être son but, dans le sens où il lui est interdit de les partager.

EXEMPLES

Voici quelques exemples de fondations françaises existantes : la fondation Cartier pour l'art contemporain ; la fondation Nicolas Hulot pour la nature et l'homme ; la fondation Brigitte Bardot

pour la protection de l'animal sauvage et domestique ; la fondation Claude Monet à Giverny ; la fondation abbé Pierre pour le logement des défavorisés ; la fondation du Patrimoine qui a pour mission de contribuer à la sauvegarde des bâtiments et sites non protégés et en péril.

Personnalité morale. Une fondation peut ne pas être dotée de la personnalité morale. En ce cas, le fondateur transmet des biens à une personne, généralement morale, afin que celle-ci les affecte à une œuvre d'intérêt général désignée. On parle en pratique de *fondation abritée*.

Une fondation peut avoir la personnalité morale ; son objet statutaire correspond alors à l'œuvre d'intérêt général à réaliser. Il en existe deux types :

- les fondations reconnues d'utilité publique ;
- les fondations d'entreprise.

SECTION 2

LES FONDATIONS ABRITÉES

Création. Une fondation qui n'a pas la personnalité morale n'est pas une personne mais un acte d'affectation. Plus exactement, l'acte de fondation consiste en une libéralité avec charge consentie à une personne, le plus souvent morale, dans l'intérêt de celle-ci. Le gratifié abrite alors la fondation.

Dit autrement, la libéralité (donation ou legs) se constitue en fondation, laquelle est abritée sous l'égide d'une personne :

- le fondateur est celui qui consent la libéralité. Il peut s'agir d'une personne physique ou morale. Cette personne doit bien sûr avoir la capacité juridique de disposer à titre gratuit ;
- le gratifié, destinataire de l'acte de fondation, doit être une personne morale capable de recevoir à titre gratuit. Par exemple une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir des libéralités, c'est-à-dire abriter une fondation n'ayant pas la personnalité morale. L'objet de la fondation abritée doit correspondre à celui du destinataire de la libéralité.

EXEMPLES

Libéralité consentie par une personne physique à une commune à charge pour celle-ci de créer un hôpital.

Libéralité consentie par une société commerciale à une université à charge pour cette dernière de créer un prix, se traduisant par une récompense pécuniaire, à attribuer aux meilleurs étudiants.

Libéralité consentie à une fondation reconnue d'utilité publique (par exemple la Fondation de France ou l'Institut de France) à charge pour celle-ci d'affecter les fonds à une œuvre d'intérêt général inscrite dans son objet social.

Fonctionnement. La gestion de la dotation est effectuée par le destinataire de l'acte de fondation. Celui-ci est tenu de respecter l'affectation voulue par le fondateur. En cas d'inexécution de la charge grevant la libéralité, le fondateur peut agir en exécution forcée ou en révocation. La révocation a pour conséquence la restitution des biens affectés.

La loi prévoit toutefois que le gratifié peut obtenir la révision de la charge « lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable. » (C. civ., art. 900-2). La demande doit être faite

en justice et c'est le gratifié qui supporte le fardeau de la preuve. Mais la révision ne peut être demandée que dix ans après la mort de l'auteur de la libéralité ou une précédente révision (C. civ., art. 900-5).

EXEMPLE

Une veuve lègue un immeuble à un hospice, à charge pour ce dernier d'établir à perpétuité dans cet immeuble une maison de retraite. Dix ans après le décès de la légataire, l'hospice demande en justice la révision de la charge, plus exactement la possibilité d'aliéner l'objet du legs. Elle obtient gain de cause dès lors qu'elle démontre que la mise en conformité de l'immeuble avec de nouvelles normes de sécurité et de confort, exigées en matière d'établissement recevant du public et des personnes âgées, rend financièrement extrêmement difficile, voire impossible, la réalisation des travaux.

SECTION 3

LES FONDATIONS RECONNUES D'UTILITÉ PUBLIQUE

Article 18, al. 2, de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987. Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale, la fondation ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État accordant la reconnaissance d'utilité publique. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnue d'utilité publique.

1. Création

Personne morale nouvelle. La fondation reconnue d'utilité publique est une personne morale créée spécialement pour recevoir et gérer une dotation afin d'accomplir une œuvre d'intérêt général.

À la différence des associations, la volonté ne suffit pas à créer une fondation ; la personnalité juridique est subordonnée à une autorisation administrative que l'on appelle reconnaissance d'utilité publique.

Dotation initiale. Parce que l'affectation de biens, quels qu'ils soient est de la nature de la fondation, la création de celle-ci nécessite une dotation initiale. Pareille dotation peut être réalisée par une offre de donation consentie à la personne morale à créer, laquelle accepte l'offre une fois reconnue d'utilité publique. La dotation peut être également réalisée par testament. Un legs peut en effet « être fait au profit d'une fondation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession sous la condition qu'elle obtienne, après les formalités de constitution, la reconnaissance d'utilité publique ». « La demande de reconnaissance d'utilité publique doit, à peine de nullité du legs, être déposée auprès de l'autorité administrative compétente dans l'année suivant l'ouverture de la succession ». (L. 23 juillet 1987, art. 18-2, al. 1 et 2).

Reconnaissance d'utilité publique. La loi ne prévoit pas les conditions de fond de la reconnaissance d'utilité publique. Il ressort de la pratique administrative que la dotation initiale doit être suffisamment importante. En outre, les statuts de la fondation doivent être conformes aux statuts types élaborés par le Conseil d'État.

La procédure de reconnaissance n'est pas davantage édictée par la loi. La demande doit être adressée au ministre de l'Intérieur, accompagnée de certains documents, dont un exposé indiquant le but de l'œuvre. Le ministre consulte le Conseil d'État pour avis, sans être lié par cet avis. L'utilité publique est reconnue par décret en Conseil d'État.

2. Fonctionnement

Administration. Les modalités d'organisation interne des fondations reconnues d'utilité publique sont prévues par les statuts types élaborés par le Conseil d'État. Or, la reconnaissance d'utilité publique est subordonnée à la conformité des statuts de la fondation aux statuts types... Ceux-ci prévoient la possibilité de confier l'administration de la fondation soit à un conseil d'administration, soit à un directoire et un conseil de surveillance.

REMARQUE

On notera que la fondation ne comporte pas d'assemblée générale puisqu'il ne s'agit pas, à la différence d'une association, d'un groupement de personnes.

Ressources. Si l'objet poursuivi est d'une durée illimitée, alors la dotation initiale, pour être pérenne, peut se présenter comme un capital dont seuls les revenus font l'objet de l'affectation. Si l'objet est d'une moindre envergure et est réalisable dans une durée déterminée, c'est la dotation elle-même qui sera consommée et constitue donc les ressources de la fondation.

Par ailleurs, la fondation reconnue d'utilité publique a la capacité juridique de recevoir des donations et legs. Depuis le 1^{er} janvier 2006, elle n'est plus tenue de solliciter l'autorisation administrative de recevoir lesdites libéralités (C. civ., art. 910, al. 2 ; voir *supra*, chap. 21, section 1).

Le régime fiscal est le même que celui applicable aux associations (voir *supra*, chap. 21, section 2).

Tutelle administrative. Les fondations reconnues d'utilité publique sont soumises à une tutelle administrative dont le régime est édicté par le décret n° 66-388 du 13 juin 1966 (plusieurs fois modifiés).

La tutelle sur les libéralités consenties à la fondation a été largement atténuée puisque l'autorisation préalable de l'administration n'est plus nécessaire (voir *supra*). Il en est de même de la tutelle sur les actes de disposition des biens mobiliers et immobiliers dépendant de la dotation. En effet, depuis un décret de 2002, l'acte de disposition est implicitement autorisé en l'absence d'opposition du préfet. La tutelle sur le fonctionnement de la fondation se manifeste notamment par le contrôle effectué par l'administration lors de la demande de reconnaissance publique, ainsi que par la présence de représentants de l'État au sein du conseil d'administration (ou de surveillance) de la fondation. Notons également que la fondation a l'obligation d'adresser ses comptes annuels, son budget prévisionnel et le rapport du commissaire aux comptes au ministre de l'Intérieur notamment.

Salariés. Une fondation a la possibilité d'employer des salariés. Les statuts peuvent par ailleurs prévoir leur participation au conseil d'administration ou conseil de surveillance.

3. Dissolution

Causes. La dissolution d'une fondation peut être volontaire, résultant alors d'une décision de l'organe d'administration. Mais cette décision doit être approuvée par le gouvernement, lequel contrôle la cause de pareille volonté.

La dissolution peut être par ailleurs la conséquence d'un retrait de la reconnaissance de l'utilité publique (par décret en Conseil d'État), par exemple pour insuffisance de ressources nécessaires pour la poursuite de l'activité.

Effets. Les statuts types prévoient que la dissolution de la fondation entraîne la dévolution des biens, après apurement du passif, à un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique, ou associations déclarées ayant pour but l'assistance, la bienfaisance, la recherche scientifique ou médicale.

SECTION 4

LES FONDATIONS D'ENTREPRISE

Présentation. La fondation d'entreprise est une personne morale dont le législateur (depuis une loi de 1990) permet la création et le fonctionnement de façon plus souple qu'une fondation reconnue d'utilité publique. Elle répond à la demande des entreprises d'utiliser plus aisément le mécénat comme forme de communication et d'amélioration de leur image de marque.

Création. Sont en droit de créer une fondation d'entreprise les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives, les institutions de prévoyance ou les mutuelles (L. 23 juillet 1987, art. 19).

Une dotation initiale n'est pas obligatoire, le financement initial de la fondation pouvant être réalisé par de simples engagements de versement pris par les fondateurs. La fondation d'entreprise jouit de la capacité juridique à compter de la publication au *Journal officiel* de l'autorisation administrative (par le préfet) qui lui confère ce statut.

Enfin, la fondation d'entreprise est créée pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à cinq ans.

Fonctionnement. L'administration est assurée par un conseil d'administration. Quant à sa capacité juridique, la fondation d'entreprise n'est pas en droit de recevoir des dons ou des legs, à l'exception des dons effectués par les salariés de l'entreprise fondatrice, ainsi que des versements des fondateurs dans le cadre du programme d'action pluriannuel. Ces versements doivent être analysés comme des libéralités.

Comme les fondations reconnues d'utilité publique, les fondations d'entreprise sont soumises à une tutelle administrative (par le préfet) mais bien moins contraignante.

Enfin, elles sont tenues d'établir chaque année un bilan, un compte de résultats et une annexe, ainsi que de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant.

Dissolution. La dissolution d'une fondation d'entreprise est causée soit par l'arrivée du terme, puisque sa durée de vie est limitée, soit par une décision des fondateurs, soit par

le retrait de l'autorisation administrative. Les ressources non employées et la dotation si celle-ci a été constituée et n'a pas fait l'objet de l'affectation prévue, sont attribuées par le liquidateur à un ou plusieurs établissements publics ou reconnus d'utilité publique dont l'activité est analogue à celle de la fondation d'entreprise dissoute (L. 23 juillet 1987, art. 19-12).

Annexes

CORRIGÉS DES APPLICATIONS

INDEX

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE 1

LES CONTRATS CONCLUS PAR L'ENTREPRISE

N° 1 : QCM

1. a ; 2. c ; 3. c et d ; 4. b ; 5. b, c et e ; 6. a, c et d ; 7. d ; 8. a et b ; 9. b ; 10. c et d ; 11. c ; 12. a, c et f ; 13. c ; 14. a ; 15. a et b ; 16. b

N° 2 : ÉTUDE DE CAS

■ *Rappel des faits*

Un contrat de vente a été conclu entre les époux Pol (les vendeurs) et une coopérative (l'acheteur). L'objet de la vente portait sur deux piscicultures dont l'exploitation avait été autorisée par arrêté préfectoral. Or, ce dernier a été annulé, certes après la vente, mais le recours en annulation était antérieur au contrat.

■ *Prétentions des parties*

La coopérative souhaite obtenir la restitution du prix, estimant avoir été trompée, ce qui implique d'exercer une action en nullité. En effet, celle-ci produit un effet rétroactif, lequel a pour conséquence des restitutions réciproques. La résolution permettrait aussi la restitution souhaitée, mais la coopérative soulève un problème de formation du contrat (« elle estime avoir été trompée ») et non d'exécution. Par ailleurs, il n'apparaît pas dans le thème que les obligations contractées par les époux Pol n'aient pas été exécutées.

Les données de l'espèce et l'observation de la coopérative selon laquelle celle-ci estime avoir été trompée, laissent penser à l'invocation d'un vice du consentement et, plus précisément, d'un dol.

■ *Problème de droit*

Le contrat de vente de deux piscicultures conclu le 26 septembre 2007, entre les époux Pol (vendeurs) et la Coopérative de Gouessant (acquéreur), encourt-il la nullité pour dol ? Si c'est le cas, il conviendra alors de vérifier si l'action est prescrite.

Question 1 : Le dol

■ *Règles de droit*

Le dol n'est une cause de nullité que s'il est constitué de trois éléments. D'abord un élément matériel : une manœuvre dolosive, un mensonge ou une réticence dolosive. Celle-ci n'est autre que le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter. Ensuite un élément intentionnel : le silence doit avoir été réalisé par l'une des parties dans le dessein de tromper l'autre. Le plus souvent, le juge le déduira de la connaissance de l'information recelée et de son importance pour le partenaire. Enfin, un élément psychologique : l'acquéreur doit avoir commis une erreur déterminante provoquée par la réticence dolosive. Le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée.

■ *Application du droit aux faits*

• *Élément matériel du dol.* En l'espèce, aucune manœuvre dolosive, ni mensonge ne ressortent des faits. En revanche, réticence dolosive. L'existence d'un recours contre l'arrêté préfectoral était nécessairement connue des époux Pol puisque c'est eux qui exploitaient les piscicultures au moment de la vente ; de plus, s'ils affirment que la coopérative ne pouvait l'ignorer, c'est qu'ils admettent connaître l'information. Ils ont conservé cette information. Il y a bien réticence.

- *Élément intentionnel du dol.* Les époux Pol avaient connaissance du recours contre l'arrêté et la connaissance d'un risque d'annulation de celui-ci est importante pour l'acquéreur puisqu'à défaut d'autorisation les piscicultures ne peuvent pas être exploitées. Donc, le silence a été gardé intentionnellement.

- *Élément psychologique.* En l'espèce, l'erreur est constituée : la coopérative ignorait le risque d'annulation. Elle est déterminante car sans l'erreur la coopérative n'aurait pas contracté.

Les époux Pol reprochent l'ignorance de la coopérative au sujet du recours en annulation exercé contre l'arrêté. Juridiquement, elle estime que l'erreur est inexcusable ; que la coopérative aurait dû se renseigner. Toutefois, l'autorisation préfectorale (contenu dans l'arrêté) ne lui avait pas été personnellement délivrée, de sorte que l'on peut penser que la coopérative n'avait pas l'obligation de se renseigner. Surtout, la Cour de cassation estime que le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée, même s'il a été commis par réticence. L'élément psychologique est constitué.

Conclusion

Tous les éléments du dol étant constitués, le contrat de vente encourt la nullité pour vice du consentement. La nullité produit un effet rétroactif, de sorte que les époux Pol sont tenus de restituer le prix perçu à la coopérative.

Question 2 : La prescription de l'action en nullité

■ Règles de droit

Aux termes de l'article 1304 du Code civil, la prescription extinctive de l'action en nullité des conventions est de cinq ans. Ce texte s'applique notamment au dol, sans qu'il ne soit plus nécessaire de distinguer selon la nature de la nullité. En effet, depuis la réforme de la prescription civile opérée par la loi du 17 juin 2008, que la nullité soit relative ou absolue, le délai pour agir en justice est désormais de cinq ans.

Ce délai court à compter du jour de sa découverte (C. civ., art. 1304) ou, plus exactement, du jour où le vice pouvait être découvert (Cass. 3^e civ., 29 mars 2006, pourvoi n° 05-16.032).

Enfin, depuis ladite réforme, le point de départ ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.

■ Faits

L'action en nullité serait intentée le 30 septembre 2011 alors que la coopérative a découvert peu après le 28 avril 2008 l'existence d'un recours en annulation de l'arrêté préfectoral. Le contrat a été conclu le 26 novembre 2007. C'est à cette date qu'est né le droit d'agir en nullité pour dol.

■ Application du droit aux faits

L'action souhaitée par la coopérative vise à obtenir la nullité pour dol, de sorte que la prescription applicable est quinquennale. Or, cette action serait intentée moins de cinq ans après la découverte du dol. Et même après la date à laquelle aurait dû être découvert le dol. Ce n'est en effet que peu de temps après la publication du journal que la coopérative découvre l'existence du recours en annulation. Enfin, l'action serait intentée moins de vingt ans après la naissance du droit d'agir en nullité.

■ Conclusion

L'action en nullité pour dol n'est pas prescrite si la coopérative agit le 30 septembre 2011.

N° 3 : QCM

1. b et d ; 2. b ; 3. a, b et e ; 4. a ; 5. b et c ; 6. c, e et f ; 7. a ; 8. c ; 9. b, c et e ; 10. b.

N° 4 : ANALYSE DE CLAUSE

■ Présentation de la clause

Le contrat de bail est une convention par laquelle l'une des parties, le bailleur, s'engage à procurer à l'autre partie, le locataire, la jouissance d'une chose, tandis que celui-ci s'oblige, en contrepartie, à verser au bailleur un prix, le loyer.

La clause soumise à notre analyse est relative à la résiliation unilatérale pour inexécution d'un contrat de bail.

■ Règles de droit

En cas d'inexécution par une partie au contrat de l'une de ses obligations, le cocontractant peut en demander la résolution en justice (C. civ., art. 1184). Le juge ne prononcera la résolution que s'il estime l'inexécution suffisamment grave. Elle opère un effet rétroactif. Cependant, les tribunaux admettent la résiliation unilatérale, donc non judiciaire : la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale mais à ses risques et périls. Qu'il s'agisse de la première voie d'anéantissement – la résolution judiciaire – ou de la seconde voie – la résiliation unilatérale –, la résolution est conditionnée par la gravité de l'inexécution. Elles confèrent de plus un pouvoir au juge ; un pouvoir d'apprécier ladite gravité : dans la voie judiciaire, l'intervention du juge est systématique, par définition, et elle est suscitée par le créancier ; dans la voie unilatérale, elle n'est qu'éventuelle et serait suscitée par le débiteur.

Il existe une troisième voie, dérogatoire, de source contractuelle : dans leur contrat les parties ont la faculté de prévoir valablement la résolution du contrat sans intervention du juge, après mise en demeure ou immédiatement. Il s'agit d'une clause résolutoire. Elle déroge à la résolution judiciaire et à la résiliation unilatérale, décrite *supra*, en ce qu'elle écarte la condition de gravité de même que l'intervention du juge pour apprécier cette gravité.

■ Confrontation de la clause au droit

En l'espèce, il s'agit bien d'une clause résolutoire dérogeant aux règles qui gouvernent la résolution judiciaire et la résiliation unilatérale.

En autorisant l'anéantissement par le loueur, elle écarte l'intervention du juge. Par ailleurs, elle écarte le critère de la gravité de l'inexécution pour prévoir un événement précis : le non-paiement d'un loyer. De la sorte, en cas de litige, le juge ne saurait apprécier la gravité du manquement.

Outre pareille dérogation, on remarquera que les parties ont écarté l'effet rétroactif. L'emploi du terme « résiliation » l'indique. Enfin, la clause donne une dernière chance au locataire : celui-ci dispose de trois mois pour régler après avoir été mis en demeure. Ce répit n'est pas toujours offert par les clauses résolutoires.

N° 5 : ÉTUDE DE CAS

■ Rappel des faits

En 2004, un contrat a été conclu entre trois parties. Aux termes de celui-ci l'Association des jeunes travailleurs (AJT) fut confirmée dans sa qualité de concessionnaire de l'exploitation d'un restaurant et la société Les Repas Grenoblois (LRG) devint sous-concessionnaire de cette même exploitation. En contrepartie de cette sous-concession, la LRG s'engageait à payer un loyer annuel à l'AJT et une redevance annuelle au concédant (la commune de Grenoble). Éprouvant quelques difficultés financières, la LRG sollicitait de ses deux cocontractantes une modification du contrat et, plus précisément, une diminution du loyer et de la redevance. Confrontée à leur refus, elle décida de rompre le contrat en avançant que sa situation économique l'empêchait de continuer l'exploitation du restaurant. Aujourd'hui, elle estime, d'une part, qu'un déséquilibre existait lors de la formation du contrat et, d'autre part, qu'en vertu de l'obligation de loyauté ses cocontractantes auraient dû accepter la modification du contrat les liant dès lors qu'un déséquilibre manifeste était apparu entre les obligations réciproques des parties.

Question 1 : La responsabilité civile contractuelle de la société LRG

■ Problème de droit

Les conditions de la responsabilité contractuelle sont-elles réunies ?

■ **Règles de droit**

La responsabilité civile contractuelle est engagée dès lors que le contractant s'estimant victime démontre un manquement commis par son cocontractant lors de l'exécution du contrat, un préjudice et un lien de causalité entre ce préjudice et le manquement. Le préjudice peut être matériel, corporel ou moral. Le préjudice matériel couvre la perte subie mais aussi le gain manqué. Le lien de causalité doit être direct.

La jurisprudence récente autorise la résiliation unilatérale pour inexécution grave du contrat, mais aux risques et périls de son auteur. Le contrôle de la gravité a lieu a posteriori. Et, s'il ressort de ce contrôle que la résiliation unilatérale n'était pas justifiée, celle-ci doit être considérée comme un manquement contractuel susceptible d'engager la responsabilité de son auteur.

■ **Faits**

La société Les repas grenoblois (LRG) a résilié unilatéralement le contrat. Or, dans l'hypothèse où son argumentation n'est pas fondée, pareille résiliation n'était pas justifiée.

■ **Application du droit aux faits**

Dès lors que la résiliation unilatérale opérée par la société LRG n'est pas justifiée, elle constitue un manquement contractuel. Le préjudice subi par ses cocontractantes résulte notamment de la perte de loyers pour l'AJT et de redevances pour la commune. Ce préjudice est matériel. Il est directement lié à la rupture. On pourrait rechercher d'autres préjudices mais le lien avec la faute serait plus difficile à établir.

■ **Conclusion**

Les conditions étant réunies, la société Les Repas Grenoblois engage sa responsabilité civile contractuelle à l'égard de l'AJT et de la commune de Grenoble.

Question 2 : La lésion

■ **Problème de droit**

Les conditions d'application des règles relatives à la lésion sont-elles réunies ?

■ **Règles de droit**

La lésion est le préjudice que subit l'une des parties à un contrat, en raison du déséquilibre entre la prestation fournie et la prestation reçue. Elle n'est pas considérée comme une cause générale de rescision de la convention. Le Code civil ne l'admet que pour la vente d'immeuble. Il est vrai toutefois que des lois spéciales ont augmenté le nombre des contrats pouvant être sanctionnés pour lésion, même si ce dernier terme n'est pas toujours employé. C'est le cas, par exemple, de la convention d'assistance maritime ou de la cession du droit d'exploitation d'une œuvre littéraire ou artistique. De même, les tribunaux se sont reconnus le pouvoir de réduire les honoraires, jugés excessifs, des agents d'affaires, des architectes, avocats, experts comptables, etc.

■ **Application du droit aux faits**

En l'espèce, le contrat conclu entre les parties porte sur la sous-concession de l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises. Ce n'est ni une exception légale ni jurisprudentielle au principe selon lequel la lésion n'est pas une cause de rescision de la convention.

■ **Conclusion**

Le premier argument avancé par la société LRG ne saurait aboutir sur le terrain de la lésion.

Question 3 : La révision du contrat pour imprévision

■ **Faits qualifiés et prétentions de LRG**

LRG reproche à son contractant d'exécuter le contrat de mauvaise foi en refusant de modifier le contrat alors qu'un changement de circonstances économiques est apparu et que ce changement a déséquilibré

la convention. Sa réaction, la résiliation unilatérale du contrat, fut une conséquence de refus de modification par ses deux contractantes. Elle estime que la modification s'imposait pourtant.

■ **Problème de droit**

La modification du contrat s'imposait-elle du fait de l'apparition d'un déséquilibre qui serait dû à un changement imprévu de circonstances économiques ?

■ **Règles de droit**

De la force obligatoire des conventions découle le principe de l'intangibilité du contrat. Il s'impose aux parties comme au juge, de sorte que seul un accord des parties permet la modification.

Le principe de l'intangibilité du contrat doit-il être maintenu lorsque est observé un changement imprévu des circonstances économiques ayant entouré la formation et bouleversant l'équilibre initial du contrat ? C'est la question de la révision pour imprévision. La jurisprudence judiciaire répond par la négative. Depuis l'arrêt célèbre du Canal de Craponne en effet, les juges n'acceptent ni de modifier, ni d'obliger à la renégociation de l'acte, ni encore de prononcer sa caducité ou de justifier sa résiliation (judiciaire ou unilatérale). Certes, un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 29 juin 2010, oblige à reconsidérer cette position ; mais cette décision ne concernait pas la modification du contrat et l'appréciation de sa portée est particulièrement périlleuse.

■ **Application du droit aux faits**

En vertu du principe de l'intangibilité du contrat, LRG ne pouvait pas prétendre à la modification du contrat. Le contrat ne comporte pas de clause de modification et celle-ci est refusée par les cocontractants. Enfin, il importe peu que la convention ait été déséquilibrée du fait d'un bouleversement des circonstances économiques. La loyauté n'impose pas la modification.

■ **Conclusion**

Le deuxième argument de LRG n'est pas recevable.

■ **N° 6 : QCM**

1. a, d, f et g ; 2. c ; 3. c ; 4. a ; 5. a ; 6. b ; 7. c ; 8. b ; 9. a et d ; 10. a ; 11. a, c et d ; 12. a, c et e

■ **N° 7 : ANALYSE DE CLAUSE**

La clause soumise à notre analyse porte sur la détermination du prix dans un contrat de distribution.

■ **Règles de droit**

En droit, le prix d'une vente doit être déterminé ou déterminable, à peine de nullité du contrat. Toutefois, depuis une série d'arrêts rendus en 1995 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, cette exigence n'est plus retenue dans les contrats-cadre (lorsque la convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs), notamment de distribution. L'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indétermination.

■ **Confrontation de la clause au droit**

En l'espèce, le prix n'est pas déterminé, ni déterminable puisqu'il dépend de la volonté de l'une seule des parties. Toutefois, il s'agit d'un contrat-cadre de distribution (l'énoncé l'indique, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de le démontrer). Aussi, le prix peut être déterminé unilatéralement, la limite étant l'abus de droit. La clause est valable, mais elle devra être mise en œuvre sans abus.

CHAPITRE 2

L'ENTREPRISE ET SES CONCURRENTS

N° 8 : VRAI/FAUX

1. *Faux*. Le contrôle est exercé *a priori*, en droit communautaire comme en droit interne.
2. *Faux*. Tous les secteurs d'activité sont concernés par le contrôle des concentrations.
3. *Vrai*. Les fusions au sein d'un groupe de sociétés suffisamment intégré échappent au contrôle.
4. *Vrai*.
5. *Vrai*. Le système du guichet unique signifie qu'une opération de concentration de dimension communautaire ne saurait relever de la compétence des autorités nationales, mais uniquement de la Commission européenne.
6. *Faux*. Il existe des dérogations à la compétence des autorités nationales en l'absence de dimension communautaire. D'une part, si l'opération présente un danger sur le marché européen, la Commission peut se saisir du dossier. D'autre part, les entreprises concernées peuvent solliciter l'intervention de la Commission.
7. *Vrai*. La loi du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, a transféré ce rôle à l'Autorité de la concurrence (Conseil de la concurrence avant ladite loi). Auparavant, la compétence incombait au ministre de l'Économie. Dans la nouvelle procédure, celui-ci conserve toutefois un rôle qui n'est pas négligeable.
8. *Vrai*. D'une part, l'action ou la pratique concertée constitutive d'une entente ne résulte pas d'un accord mais d'une coordination entre entreprises pour conjurer le risque de la concurrence. D'autre part, l'objet anticoncurrentiel suffit à rendre l'entente illicite.
9. *Faux*. Est illicite l'entente qui a pour objet ou pour effet (ou les deux) d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.
10. *Faux*. L'exemption a lieu *a posteriori*. Ce n'est, par exemple, que lorsqu'une entreprise concurrente contestera l'entente que le contrôle sera effectué.
11. *Vrai*. Le droit français prévoit en revanche une exemption.
12. *Faux*. Le système du guichet unique ne concerne que le contrôle des opérations de concentration.
13. *Faux*. Le contrôle relève de l'Autorité de la concurrence.
14. *Faux*. La répression de la concurrence déloyale repose sur les articles 1382 et 1383 du Code civil relatifs à la responsabilité civile délictuelle.
15. *Faux*. Il n'est pas nécessaire que la faute soit intentionnelle.
16. *Faux*. L'imitation d'un produit concurrent est en principe admise. Elle constitue un acte de concurrence déloyale lorsqu'elle produit ou risque de produire une confusion dans l'esprit de la clientèle.
17. *Vrai*. Le principe de la détermination des prix par le libre jeu de la concurrence a été énoncé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui codifiée.
18. *Vrai*. La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a abrogé l'interdiction des pratiques discriminatoires, du moins au titre des pratiques restrictives de concurrence. En revanche, lorsque pareille pratique est commise par une entreprise en situation de position dominante, elle constitue un abus de cette position dont la sanction est notamment pénale en droit français.
19. *Faux*. Le prix unitaire doit figurer hors TVA. En outre, les réductions de prix conditionnelles ne doivent pas être portées sur la facture.
20. *Vrai*. Cette pratique est admise à condition qu'il ne s'agisse pas en réalité d'un prix imposé.

N° 9 : ÉTUDE DE CAS

■ Rappel des faits

La société Touléjeux est un commerçant qui a acquis des consoles de jeux électroniques afin de les revendre dans ses magasins.

■ Problèmes de droit

Il conviendra de rechercher dans un premier temps si la vente, par la société Touléjeux, entre dans le champ d'application de l'interdiction de la revente à perte, ce qui permettra de répondre à la première question. Puis, dans l'affirmative, il s'agira de déterminer le seuil de revente à perte à l'aide des données fournies dans l'énoncé, et ainsi de répondre à la deuxième question.

Question 1 : Domaine de l'interdiction de la revente à perte

■ Règles de droit

L'article L. 442-2 du Code de commerce, qui interdit la revente à perte, c'est-à-dire le fait pour tout commerçant de revendre un produit en l'état (ou d'annoncer sa revente) à « un prix inférieur à son prix d'achat effectif », ne s'applique qu'au commerçant lors de la revente d'un produit qu'il a préalablement acquis. Seuls sont concernés les produits revendus en l'état.

Par ailleurs, L. 442-4 prévoit des hypothèses où la revente à perte est admise : ventes de liquidation, produits saisonniers, produits démodés ou techniquement dépassés, produits périssables, soldes, exception de baisse des cours, exception d'alignement sur la concurrence.

■ Application du droit aux faits

L'énoncé indique que la société Touléjeux est un commerçant. Elle est un revendeur puisque elle a acheté les consoles pour les revendre dans ses magasins. Enfin, les consoles qui lui sont livrées sont bien des produits qui seront revendus en l'état, puisque non transformés. Par conséquent, la société Touléjeux est soumise au seuil de revente à perte, du moins s'agissant des consoles de jeux. Par exception, la société Touléjeux serait en droit de revendre à perte dans les hypothèses prévues par la loi et présentées ci-dessus.

Il convient maintenant de calculer le seuil de revente à perte puisque la société Touléjeux y est soumise, en principe.

Question 2 : Détermination du seuil de revente à perte

■ Règles de droit

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

■ Application du droit aux faits

Aussi le seuil de revente à perte des consoles de jeux s'établit comme suit :

Plein tarif	130,00 €
– Réduction de prix acquise et directement liée à cette opération	10,00 €
– Autres avantages financiers par article ($6\,000/200 = 30$) :	30,00 €
= Prix unitaire net hors taxe	90,00 €
+ TVA (19,6 %)	17,64 €
+ Prix unitaire du transport ($496/200 = 2,48$)	2,48 €
Seuil de revente à perte	110,12 €

CHAPITRE 3

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ENTREPRISE ET SES ACTEURS

N° 10 : ÉTUDE DE CAS

Question 1

Le comportement de M. Noël évoque l'abus de bien social ; il faut vérifier, une par une, les conditions légales du délit.

L'article L. 241-3, 4° du Code de commerce punit « Le fait, pour les gérants [d'une SARL], de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement... ».

a) L'auteur de l'éventuel abus

La loi désigne le gérant de la SARL. C'est le cas de M. Noël, il peut donc se rendre coupable d'une telle infraction.

b) L'usage abusif des biens ou du crédit de la société

M. Noël utilise la trésorerie de la société, donc « les biens » de celle-ci. « L'usage » prohibé s'effectue par le paiement de factures, actes de gestion courante, d'amendes, actes conservatoires, ou de séjours, actes de disposition. L'abus est effectif, l'usage ayant eu lieu.

c) L'usage contraire à l'intérêt social

La société trouve-t-elle un intérêt quelconque au paiement de dépenses personnelles à ses dirigeants ? La question contient sa propre réponse. La société perd ainsi une partie de son actif sans justification ni contrepartie. Le paiement des amendes et des séjours, étranger à l'objet social de l'entreprise, entraîne inévitablement la suspicion. Quant à celui des factures d'essence, il pourrait se fondre dans les besoins généraux de l'entreprise. Un examen attentif permettra de s'en assurer (fréquences des factures, nombre de kilomètres couverts, déplacements du gérant pour le compte de l'entreprise avec le véhicule concerné...). En l'absence de correspondance entre les factures et les déplacements liés au fonctionnement de la société, les factures d'essence suivraient le sort des paiements précédents. Elles seraient contraires à l'intérêt social.

d) La mauvaise foi de l'auteur

L'auteur doit avoir agi volontairement et en connaissant l'illicéité de son acte. Il ne pourra prétendre avoir agi sous une quelconque contrainte et donc involontairement. De même, il ne pourra invoquer son ignorance de la prohibition légale puisque « Nul n'est censé ignorer la loi ». M. Noël ne peut pas non plus s'abriter derrière une pratique courante dans la vie des affaires, cet argument n'opérant pas exonération. Il ne semble disposer d'aucun argument légal valable pour justifier ses agissements du point de vue de l'élément moral, d'autant que la jurisprudence déduit généralement l'intention de la seule matérialité des faits.

e) La recherche d'un intérêt personnel

En complément du dol général (voir le point précédent), les juges doivent établir que l'auteur a agi « à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société » dans laquelle il serait intéressé. Cette dernière hypothèse semble inapplicable ici. En revanche, du seul paiement de dépenses personnelles découle l'intérêt matériel qu'il a pu en retirer par l'économie ainsi faite de ses propres deniers.

L'infraction d'abus de biens sociaux semble avoir été réalisée par M. Noël en tous ses éléments, le juge tranchera.

Question 2

L'article 2 du Code de procédure pénale prévoit que « L'action civile (...) appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».

M. Bertrand doit donc prouver qu'il a subi un préjudice personnel, directement causé par l'infraction, s'il souhaite que sa constitution de partie civile soit recevable.

En l'espèce, il a souffert des conséquences économiques causées par la perte des clients, elle-même due à l'infraction. La cause directe de son préjudice n'est donc pas l'infraction, mais les conséquences de celle-ci. Il a donc bien subi un préjudice personnel (matériel et moral par la perte de son emploi), mais pas direct. La victime directe de l'abus de biens sociaux est l'entreprise. La jurisprudence, constante sur ce point, ne lui laisse aucune chance de voir son action aboutir au pénal.

Question 3

M. Léon est expert-comptable. Il n'est pas gérant de droit de la société, et rien n'indique qu'il le soit de fait. Or, seuls les gérants peuvent se rendre coupables d'un abus de bien social. Il ne peut donc pas être poursuivi comme auteur d'une telle infraction.

En revanche, il s'est certainement rendu compte des irrégularités commises par M. Noël et n'a rien dit. En est-il complice ? D'après l'article 121-7 alinéa premier du Code pénal « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation », l'hypothèse de l'instigation prévue par l'alinéa 2 semblant peu indiquée en l'espèce. Les conditions de la complicité sont-elles réunies ?

a) *L'exigence d'un fait principal punissable*

L'abus de bien social (probablement) commis par M. Noël correspond au fait principal punissable exigé en préalable par la loi. Il s'agit en effet bien d'un « délit ».

b) *L'acte de complicité*

M. Léon a-t-il commis l'acte matériel d'aide ou d'assistance qui en a facilité la préparation ou la consommation ? Rien n'est moins sûr. En effet, la loi exige un acte positif, non une simple abstention, qui doit en outre être antérieur ou concomitant à l'acte principal. Or M. Léon s'est simplement abstenu de redresser les comptes. Peut-on alors considérer son omission comme un acte positif ? La chambre criminelle de la Cour de cassation a pu décider à plusieurs reprises (notamment, le 6 septembre 2000, puis le 22 septembre 2004), qu'encourt la censure la décision d'une cour d'appel condamnant l'expert-comptable – qui avait passé en écritures les éléments litigieux sans les redresser – pour complicité d'abus de bien social. Pour la Cour de cassation, faute « d'un acte positif antérieur ou concomitant à la réalisation des fausses factures, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ». Or ici M. Léon n'a fait que s'abstenir, *a posteriori*, de redresser les comptes. Il ne s'agissait pas du résultat d'une concertation préalable avec le gérant de la société.

Néanmoins, une autre décision rendue au sujet d'une complicité d'escroquerie et concernant elle aussi un expert-comptable, va dans un autre sens (Cass. crim. 25 février 2004). Les juges du fond avaient relaxé le prévenu au motif que « la procédure n'a mis en évidence aucun acte matériel préalable et concomitant à l'escroquerie ». La Cour de cassation censure leur décision car « en prononçant ainsi, sans rechercher si, en établissant les comptes annuels et les déclarations mensuelles du chiffre d'affaires taxable, dont la fictivité ne pouvait échapper à un professionnel de la comptabilité, et en attestant pourtant leur conformité et leur sincérité, le prévenu n'avait pas sciemment permis à l'auteur principal de commettre et réitérer, chaque mois, les escroqueries commises au préjudice du Trésor public... ».

Ici, en rapprochant cette affaire de celle qui nous intéresse, il pourrait être reproché à M. Léon d'avoir, en connaissance de cause puisqu'il est un professionnel de la comptabilité, couvert les agissements de M. Noël, permettant dès lors à ce dernier de les poursuivre grâce son inaction. M. Léon n'est donc pas à l'abri de poursuites pour complicité d'abus de bien social.

c) *L'élément moral de la complicité*

En tant que professionnel de la comptabilité, il a nécessairement agi en connaissance de cause. A-t-il agi volontairement ou peut-il invoquer la crainte de perdre son emploi pour s'exonérer ? La contrainte exonératoire de responsabilité est, d'après l'article 122-2 du Code pénal, celle à laquelle la personne « n'a

pu résister ». D'après la jurisprudence, la contrainte peut être physique, mais aussi morale, correspondant ainsi au cas de M. Léon. Mais elle doit aussi être irrésistible et imprévisible. De nombreuses décisions rejettent l'argument de la contrainte invoqué par le salarié qui a agi en obéissant aux ordres de son employeur, le lien de subordination ne constituant pas la contrainte irrésistible au sens prévu par la loi. La seule crainte de perdre son emploi, en l'absence de menace suffisamment pressante et directe pour ôter à M. Léon sa liberté d'esprit, ne pourra l'exonérer de sa responsabilité pénale.

N° 11 : VRAI/FAUX

1. *Faux*. L'assistance doit être antérieure ou concomitante à l'infraction, sauf si elle résulte d'un accord antérieur à cette dernière.
2. *Faux*. L'abus de biens sociaux est une infraction intentionnelle.
3. *Faux*. Le commandement de l'autorité "légitime" ne s'entend que d'une autorité publique et la jurisprudence n'admet pas l'état de contrainte dans cette hypothèse.
4. *Vrai*. Les infractions complexes (composées de plusieurs éléments matériels) ne sont constituées qu'au jour où tous les éléments constitutifs sont réunis. Avant cela, seule une tentative peut éventuellement être caractérisée.
5. *Faux*. En matière d'infractions continues, la prescription de l'action publique ne court qu'à compter de la fin de l'activité délictueuse.
6. *Vrai*. L'infraction n'est pas consommée, mais elle est tentée et donc punissable.
7. *Faux*. Le terme de "manœuvre" implique un acte plus élaboré. Le mensonge peut faire partie des manœuvres frauduleuses mais il ne suffit pas à les caractériser.
8. *Vrai*. Sous certaines conditions (heures, consentement de l'intéressé en enquête préliminaire...). En droit français, aucun mandat n'est exigé pour procéder à une perquisition.
9. *Faux*. Ces agissements sont passibles de sanctions pénales et disciplinaires.
10. *Vrai*. Les témoignages non anonymes constituent des indices graves et ils concordent. L'article 105 CPP interdit donc qu'il soit entendu comme simple témoin.
11. *Vrai*.
12. *Faux*. Le préjudice subi n'étant qu'indirectement causé par l'infraction, l'actionnaire ne peut se constituer partie civile. Mais il peut agir au nom de la société.
13. *Vrai*. Si les conditions en sont remplies, la responsabilité pénale de la personne morale et celle des personnes physiques impliquées ne s'excluent pas.
14. *Vrai*. Alors qu'il s'agit d'un délit et même si celui-ci est établi, le classement sans suite relève de l'opportunité des poursuites dont dispose le ministère public.
15. *Vrai*. Le dirigeant commet un abus de biens sociaux, infraction qui ne peut être reprochée à son épouse. Mais si celle-ci sait que son déplacement n'est pas financé par des deniers personnels, elle se rend coupable d'un recel par profit.
16. *Vrai*.
17. *Vrai*. Dérogeant à l'exigence d'un préjudice personnel (C. pénal, art. 2), la loi autorise ce groupement à se constituer partie civile (Ord. 19 sept. 1945, art. 37, 8°).
18. *Faux*. Le devoir de révélation ne concerne que certaines personnes (exemple : le commissaire aux comptes) ou certaines infractions (exemple : les crimes, C. pénal, art. 434-1).
19. *Vrai*. La composition pénale, alternative aux poursuites, est possible pour les infractions punies de cinq ans d'emprisonnement maximum. C'est le cas du délit d'informations mensongères.
20. *Faux*. Le délit est commis au jour où est prise la décision d'ouvrir le droit aux dividendes.

CHAPITRE 4

LES RELATIONS DE L'ENTREPRISE AVEC L'ADMINISTRATION FISCALE

N° 12 : ÉTUDE DE CAS

La somme des revenus pour 2008 s'établit à 204 500 € alors que la somme des décaissements ramenés sur une année s'établit à 279 000 €. Le différentiel est donc de 74 500 €. Cette somme semble constituer des revenus non déclarés par M. X et sur l'origine desquels il devra s'expliquer lors de l'ESFP contradictoire.

N° 13 : ÉTUDE DE CAS

Les faits constituent une fraude au sens de l'article 1741 du CGI (le contribuable a *volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt*). Le délai est donc porté de 3 à 5 ans.

L'imposition est due pour l'année 2006. Le contrôle pourra intervenir jusqu'au 31 décembre 2011.

CHAPITRE 5

CONSTITUTION ET TRANSFORMATION DE L'ENTREPRISE

N° 14 : ÉTUDE DE CAS

Cas I

La société constituée est une SARL, par principe soumise à l'IS :

- l'apport en numéraire de A est exonéré de droits ;
- l'apport de la SNC Y est un apport en nature d'un fonds de commerce, réalisé par une société IR au profit d'une société IS. La taxation est de 3 % pour la tranche supérieure à 23 000 €, soit ici 3 % de 22 000 € = 660 €. Si la SNC accepte de conserver les parts sociales reçues en contrepartie de cet apport pendant plus de 3 ans, elle peut être exonérée de droits d'enregistrement ;
- l'apport de l'immeuble est mixte : pour moitié pur et simple, pour moitié à titre onéreux. Pour la partie pure et simple, la taxation est de 5,09 % mais si l'apporteur accepte de conserver les parts sociales reçues en contrepartie de cet apport pendant plus de 3 ans, il peut être exonéré de droits d'enregistrement. La partie à titre onéreux est pleinement taxée à 5,09 % sans possibilité d'exonération, soit une taxation de 10 180 €.

Cas II

La transformation en SA est adoptée à la majorité des associés en nom. Elle suppose que la société comprenne 7 associés au minimum et un capital de 37 000 €. Un commissaire à la transformation doit évaluer les actifs et attester que les capitaux propres sont au moins au niveau du capital social. Les parts sociales se muent en actions.

Les créanciers antérieurs conservent leurs droits intacts. Il n'est donc pas envisageable pour les associés de changer de forme sociale avec le dessein de réduire le droit de gage des créanciers.

Fiscalité : la société passant de l'IR à l'IS, le principe est que :

- toutes les impositions sont dues comme en cas de changement d'activité sauf à ce que les conditions du régime atténué soient réunies (double condition qu'aucune modification ne soit apportée aux écritures comptables et que l'imposition desdits bénéfices, plus-values et profits demeure possible sous le nouveau régime fiscal applicable à la société ou à l'organisme concerné) ;
- les droits d'enregistrement se monteraient à 5 % de la valeur du fonds de commerce, sauf à ce que les actions soient conservées par les associés originaires de la SNC pendant 3 ans ; si tel était leur engagement, les droits se monteraient à 375 €.

Cas III

La règle est que l'intervention du commissaire aux apports est obligatoire sauf si aucun apport en nature ne représente plus de 30 000 € ET si leur somme totale est inférieure à la moitié du capital social.

Cela signifie que son intervention est obligatoire dès que la valeur d'un apport excède 30 000 € ou dès que la valeur totale des apports en nature excède la moitié du capital social :

1. intervention facultative ;
2. intervention facultative ;
3. intervention obligatoire ;
4. intervention facultative.

CHAPITRE 6

LA DIRECTION DE L'ENTREPRISE ET LES RELATIONS ENTRE SES ACTEURS

N° 15 : ÉTUDE DE CAS

Le corrigé sera scindé en 8 points ; il s'agit d'un corrigé indicatif, l'énoncé du cas demeurant relativement ouvert.

1. **Les options de souscription d'actions au profit du PDG.** Le droit d'acheter des actions à un prix préférentiel permet de dire que le PDG bénéficie de *stock-options*. Ces options semblent parfaitement légales ; aucune procédure de contrôle particulière n'est à mettre en œuvre pour leur octroi ; l'information des actionnaires sur le nombre et les modalités d'exercice des options se fera lors de la prochaine AG conformément aux textes applicables.
2. **Le contrat signé avec la firme chinoise.** Il pose deux problèmes au moins. Tout d'abord, il porte sur une somme importante, de 850 k€, en tout état de cause supérieure à celle figurant dans la clause limitative des pouvoirs du PDG (200 k€). En outre, le contrat paraît passé en dehors de l'objet social puisqu'il porte sur une location de licences alors que l'objet de la société est la création de logiciels. En tout état de cause, le dépassement de l'objet social comme la violation de la clause limitative de pouvoirs sont sans incidences sur la validité du contrat. Toutefois, cette double circonstance constitue une faute à la charge du PDG, qui pourra servir de fondement à une révocation et/ou une action en responsabilité civile.
3. La SARL intermédiaire possède des dirigeants communs avec la SA (le PDG est également gérant et associé majoritaire de la SARL). Au sens de l'article L. 225-38 du Code de commerce, cela signifie que toute convention passée entre la SA et la SARL devra être soumise à la procédure des conventions réglementées : autorisation préalable du CA puis vote de l'AG sur rapport du CAC. Il ne semble pas que la convention soit courante ou conclue à des conditions normales. Si le CA n'a pas été consulté, le contrat entre la SA et la SARL (et non entre la SA et la société chinoise), peut être annulé s'il a eu des conséquences dommageables pour la société.
4. La révocation du PDG est en tout état de cause envisageable puisque ce personnage est révocable *ad nutum*. Quand bien même il aurait été nécessaire de justifier sa révocation, les fautes commises étaient amplement suffisantes. Le fait que la révocation soit non indemnisée est normal ; la menace d'une révocation sans préavis pourrait, suivant les circonstances, constituer un cas de brusque rupture susceptible d'engendrer une indemnisation. Le sort des *stock-options* est problématique ; le code de commerce ne prévoit aucune disposition relative à ce cas ; le principe, dans le silence

des textes, est que le droit d'exercer les options survit à la révocation du dirigeant. Toutefois si le contrat d'options devait prévoir l'inverse, ce qui est théoriquement possible, il faudrait appliquer cette stipulation.

5. **Le parachute doré est une indemnité de 800 000 € due au PDG en cas de départ anticipé.** S'agissant d'une société non cotée pour le moment, la procédure des conventions réglementée n'est pas applicable. Si elle s'estime choquée par cette délibération du CA, l'AG pourra révoquer en bloc tous les administrateurs. Si la société avait été cotée, le rapport de gestion aurait dû comporter tous les éléments concernant cette rémunération, à peine de nullité de l'engagement. Il ne semble pas que la rédaction de l'article L. 225-42-1 issue de la loi du 21 août 2007 change la solution du cas. S'agissant d'une société non cotée, le texte est sans application.
6. **Les garanties données à la banque de la filiale.** Le premier engagement est ce que l'on nomme une lettre d'intention ; elle comporte ici une garantie de bonne fin et peut donc être assimilée à une « garantie » au sens de l'article L. 225-35 du Code de commerce, texte qui rend obligatoire une autorisation préalable du CA pour toutes les cautions, avals et garanties consentis au nom de la société. Pour le cautionnement des dettes de la SAS, il est également nécessaire de solliciter l'autorisation préalable du conseil d'administration.
7. **Le président de la SAS.** L'avance de trésorerie consentie par la société, même si elle est remboursée avec intérêts, est une convention interdite en raison des personnes impliquées dans la relation contractuelle et du danger de cet acte. L'acte est donc frappé d'une nullité absolue. La révocation du président est probable, mais dépend juridiquement des statuts de la SAS et des dispositions qu'ils contiennent s'agissant de la révocation.
8. **L'action de la firme chinoise.** La firme chinoise peut être rassurée sur les contrats signés. Même s'ils sont hors objet social et si le PDG a, en les signant, violé une clause statutaire, la SA est engagée. La question de la responsabilité des dirigeants n'est donc pas directement posée. En tout état de cause, un tiers ne peut agir contre les dirigeants sociaux que s'il peut prouver une faute détachable.

N° 16 : ÉTUDE DE CAS

- a) Faute de précisions supplémentaires, il est difficile de considérer que la responsabilité du dirigeant, qui ne fait qu'agir dans le respect de l'objet social, est engagée.
- b) Cette attitude constitue une faute. La responsabilité du dirigeant peut être engagée à la fois par la société (action sociale *ut universi* ou *ut singuli*) et par l'associé directement visé par l'attitude du dirigeant (action individuelle).
- c) Cet acte constitue une violation des statuts de la SAS (clause limitative de pouvoirs) – la responsabilité du président est engagée à l'égard de la société seulement (action sociale *ut universi* ou *ut singuli*).
- d) Cet acte constitue assurément une faute d'une particulière gravité et étrangère aux fonctions sociales et donc détachable de celles-ci ; la responsabilité civile du président est engagée. Elle pourra être mise en jeu par la société (action sociale *ut universi* ou *ut singuli*) et/ou par le tiers victime des agissements.

CHAPITRE 7

L'UTILISATION DES NTIC PAR L'ENTREPRISE

N° 17 : QCM

1. a et b ; 2. b et d ; 3. c ; 4. d ; 5. a, b et c ; 6. a et c ; 7. a ; 8. b et d ; 9. a ; 10. b

CHAPITRE 8

LA FISCALITÉ DES ÉCHANGES INTERNATIONAUX DE L'ENTREPRISE

N° 18 : ÉTUDE DE CAS

I. Ce cas pose une hypothèse d'école car de telles stipulations conventionnelles ont peu de chances de se rencontrer. Le droit fiscal interne est en contradiction totale avec la convention ; en effet, en application du droit interne, le contribuable à son domicile fiscal en France et ses revenus de toutes sources doivent y être imposés. Mais en vertu de l'article 55 de la Constitution française, les dispositions de la convention internationale prévalent sur le droit interne.

II. La méthode de calcul dite « au taux effectif » consiste à intégrer le revenu imposé par l'État étranger dans l'assiette taxable, puis de réduire l'impôt en proportion de la part taxée par l'État étranger.

Cela donne, en reprenant les données ci-dessus :

- IR payé en France « au taux effectif » :
 - IR intégrant l'ensemble des revenus : 9 433 € ;
 - part représentée par les revenus imposés au Danemark : 15/50, soit 2 829,90 € ;
 - IR payé en France : $9\,433 - 2\,829,90 = 6\,603,10$ €.
- IR résultant du calcul avec progressivité : 4 933 €.

III. Sauf convention internationale dérogatoire, les 10 000 € réalisés en France seront imposés en France au barème progressif avec un plancher de 2 000 € (20 % de 10 000 €).

Au barème IR l'imposition sera de 222 € mais il relèvera en principe de la retenue forfaitaire à 33,34 %.

Le plancher ne sera pas appliqué si le contribuable prouve que son taux moyen d'imposition en France pour l'ensemble de ses revenus (60 000 €) est inférieur à 20 %.

En l'occurrence, son IR serait de 12 433 €, soit un taux moyen d'imposition de 20,85 %. Le plancher est donc applicable.

IV. L'IS n'est dû que par les entreprises exploitées en France et réalisant des bénéfices en France. Dans notre cas, il est nécessaire de ventiler les bénéfices réalisés en France, et comme tels soumis à l'IS, et ceux réalisés en Albanie, exclus du champ de l'IS.

V. a) oui • b) non • c) non : exonération) • d) oui • e) oui • f) non (imposition allemande) • g) oui

CHAPITRE 9

LE FINANCEMENT PAR FONDS PROPRES

N° 19 : ÉTUDE DE CAS

Le tableau ci-dessous vise à présenter toutes les données du cas : actions détenues, DPS irréductible détenu, demande d'actions à titre réductible et attributions finales.

	Nombre d'actions détenues	Nombre d'actions auquel le DPS donne droit	Nombre d'actions demandées	Reliquat non exercé disponible	Actions demandées à titre réductible	Actions obtenues à titre réductible	Répartition finale	Remarques
A	9 000	6 000	6 000	0	0	0	6 000	
B	4 500	3 000	0	0	0	0	0	Vente DPS à C
C	1 500	1 000	4 000	0	0	0	4 000	Achat DPS de B
D	6 000	4 000	4 000	0	0	0	4 000	
E	7 500	5 000	3 000	2 000	0	0	3 000	
F	1 500	1 000	0	1 000	0	0	0	Renoncia-tion DPS
G	600	400	3 000	0	2 600	500	900	
H	1 500	1 000	2 500	0	1 500	1 250	2 250	
I	1 500	1 000	2 500	0	1 500	1 250	2 250	
J	2 400	1 600	1 600	0	0	0	1 600	
Total	36 000	24 000	26 600	3 000	5 600	3 000	24 000	

Explications

- A possède 9 000 actions sur 36 000 au total. Son DPS est de $(9\,000/36\,000) \times 24\,000 = 6\,000$. Il l'exerce pleinement et se voit attribuer 6 000 actions
- B possède 4 500 actions, ce qui lui confère un DPS de 3 000 qu'il cède à C. Il ne se verra rien attribuer.
- C possède un DPS propre de 1 000 auquel il ajoute celui qu'il rachète à B, soit un total de 4 000, qui correspond à sa demande. Il obtient donc 4 000 actions.
- D possède 6 000 actions sur 36 000 au total. Son DPS est de 4 000. Il l'exerce pleinement et se voit attribuer 4 000 actions.
- E possède 7 500 actions ; son DPS est de 5 000 actions mais il ne souhaite souscrire que 3 000 actions. Les 2 000 non souscrites permettront de servir les actionnaires ayant demandé plus que leur DPS ne le leur permettait (souscription à titre réductible).
- F possède 1 500 actions ; son DPS est de 1 000 actions mais il y renonce. Les 1 000 actions non souscrites permettront de servir les actionnaires ayant demandé plus que leur DPS ne le leur permettait (souscription à titre réductible).
- G, H et I ont demandé plus que leur DPS ne le leur permettait. Ils sont donc souscrit à titre réductible. Leur demande totale à titre réductible est de 5 600 actions alors que 3 000 sont seulement disponibles. On réduira leur demande proportionnellement à leurs droits.
- Par exemple G représente 600 actions dans le capital sur les 3 600 possédées par les 3 demandeurs G, H et I. Il recevra à titre réductible $(600/3\,600) \times 3\,000 = 500$ actions.

Avec le même mode de calcul, H et I reçoivent chacun 1 250 actions auxquelles s'ajoutent celles obtenues de manière irréductible.

J possède 2 400 actions sur 36 000 au total. Son DPS est de $(2\,400/36\,000) \times 24\,000 = 1\,600$. Il l'exerce pleinement et se voit attribuer 1 600 actions.

Le tableau permet de vérifier que le nombre total d'actions attribuées est bien de 24 000 correspondant au montant de l'augmentation de capital.

N° 20 : ÉTUDE DE CAS

Cas I

En dépit des apparences et du libellé de cette annonce, il ne s'agit pas d'une offre au public. En premier lieu, on notera que les SARL ne peuvent pas faire offre au public ; dans le cas contraire, les dirigeants encourent des sanctions pénales. En outre, les parts sociales de SARL ne sont pas des instruments financiers au sens du texte.

Ensuite, et même si l'on a recours à des procédés de publicité, il semble que l'on soit dans le champ des exceptions de l'article L. 411-2 ; en effet, une SARL, ne peut accueillir plus de 100 associés, ce qui nécessairement la place en dessous du seuil d'offre au public (sachant qu'avant son augmentation de capital elle devait déjà compter quelques associés). On remarquera en outre que l'émission porte sur 90 000 €, soit un montant inférieur au seuil fixé par le règlement général de l'AMF.

Cas II

Plusieurs raisons militent contre la qualification d'offre au public. En premier lieu, la banque ne procède ni à un véritable démarchage, ni à de la publicité dans la mesure où l'offre concerne des personnes déjà clientes de l'établissement. Ensuite et surtout, les parts de SCI ne sont nullement des titres financiers.

Cas III

Le message publicitaire est très ambigu. Même si le talent a pu être une monnaie ancienne, on doit penser que la publicité ne formule aucune offre de souscription précise. Il ne s'agit donc pas d'offre au public. Des décisions ont déjà été rendues en ce sens à propos de messages publicitaires radiodiffusés.

Cas IV

Même si moins de 100 personnes répondent à l'offre, elle s'adressait originellement à un nombre plus important. Il y a bien offre au public.

N° 21 : ÉTUDES DE CAS

Cas I

Ce cas met en relief la problématique de l'évaluation des actions de préférence. En effet, le plus souvent, le capital d'une société est composé de titres de même catégorie. L'évaluation unitaire de ces actions suppose donc simplement de connaître la valeur globale de la société et de la diviser par le nombre de titres. La présence d'actions de préférence remet en cause ce schéma puisqu'on ne peut pas présumer qu'une action ordinaire a la même valeur qu'une action de préférence. Parfois même, la valeur nominale des ADP, lors de leur émission, sera différente de celle des actions ordinaires.

Dans le cas présent, à l'émission :

- les actions ordinaires représentent : $750\,000 \text{ €} / 93\,750 = 8 \text{ €}$;
- les actions de préférence représentent : $100\,000 \text{ €} / 10\,000 = 10 \text{ €}$

La société vaut aujourd'hui 2 750 000. Si la proportion entre la valeur des ADP et des actions ordinaires est conservée, cela signifie que :

- les actions ordinaires représentent $(750\,000/850\,000) \times 2\,750\,000 = 2\,426\,470 \text{ €}$, soit 25,88 € par action ordinaire ;
- les ADP représentent $(100\,000/850\,000) \times 2\,750\,000 = 323\,530 \text{ €}$, soit 32,35 € par ADP.

Cas II

Même si cette solution est loin d'être optimale (le mieux étant probablement de créer deux sociétés, l'une gérant le fonds et l'autre l'immobilier), elle est tout à fait envisageable.

On proposera la solution suivante (ce schéma n'est pas le seul répondant au cahier des charges de l'énoncé) :

- création d'une société avec 2 catégories d'ADP nommées « I » pour la représentation des droits sur l'immeuble et « A » pour les droits sur le fonds de commerce ;
- les ADP « I » vont conférer des droits pécuniaires calculés par rapport aux revenus de l'immeuble. Le droit de vote attaché aux ADP « I », permettra de se prononcer aux AG de la société exclusivement sur les décisions affectant l'immeuble. En cas de dissolution anticipée de la société, ces ADP donneront droit à l'attribution de l'immeuble ;
- parallèlement, les ADP « A » vont conférer des droits pécuniaires calculés par rapport aux revenus du fonds. Le droit de vote attaché aux ADP « A », permettra de se prononcer aux AG de la société exclusivement sur les décisions affectant l'exploitation commerciale. En cas de dissolution anticipée de la société, ces ADP donneront droit à l'attribution du fonds de commerce ;
- il est en outre possible, afin de préserver un équilibre de donner à chaque catégorie d'ADP, un droit de contrôle sur les décisions graves de l'autre catégorie ; exemple : droit de veto des ADP « A » en cas de vente de l'immeuble et droit de veto réciproque des ADP « I » en cas de vente de l'activité commerciale.

CHAPITRE 10

LE FINANCEMENT PAR COMPTE COURANT

N° 22 : ÉTUDE DE CAS

Déductibilité par Grosdoc SA

On se placera en 2009 pour résoudre le cas.

Les intérêts réellement versés à l'associé se montent à 7,5 % de 120 000 €, soit 9 000 €.

On constate que le plafond posé par la loi fiscale s'agissant de sociétés relevant de l'IS est ici dépassé.

Le taux d'intérêt est plafonné à 6,21 %.

Il faut donc réintégrer dans le bénéfice imposable la part des intérêts excédant ce plafond.

Intérêts versés : 9 000 €

Part déductible : 7 452 €

Part non déductible : 1 548 €

CHAPITRE 11

LE FINANCEMENT PAR LE CRÉDIT

N° 23 : ÉTUDE DE CAS

Question 1 : Nature juridique du prêt

• Problème de droit

Pour obtenir juridiquement le versement, ou remise, des sommes faisant l'objet du prêt, dans le cas où la banque refuserait celui-ci, M. Nardo doit exiger l'exécution en nature d'une obligation contractuelle. La question juridique qui se pose alors est de savoir si ledit versement constitue une obligation contractuelle (à la charge du prêteur bien sûr).

- **Règles de droit**

En principe, la remise des fonds n'est pas une obligation née du contrat mais une condition de formation de celui-ci. En effet, le prêt est un contrat réel, de sorte que la remise de la chose par le prêteur à l'emprunteur participe de la formation du contrat. La promesse de prêt inexécutée n'est donc sanctionnée que par des dommages-intérêts et non par une exécution forcée en nature. Depuis quelques années, la Cour de cassation estime cependant que le prêt consenti par un professionnel, n'est pas un contrat réel, mais consensuel. Aussi, la remise des fonds constitue une obligation à la charge de ce professionnel.

- **Application du droit aux faits**

En l'espèce, en principe, M. Nardo ne pourrait pas obtenir l'exécution forcée en nature, c'est-à-dire le versement des fonds, puisque le prêt est un contrat réel et, qu'en conséquence, la remise des fonds n'est pas une obligation née du contrat. Le prêteur est toutefois une banque, donc un professionnel. Aussi, par application de la jurisprudence de la Cour de cassation, le prêt consenti en l'espèce n'est pas un contrat réel, mais un contrat consensuel. La remise des fonds est alors une obligation contractuelle susceptible d'exécution forcée en nature.

- **Conclusion**

M. Nardo pourrait obtenir le versement des fonds.

Question 2 : Paiement du taux d'intérêt conventionnel

- **Problèmes de droit**

Pour ne pas payer les intérêts convenus entre les parties, l'emprunteur doit soit obtenir l'anéantissement du prêt, soit contester la validité du taux stipulé. Aussi, envisagerons-nous dans un premier temps l'anéantissement du prêt à la suite de la résolution de la vente et, dans un second temps, la validité du taux.

a) *Anéantissement subséquent du contrat de prêt*

- **Règles de droit**

Si, en principe, l'emprunteur décide librement de la destination des fonds prêtés, le contrat peut obliger l'emprunteur d'affecter les fonds à une utilisation déterminée. Lorsque le prêt est consenti à un professionnel, le sort de ce prêt n'est pas lié à celui du contrat financé. Les deux conventions sont distinctes, autonomes. Aussi, l'emprunteur ne peut-il pas se prévaloir de l'anéantissement du contrat financé pour se dégager de son obligation de payer les intérêts du prêt.

- **Application du droit aux faits**

En l'espèce, le contrat oblige l'emprunteur d'affecter les fonds à l'acquisition de matériel d'exploitation. Pour autant, le prêt et la vente sont deux contrats autonomes. Aussi, M. Nardo, ne saurait se prévaloir de la résolution du contrat de vente pour obtenir l'anéantissement subséquent du contrat de prêt.

- **Conclusion**

Malgré la résolution de la vente, le contrat de prêt est maintenu entre les parties, de sorte que M. Nardo reste tenu du paiement des intérêts conventionnels.

b) *Validité du taux conventionnel*

- **Règles de droit**

Le Code civil exige que le taux d'intérêt conventionnel soit fixé par écrit (art. 1907, al. 2). L'article L. 313-2 du Code de la consommation dispose que le taux effectif global (TEG) doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt. Même s'il figure dans le Code de la consommation, ce dernier texte est applicable entre professionnels (voir CMF, art. L. 313-4). Combinant les deux règles sus énoncées, la Cour de cassation décide que le taux devant être fixé par écrit est le TEG. Cette dernière exigence est sanctionnée par la nullité du taux conventionnel et son remplacement par le taux d'intérêt légal à compter de la date du prêt.

• Application du droit aux faits

En l'espèce le taux d'intérêt conventionnel est indiqué par écrit, mais il ne s'agit pas du TEG. Aussi, bien que le contrat soit conclu entre professionnels, le banquier peut seulement prétendre au paiement du taux d'intérêt légal.

• Conclusion

M. Nardo, contestant la validité du taux stipulé, pourrait obtenir de ne pas payer le taux conventionnel, mais il serait tout de même tenu au paiement du taux d'intérêt légal.

N° 24 : ÉTUDE DE CAS

Question 1

On rappellera que le taux recherché intègre l'ensemble des paramètres de revenus de l'obligation.

a) L'obligation X rapporte chaque année 4 € + 10 € au moment du remboursement, soit $[(4 \times 8) + 10] = 42$ € pour 90 € investis. Le taux de rendement annuel est de $[(42/90) \times 100]/8 = 5,83$ %.

b) L'obligation Y rapporte au moment de son remboursement :

- 6 coupons de 10 € soit 60 € ;
- capital remboursé : $(200 \times 1\,342)/1\,167 = 230$, soit 30 € de plus que le montant nominal ;
- gain total sur 6 années = 60 + 30 = 90 €.

Le rendement annuel est de $((90/6)/200) \times 100 = 7,5$ %.

c) L'obligation Z permettra de dégager un gain de 45 € au remboursement, soit ramené à l'année, 7,50 €. Le rendement est de $(7,5/75) \times 100 = 10$ %.

Question 2

a) Émission sur 10 ans

Année	Capital amorti	Intérêts payés	Charge totale
1	0	75 000	75 000
2	0	75 000	75 000
3	0	75 000	75 000
4	0	75 000	75 000
5	0	75 000	75 000
6	0	75 000	75 000
7	0	75 000	75 000
8	0	75 000	75 000
9	0	75 000	75 000
10	1 500 000	75 000	1 575 000
Total sur 10 ans	1 500 000	750 000	2 250 000

b) Émission sur 15 ans

Année	Capital amorti	Intérêts payés	Charge totale
1	100 000	75 000	175 000
2	100 000	70 000	170 000
3	100 000	65 000	165 000
4	100 000	60 000	160 000
5	100 000	55 000	155 000
6	100 000	50 000	150 000
7	100 000	45 000	145 000
8	100 000	40 000	140 000
9	100 000	35 000	135 000
10	100 000	30 000	130 000
11	100 000	25 000	125 000
12	100 000	20 000	120 000
13	100 000	15 000	115 000
14	100 000	10 000	110 000
15	100 000	5 000	105 000
Total sur 15 ans	1 500 000	600 000	2 100 000

La seconde émission à amortissement linéaire est moins coûteuse pour la société émettrice.

Question 3

- Coupon 2008 : 0,5 €
- Total : 750 €
- Prélèvements sociaux à 12,1 % : 90,75 €
- IR à 18 % : 135 €
- Total : 225,75 €

CHAPITRE 12**LE FINANCEMENT PAR LA MOBILISATION DE CRÉANCES****N° 25 : ÉTUDE DE CAS****■ Résumé des faits**

L'énoncé fait état de trois contrats distincts. Un contrat de transport conclu entre l'entreprise Toutransport et l'entreprise PiècesAuto ; un contrat de vente conclu entre ces deux mêmes parties ; un contrat d'affacturage conclu, antérieurement aux deux précédents, entre Toutransport et un établissement de crédit. Le 1^{er} juillet, Toutransport livre la marchandise en exécution dudit contrat de transport. Le 5 juillet, l'affactureur accepte la créance de transport à lui remise par son adhérent (Toutransport) d'une part, et

paiement du montant de cette créance à ce dernier. Le 2 juillet, ledit contrat de vente est formé. Le 15 juillet, l'affactureur informe l'entreprise PiècesAuto de sa subrogation dans les droits du transporteur. Début octobre, la créance de transport vient à échéance, comme la créance du vendeur.

■ **Prétentions de l'affactureur**

L'affactureur souhaite obtenir paiement de la créance à lui transmise par le transporteur.

■ **Problèmes de droit**

L'affactureur peut-il obtenir paiement de ladite créance auprès de l'entreprise PiècesAuto ? Dans la négative, est-il en droit de demander paiement à son adhérent ? Avant de répondre à ces questions il convient tout d'abord de démontrer que l'affacturage peut-être mis en œuvre.

1. Mise en œuvre de l'affacturage

■ **Problème de droit**

L'affactureur peut-il invoquer l'opération d'affacturage pour obtenir paiement ?

■ **Règles de droit**

L'affacturage peut être une opération ponctuelle, portant sur une seule créance. Généralement il porte sur toutes les créances de l'adhérent. Généralement aussi, la convention d'affacturage stipule une clause de globalité ou d'exclusivité. Pour autant, le factor n'est pas tenu d'accepter toutes les créances proposées par l'adhérent. Les créances non-acceptées par l'affactureur peuvent toutefois être recouvrées par lui en qualité de mandataire. Dans ce cas, il ne devient pas propriétaire de créances, de sorte qu'il ne dispose pas de droit personnel au paiement.

■ **Application du droit aux faits**

En l'espèce, il semble que la convention d'affacturage porte sur l'ensemble des créances du transporteur. On ignore si elle prévoit une clause d'exclusivité, mais il est certain que la créance litigieuse est appréhendée par le contrat d'affacturage. Enfin, celle-ci n'a pas été rejetée par le factor. Le régime de l'affacturage s'applique donc.

■ **Conclusion**

L'affactureur dispose d'un droit personnel au paiement de la créance de transport en vertu du contrat d'affacturage.

2. Droit de l'affactureur contre le tiers débiteur

■ **Règles de droit**

Lorsque l'affacturage repose sur le mécanisme de la subrogation, l'affactureur (le subrogé), par le paiement effectué des créances à son adhérent, se substitue dans les droits, privilèges ou hypothèques de celui-ci (le subrogeant) contre le tiers débiteur. L'affactureur ne pourra se substituer à l'adhérent que s'il est en possession d'une quittance subrogative remise par ce dernier. Il devient alors propriétaire des créances ; en cette qualité, la subrogation est opposable au tiers à la date du paiement de l'adhérent par l'affactureur.

Parce que la créance est transmise avec ses qualités, mais aussi ses vices, le débiteur peut opposer à l'affactureur les exceptions qu'il aurait pu invoquer à l'encontre de l'adhérent. Les exceptions non-inhérentes à la créance transmise ne sont opposables que si elles sont antérieures à la subrogation. Il en est ainsi de la compensation légale lorsque ces conditions d'application – l'existence de dettes réciproques, liquides, certaines et exigibles – sont réunies avant la subrogation. Dans ce cas, elle opère de plein droit, même si elle doit être invoquée. Selon certains auteurs, la compensation légale postérieure à la subrogation est toutefois opposable s'il existe un lien de connexité entre la créance cédée et la créance dont se prévaut le débiteur cédé. Sont connexes les dettes nées d'un même rapport de droit ou appartenant à un ensemble contractuel unique encadrant les relations entre les parties.

■ **Application du droit aux faits**

En l'espèce, l'affacturage repose sur le mécanisme de la subrogation. En conséquence, le factor est propriétaire de la créance transmise par Touttransport et peut en demander le paiement, à son échéance, à l'entreprise PiècesAuto ; d'autant qu'il dispose d'une quittance subrogative. La subrogation est alors opposable à PiècesAuto au jour du paiement de l'adhérent par l'affactureur, soit le 5 juillet.

Toutefois, parce qu'il est subrogé, la créance est transmise à l'affactureur avec ses qualités mais aussi ses vices. L'entreprise PiècesAuto, peut lui opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à son cocontractant. À ce titre, elle ne manquera pas d'opposer la compensation entre, d'une part, la créance de transport et, d'autre part, celle découlant de la vente de pièces détachées.

La compensation est cependant postérieure à la subrogation. Celle-ci date du 5 juillet, tandis que les conditions de la compensation ne seront réunies qu'à l'échéance des créances réciproques. Il importe peu que l'information de PiècesAuto, à propos de la transmission de la créance litigieuse, ait eu lieu postérieurement à la vente. En effet, la subrogation est opposable au tiers à la date du paiement de l'adhérent par l'affactureur.

Enfin, la compensation postérieure à la subrogation n'est pas opposable parce que les créances réciproques ne sont pas connexes puisque nées de contrats distincts, sans lien entre eux.

■ **Conclusion**

L'affactureur est en droit d'agir en paiement contre l'entreprise PiècesAuto, sans que celui-ci puisse lui opposer la compensation entre la créance de transport et celle découlant de la vente.

3. Droit de l'affactureur contre l'adhérent

■ **Règles de droit**

En droit, l'affactureur subrogé ne dispose d'aucun recours contre l'adhérent, du moins lorsqu'il s'agit d'un affacturage traditionnel par lequel l'affactureur garantit la bonne fin de l'opération. En revanche, si la convention prévoit un recours, la garantie de la bonne fin est alors exclue ; de sorte que l'affactureur dispose d'un recours contre l'adhérent dans le cas où le tiers débiteur ne paierait pas à l'échéance.

■ **Application du droit aux faits**

En l'espèce, l'énoncé ne précise pas si la convention d'affacturage exclue ou pas la garantie de bonne fin. Aussi, la solution dépend-elle du contenu de la convention.

■ **Conclusion**

Si la convention d'affacturage ne garantit pas la bonne fin de l'opération, alors l'affactureur est en droit d'exiger le paiement à l'adhérent.

CHAPITRE 13

LES NOUVEAUX INSTRUMENTS DE FINANCEMENT

N° 26 : ÉTUDE DE CAS

Cas I : Conversion d'OCA

Il est difficile de prendre un parti scientifiquement démontrable puisque l'on ne connaît pas ce que sera l'évolution de la valeur des actions au-delà de mai 2007.

Toutefois, plusieurs facteurs militent en faveur de la non-conversion.

En effet, si le remboursement devait avoir lieu aujourd'hui, M. Y se verrait rembourser 18 € par obligations + gain lié à l'indexation + prime de remboursement soit 24,42 €. S'il conserve jusqu'au remboursement ses OCA, il percevra un coupon annuel de 0,63 €.

Si en revanche il convertissait en mai 2007 ses obligations, il recevrait 2 actions d'une valeur globale de 17,4 € et par la suite un dividende manifestement inférieur au coupon des OCA.

Compte tenu de la proximité de l'échéance, il peut être hasardeux de parier sur une forte hausse de l'action.

Cas II : Effet de levier BSA

1. Le BSA va en principe se négocier 15 € dans le premier cas (42 - 27). Dans le second cas, la valeur du BSA est nulle car le prix d'exercice est supérieur à la valeur de marché.
2. L'action de la société Lambda vaut au minimum 350 € puisque M. X accepte de payer 200 € le droit d'acheter une action à 150 €. Cela signifie que, pour acquérir l'action, il devra payer : $200 + 150 = 350$ €.

Cas III : Effet de levier BSA

Au mois 1, l'action a gagné 2 € par rapport au prix de 38 €, ce qui représente une hausse de 5,2 %. Dans le même temps, le BSA, qui valait 3 €, vaut 5 € ce qui représente une hausse de plus de 66 % de sa valeur. On perçoit bien le caractère très spéculatif des options.

Mois	Valeur action	Valeur BSA	% var. action/valeur au jour de l'achat	% var. BSA / valeur au jour de l'achat
Achat	38	3	sans objet	sans objet
1	40	5	+ 5,2 %	+ 66,6 %
2	42	7	+ 10,5 %	+ 133,3 %
3	48	13	+ 26,3 %	+ 333,3 %
4	40	5	+ 5,2 %	+ 66,6 %
6	35	0	- 7,9 %	- 100 %
7	30	0	- 26,6 %	- 100 %

CHAPITRE 14

LA NOTION DE GROUPE ET SES STRUCTURES

N° 27 : ÉTUDE DE CAS

Étape 1. Monsieur G. crée une société (SAS de préférence). Il apporte à cette société pour 390 000 € d'actions de la SA, ce qui représente 52 % du capital de celle-ci.

Son épouse apporte les 15 % d'actions qu'elle détient, soit une valeur de 112 500 €.

Monsieur G apporte également pour 105 000 € de parts de la SCI, ce qui représente 52,5 % de son capital.

Étape 2. La SAS créée dispose d'un capital social de 607 500 €. Ses associés sont M. G pour 81 % environ et Mme G pour 19 %.

Étape 3. La SAS détient 67 % de la SA, soit une majorité qualifiée permettant les modifications statutaires. Cette même SAS détient 52,5 % du capital de la SCI.

Étape 4. Il reste à M. G à répartir entre ses héritiers les actions de la holding, laquelle contrôle les deux sociétés, immobilière et d'exploitation.

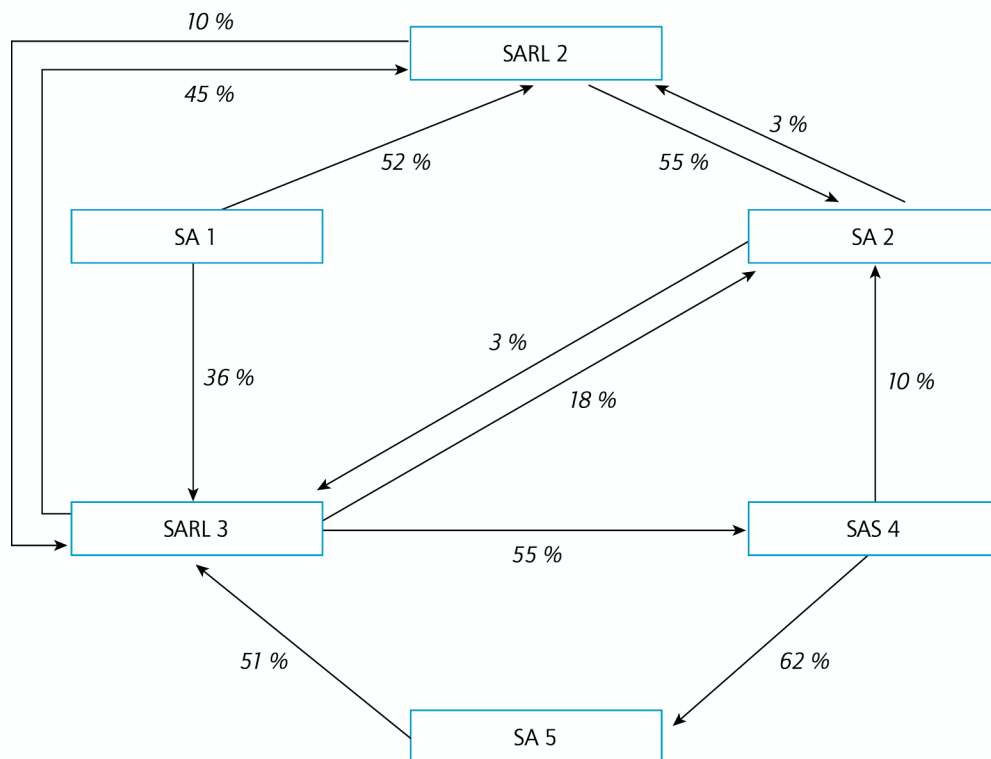
N° 28 : ÉTUDE DE CAS

1. La situation est prohibée par l'article L. 233-29. Chaque SA dispose d'un an pour aliéner sa participation dans l'autre et la ramener à 10 %.

2. Aucune limite n'est fixée puisque le « face à face » concerne une SARL et une SCI, situation non prévue par le code.
3. Application de l'article L. 233-30 : la situation est licite puisque aucune des sociétés n'excède le seuil de 10 %.
4. L'article L. 233-31 ne trouve pas à s'appliquer car la société qui s'autocontrôle n'est pas une société par actions mais une SARL.
5. On est en présence d'un schéma circulaire qui laisse penser que la société 1 est en position de s'autocontrôler. Toutefois, la chaîne est rompue entre les sociétés 3 et 4 puisque la participation de 3 dans 4 est inférieure au seuil du contrôle. Ce schéma n'appelle donc aucune réglementation particulière.

N° 29 : CAS PRATIQUE

a) Organigramme du groupe



b) Autocontrôle

Le schéma fait apparaître quatre hypothèses d'autocontrôle.

- entre la SARL 3, la SAS 4 et la SA 5, apparaît un autocontrôle indirect. La SARL n'est pas concernée car le texte de L. 233-31 ne lui est pas applicable. En revanche, la SA et la SAS s'autocontrôlent indirectement. Par conséquent la SAS 4 ne votera pas dans les assemblées de la SA 5 ; de même, la SARL 3 ne votera pas aux assemblées de la SAS 4 ;
- entre la SA 2 et la SARL 3, participation réciproque directe régie par L. 233-30 ; la SARL ne peut détenir plus de 10 % de la SA. Il faut par conséquent régulariser la situation ;

- entre la SARL 2 et la SA 2, on retrouve exactement le même schéma que précédemment. Soit la participation de la SARL dans la SA passe en dessous des 10 %, soit celle de la SA dans la SARL est réduite à zéro ;
- entre la SARL 2 et la SARL 3, la réglementation des participations réciproques ne trouve pas à s'appliquer car il s'agit de deux SARL.

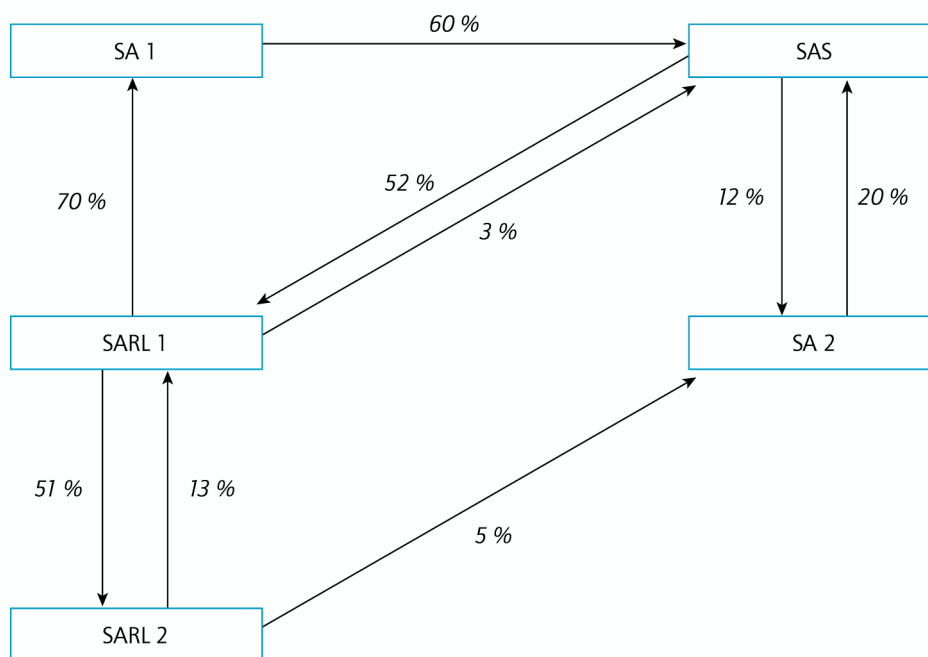
CHAPITRE 15

LES MODALITÉS DE CONSTITUTION DES GROUPES

N° 30 : Étude de cas

1. Organigramme

Représenté par le schéma suivant :



■ Analyse

- La SA 1 contrôle directement la SAS, et indirectement la SARL 1, la SARL 2 et... elle-même.
- La SAS contrôle directement la SARL 1, indirectement la SA 1, la SARL 2 et elle-même.
- La SARL1 contrôle directement la SA 1 et la SARL 2, indirectement la SAS et elle-même.
- La SA2 n'est contrôlée, directement ou indirectement, par aucune des personnes morales du schéma.

2. Légimité et conséquences des participations décrites

■ Participations réciproques directes (PRD)

- SARL 1/SAS : la PRD n'est pas valable ; entre une société par actions et une autre société, le maximum est de 10-10. À défaut d'accord, la SARL 1 doit aliéner sa participation dans la SAS.

- SARL 1/SARL 2 : la PRD est valable car elle concerne deux sociétés dont aucune n'est une société par actions.
- SAS/SA 2 : la PRD n'est pas valable puisqu'elle excède 10 %. Par conséquent, et à défaut d'accord contraire, la SAS devra aliéner sa participation dans la SA2.

■ **Participations réciproques indirectes (PRI)**

Une seule est recensée ici : celle entre la SA 1, la SAS et la SARL 1. La conséquence est que la SARL 1 ne votera à aucune des assemblées de la SA 1, et que la SA 1 ne votera à aucune des assemblées de la SAS. En revanche, la SAS votera aux assemblées de la SARL, car cette société n'est pas concernée par la réglementation de l'autocontrôle.

3. Incidence de la prise de participation de SA1 dans SA2

SA 2 étant cotée, des obligations vont découler de cette prise de participation.

■ **Achat de 9 % de SA 2**

Il convient d'y ajouter les 12 % détenus par la SAS (car la SA 1 contrôle la SAS) et les 5 % détenus par la SARL 2 (car la SA 1 contrôle indirectement la SARL 2).

En effet comme l'énonce l'article L. 233-4 : « Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société. »

La SA 1 est donc réputée détenir $9 + 5 + 12 = 26$ % de la SA 2 (on ne tiendra pas compte des régularisations suite à PRD illégales).

Les obligations sont les suivantes :

- déclarer les franchissements des seuils :
 - 1/20^e soit 5 %
 - 1/10^e soit 10 %
 - 3/20^e soit 15 %
 - 1/5^e soit 20 %
 - 1/4 soit 25 %
- déclarer les intentions car passage des seuils du 1/10 et du 1/5^e.

■ **Achat de 22 %**

La participation totale de SA 1 dans SA 2 est de $22 + 5 + 12 = 39$ %, outre les obligations précédentes, il convient de déposer un projet d'offre publique portant sur les actions de la SA 2.

4. Cession de la participation de SARL1 dans SA 1

Cette cession a deux conséquences. Tout d'abord, elle casse la chaîne de l'autocontrôle entre la SA 1, la SAS et la SARL1 ; en effet, ce n'est plus la SARL qui détient 70 % de la SA 1, mais une société tierce. Par conséquent, toutes les actions d'autocontrôle retrouvent le droit de vote. La seconde conséquence est que le contrôle d'une société actionnaire (la SA 1) d'une SAS, est modifié ; cela peut entraîner l'application de l'article L. 227-17 du Code de commerce qui dispose :

« Les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure. »

5. Accords passés entre la SAS et la SARL2

L'interdiction de céder leur participation dans la SA 2 pendant trois exercices : l'accord est valable à condition d'être limité dans le temps. Sa sanction en cas de violation sera l'allocation de dommages et intérêts. Il n'est pas possible en principe d'obtenir la nullité des cessions contrevenant à la clause.

L'obligation de voter dans le même sens après concertation, aux AG de la société : c'est une convention de vote dont la validité est assujettie à ce qu'elle ne soit pas contraire à l'intérêt de la société et qu'elle soit limitée dans le temps. La sanction sera, pareillement, l'allocation de dommages-intérêts.

Sous certaines réserves, liées à l'imprécision de l'énoncé, il semble qu'un tel accord soit constitutif entre ses signataires, d'une action de concert.

6. Une société tierce souhaite prendre une participation dans la SA 2

Le mécanisme ici décrit est celui d'une convention de portage. On se reportera aux développements concernant ce point. La jurisprudence valide aujourd'hui ces conventions, qu'elle n'assimile plus à des clauses léonines.

N° 31 : CAS PRATIQUE

Au préalable, on notera qu'il s'agit de sociétés de taille moyenne, manifestement non cotées, ayant la même forme juridique. Compte tenu des éléments connus de l'énoncé, l'opération ne paraît pas soumise aux règles de contrôle internes ou européennes en matière de concurrence.

1. Évaluations et parité

■ Société X

La valeur nominale de ses titres est de 15 €. Son actif net est de 1 700 00 € (980 k€ + 578 k€ + 442 k€ – 300 k€), soit une valeur vénale par titre de 34 €. On remarquera que le capital social n'est pas intégré dans l'évaluation. Ni du point de vue de l'actif (sa valeur se retrouve dans les actifs cités), ni du point de vue du passif, même si au bilan il figure au passif, car c'est un passif dû aux associés.

■ Société Y

La valeur nominale de ses titres est de 14 €. La valeur vénale est de 27,2 €.

La parité d'échange est obtenue de la manière suivante :

$$P = \frac{VuX}{VuY}$$

Appliquée à notre cas, cette formule donne :

$$P = 34/27,2$$

$$P = 1,25$$

Concrètement cela signifie qu'il faudra 1,25 action de Y pour obtenir une action de X, ou, pour obtenir des nombres entiers, 125 actions de Y pour 100 actions de X.

2. Prime de fusion

Le montant nominal des titres de la société absorbante est de 15 €. Compte tenu de la parité d'échange, X va créer 1 action nouvelle de 15 € pour 1,25 de Y, soit $25\,000/1,25 = 20\,000$ actions nouvelles de 15 €.

Le montant de l'augmentation de capital sera de $20\,000 \times 15 = 300\,000$ €.

L'actif transféré par Y se montant à 680 000 €, la prime globale de fusion se monte à 380 000 €.

3. Procédure

On renverra ici aux développements ci-dessus.

À noter les étapes suivantes :

- Projet de traité adopté par les CA des deux SA.
- Intervention du commissaire à la fusion, obligatoire s'agissant de deux SA (sauf accord unanime contraire).

- Délibérations des assemblées des sociétés concernées dans les conditions modificatives des statuts (quorum 1/4 – majorité 2/3).
- Publicité de l'opération au RCS et dans un journal d'annonces légales.

4. Droits des salariés

Si la société Y comprend un comité d'entreprise, celui-ci devra être consulté sur l'opération. Toutefois, même s'il émettait un avis négatif sur l'opération, le fait pour les dirigeants de passer outre cet avis est sans conséquence sur la fusion. Cela signifie qu'il s'agit d'une mesure de simple information non contraignante.

En vertu de l'article L. 1224-1 al. 2 du Code du travail, les contrats de travail des salariés de Y sont transmis obligatoirement à la société absorbante. Les salariés, théoriquement, ne doivent pas souffrir de l'opération quant à leurs conditions de travail. Ceci est plus théorique que réel...

Retenons que les salariés ne sont pas des créanciers de la société en mesure de faire opposition à l'opération.

5. Clause figurant dans les statuts de la société absorbante

Il s'agit d'une clause d'agrément rédigée de manière très précise et s'appliquant aux ventes et donations de titres. *A priori* il n'y a pas de raison de penser que cette clause soit applicable à une fusion, laquelle ne constitue ni une vente, ni une donation, mais une transmission universelle de patrimoine suivie d'une augmentation de capital.

6. Les OCA

Les titulaires de tels titres exercent leurs droits dans la société absorbante. Le nombre de titres de capital auquel ils vont accéder par conversion de leurs obligations dans la société absorbante est simplement corrigé pour tenir compte de la parité de l'opération.

S'ils avaient exercé leurs droits dans la société Y, deux obligations étaient convertibles en 3 actions de Y. Compte tenu de la parité, 3 actions de Y équivalent à 2,4 actions de X.

Cela signifie qu'une obligation peut être convertie en 1,2 action de X après la fusion. En chiffres entiers 5 obligations sont convertibles en 6 actions de X.

7. Fiscalité

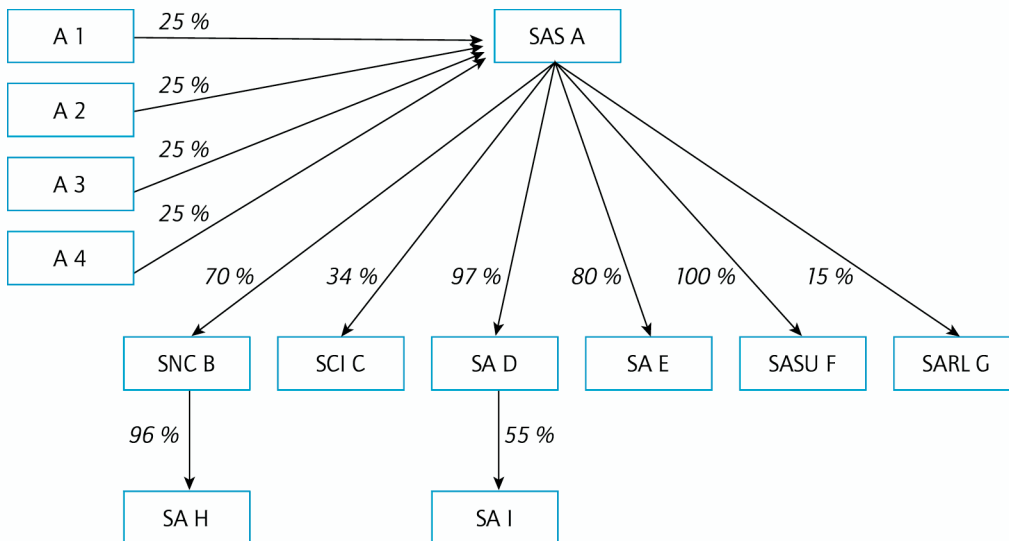
L'opération doit en principe bénéficier du régime fiscal de faveur. Compte tenu du capital social de la société (inférieur à 225 000 €), il sera perçu un droit fixe de 375 €.

CHAPITRE 16

LE CADRE JURIDIQUE DES GROUPES

N° 32 : Étude de cas

■ Schéma du groupe



1. Consolidation : sociétés tenues et périmètre

a) Sociétés tenues

Sont tenues de la consolidation les sociétés commerciales qui contrôlent, de manière exclusive ou conjointe, une ou plusieurs autres entreprises ou qui exercent une influence notable sur celles-ci. Le contrôle exclusif s'entend de la détention de la majorité des droits de vote ; l'influence notable est présumée dès que la société détient plus du 1/5 des droits de vote.

En théorie dans notre cas, seraient tenues d'établir des comptes consolidés :

- A car elle contrôle B, D, E et F et exerce une influence notable sur C.
- B car elle contrôle H.
- D car elle contrôle I.

Toutefois, une société ne doit pas établir de comptes consolidés si elle est, elle-même, comprise dans le périmètre de consolidation d'une autre. En l'occurrence, B et D, sont exclues de cette obligation car incluses dans le périmètre de consolidation de A.

b) Périmètre

Il comprend toutes les sociétés décrites dans le schéma ci-dessus à l'exception de G qui n'est détenue qu'à 15 %. C, détenue à 34 % entre dans la catégorie « influence notable » ; H et I sont indirectement contrôlés.

2. Intégration fiscale des filiales de A

La SAS A étant une société soumise à l'IS a la possibilité d'intégrer ses filiales détenues à plus de 95 %. De manière directe, seules D et F peuvent être intégrées.

I est détenue à 55 % par D, elle-même détenue à 97 %. D'après la règle applicable, I est indirectement détenue à 55 % par A, donc non intégrable fiscalement.

3. Acquisitions réalisées au cours de l'exercice

La participation de A dans C va passer de 34 % à 64 %. L'influence notable ne sera plus présumée, mais cela deviendra, du point de vue des obligations comptables, un cas de contrôle exclusif.

Les prises de participation peuvent également générer des obligations d'information et de consultation : information des associés de la SAS pour les 30 % pris dans le capital de la SCI (mais pas pour les 20 % pris dans la société étrangère ; voir exclusion art. L. 233-6 Code de commerce). Mention de cette prise de participation doit également figurer dans le rapport du commissaire aux comptes.

Il peut être également nécessaire de consulter le CE de la SAS (s'il en existe un) pour les deux acquisitions réalisées.

4. Les stock-options des salariés de D

D est filiale de A et mère de I. Par voie de conséquence, D est sœur de B, E et F (car soumise au même contrôle).

D'après l'article L. 225-180 du Code de commerce :

« des options peuvent être consenties :

- soit au bénéfice des salariés des sociétés dont 10 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société consentant les options ;
- soit au bénéfice des salariés des sociétés détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote de la société consentant les options ;
- soit encore au bénéfice des salariés des sociétés dont 50 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant, elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de la société consentant les options. »

Ce texte, appliqué au cas, signifie que les sociétés, mères, filles et sœurs de D peuvent consentir des options aux salariés de D.

Titulaires de ces options, et une fois celles-ci exercées, les salariés de D pourront devenir actionnaires de A (mère), I (filiale), E (sœur), H (sœur par contrôle indirect) ou F (sœur qui, dans ce cas, ne sera plus une société unipersonnelle).

B est exclue du schéma car il s'agit d'une SNC ne pouvant pas émettre d'options de souscription d'actions.

5. Action des créanciers de B

En principe leur seul débiteur est la société B.

Toute extension de leur gage aux autres sociétés du groupe, hors procédure collective, ne pourrait être basée que sur :

- la croyance légitime (théorie de l'apparence) ;
- une sûreté consentie par une société du groupe au profit du créancier ;
- la forme sociale de la société débitrice. S'agissant dans notre cas d'une SNC, les associés de celle-ci répondent indéfiniment et solidairement du passif social. Donc la SAS A pourra être inquiétée.

6. Conséquences des flux financiers intragroupes

Des avances non remboursables ont été faites par D filiale à A mère, à tel point que les capitaux propres de D commencent sérieusement à se réduire. Deux conséquences principales doivent être relevées :

■ Conséquences pénales

Dans la mesure où les deux sociétés ont des dirigeants communs. En principe, cette cannibalisation de la filiale peut être qualifiée d'abus de biens sociaux puisqu'il est porté atteinte de manière notoire à l'intérêt

de la société D. On sait également que selon la jurisprudence, le délit d'ABS peut ne pas être constitué si quatre conditions sont réunies :

1. les deux sociétés impliquées dans le flux anormal doivent appartenir au même groupe, ce qui est bien le cas ici ;
2. l'opération doit être commandée par une politique et une stratégie économique ou sociale commune mise en place au sein du groupe ; cet élément n'apparaît pas clairement dans l'énoncé ;
3. la filiale « ponctionnée » doit recevoir une forme de contrepartie, même si le contrat passé avec l'autre société est volontairement déséquilibré (une surfacturation est admissible, pas un prélèvement de trésorerie sans contrepartie) ; l'énoncé avance ici clairement que les contreparties sont inexistantes (caractère non remboursable des avances) ;
4. l'opération ne doit pas excéder les capacités financières de la société « victime ». Compte tenu de la sévère réduction des capitaux propres de D, on peut penser que cette condition n'est pas remplie.
5. En conclusion, il y a tout lieu de penser que le délit d'ABS pourra être retenu dans ce cas.

■ **Conséquences en cas de procédure collective touchant la société filiale**

L'anormalité des flux financiers entre les deux sociétés est probablement de nature à constituer une confusion des patrimoines au sens de l'article L. 621-2 al. 2 du Code de commerce. Par conséquent, on peut penser que la procédure affectant D viendra à toucher A.

De manière annexe, il est envisageable que les actionnaires de la filiale D demandent l'annulation des délibérations d'assemblée générale sur le fondement de la théorie de l'abus de majorité. Encore faut-il pour ce faire que les avances de trésorerie non remboursables aient été mises en place par une délibération d'AG. Il est également nécessaire que les conditions de l'abus de majorité soient réunies, ce qui est rare dans la jurisprudence.

CHAPITRE 18

LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE

N° 33 : ÉTUDE DE CAS

■ **Rappel de faits**

L'énoncé indique qu'Antoine souhaite céder son entreprise individuelle avant son départ à la retraite et en retirer un prix. Son objectif consiste donc à céder son entreprise à titre onéreux. Celle-ci a une nature commerciale. Elle comporte donc un fonds de commerce lequel est notamment constitué du matériel de bureau et d'un droit au bail. Elle comporte aussi un contrat de franchisage.

1. L'enregistrement de la promesse unilatérale de vente

■ **Problème de droit**

Avant de répondre directement à la question posée, il convient de savoir qu'elle est la nature du contrat préparatoire projeté, de même que l'objet d'un tel contrat.

■ **Règles de droit**

Le mode de transmission d'une entreprise individuelle est différent de celui d'une société parce qu'elle n'a pas d'existence juridique propre. Aussi, sa cession consiste toujours en la vente par l'entrepreneur des éléments de son patrimoine affectés à son entreprise. Ces éléments d'exploitation affectés sont généralement regroupés en trois ensembles obéissant à des règles distinctes : le fonds de commerce ; les immeubles ; les créances, les dettes et les contrats.

Souvent la vente d'un fonds de commerce est précédée d'un acte préparatoire, c'est-à-dire d'un avant-contrat. Celui-ci prend la forme, soit d'une promesse unilatérale de vente – seul le propriétaire s'engage à vendre –, soit d'une promesse synallagmatique de vente – les deux parties sont engagées, l'une

à vendre, l'autre à acheter. Lorsqu'elle est unilatérale, la promesse, qu'elle soit établie par acte sous seing privé ou authentique, doit être enregistrée auprès de l'administration fiscale dans les dix jours à compter de son acceptation par le bénéficiaire, et non à compter de la levée de l'option. À défaut, l'acte est nul (C. civ., art. 1589-2).

■ **Application du droit aux faits**

Antoine entend vendre son fonds de commerce. Le contrat préparatoire que souhaite conclure Stéphane, avant la conclusion d'un contrat définitif de vente, est une promesse unilatérale de vente. Seul Antoine serait tenu de vendre en effet, tandis que Stéphane disposerait d'un délai pour lever l'option, c'est-à-dire pour se décider à acquérir.

Aussi, pareille promesse doit-elle être enregistrée auprès de l'administration fiscale dans les dix jours à compter de son acceptation par Stéphane. Ce dernier a intérêt de procéder à cet enregistrement car, à défaut, la promesse serait nulle.

2. Le consentement du franchiseur

■ **Règles de droit**

Les contrats en cours au jour de la vente du fonds de commerce ne sont pas cédés de plein droit à l'acquéreur du fonds. Ils ne constituent pas un élément du fonds.

Le droit français ne prévoit pas de régime juridique général propre à la cession de contrat. Mais il est possible de prévoir conventionnellement la cession des contrats. Il s'agira soit d'une clause stipulée dans l'acte de vente du fonds et concernant spécifiquement les contrats ; ou encore d'un acte séparé de la vente. La Cour de cassation juge que la cession de contrat est possible, même si le contrat a été conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire pour lequel la personnalité du cocontractant est déterminante. Une condition est toutefois posée : le cocontractant (le cédé) doit consentir à la cession.

■ **Application du droit aux faits**

En l'espèce, le contrat concerné est celui de franchisage. Il ne fait pas partie du fonds de commerce ayant fait l'objet d'abord d'une promesse de vente, puis d'une vente définitive. La précaution que doit prendre Stéphane est d'obtenir l'accord du franchiseur car, à défaut la cession de pareil contrat ne serait pas valable.

Il faut ajouter en outre que ce contrat est indispensable à continuation de l'entreprise. Aussi, recommandera-t-on à Stéphane de stipuler dans l'acte de vente du fonds de commerce une condition suspensive, c'est-à-dire une clause par laquelle l'acquisition du fonds est conditionnée par le consentement du franchiseur à la cession du contrat de franchisage.

3. La cession des contrats de travail

■ **Règles de droit**

Lors d'une cession d'entreprise, qu'elle soit individuelle ou exploitée sous forme sociale, tous les contrats de travail en cours au jour de la cession subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise (C. trav., art. L. 1224-1). C'est dire que ces contrats sont cédés de plein droit au nouvel employeur.

■ **Application du droit aux faits**

En l'espèce, Antoine emploie deux salariés. Chacun d'eux est donc lié par un contrat de travail. Aussi, ces contrats se poursuivront-ils entre eux et Stéphane, leur nouvel employeur.

N° 34 : ÉTUDE DE CAS

Question 1. Prohibition des clauses léonines

■ **Problème de droit**

Le prix étant convenu avant la cession définitive, le promettant est assuré de ne pas contribuer aux pertes sociales jusqu'à ladite cession. Se pose alors la question de savoir si la promesse ne tombe pas sous le coup de la prohibition des clauses léonines.

■ Règles de droit

La première chambre civile de la Cour de cassation affirme la nullité des clauses fixant un prix minimal. En revanche, la chambre commerciale juge que le grief de clause léonine doit être écarté au motif que la cession a un prix convenu était indépendant de la contribution aux pertes. On rappellera que le litige né à l'occasion d'une cession de titres d'une société commerciale relève de la compétence des tribunaux de commerce, lesquels sont enclins à appliquer la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

■ Application du droit aux faits

En l'espèce, la promesse prépare une cession de titres d'une société commerciale (une société anonyme). En cas de litige, le tribunal de commerce serait donc compétent. Aussi, il convient de tenir compte de la jurisprudence commerciale.

En application de celle-ci, la cession n'encourrait pas la nullité, ne comportant pas de clause léonine.

Question 2. Clause de garantie d'actif

■ Problème de droit

En vertu de la clause de garantie d'actif, le cessionnaire est-il fondé à obtenir du cédant le paiement d'une somme d'argent égale au montant exigé par l'administration fiscale ?

■ Règles de droit

Les clauses de garantie d'actif sont valables. Elles ont donc force obligatoire. La jurisprudence exige cependant que le bénéficiaire soit de bonne foi. La Cour de cassation semble juger que la mauvaise foi du cessionnaire ne saurait être sanctionnée par la neutralisation de la garantie (c'est-à-dire son inefficacité), mais uniquement par l'allocation de dommages et intérêts (voir Cass. com., 10 juil. 2007, pourvoi n° 06-14.768).

■ Application du droit aux faits

M. Albers était, au moment de la cession, le président du conseil d'administration de la SA Bleudange. Sa mauvaise foi reste toutefois à prouver.

Dans l'hypothèse où est rapportée la preuve que M. Albers connaissait l'irrégularité ayant donné lieu à redressement fiscal, M. Dietrich pourrait invoquer l'obligation de loyauté du cessionnaire. Toutefois, en vertu de la jurisprudence citée, M. Albers serait en droit d'invoquer l'exécution de la clause de garantie. Il s'exposerait en revanche au paiement de dommages et intérêts.

N° 35 : ÉTUDE DE CAS

Droits sur la donation des parts de SCI : il sera considéré que la valeur des parts est de 350 000 €.

- En cas de donation en pleine propriété :
 - valeur transmise 350 000 € ;
 - abattement en ligne directe : 156 974 € ;
 - taxable : 193 026 € ;
 - droits à payer : 36 826 € ;
 - réduction de droits : 50 % ;
 - total dû : 18 413 €.
- En cas de donation de la seule nue-propriété :
 - valeur transmise : 210 000 € (60 % de la pleine propriété) ;
 - abattement en ligne directe : 156 974 € ;
 - taxable : 53 026 € ;
 - droits à payer : 8 826 € ;
 - réduction de droits : 35 % ;
 - total dû : 5 737 €.

- Droits sur les parts de l'EURL
 - valeur transmise : 150 000 € ;
 - abattement pour donation d'entreprise : 75 % ;
 - taxable : 37 500 € ;
 - abattement en ligne directe : 156 974 € ;
 - solde taxable : 0 € ;
 - reliquat d'abattement à valoir sur prochaine donation dans les 6 ans : 119 474 €.

N° 36 : ÉTUDE DE CAS

Ils vont acheter ce fonds par le biais d'une société (SARL par exemple) puis se répartir les parts numérotées (la numérotation des parts vise à rendre possible un échange ; dans le cas contraire, les parts seront considérées comme des biens fongibles dont l'échange ne signifie rien) de la manière suivante, en en démembrant la propriété et en échangeant la nue-propriété et l'usufruit respectifs. Ainsi :

- Monsieur reçoit les parts numérotées de 1 à 10 en nue-propriété ainsi que celles numérotées de 11 à 20 en usufruit ;
- Madame reçoit le solde, à savoir les parts 1 à 10 en usufruit et celles numérotées 11 à 20 en nue-propriété.

Une fois le montage réalisé, le dénouement s'opère comme suit :

1^{er} temps : au décès de Monsieur, la nue-propriété des parts 1 à 10 va à son héritier. L'usufruit des parts 11 à 20 va à Madame, et opère reconstitution de la pleine propriété des parts 11 à 20, en franchise de droits. Madame aura donc l'usufruit de la totalité des parts, ce qui lui permet d'exploiter le fonds ou l'immeuble.

2^e temps : au décès de Madame, l'usufruit des parts 1 à 10 repart sur la tête de l'héritier de Monsieur (reconstitution de la pleine propriété). La pleine propriété des parts 11 à 20 échoit à son héritier. Les deux héritiers se retrouvent à égalité de parts dans la société.

D'un point de vue fiscal, l'échange de l'usufruit des parts sociales entraîne la perception de droits de mutation à titre onéreux (au taux de 3 %, après abattement de 23 000 € sur l'ensemble des parts). Il est donc judicieux de prévoir d'échanger les parts sociales avant que la SARL n'ait acheté le fonds de commerce ; l'assiette des droits d'échange en sera d'autant réduite (tout dépendra ici du montant du capital social et de l'âge des associés ; à toutes fins utiles, la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique permet la création d'une SARL sans capital social minimum).

La validité du montage n'est pas assurée, ce qui explique la réticence de certains praticiens. Les principales objections proviennent tant de la technique utilisée que de la finalité du montage.

CHAPITRE 19

L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

N° 37 : ÉTUDE DE CAS

1. Juridiction compétente

■ *Problème de droit*

Il convient de rechercher quelle est la juridiction matériellement et territorialement compétente.

■ *Règles de droit*

Les règles concernant la compétence juridictionnelle sont édictées au titre de la procédure de sauvegarde mais s'appliquent à celle de redressement judiciaire.

La compétence en raison de la matière est celle du tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le tribunal de grande instance est compétent dans les autres cas.

La compétence territoriale, lorsqu'il s'agit de personnes morales, est celle du tribunal dans le ressort duquel la personne a son siège social. Mais il faut tenir compte du siège réel, c'est-à-dire du « centre des intérêts principaux » de la personne morale, lequel peut s'avérer différent du siège statutaire.

■ **Application du droit aux faits**

La société Constance est une société anonyme. Il s'agit donc d'une personne morale commerçante. Son siège social se situe à Lyon et l'énoncé n'indique pas un autre centre de ses intérêts principaux.

La société Constance étant commerçante et son siège social se situant à Lyon – sans que celui-ci ne soit contesté –, c'est le tribunal de commerce de Lyon qui est compétent.

2. Assignation en redressement judiciaire par un créancier

■ **Problème de droit**

Un créancier d'une entreprise en difficulté a-t-il le pouvoir d'assigner la juridiction compétente afin de voir ouvrir une procédure de redressement judiciaire ?

■ **Règles de droit**

En cas de cessation de paiement, le débiteur a l'obligation de saisir le tribunal. Le tribunal peut se saisir d'office. Enfin, les créanciers de l'entreprise débitrice ont la faculté de saisir le tribunal compétent en vue de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

■ **Application du droit aux faits**

L'Urssaf étant un créancier de la société Constance, elle est en droit de saisir le tribunal de commerce de Lyon pour demander l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

3. Conditions d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire

■ **Problème de droit**

Les conditions d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société Constance sont-elles réunies ?

■ **Règles de droit**

Les conditions d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire tiennent aux personnes pouvant en faire l'objet et au degré de difficulté justifiant pareille procédure.

Les personnes pouvant être soumises à une procédure de redressement judiciaire sont les personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale, les agriculteurs, les personnes exerçant une activité professionnelle indépendante et toutes les personnes morales de droit privé (C. com., art. L. 631-2).

Une procédure de redressement judiciaire ne peut être ouverte qu'à l'encontre d'une entreprise en état de cessation des paiements ; c'est-à-dire, aux termes de la loi, qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Le passif exigible se compose des dettes certaines, liquides et exigibles. L'actif disponible comprend notamment les éléments d'actif figurant au bilan, qui sont suffisamment liquides. Il s'agit bien sûr de la trésorerie, mais aussi de valeurs qui peuvent être immédiatement réalisées, telles qu'un effet de commerce échu ou escomptable, ou des titres de placement négociables.

■ **Application du droit aux faits**

La société anonyme Constance étant une personne morale de droit privé, elle peut, à ce titre, faire l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Il importe peu qu'elle soit concessionnaire du service public, dès lors que sa constitution et son fonctionnement sont gouvernés par des règles de droit privé, ce qui est le cas d'une société anonyme.

En revanche, elle n'est pas en état de cessation des paiements. Certes, si l'on s'en tient à sa trésorerie, son actif disponible ne permet pas de faire face à ses dettes certaines liquides et exigibles, c'est-à-dire son passif exigible. Toutefois, les lettres de change dont elle est bénéficiaire sont des effets de commerce

escomptables. Il convient donc de les prendre en compte dans la détermination de l'actif disponible. Ce faisant, le montant de celui-ci est supérieur au passif exigible, de sorte que la société Constance n'est pas en état de cessation des paiements.

■ **Conclusion**

Les conditions d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre de la société Constance n'étant pas réunies, pareille ouverture ne pourrait être obtenue par l'Urssaf. Si elle assignait ladite société mais ne parvenait pas à démontrer l'état de cessation des paiements, elle engagerait alors sa responsabilité civile.

4. Ouverture d'une procédure de sauvegarde

■ **Problème de droit**

Le problème de droit est double. Quelles sont les personnes en droit de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ? Les conditions d'ouverture de pareille procédure sont-elles réunies ?

■ **Règles de droit**

La saisine du tribunal en vue de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde est réservée à l'entreprise débitrice.

Les personnes pouvant faire l'objet d'une telle procédure sont les mêmes qu'en matière de redressement judiciaire (voir *supra*).

Le débiteur peut obtenir une procédure de sauvegarde si, sans être en cessation des paiements, il éprouve des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter (depuis l'ordonnance de 2008, le débiteur n'est pas tenu de démontrer que les difficultés sont de nature à le conduire à la cessation des paiements). Cette procédure ne concerne donc pas les entreprises déjà en état de cessation des paiements.

■ **Application du droit aux faits**

L'Urssaf ne saurait solliciter du tribunal l'ouverture d'une procédure de sauvegarde puisqu'elle n'est pas le débiteur mais un créancier.

En revanche, la société Constance pourrait formuler pareille sollicitation auprès du tribunal de commerce de Lyon. En effet, la loi réserve cette possibilité aux débiteurs qui, notamment, sont des personnes morales de droit privé, ce qui est le cas de la société Constance.

Enfin, il a été montré que cette dernière n'est pas en état de cessation des paiements, ce qui plaide en faveur de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Mais il lui reste encore à démontrer qu'elle éprouve des difficultés de nature à la conduire à la cessation des paiements et qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, sans avoir à démontrer, en revanche, un risque de cessation de paiements. L'énoncé ne permet pas d'apporter des éléments en faveur ou défaveur d'une telle démonstration.

N° 38 : ÉTUDE DE CAS

■ **Résumé des faits**

La SA MagicGlisse fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Les actes présentés dans l'énoncé ont été accomplis antérieurement à l'ouverture de la procédure.

■ **Problème de droit**

Parce qu'une procédure de redressement a été ouverte à l'encontre de la SA MagicGlisse, il convient de rechercher si les actes accomplis avant le jugement d'ouverture encourent la nullité, c'est-à-dire sont susceptibles d'être anéantis.

■ **Règles de droit**

Les dispositions légales relatives au redressement judiciaire instaurent une période, qui court de la cessation des paiements au jugement d'ouverture, durant laquelle elle suspecte de fraude les actes

accomplis par le débiteur. Ces actes accomplis durant la période dite suspecte encourent la nullité. La nullité peut être demandée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public (C. com., art. L. 632-4).

Pour certains actes, le tribunal saisi n'a pas le pouvoir de vérifier la fraude – on parle de nullité de droit (ou objective, ou automatique) –, tandis que pour d'autres il doit vérifier la fraude – on parle de nullité facultative. Ces nullités conduisent à la reconstitution de l'actif du débiteur par la réintégration des biens dans le patrimoine de ce dernier après restitution par les créanciers concernés.

■ **Problème de droit précisé**

Il convient de rechercher si les actes litigieux ont été accomplis durant la période suspecte et, dans l'affirmative, s'ils sont susceptibles d'encourir la nullité de droit ou facultative.

■ **Règles de droit précisées**

Encourent la nullité de droit notamment les actes suivants, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements :

- tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;
- tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ;
- tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession de créance professionnelle ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires.

Encourent la nullité, si le tribunal le juge opportun, notamment les paiements pour dettes échues et les actes à titre onéreux, réalisés à compter de la date de cessation des paiements et autres que ceux sanctionnés par une nullité de droit.

■ **Application du droit aux faits**

En l'espèce la période suspecte a commencé le 16 février 2008, pour se terminer au jour de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit le 20 octobre de la même année.

Le 25 août 2008, la SA MagicGlisse, a payé une créance avant l'échéance prévue au contrat. En effet, le paiement est intervenu le 20 juillet alors que selon le contrat il devait intervenir après cette date. En outre, le paiement a été accompli pendant la période suspecte. Il s'agit d'un paiement pour dette non échue. En vertu de la règle sus-énoncée au titre des nullités de droit, le paiement du fournisseur est nul. Le mode de paiement – par chèque en l'espèce – importe peu. Enfin, le juge doit prononcer automatiquement la nullité sans avoir à apprécier la fraude.

Le 22 février 2009, la société a réglé par chèque une facture à l'échéance prévue au contrat. Certes, il s'agit d'un contrat commutatif, mais l'énoncé ne précise pas que le prix payé excède notablement la valeur de la prestation réalisée par le fournisseur. Par ailleurs, la dette payée était bien échue au jour du paiement et son mode de paiement fut normal. Même si l'acte a été accompli durant la période suspecte, il n'encourt donc pas une nullité de droit. Il n'encourt pas davantage une nullité facultative, même s'il s'agit d'un paiement pour dette échue, puisqu'il a été réalisé au moyen d'un chèque.

Le 15 décembre 2009, la société a vendu l'un de ses immeubles pour un prix inférieur à sa valeur. Mais l'acte n'est pas intervenu durant la période suspecte. Il n'encourt donc aucune nullité, ni de droit, ni facultative.

■ **Conclusion**

Seul le paiement intervenu le 25 août 2009 est susceptible d'être remise en cause, en l'occurrence par une nullité de droit.

CHAPITRE 20

LA FIN DE L'ENTREPRISE

N° 39 : ÉTUDE DE CAS

■ *Rappel des faits*

M. Bienheureux a cessé son activité de commerçant puisqu'il a apporté son fonds de commerce à une société.

■ *Problème de droit*

M. Bienheureux est-il en droit de s'opposer au paiement des cotisations sociales calculées sur la base d'une année durant laquelle il n'a eu aucune activité puisqu'il l'a cessée ?

■ *Règle de droit*

Le commerçant qui cesse son activité est tenu de déclarer pareille cessation au greffe du tribunal qui tient le registre du commerce et des sociétés (RCS). Par cette déclaration, il doit demander sa radiation dès lors que la cessation est totale. Elle doit alors être effectuée dans le délai d'un mois avant la cessation d'activité ou dans le délai d'un mois à compter de celle-ci.

Le commerçant qui n'a pas déclaré sa cessation d'activité ne saurait se prévaloir d'une telle cessation auprès des tiers et administrations publiques ; sauf s'il parvient à démontrer que ceux-ci avaient une connaissance personnelle de l'événement. Par ailleurs, les tiers et administrations publiques sont en droit de se prévaloir de la cessation, dès lors qu'ils en ont eu personnellement connaissance (C. com., art. L. 123-9).

■ *Application du droit aux faits*

En l'espèce, M. Bienheureux n'a pas déclaré auprès du greffe sa cessation d'activité et n'a donc pas demandé sa radiation du RCS. Pourtant, il en avait l'obligation puisqu'il est commerçant et que l'apport en société de son fonds de commerce conduit à la cessation de son activité de commerçant. Par ailleurs, l'énoncé n'indique pas que la Sécurité sociale aurait eu une connaissance personnelle dudit apport en société.

En conséquence, M. Bienheureux ne saurait se prévaloir de sa cessation d'activité auprès de la Sécurité sociale. Il ne peut s'opposer à la demande de paiement formulée par celle-ci.

CHAPITRE 21

LES ASSOCIATIONS LOI 1901

N° 40 : ÉTUDE DE CAS

■ *Problèmes de droit*

Face à un projet de constitution d'une association, il convient de rechercher si ce projet est conforme à la loi du 1^{er} juillet 1901 et, dans la négative, les sanctions qui pourraient être encourues si, malgré tout, le projet était poursuivi.

1. Conformité de l'association à la loi de 1901

a) *Déclaration de l'association*

• *Règles de droit*

La création d'une association ne nécessite aucune formalité particulière. La déclaration à la préfecture, suivie d'une publicité, n'est pas exigée à titre de validité par la loi de 1901, mais uniquement comme une condition d'obtention de la personnalité morale. En conséquence, l'association non déclarée est valable, mais n'a pas la personnalité juridique.

• Application du droit aux faits

En l'espèce, Antoine nous expose ne pas vouloir procéder à la déclaration de l'association qu'il entend créer avec ses amis. Sur ce point, le projet d'Antoine est conforme à la loi de 1901, mais ce dernier doit avoir conscience que le groupement créé n'aura pas la personnalité juridique.

b) *Activité de l'association*

• Règles de droit

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». Aussi, si l'association peut exercer, accessoirement, une activité lucrative, il lui est interdit en revanche de partager les bénéfices qui en sont retirés.

• Application du droit aux faits

En l'espèce, Antoine entend créer une association avec des amis ingénieurs ; et l'objet principal serait de mettre au point des inventions susceptibles d'application industrielle. Il s'agit donc bien de mettre en commun d'une façon permanente des connaissances ainsi qu'une activité. En cela, le projet est conforme à la loi de 1901.

En revanche, le projet n'est pas conforme à la dite loi en ce que l'activité habituelle consisterait aussi à tirer profit des brevets déposés par la concession de licences d'exploitation contre rémunération. D'une part, il s'agit là d'actes de commerce accomplis de façon habituelle. D'autre part, les bénéfices ainsi retirés seraient partagés entre les sociétaires ce qui est interdit. Et il convient à présent d'envisager les sanctions encourues si le projet d'Antoine était malgré tout poursuivi.

2. Sanctions

a) *Requalification de l'association*

Une association qui exerce de façon habituelle des actes de commerce court le risque de se voir appliquer les règles du droit commercial. Et si, en outre, les bénéfices sont partagés, elle risque d'être requalifiée de société commerciale par son objet. Plus précisément, il s'agirait d'une société créée de fait puisque, partageant les bénéfices, les sociétaires se comporteraient en fait comme les associés d'une société. Pareille société créée de fait n'aurait pas la personnalité morale, d'autant que l'association voulue par Antoine ne serait pas déclarée.

b) *Responsabilité pénale des administrateurs*

Il convient enfin d'informer Antoine que constitue une contravention de cinquième classe le fait d'offrir, de façon habituelle, des produits à la vente, les vendre ou fournir des services, si ces activités ne sont pas prévues par les statuts de l'association. La responsabilité pénale est certes encourue par l'association, mais faut-il encore que celle-ci ait la personnalité morale, ce qui n'est pas le cas de l'association qu'entend créer Antoine (voir *supra*). Toutefois, la responsabilité pénale serait encourue par les administrateurs de l'association.

N° 41 : ÉTUDE DE CAS

1. Le simple fait que la gestion de l'association soit intéressée, la soumet aux impôts commerciaux ; l'exercice d'une activité concurrentielle ne fait que conforter cette analyse. Dès lors, le fait qu'elle exerce son activité dans des conditions différentes de celles des autres entreprises du secteur, est sans incidences.
2. Dans ce cas, les trois indicateurs conduisent au caractère non lucratif de l'activité : gestion désintéressée + absence de concurrence + conditions d'exercice différenciées. L'association sera exonérée des impôts commerciaux.
3. Ce cas est plus délicat. Le caractère désintéressé nous oblige à nous interroger sur le caractère concurrentiel de l'activité. Celle-ci étant concurrentielle, il faut obligatoirement analyser les conditions

d'exercice au regard des « 4 P ». Tout va donc se concentrer sur ce dernier critère. Puisqu'il est énoncé que les conditions d'exercice de l'activité sont différentes de celles des autres entreprises du secteur, il faut en déduire que l'association ne sera pas soumise aux impôts commerciaux.

N° 42 : ÉTUDE DE CAS

On va en premier lieu déterminer si l'association a une activité lucrative, puis si tel est le cas, si elle peut ou non bénéficier d'exonérations des impôts commerciaux.

1. Activité lucrative ?

Le premier élément à vérifier est le caractère intéressé ou non de la gestion. On est ici en présence d'une association ayant des ressources annuelles inférieures à 200 000 €, ce qui signifie qu'elle ne peut pas avoir de dirigeants rémunérés plus des 3/4 du SMIC. Or, son président bénéficie d'un salaire proche du SMIC, en tout état de cause supérieur à 75 % du SMIC brut. La gestion est donc considérée comme non désintéressée, et l'association sera assujettie aux impôts commerciaux : IS, TVA, CET.

2. Exonérations et franchises envisageables ?

S'agissant de la TVA, on rappellera que sont exonérées de TVA les associations rendant à leurs membres, des services à caractère sportif, culturel, éducatif ou social, à condition de ne pas avoir recours à des pratiques commerciales. La médiathèque associative paraît entrer dans ce cadre, le fait qu'elle diffuse des plaquettes publicitaires dans les boîtes aux lettres du quartier ne paraissant pas de nature à remettre en cause cette exonération.

S'agissant en revanche de l'IS, l'exonération est réservée aux associations rendant à leurs membres des services à caractère sportif, culturel, éducatif ou social, à condition que leur gestion soit désintéressée, ce qui n'est pas le cas ici.

De la même manière, cette association, malgré des recettes inférieures à 60 000 €, ne peut bénéficier de la franchise d'IS, puisque sa gestion n'est pas désintéressée.

S'agissant de la CET, il ne semble pas que l'association décrite entre dans le cadre d'une quelconque exonération.

Index

- Abus de biens sociaux, 147, 153, 470
- Abus de droit, 68, 467
- Abus de majorité, 467, 470
- Abus de minorité, 467
- Abus de position dominante, 105
- Abus des pouvoirs, 149
- Abus des voix, 149
- Abus du crédit, 149
- Acceptation, 9
- Accusé, 138
- Acquisition intracommunautaire, 269
- Acte authentique, 15
- Acte juridique, 4
- Acte notarié, 15
- Acte sous seing privé, 15
- Actes de gestion courante, 575
- Actif disponible, 597
- Action à dividende prioritaires sans droit de vote, 395
- Action civile, 136
- Action d'autocontrôle, 385
- Action de concert, 403
- Action de préférence, 288, 549
- Action de préférence dénuées de droit de vote, 288
- Action de préférence intra-groupe, 476
- Action directe en paiement, 40
- Action directe en responsabilité, 40
- Action estimatoire, 61
- Action gratuite, 226, 228, 477
- Action nouvelle, 297
- Action ordinaire, 280
- Action publique, 134
- Action réhabilitoire, 61
- Action résolutoire, 513
- Action sociale *ut singuli*, 238
- Action sociale *ut universi*, 238
- Action traçante, 447
- Activité lucrative, 640
- Administrateur judiciaire, 572
- Affecturage, 347
- Affectio societatis*, 185
- Agrément facultatif, 520, 521, 522
- Agrément fiscal, 159
- Agrément obligatoire, 520
- Alerte par le comité d'entreprise, 562
- Alerte par le commissaire aux comptes, 561
- Alerte par le président du tribunal, 563
- Alerte par les associés, 563
- AMF, 304, 445
- Amnistie, 133
- Amortissement, 143
- Anéantissement du contrat, 48
- Annulation du contrat de société, 627
- Appel public à l'épargne, 141
- Apport, 185
- Apport du fonds en société, 622
- Apport en compte courant, 311
- Apport en numéraire, 311
- Apport en société, 191
- Apport partiel d'actif, 399, 421, 436
- Arrêt des poursuites individuelles, 580
- Arrêt du cours des intérêts, 582
- Assemblée générale des sociétaires, 646
- Association, 637
- Association déclarée, 639
- Association non déclarée, 638
- Association reconnue d'utilité publique, 640
- Assurance de la responsabilité civile de l'entreprise, 81
- Assurance de la responsabilité civile du chef d'entreprise, 81
- Assurance perte d'exploitation, 81
- Assurance « homme clé », 82
- Assurance-crédit, 81
- Assurance-vie, 82
- Assurances de dommages, 78
- Assurances de personnes, 78
- Attribution préférentielle, 544
- Augmentation du capital social, 291
- Auteur, 130
- Auto-entrepreneur, 201, 569
- Autocontrôle direct, 383
- Autocontrôle indirect, 384
- Autonomie de la volonté, 6

- Avant-contrats, 57
- Avis de constitution, 187
- Ayant cause à titre particulier, 40
- Ayant cause à titre universel, 39
- B**ail immobilier, 579
- Banqueroute, 616
- Bénéfice d'exploitation, 515, 624
- Bilan économique et social, 590
- Billet à ordre, 346, 352
- BODACC, 188, 193
- Bon de souscription d'action, 358
- Bonne foi, 65
- Bordereau Dailly, 350
- BSA, 358
- C**apacité, 12
- Capital social, 187
- Capitaux propres, 279
- Cash flow*, 450
- Cause, 31
- Cause de l'obligation, 31, 32
- Cause du contrat, 31, 34
- Caution, 580, 582
- Cautionnement, 332
- Cautionnement simple, 332
- Cautionnement solidaire, 332
- Certificat d'investissement, 287
- Certificat de droit de vote, 288
- Cessation de l'activité de l'entreprise individuelle, 621
- Cessation des paiements, 596, 604
- Cession conventionnelle des contrats, 518
- Cession d'actifs isolés, 607
- Cession Dailly, 351, 353
- Cession de contrôle d'une société, 518
- Cession de créance, 517, 526
- Cession de dette, 517
- Cession de droits sociaux, 519
- Cession de l'entreprise, 607
- Cession de l'entreprise individuelle, 507, 621
- Cession du contrat, 331
- Cession du droit au bail, 622
- Chose future, 26
- Choses dans le commerce, 27
- Clause abusive, 30, 72
- Clause d'agrément, 521
- Clause d'agrément aux fusions, 433
- Clause d'inaliénabilité, 522
- Clause d'intéressement, 526
- Clause de earn out, 526
- Clause de garantie de l'actif, 530
- Clause de garantie de passif, 529
- Clause de non-garantie, 61
- Clause de non-responsabilité, 54
- Clause de réserve de propriété, 59, 587
- Clause de tacite reconduction, 43
- Clause léonine, 524
- Clause limitative de responsabilité, 55
- Clause pénale, 55
- Clause statutaire, 219
- Clientèle civile, 621
- Closing*, 528
- Clôture de la liquidation, 612
- Co-gérance, 217
- Coauteur, 130
- Comité d'entreprise, 441, 471
- Comité d'entreprise européen, 472
- Comité de groupe, 472
- Comité des créanciers, 591
- Commandement de l'autorité légitime, 129
- Commencement d'exécution, 128
- Commerce électronique, 248, 250
- Commissaire à l'exécution du plan, 594
- Commissaire à la fusion, 430, 435
- Commissaire à la transformation, 195
- Commissaire aux comptes, 127, 134, 146, 195, 196, 228, 231, 305, 561, 647
- Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 138
- Compensation, 576
- Complicité, 130
- Composition pénale, 135
- Compte annuel, 560
- Compte annuel inexact, 151
- Compte courant, 348
- Concentration d'entreprise, 95
- Concentration d'entreprises, 95
- Concession, 500
- Conciliateur, 565
- Conciliation, 564
- Concours idéal d'infractions, 133
- Concours réel d'infractions, 133
- Concurrence déloyale, 110, 112
- Concurrence parasitaire, 114
- Condition suspensive, 524
- Confidentialité, 561, 566, 567
- Confirmation, 37
- Conformité des produits et services, 73
- Confusion des patrimoines, 479
- Consensualisme, 6
- Conservation de l'acte, 250
- Consolidation des comptes, 473
- Consommateur, 70
- Constitution des associations, 638
- Contentieux fiscal, 171

- Contentieux fiscal communautaire, 173
- Contrainte, 129
- Contrat à exécution instantanée, 5
- Contrat à exécution successive, 5, 49
- Contrat à titre gratuit, 5, 33, 34
- Contrat à titre onéreux, 5, 34, 317
- Contrat aléatoire, 5, 33
- Contrat cadre, 58, 66
- Contrat commutatif, 5
- Contrat conclu à distance, 11
- Contrat consensuel, 5, 14
- Contrat d'assurance, 77, 518
- Contrat d'assurance-vie, 82
- Contrat d'édition, 518
- Contrat d'entreprise, 62
- Contrat d'intégration, 500
- Contrat d'intérêt commun, 503
- Contrat de concession, 500
- Contrat de concession exclusive, 69
- Contrat de consommation, 70
- Contrat de distribution, 66
- Contrat de franchisage, 69, 500
- Contrat de travail, 63, 441, 518
- Contrat de vente, 329, 330
- Contrat du commerce électronique, 250
- Contrat en cours, 605
- Contrat innommé, 4, 503
- Contrat *intuitu personae*, 18, 577
- Contrat nommé, 4
- Contrat réel, 5, 16, 316
- Contrat solennel, 5, 15
- Contrat sous forme électronique, 8
- Contrat synallagmatique, 4, 32, 48
- Contrat unilatéral, 4, 32
- Contrat « entreprise pilote », 503
- Contrefaçon, 112
- Contrôle, 395
- Contrôle communautaire, 422
- Contrôle fiscal, 162
- Contrôle national, 422
- Contrôleurs, 572
- Convention d'indivision, 544
- Convention de compte courant, 312
- Convention de portage, 524
- Conversion de titres de créance, 299
- Convocation des actionnaires, 145
- Convocation des obligataires, 145
- Corporate governance*, 213
- Corruption, 146
- Crainte révérencielle, 25
- Créance de salaire différé, 538
- Créance salariale, 589
- Créancier non obligataire, 438
- Créancier obligataire, 440
- Crédit à la consommation, 75
- Crédit d'escompte, 315
- Crédit-bail, 329
- Crédit-bail immobilier, 331
- Crédit-bail mobilier, 329
- Curatelle, 14
- D**écès, 133
- Décès de l'entrepreneur, 622
- Déclaration de franchissement de seuils, 405
- Déclaration des créances, 588
- Déclaration mensongère, 140
- Découvert, 315
- Dédit, 11
- Défaut d'immatriculation, 140
- Défaut de mention modificative ou de radiation, 140
- Défense anti-OPA, 417
- Délai de prescription, 165
- Délai de reprise, 165
- Délégation de pouvoir, 131
- Délit d'informations mensongères, 147
- Délit de non-révélation de faits délictueux, 147
- Délivrance, 60
- Démarchage bancaire ou financier, 141
- Démembrement de propriété, 541
- Dénigrement, 111
- Dépendance économique, 25
- Dépôt de bilan, 597
- Déséquilibre contractuel, 29
- Désorganisation, 114
- Dévolution successorale, 536
- Directive MIF, 400
- Dissociation des actifs immobiliers et commerciaux, 548
- Dissolution, 133, 626, 649, 669
- Dissolution d'une fondation, 669
- Dissolution de la société, 626
- Dissolution judiciaire, 627
- Distribution parallèle, 68
- Dividende fictif, 150, 284
- Dol, 22
- Domicile fiscal, 262
- Donation, 545, 551, 553
- Donation avec réserve d'usufruit, 546
- Donation en nue-propriété, 552
- Donation en pleine propriété, 552
- Donation entre vifs, 545
- Donation-partage, 546
- Données à caractère personnel, 245, 246
- Double imposition, 257
- Droit à l'information des actionnaires, 144
- Droit au boni de liquidation, 286

Droit aux dividendes, 284
 Droit aux réserves, 286
 Droit d'agir en justice, 284
 Droit d'auteur, 248
 Droit d'information, 284
 Droit d'opposition, 515
 Droit de communication de l'administration fiscale, 163
 Droit de la concurrence, 67
 Droit de participation, 281
 Droit de préférence, 336
 Droit de rétention, 62, 335, 337
 Droit de souscription préférentiel, 143
 Droit de successions, 550
 Droit de suite, 336
 Droit de surenchère, 515
 Droit de vote, 283
 Droit des obligations, 3
 Droit préférentiel de souscription, 286, 295
 Droits d'enregistrement, 196, 516, 534, 626
 Droits sociaux négociables, 527
 Droits sociaux non négociables, 526
 Due diligence, 525
Economie du contrat, 33
 Ecrit, 79, 317, 509, 526
 Effet relatif du contrat, 6, 39
 Effet rétroactif, 37
 Emission d'actions, 142
 Emprunt obligataire, 318
 Ententes illicites, 101
 Entreprise individuelle, 507
 Entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL), 199
 Entreprise individuelle démembrée, 541
 Entreprise sociétaire démembrée, 542
 Erreur, 18
 Erreur inexcusable, 21
 Erreur obstacle, 18
 Erreur sur la personne, 18
 Erreur sur le droit, 129
 Erreur sur les motifs déterminants, 20
 Erreur sur les qualités substantielles, 19
 Erreur sur une qualité convenue, 20
 Escompte des effets de commerce, 345
 ESFP, 164
 Etat de nécessité, 25, 129
 EURL, 203
 Examen de la situation fiscale personnelle, 164
 Exception d'inexécution, 47
 Exception de nullité, 37
 Exclusivité, 69, 348
 Excuse de minorité, 129

Exécution forcée en nature, 52, 57, 64
 Exemptions individuelles, 104
 Expert-comptable, 147
 Expertise de gestion, 235
 Experts, 573
 Expiration de la durée de vie, 626
 Extinction de l'objet social, 627
 Extinction du passif, 612

Faillite internationale, 617
 Faillite personnelle, 614
 Fait justificatif, 128
 Fictivité, 479
 Fiducie-sûreté, 337, 580, 594, 609
 Financement par fonds propres, 279
 Fondation, 665
 Fondations abritées, 666
 Fondations d'entreprise, 669
 Fondations reconnues d'utilité publique, 667
 Fonds de commerce, 507, 519
 Fonds libéral, 621
 Force majeure, 46
 Force obligatoire des contrats, 6, 39
 Formalisme, 15
 Formalisme informatif, 16, 72
 Formalisme substantiel, 15
 Fournisseur d'hébergement, 248
 Franchisement, 69, 500
 Fusion, 420

Gage, 334
 Garantie contre l'éviction, 511
 Garantie d'éviction, 529
 Garantie de conformité, 61
 Garantie des vices cachés, 60, 528
 Garantie indépendante, 333
 Garantie personnelle, 332
 Garantie réelle, 334
 Garanties du crédit, 332
 GEIE, 489, 494
 Genèse du contrat, 8
 Gérance libre, 622
 Gestion des données informatiques, 245
 GIE, 489
 Gouvernance, 213
 Grâce, 133
 Groupe circulaire, 382
 Groupe pyramidal, 376
 Groupe radial, 382
 Guichet unique, 98

Héritier réservataire, 546
 Holding, 377, 389
 Holding de transmission, 548

Hypothèque, 336
 Hypothèque immobilière conventionnelle, 336
 Hypothèque judiciaire, 336
 Hypothèque légale, 336

Imitation, 112

Immatriculation, 393
 Immatriculation de l'entreprise, 188
 Imposition d'office, 167
 Incapacité d'exercice, 12
 Incapacité de jouissance, 12
 Incorporation des réserves, 298
 Indignité, 38
 Indivision, 542
 Indivision postsuccessorale, 542
 Information comptable, 468
 Information comptable et financière, 224
 Information économique, 559
 Information précontractuelle, 78, 83
 Information sur les participations, 468
 Infraction complexe, 130
 Infraction continue, 130
 Infraction d'habitude, 130
 Infraction d'omission, 130
 Infraction instantanée, 130
 Infraction simple, 130
 Infraction « de commission », 127, 130
 Infraction « par omission », 127
 Inopposabilité, 17
 Inscription de sûreté, 581
 Insuffisance d'actif, 612
 Intangibilité du contrat, 44
 Interdiction de gérer, 616
 Intérêt personnel, 148
 Internet, 248
 Interprétation du contrat, 42, 73
 Interruption involontaire, 128
Intuitu personae, 18, 64
 Inventaire, 511
 Irrévocabilité du contrat, 42

Jeton de présence, 225

Juge-commissaire, 572
 Justice privée, 48

LBO, 378, 381

Légitime défense, 128
 Lésion, 29, 58, 526
 Lettre de change, 345, 352
 Libéralités, 641
 Libération des apports, 297
 Liberté contractuelle, 6, 80
 Liberté fondamentale, 28
 Licenciement économique, 602

Licenciements économiques, 592, 602
 Lien de causalité, 54
 Liquidateur, 572, 604, 630
 Liquidation de la société, 629
 Liquidation du stock, 621
 Liquidation judiciaire, 603, 645
 Liquidation judiciaire simplifiée, 604, 610
 Location de parts sociales et d'actions, 530
 Location-gérance, 502

Majeurs incapables, 13

Management juridique des risques, 80
 Mandat, 63
 Mandataire *ad hoc*, 563
 Mandataire judiciaire, 572
 Manœuvre, 22
 Marché de référence, 106
 Marché non réglementé, 402
 Marché pertinent, 106
 Marché réglementé, 401
 Menaces, 24
 Mensonges, 22
 Mentions obligatoires, 16, 509
 Mineur, 13
 Ministre de l'Économie, 99
 Mise en accusation, 138
 Mise en examen, 137
 Modification conventionnelle, 44
 MTF, 402

Nantissement, 335

Nantissement conventionnel de créance, 335
 Négociations, 7, 523
 New line factoring, 348
 Nom de domaine, 249
 Non double imposition, 257
 Non-lieu à poursuivre, 138
 Non-rétroactivité de la loi pénale, 127
 Normalisation, 74
 Note de couverture, 79
 Notoriété, 113
 Nullité, 138
 Nullité absolue, 34, 35
 Nullité relative, 34, 35

Objets, 26

Objet de l'obligation, 26
 Objet déterminé ou déterminable, 27
 Objet du contrat, 26
 Objet social, 218
 Obligation à amortissement échelonné, 326
 Obligation à capital indexé, 327
 Obligation à coupon unique, 326
 Obligation à coupon zéro, 325

- Obligation à double prime, 327
- Obligation à prime d'émission, 327
- Obligation à prime de remboursement, 327
- Obligation à remboursement in fine du capital, 326
- Obligation à taux révisable, 325
- Obligation à taux variables, 325
- Obligation avec bon de souscription d'action, 357
- Obligation convertible en actions, 356
- Obligation d'information, 71, 75, 584
- Obligation de délivrance, 60
- Obligation de délivrance conforme, 60
- Obligation de donner, 5
- Obligation de faire, 5
- Obligation de faire ou de ne pas faire, 52
- Obligation de moyens, 5
- Obligation de ne pas faire, 5
- Obligation de résultat, 5
- Obligation de retirer la chose, 62
- Obligation de révélation, 134
- Obligation de révélation des faits délictueux, 231
- Obligation de sécurité, 74
- Obligation échangeable en actions, 357
- Obligation légale d'information, 66
- Obligation participante, 325, 327
- Obligation précontractuelle d'information, 22, 66
- Obligation « environnementale », 229
- Obligations du vendeur, 59
- OBSA, 357
- OCA, 356, 360
- OCEANE, 359
- OEA, 357
- Offre, 9, 250
- Offre au public, 141, 280, 281, 294, 302, 393
- Offre publique, 412
- Offre publique d'achat, 413
- Offre publique de retrait, 416
- Offre publique obligatoire, 412
- Old line factoring, 347
- OPA, 412, 416, 484
- OPE, 412
- Opération de concentration, 96
- Opportunité des poursuites, 134
- Opposabilité du contrat, 41, 68
- OPR, 412
- ORA, 359
- Ouverture aux marchés, 302
- Ouverture de crédit, 315
- P**acte d'actionnaire, 446
- Pacte de préférence, 57, 523
- Parachute doré, 226
- Parasitisme, 113
- Parité d'échange, 425
- Participation, 395
- Participation aux bénéfices, 186
- Participation des actionnaires, 145
- Participation des obligataires, 145
- Parties au contrat, 39
- Peine alternative, 132
- Peine complémentaire, 132
- Peine principale, 132
- Période d'observation, 573, 598, 604
- Période suspecte, 600, 606
- Personnalité morale, 640, 666
- Plan de cession, 602, 608
- Plan de redressement, 601
- Plan de sauvegarde, 589
- Plus-values de cession, 515
- Plus-values des particuliers, 533
- Plus-values professionnelles, 531
- Police d'assurance, 79
- Portage d'action, 399
- Position dominante, 105
- Pourparler, 7
- Poursuite des contrats en cours, 577
- Pratiques anticoncurrentielles, 101
- Pratiques restrictives de concurrence, 115
- Préjudice, 53, 136
- Prescription, 133, 165
- Prescription extinctive, 36
- Prescription triennale, 166
- Présentation ou publication des comptes, 151
- Président de l'association, 644
- Présomption de contrôle, 398
- Prêt à la consommation, 316
- Prêts affectés, 318
- Preuve des actes juridiques, 17
- Prévenu, 138
- Price Earning Ratio*, 450
- Prime d'émission, 293
- Principe d'égalité entre actionnaires, 231
- Principe du consensualisme, 14
- Principe légaliste, 127
- Prise de participations, 394, 398, 402
- Privilege, 337
- Privilege de procédure, 583
- Privilege du vendeur de fonds de commerce, 512
- Prix, 27, 58, 61, 63, 65, 67, 75, 508, 525
- Prix déterminé ou déterminable, 58
- Prix du livre, 121
- Prix imposés, 120
- Prix symbolique, 525
- Probabilité, 77
- Procédure collective, 571
- Procédure d'agrément, 520
- Procédure d'alerte, 231

- Procédure de garantie des cours, 417
 Procédure de vérification de comptabilité, 164
 Processus contractuel, 8, 71, 78, 251
 Professionnel, 70
 Promesse croisée, 523
 Promesse synallagmatique de vendre et d'acheter, 57
 Promesse synallagmatique de vente, 509
 Promesse unilatérale de cession, 523
 Promesse unilatérale de vente, 57, 509
 Proportionnalité, 333
 Proposition d'assurance, 78
 Protection des actionnaires minoritaires, 305, 403
 Publicité de la dissolution, 629
 Publicité du contrat, 331
 Publicité par prospectus, 141
 Publicités légales, 510
- Q**uasi-fonds propres, 291, 355
- R**achat d'entreprise, 378
 Rachat du contrat, 83
 Réalisation de l'objet social, 626
 Récidive, 133
 Reconduction des contrats, 73
 Reconnaissance d'utilité publique, 667
 Recours gracieux, 174
 Rectification contradictoire, 166
 Rédaction des statuts, 186
 Redressement, 607
 Redressement judiciaire de l'entreprise, 596
 Réduction du capital social, 143, 299
 Réformation, 139
 Refus de transparence, 151
 Régime de l'intégration fiscale, 480
 Régime des sociétés mères, 483
 Régimes matrimoniaux, 519
 Registre du commerce et des sociétés, 140, 511, 527, 622
 Règlement du passif, 590
 Règlement intérieur, 639
 Réglementation des prix, 115
 Réhabilitation, 133
 Remplacement, 64
 Rémunération des dirigeants, 225
 Renouvellement du contrat, 43
 Renvoi, 138
 Représentant des salariés, 572
 Rescrit fiscal, 160
 Réseau de distribution, 69
 Réseaux de distribution, 66
 Réserve facultative, 284
 Réserve héréditaire, 546
 Réserve légale, 284
- Respect de la parole donnée, 39
 Responsabilité civile, 238
 Responsabilité contractuelle, 52, 64
 Responsabilité pour insuffisance d'actif, 614
 Restitution, 37
 Réticence dolosive, 22
 Rétraction, 139
 Retrait obligatoire, 416
 Revendications, 585, 600, 606
 Revente à perte, 119
 Révision du prix, 63
 Révision pour imprévision, 44
 Risque, 77
 Rompus, 427
- S**A, 208
 Sanctions des dirigeants, 613
 SARL, 205
 SAS, 450
 SAS holding, 391
 Sauvegarde de justice, 14
 Sauvegarde de l'entreprise, 569
 Savoir-faire, 69
 SCA, 456
 Scission, 420, 421
 Sécurité des produits et services, 74
 Seuil de revente à perte, 119
 Signature électronique, 251
Signing, 528
 Silence, 10, 22, 79
 SNC, 459
 Société civile, 453
 Société civile holding, 390
 Société créée de fait, 538
 Société de fait, 538
 Société en participation, 496
 Société européenne, 392
 Société holding, 376, 377
 Sous-traitance, 501
 Sous-traitance de marché, 501
 Sous-traitance industrielle, 501
 Spécial déroge au général, 56
 Stabilité contractuelle, 18
 Statuts, 639
 Stipulation pour autrui, 40
Stock-options, 226, 228, 442, 477
 Structure dualiste, 214
 Structure moniste, 214
 Subprimes, 365
 Subrogation, 348
 Subventions publiques, 641
 Succession, 550
 Surévaluation, 142

Sursis, 133
 Suspension des poursuites individuelles, 576
 Systèmes multilatéraux de négociation, 402

Tacite reconduction, 43, 80
 Taux d'intérêt, 317
 Taux de l'usure, 317
 Taux de rendement des actions, 449
 Taux effectif global, 317
 Taxe sur la valeur ajoutée, 626
 Témoin, 137
 Témoin assisté, 137
 Tentative d'infraction, 128
 Territorialité de l'impôt, 255
 Territorialité des bénéfices, 265
 Théorie des risques, 47
 Tierce opposition, 573
 Tiers au contrat, 39
 Titre financier, 280, 476
 Titre subordonné, 362
 Titre subordonné à durée déterminée, 363
 Titre subordonné à durée indéterminée, 363
 Titre subordonné remboursable, 363
 Titres super-subordonnés (TSS), 364
 Transfert de propriété, 59, 527
 Transfert des risques, 59
 Transformation de la société, 534

Transmission à titre gratuit, 549
 Transmission à titre onéreux de l'entreprise, 507
 Transmission d'entreprise, 552
 Transmission de patrimoine, 550
 Transparence du capital social, 305
 Tromperie, 22
 Trouble psychique ou neuropsychique, 129
 TSDI, 363
 TSR, 363
 Tutelle, 14

UES, 471
 Unité économique et sociale, 471

Valeur boursière, 425
 Valeur de capitalisation boursière, 450
 Valeur liquidative, 425
 Valeur nominale des actions, 424
 Vente, 63
 Vente du fonds de commerce, 507
 Vente forcée, 513
 Vérification des créances, 587, 607
 Vices cachés, 60
 Violence, 24
 Visa des livres de comptabilité, 511

Warrant, 358

Table des matières

Pour réussir le DCG et le DSCG	VII
Manuel, mode d'emploi	VIII
Programme de l'épreuve n° 6 DCG	XI
Abréviations	XIV

Partie 1	L'activité de l'entreprise	1
CHAPITRE 1	LES CONTRATS CONCLUS PAR L'ENTREPRISE	3
SECTION PRÉLIMINAIRE	PRÉSENTATION GÉNÉRALE	3
	1. Contrats et obligations	3
	2. Définition du contrat	4
	3. Classification des contrats et des obligations contractuelles	4
	3.1 Classification des contrats	4
	3.2 Classification des obligations contractuelles	5
	4. Droit commun des contrats et droits spéciaux	6
	5. Principes généraux gouvernant les contrats	6
SECTION 1	LA NÉGOCIATION DES CONTRATS	7
	1. La rupture unilatérale des négociations	7
	1.1 Le principe : la liberté de rupture unilatérale des négociations	7
	1.2 Les conditions de la responsabilité civile de l'auteur de la rupture	8
	2. Le moment de formation définitive du contrat négocié	8
	2.1 Les éléments essentiels du contrat négocié	9
	2.2 L'offre	9
	2.3 L'acceptation	10
SECTION 2	LES CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DES CONTRATS	12
	1. La capacité de contracter	12
	1.1 Les incapacités d'exercer le droit de contracter	12
	1.2 Les incapacités de jouir du droit de contracter	14
	2. La forme du consentement	14
	2.1 Le principe du consensualisme	14
	2.2 Les limites au consensualisme : formalisme	15
	3. La qualité du consentement	17
	3.1 L'erreur	18

3.2	Le dol	22
3.3	La violence	24
4.	L'objet	26
4.1	Existence de l'objet	26
4.2	Détermination de l'objet	27
4.3	Licéité de l'objet	27
4.4	Objet et équilibre du contrat	29
5.	La cause	31
5.1	L'existence de la cause	32
5.2	La licéité de la cause	34
SECTION 3	LA SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DES CONTRATS : LA NULLITÉ	35
1.	La mise en œuvre de la nullité	35
2.	Les effets de la nullité	37
SECTION 4	LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS	39
1.	Le champ de la force obligatoire du contrat	39
1.1	L'effet relatif du contrat	39
1.2	L'opposabilité du contrat	41
2.	L'interprétation du contrat	42
3.	L'irrévocabilité du contrat	42
3.1	Contrat à durée indéterminée	42
3.2	Contrat à durée déterminée	43
4.	L'intangibilité du contrat	44
SECTION 5	L'INEXÉCUTION DES CONTRATS	45
1.	La difficulté d'exécuter : l'imprévision	45
2.	L'impossibilité d'exécuter	45
2.1	Notion de force majeure	46
2.2	Effets de la force majeure	47
SECTION 6	LES SANCTIONS DE L'INEXÉCUTION DES CONTRATS	47
1.	L'exception d'inexécution	47
2.	L'anéantissement du contrat	48
2.1	La résolution judiciaire	48
2.2	La résiliation unilatérale	50
2.3	La clause résolutoire	51
3.	L'exécution forcée en nature	52
4.	La responsabilité contractuelle	52
4.1	Conditions	52
4.2	Clauses relatives à la responsabilité contractuelle	54
5.	Le cumul des sanctions de l'inexécution	56

SECTION 7	LES RÈGLES SPÉCIFIQUES À CERTAINS CONTRATS	56
1.	Le contrat de vente	56
1.1	La formation du contrat de vente	57
1.2	Les effets du contrat de vente	59
2.	Le contrat d'entreprise	62
2.1	La qualification du contrat d'entreprise	63
2.2	La formation du contrat d'entreprise	63
2.3	Les effets du contrat d'entreprise	64
3.	Les contrats de distribution	66
3.1	Les règles communes aux contrats de distribution	66
3.2	Les règles particulières aux principaux contrats de distribution	68
4.	Les contrats de consommation	70
4.1	Les principales règles communes relatives aux contrats de consommation	71
4.2	Les contrats portant sur l'achat de biens ou la réalisation de prestations de service	73
4.3	Le crédit à la consommation	75
5.	Le contrat d'assurance	77
5.1	La formation du contrat d'assurance	78
5.2	La modification du contrat d'assurance	79
5.3	La durée du contrat d'assurance	80
5.4	Les assurances contractées par l'entreprise	80
5.5	Le contrat d'assurance-vie	82
Fiche 1	La mise en demeure	85
Applications		87
CHAPITRE 2	L'ENTREPRISE ET SES CONCURRENTS	95
SECTION 1	LES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES	95
1.	Une opération de concentration	96
2.	Une opération de dimension européenne ou nationale	96
2.1	Les seuils européens	96
2.2	Les seuils français	97
3.	La procédure de contrôle des concentrations	98
3.1	Le système du guichet unique	98
3.2	La procédure européenne	98
3.3	La procédure française	99
SECTION 2	LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES	101
1.	Les ententes illicites	101
1.1	L'interdiction des ententes	101
1.2	Les dérogations à l'interdiction	104

	2. Les abus de position dominante	105
	2.1 L'interdiction des abus de position dominante	105
	2.2 Les dérogations à l'interdiction	107
	3. La poursuite et les sanctions des pratiques anticoncurrentielles	108
	3.1 Poursuite des pratiques anticoncurrentielles	108
	3.2 Sanctions en droit de l'UE	108
	3.3 Sanctions en droit français	109
SECTION 3	LA CONCURRENCE DÉLOYALE	110
	1. Le domaine : une situation de concurrence ?	110
	2. Les comportements concurrentiels déloyaux (la faute)	111
	2.1 Le dénigrement	111
	2.2 L'imitation	112
	2.3 Le parasitisme	113
	2.4 La désorganisation	114
	3. Le préjudice et le lien de causalité	114
SECTION 4	LA TRANSPARENCE ET LES PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE	115
	1. Transparence des relations contractuelles	115
	1.1 Transparence de l'offre	115
	1.2 Transparence des négociations	116
	2. Transparence de la facturation	117
	3. Le cadre des négociations	118
	4. La revente à perte	119
	5. Les prix imposés	120
Fiche 2	Abus de position dominante et théorie des prix prédateurs	122
Applications		124
CHAPITRE 3	LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ENTREPRISE ET SES ACTEURS	127
SECTION 1	LES ÉLÉMENTS GÉNÉRAUX DE DROIT PÉNAL	127
	1. Quelques notions de droit pénal général	127
	1.1 L'infraction	127
	1.2 Le responsable	130
	1.3 Les peines	132
	2. Quelques notions de procédure pénale	134
	2.1 La phase préalable au jugement	134
	2.2 Le jugement et les voies de recours	138
SECTION 2	LES INFRACTIONS PÉNALES SPÉCIFIQUES	139
	1. Les infractions liées à la naissance de la société	140
	1.1 Les formalités de constitution	140
	1.2 La recherche du financement de la société	141

2. Les infractions liées à la vie de la société	142
2.1 La modification du capital social	142
2.2 Le contrôle de la gestion sociale	144
3. Les infractions liées à la fin de la société	151
3.1 La perte de la moitié du capital social	151
3.2 La liquidation de la société	152
Fiche 3 Les infractions périphériques	154
Applications	156
CHAPITRE 4 LES RELATIONS DE L'ENTREPRISE AVEC L'ADMINISTRATION FISCALE	159
SECTION 1 LES RELATIONS NON CONTENTIEUSES ENTRE L'ENTREPRISE ET L'ADMINISTRATION FISCALE	159
1. Les outils de coopération entre l'entreprise et l'administration fiscale	159
1.1 L'agrément fiscal	159
1.2 Le rescrit fiscal	160
2. Les outils de contrôle de l'administration fiscale sur l'entreprise	162
2.1 Les différents types de contrôle	163
2.2 Les rectifications	166
2.3 Garanties et sanctions	167
SECTION 2 LES RECOURS DE L'ENTREPRISE CONTRIBUABLE CONTRE L'ADMINISTRATION FISCALE	171
1. Les recours contentieux	171
1.1 Domaine	171
1.2 Compétence	171
1.3 Procédure	172
2. Les recours gracieux	174
Fiche 4 Rescrit abus de droit	176
Applications	178
Partie 2 Le fonctionnement de l'entreprise	181
CHAPITRE 5 CONSTITUTION ET TRANSFORMATION DE L'ENTREPRISE	183
SECTION 1 LES RÈGLES DE CONSTITUTION	183
1. Les règles juridiques	183
1.1 Règle générale	183
1.2 Règles de constitution spécifiques à chaque société	189
2. Les règles fiscales	191
SECTION 2 LA TRANSFORMATION	192
1. Les règles juridiques	193
1.1 Règles générales	193
1.2 Règles spécifiques à chaque société	195

	2. Les règles fiscales	196
	2.1 Régime fiscal de la transformation de l'entreprise individuelle en société	196
	2.2 Régime fiscal de la transformation d'une société en une société d'une autre forme	197
Fiche 5	L'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)	199
Fiche 6	Le statut d'auto-entrepreneur (loi du 4 août 2008)	201
Fiche 7	Statuts types EURL	203
Fiche 8	La société à responsabilité limitée (SARL)	205
Fiche 9	La société anonyme (SA)	208
Application		211
CHAPITRE 6	LA DIRECTION DE L'ENTREPRISE ET LES RELATIONS ENTRE SES ACTEURS	213
SECTION 1	LES ORGANES DE DIRECTION	213
	1. Les structures de gouvernance	214
	1.1 Schémas de gouvernance rencontrés	214
	1.2 Schémas de dévolution des pouvoirs	216
	2. Les règles spéciales	219
	2.1 Société anonyme	219
	2.2 SARL et SAS	222
	2.3 SNC et société civile	223
SECTION 2	LES RELATIONS DIRIGEANTS/ASSOCIÉS	224
	1. L'information	224
	1.1 L'information comptable et financière	224
	1.2 Obligations « environnementales »	229
	1.3 Règle <i>comply or explain</i>	230
	2. Les contrôles	231
	2.1 Le contrôle par le commissaire aux comptes	231
	2.2 Le contrôle des conventions passées entre la société et ses dirigeants	231
	2.3 L'expertise de gestion	235
	3. Les sanctions	238
	3.1 La responsabilité des dirigeants à l'égard des associés	238
	3.2 La révocation des dirigeants	240
Applications		242
CHAPITRE 7	L'UTILISATION DES NTIC PAR L'ENTREPRISE	245
SECTION 1	LA GESTION DES DONNÉES INFORMATIQUES	245
	1. Conditions du traitement licite de données à caractère personnel	246
	2. Formalités préalables au traitement de données à caractère personnel	246
SECTION 2	LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE	248
	1. La création d'un site sur la toile	248
	1.1 La conception du site	248
	1.2 L'hébergement du site et accès	248

2. Les contrats du commerce électronique	250
2.1 La conclusion du contrat	250
2.2 L'exécution du contrat	251
3. La signature électronique	251
Application	253
CHAPITRE 8 LA FISCALITÉ DES ÉCHANGES INTERNATIONAUX DE L'ENTREPRISE	255
SECTION 1 LES PRINCIPES GÉNÉRAUX	255
1. Le principe de territorialité de l'impôt	255
2. Le principe de « non double imposition » et le rôle des conventions internationales	257
2.1 Objectifs	257
2.2 Force juridique des conventions	257
2.3 Contenu	258
2.4 Le traitement des situations de double imposition	258
SECTION 2 APPLICATIONS AUX PRINCIPALES IMPOSITIONS	262
1. Impôt sur le revenu (IR)	262
1.1 Principe	262
1.2 Notion de domicile fiscal	262
1.3 Personnes non domiciliées en France	263
1.4 Cas particuliers	264
2. IS	265
2.1 Principe : bénéfices des entreprises exploitées en France	265
2.2 Entreprise exploitée en France	265
2.3 Bénéfices réalisés en France	266
2.4 Aménagements	266
3. TVA	267
3.1 Notions préalables / méthode	267
3.2 Opérations relatives à des biens	268
3.3 Opérations relatives à des services	271
Application	274
Partie 3 Le financement de l'entreprise	277
CHAPITRE 9 LE FINANCEMENT PAR FONDS PROPRES	279
SECTION 1 LES TITRES REPRÉSENTATIFS DE FONDS PROPRES	279
1. Les actions ordinaires	280
1.1 Définition des actions ordinaires	280
1.2 Les droits conférés par les actions	281

	2. Les certificats d'investissement	287
	3. Les actions de préférence	288
	4. Les quasi-fonds propres	291
SECTION 2	LES OPÉRATIONS SUR CAPITAL SOCIAL	291
	1. Augmentation du capital social	291
	1.1 Mécanismes communs d'augmentation de capital	292
	1.2 Modalités d'augmentation du capital	294
	2. Réduction du capital social	299
	2.1 Causes de la réduction	299
	2.2 Déroulement de l'opération	300
	2.3 Protection des tiers	301
	3. Amortissement du capital social	301
SECTION 3	L'OUVERTURE AUX MARCHÉS : OFFRE AU PUBLIC ET COTATION DES TITRES FINANCIERS	302
	1. La notion d'ouverture aux marchés	302
	1.1 Définition de l'ouverture aux marchés	302
	1.2 Sociétés pouvant être ouvertes aux marchés	303
	2. Les règles propres aux sociétés ouvertes aux marchés	303
	2.1 La constitution	304
	2.2 La publicité et l'information du public	304
	2.3 Les contrôles	304
	2.4 La transparence du capital social et des prises de participation et de contrôle	305
Fiche 10	La « catégorisation » des droits sociaux : illustrations et impacts	306
Fiche 11	Les stock-options et les attributions d'actions gratuites	307
Applications		309
CHAPITRE 10	LE FINANCEMENT PAR COMPTE COURANT	311
SECTION 1	LA CONVENTION DE COMPTE COURANT	311
	1. Caractéristiques	311
	2. Réglementation	312
SECTION 2	LA FISCALITÉ DU COMPTE COURANT	313
Application		314
CHAPITRE 11	LE FINANCEMENT PAR LE CRÉDIT	315
SECTION 1	L'EMPRUNT CLASSIQUE	315
	1. L'ouverture de crédit	315
	2. Le prêt	316
	2.1 La formation du contrat de prêt	316
	2.2 Le taux d'intérêt	317
	2.3 Les prêts affectés	318
	2.4 Restitution des fonds prêtés	318

SECTION 2	L'EMPRUNT OBLIGATAIRE	318
	1. Généralités sur l'emprunt obligataire	320
	1.1 Avantages	321
	1.2 Inconvénients	321
	1.3 Rapprochement actions-obligations	321
	2. Approche juridique	322
	2.1 Conditions de l'emprunt obligataire	322
	2.2 Réalisation de l'émission	323
	2.3 Droits des obligataires	324
	3. Approche financière	325
	3.1 Taux d'intérêt	325
	3.2 Capital remboursé	326
	4. Fiscalité des obligations	327
	4.1 Pour la société émettrice	328
	4.2 Pour le porteur de l'obligation	328
SECTION 3	LE CRÉDIT-BAIL	329
	1. Le crédit-bail mobilier	329
	2. Le crédit-bail immobilier	331
SECTION 4	LES GARANTIES DU CRÉDIT	332
	1. Les garanties personnelles	332
	1.1 Cautionnement	332
	1.2 Garanties indépendantes	333
	2. Les garanties réelles	334
	2.1 Le gage	334
	2.2 Le nantissement	335
	2.3 L'hypothèque	336
	2.4 Les privilèges	337
	2.5 Droit de rétention	337
	2.6 La fiducie-sûreté	337
Fiche 12	Le coût du crédit	340
Applications		342
CHAPITRE 12	LE FINANCEMENT PAR LA MOBILISATION DE CRÉANCES	345
SECTION 1	L'ESCOMPTE DES EFFETS DE COMMERCE	345
SECTION 2	L'AFFECTURAGE	347
	1. La transmission des créances	348
	2. Le recouvrement des créances	349
SECTION 3	LA CESSION ET LE NANTISSEMENT DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES	350
	1. Les conditions de la cession	351
	2. Les effets de la cession	352
Application		354

CHAPITRE 13	LES NOUVEAUX INSTRUMENTS DE FINANCEMENT	355
SECTION 1	LES TITRES COMPLEXES	355
	1. Intérêts et évolution	355
	1.1 Intérêts	355
	1.2 Évolutions liées à l'ordonnance du 24 juin 2004	356
	2. Le nouveau régime des titres complexes (issu de l'ordonnance du 24 juin 2004)	360
	2.1 Principes	360
	2.2 Régime juridique	361
	2.3 Tableau de synthèse (combinaisons admises L. 228-91 C. commerce)	361
SECTION 2	LES TITRES SUBORDONNÉS	362
	1. Notion	362
	2. Les différentes catégories de TS	363
	2.1 Les titres subordonnés à durée indéterminée ou TSDI	363
	2.2 Les titres subordonnés remboursables	363
	2.3 Les titres super-subordonnés (TSS)	364
Fiche 13	Crédits <i>subprimes</i> et titrisation de créances douteuses	365
Application		366
Partie 4	Les restructurations et groupes d'entreprises	369
CHAPITRE 14	LA NOTION DE GROUPE ET SES STRUCTURES	371
SECTION 1	LA NOTION DE GROUPE ET SA RÉALITÉ	371
	1. La notion de groupe	371
	1.1 Définition	371
	1.2 L'effet perturbateur des groupes de société	372
	1.3 Présence de la notion dans la législation récente	372
	2. La réalité des groupes	373
SECTION 2	LES STRUCTURES DES GROUPES	375
	1. Description des montages	375
	1.1 Le groupe pyramidal	376
	1.2 Le groupe radial	382
	1.3 Le groupe circulaire	382
	2. La réglementation des participations réciproques et de l'autocontrôle	383
	2.1 Les participations réciproques ou autocontrôle direct	383
	2.2 Les participations réciproques indirectes ou autocontrôle indirect	384
Applications		386

CHAPITRE 15	LES MODALITÉS DE CONSTITUTION DES GROUPES	389
SECTION 1	LES STRUCTURES SOCIÉTAIRES DES GROUPES	389
	1. L'utilisation de la société civile dans les groupes de sociétés	389
	1.1 Les atouts de la société civile holding	390
	1.2 Les faiblesses de la société civile holding	390
	2. L'utilisation de la société par actions simplifiée dans les groupes de société	391
	2.1 La présidence de la SAS holding	391
	2.2 Les clauses statutaires dans la SAS holding	391
	3. La société européenne, instrument de constitution des groupes dans l'Union européenne	392
	3.1 Objectifs de la SE et modalités de constitution	393
	3.2 Principales règles applicables à la SE	393
SECTION 2	LES PRISES DE PARTICIPATIONS ET DE CONTRÔLE	394
	1. Notions préalables	394
	1.1 Succursale	394
	1.2 Participation	395
	1.3 Filiale	395
	1.4 Contrôle	395
	2. Techniques de prise de participation et de contrôle	398
	2.1 Recensement des techniques	398
	2.2 Prise de participation dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé	400
	2.3 Prise de participation dans une société dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé (cession de contrôle)	420
SECTION 3	LES FUSIONS ET SCISSIONS	420
	1. Définitions	420
	2. Régime juridique et financier des fusions et scissions	421
	2.1 Prise en compte des règles relatives à la concurrence	422
	2.2 Sociétés pouvant fusionner ou se scinder	423
	2.3 Préalables financiers à l'opération de fusion ou de scission	424
	2.4 Procédure de fusion ou de scission	428
	2.5 Effets de l'opération de fusion ou de scission	437
	3. Régime social	441
	3.1 Information du comité d'entreprise	441
	3.2 Sort des contrats de travail en cours	441
	3.3 Stock-options détenues par des salariés de la société absorbée ou scindée	442
	4. Régime fiscal	442
	4.1 Droits d'enregistrement	443
	4.2 Impôt sur les sociétés	443
Fiche 14	L'autorité des marchés financiers, gendarme de la bourse	445
Fiche 15	Les pactes d'actionnaires	446

Fiche 16	Les actions traçantes ou reflet	447
Fiche 17	Rendement, capitalisation et PER	449
Fiche 18	La société par actions simplifiée (SAS)	450
Fiche 19	La société civile (SC)	453
Fiche 20	La société en commandite par actions (SCA)	456
Fiche 21	La société en nom collectif (SNC)	459
Applications		462
CHAPITRE 16	LE CADRE JURIDIQUE DES GROUPES	465
SECTION 1	LES ASPECTS JURIDIQUES ET SOCIAUX	466
1.	Les organes du groupe	466
1.1	Intérêt du groupe	466
1.2	Direction du groupe	467
2.	Les associés dans le groupe	468
2.1	Information	468
2.2	Sanction des abus	470
3.	Les salariés du groupe	471
3.1	Information des salariés du groupe	471
3.2	Situation des salariés au sein du groupe	472
4.	Les finances du groupe	473
4.1	Obligations comptables. Consolidation des comptes	473
4.2	Les émissions de titres ou options à l'intérieur du groupe	476
4.3	Relations financières entre sociétés du groupe	477
4.4	Prise en charge du passif au sein des groupes	478
4.5	Procédures collectives	479
SECTION 2	LES ASPECTS FISCAUX	480
1.	Le régime de l'intégration fiscale	480
1.1	Atouts de l'intégration	480
1.2	Conditions d'application	481
1.3	Détermination du résultat et paiement de l'impôt	482
2.	Le régime des sociétés mères	483
2.1	Intérêts du régime spécial	483
2.2	Conditions d'application	483
2.3	Effets	483
Fiche 22	OPA et salariés	484
Fiche 23	Le montage SCI/société d'exploitation	485
Application		487
CHAPITRE 17	LES AUTRES MODES DE COOPÉRATION INTERENTREPRISES	489
SECTION 1	LES STRUCTURES JURIDIQUES DE COOPÉRATION	489
1.	Le GIE et le GEIE (GIE européen)	489
1.1	Définition du GIE	489

1.2	Genèse et évolution du GIE	490
1.3	Utilisation du GIE	490
1.4	Réglementation du GIE	491
1.5	Le GEIE	494
2.	La société en participation	496
2.1	Constitution de la société en participation	497
2.2	Règles de fonctionnement	497
2.3	Fin de la société en participation	499
2.4	Fiscalité	499
SECTION 2	LES CONTRATS DE COOPÉRATION	499
1.	Les contrats d'intégration	500
1.1	Les réseaux de distribution	500
1.2	Les accords de sous-traitance	501
2.	La location-gérance	502
2.1	Définition et intérêts	502
2.2	Les conditions principales du contrat	502
3.	Les contrats innommés	503
Partie 5	Les mutations de l'entreprise	505
CHAPITRE 18	LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE	507
SECTION 1	LA TRANSMISSION À TITRE ONÉREUX DE L'ENTREPRISE	507
1.	La cession de l'entreprise individuelle	507
1.1	Les conditions de fond de la vente du fonds de commerce	508
1.2	Les conditions de forme de la vente du fonds de commerce	509
1.3	Les obligations des parties à la vente	511
1.4	Les garanties du vendeur	512
1.5	La protection des créanciers du vendeur	515
1.6	Les aspects fiscaux de la vente du fonds de commerce	515
1.7	La cession des autres éléments d'exploitation	517
2.	La cession de contrôle d'une société	518
2.1	Nature et qualification de la cession	519
2.2	La liberté ou l'agrément de la cession	519
2.3	La préparation de la cession	522
2.4	La qualité du consentement	525
2.5	Le prix de cession	525
2.6	Les formes de la cession	526
2.7	La réalisation de la cession	528
2.8	Les garanties de la cession	528
2.9	Les aspects fiscaux	530

SECTION 2	LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT DE L'ENTREPRISE	535
1.	La transmission inorganisée de l'entreprise	536
1.1	Rappel des règles de dévolution successorale	536
1.2	Droits post-successoraux des collaborateurs de l'entreprise	537
1.3	Problématiques particulières à la transmission inorganisée de l'entreprise	539
1.4	Difficultés liées à l'indivision et au partage	542
2.	Les techniques de transmission organisée de l'entreprise	545
2.1	Techniques tirées du droit des libéralités	545
2.2	Techniques tirées du droit des sociétés	548
3.	La fiscalité de la transmission à titre gratuit	549
3.1	Droit commun de la transmission de patrimoine	550
3.2	Mesures propres à la transmission d'entreprise	552
Fiche 24	La transmission de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée	555
Applications		557
CHAPITRE 19	L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ	559
SECTION 1	PRÉVENTION ET TRAITEMENT NON JUDICIAIRES DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE	559
1.	La prévention par l'information économique	559
1.1	Établissement et dépôt des comptes annuels	560
1.2	Établissement des comptes prévisionnels	561
2.	La prévention par l'alerte	561
2.1	L'alerte par le commissaire aux comptes	561
2.2	L'alerte par le comité d'entreprise	562
2.3	L'alerte par les associés	563
2.4	L'alerte par le président du tribunal	563
3.	Le traitement par un mandataire <i>ad hoc</i> nommé	563
4.	La conciliation	564
4.1	Ouverture de la procédure de conciliation	564
4.2	Mission du conciliateur	565
4.3	Dénouement de la conciliation	567
SECTION 2	LA SAUVEGARDE DE L'ENTREPRISE	569
1.	Ouverture de la procédure	569
1.1	Entreprises concernées	569
1.2	Degré de difficulté justifiant la procédure de sauvegarde	570
1.3	Jugement d'ouverture de la procédure	571
2.	Déroulement de la procédure	573
2.1	Période d'observation	573
2.2	Droits des créanciers	579
2.3	Détermination du patrimoine du débiteur	585

	3. Dénouement de la procédure : le plan de sauvegarde	589
	3.1 Préparation du plan	590
	3.2 Adoption du plan	592
	3.3 Contenu du plan	592
	3.4 Effets du plan	594
	4. Sauvegarde financière accélérée	594
SECTION 3	LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DE L'ENTREPRISE	596
	1. Ouverture de la procédure	596
	1.1 Entreprises concernées	596
	1.2 Degré de difficulté justifiant la procédure de redressement judiciaire	596
	1.3 Jugement d'ouverture de la procédure	597
	2. Déroulement de la procédure	598
	2.1 Période d'observation	598
	2.2 Droits des créanciers	599
	2.3 Détermination du patrimoine du débiteur	600
	3. Dénouement de la procédure : le plan de redressement	601
SECTION 4	LA LIQUIDATION JUDICIAIRE DE L'ENTREPRISE	603
	1. Ouverture et prononcé de la liquidation judiciaire	604
	2. Déroulement de la procédure	605
	2.1 Pouvoirs du débiteur	605
	2.2 Les contrats en cours	605
	2.3 Droits des créanciers	606
	2.4 Détermination du patrimoine du débiteur	606
	3. Opérations de liquidation	607
	3.1 Cession d'actifs isolés	607
	3.2 Cession de l'entreprise	607
	4. Liquidation judiciaire simplifiée	610
	4.1 Domaine d'application	610
	4.2 Régime simplifié	611
	5. Clôture de la liquidation	612
	5.1 La clôture pour extinction du passif	612
	5.2 La clôture pour insuffisance d'actif	612
SECTION 5	LES SANCTIONS DES DIRIGEANTS	613
	1. Les sanctions civiles : la responsabilité pour insuffisance d'actif	614
	2. Les sanctions professionnelles	614
	2.1 Faillite personnelle	614
	2.2 L'interdiction de gérer	616
	3. Les sanctions pénales	616
Fiche 25	La faillite internationale	617
Applications		619

CHAPITRE 20	LA FIN DE L'ENTREPRISE	621
SECTION 1	LA CESSATION DE L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE	621
	1. Les causes de cessation	621
	2. Les formalités à accomplir	622
	3. Les effets de la cessation. Aspects fiscaux	624
	3.1 Impôts directs	624
	3.2 Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)	626
	3.3 Les droits d'enregistrement	626
SECTION 2	LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ	626
	1. Les causes de dissolution	626
	1.1 Causes communes à toutes les sociétés	626
	1.2 Causes spécifiques	628
	2. La publicité de la dissolution	629
	3. Les effets de la dissolution	629
	3.1 Survie provisoire de la personnalité morale	629
	3.2 Opérations de liquidation de la société	630
	3.3 Régime fiscal de la dissolution	631
Application		633
 Partie 6	 Les associations et les fondations	 635
CHAPITRE 21	LES ASSOCIATIONS LOI 1901	637
SECTION 1	ASPECTS JURIDIQUES	637
	1. La constitution des associations	638
	1.1 Conditions de validité de l'association	638
	1.2 Formalités de constitution de l'association	638
	1.3 Capacité juridique de l'association	640
	2. Le fonctionnement des associations	642
	2.1 L'administration	642
	2.2 L'assemblée générale des sociétaires	646
	2.3 Le contrôle de la gestion	647
	2.4 La responsabilité de l'association	648
	3. La dissolution des associations	649
SECTION 2	ASPECTS FISCAUX	650
	1. Principes fiscaux applicables aux activités des associations loi de 1901	650
	1.1 Énoncé des principes	650
	1.2 Précision des critères	651
	2. Cas particuliers : activités mixtes, exonérations, franchises d'impôt	655
	2.1 Exonérations	655

2.2	Franchise d'impôts commerciaux	656
2.3	Cas des activités mixtes	657
SECTION 3	ASPECTS SOCIAUX	658
1.	Le bénévolat associatif	658
2.	Les collaborateurs indépendants de l'association	660
3.	Les collaborateurs salariés de l'association	661
Applications		662
CHAPITRE 22	LES FONDATIONS	665
SECTION 1	LA NOTION DE FONDATION	665
SECTION 2	LES FONDATIONS ABRITÉES	666
SECTION 3	LES FONDATIONS RECONNUES D'UTILITÉ PUBLIQUE	667
1.	Création	667
2.	Fonctionnement	668
3.	Dissolution	669
SECTION 4	LES FONDATIONS D'ENTREPRISE	669
ANNEXES		
Corrigés des applications		673
Index		713
Table des matières		721