

LA REVUE DES REVUES N°9

TITRES DE L'ACTUALITE 4ÈME TRIMESTRE 2008

ETUDES

1. Transmission et démographie
Cantonner, renoncer et sauter :
les nouvelles stratégies de
transmission
2. Les solutions de mésestente entre
associés
3. Faire de l'usufruit un outil de
gestion
4. L'application volontaire du statut
des baux commerciaux aux
« professionnels » après la LME
5. L'earn out

TEXTES

6. La loi du 17 juin 2008 réformant
la prescription civile et le
commissariat aux comptes
7. Commissaires aux comptes
(ordonnance n°2008-1278,
8 décembre 2008)
8. Ordonnance n° 2008-1345 du
18 décembre 2008 portant
réforme du droit des entreprises
en difficulté
9. Loi de financement de la sécurité
sociale pour 2009
10. Délais de paiement entre les
entreprises

JURISPRUDENCE

11. La France condamnée à 10
millions d'euros pour avoir tardé
à exécuter un arrêt de manque
ment de la CJCE
12. La remise de biens immobiliers en
paiement du dividende ne
constitue pas une cession
assujettie aux droits de mutation
à titre onéreux
13. Sociétés commerciales. La mise
en œuvre d'une garantie de
passif n'est pas subordonnée à la
preuve d'un préjudice du
cessionnaire
14. Le dol spécial de l'abus de biens
sociaux se déduit du caractère
occulte des prélèvements opérés
15. Ingénierie juridique et financière
Cession d'actions. Droit de
préemption. Conditions
d'exercice
16. Détermination du prix de cession
de titres sociaux - cas d'un prix
global à ventiler entre plusieurs
sociétés acquises

DOCTRINE

17. Chiffre et droit : débat sur
l'accessoire

**1. Transmission et démographie
Cantonner, renoncer et sauter :
Les nouvelles stratégies de
transmission**

L'évolution démographique commence à influencer en profondeur la stratégie patrimoniale de chacun de nous.

- En 2005, un habitant sur cinq était âgé de 60 ans ou plus.
- En 2050, ce sera un sur trois.
- Les héritiers sont de plus en plus âgés et ont en moyenne 54 ans tous héritiers confondus.
- En 2040, l'âge moyen des héritiers sera de 60 ans.

D'autres constats sont à faire :

- En 2040, 1,2 millions de personnes âgées seront dépendantes.
- Deux tiers seront des femmes et la durée de dépendance est de 4,4 ans.
- Un quart des mariages sont rompus avant 15 ans de vie commune.
- Un jeune de moins de 25 ans sur quatre, vit avec un seul de ses deux parents, une famille sur dix est recomposée.

Ces constats partiels influencent la stratégie successorale.

La stratégie parent - enfant doit être revue : on hérite trop tard et c'est souvent un retraité qui hérite d'un autre retraité.

La stratégie grands-parents – petits enfants connaît un essor particulier mais ces donation-partage transgénérationnelles ne sont pas sans poser problème pour assurer l'égalité familiale.

Des nouveaux testaments voient donc le jour pour de nouveaux démembrements .

Enfin, en raison des statistiques précédemment écrites, il convient de protéger le conjoint survivant, en proie aux nouveaux risques de la dépendance.

Marceau CLERMON

*La Semaine Juridique notariale et immobilière
n° 51, 19 décembre 2008
Classement numérique : DFAM*

**2. Les solutions en cas de
mécontentement entre actionnaires**

Au sein des sociétés et notamment des SA, la mécontentement entre actionnaires est de plus en plus couramment constatée, et la recherche de solutions, toujours aussi essentielle. Cette étude fait l'inventaire de ces solutions. Elles sont :

- soit judiciaires,
 - nomination d'un médiateur
 - nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire ad-hoc
- soit légales (dissolution anticipée de la société),
- soit contractuelles.

Dans ce dernier cas, il convient de stipuler les conditions de sortie par :

- une convention de retraite
- une convention d'exclusion
- une promesse unilatérale de vente ou d'achat
- une clause d'offre alternative

Dans ce dernier cas toujours, il convient aussi de prévoir une clause de détermination du prix, en cas de sortie contractuellement organisée.

**Sophie SCHILLER et
Jean-Michel LEPRÊTRE**

*Acte pratique (Jurisclasseur)
n° 102 novembre-décembre 2008
Classement numérique : DCE*

**3. Faire de l'usufruit un outil de
gestion**

Le 12 novembre 2008, l'association Henri CAPITANT a présenté son avant-projet de réforme du livre II du Code civil, relatif aux biens.

Il est prévu de revoir en profondeur les dispositions concernant l'usufruit par l'introduction d'un usufruit non viager d'un maximum de 30 ans.

Une obligation de l'usufruitier et du nu propriétaire concernant l'entretien du bien, sera également précisée.

Les règles concernant les sûretés réelles sur le bien, seront également modifiées pour permettre à l'une ou l'autre des parties, de constituer une telle sûreté.

Enfin, un droit de jouissance spécial pourra être constitué par contrat. Ce projet devrait déboucher sur une proposition de loi de réforme du Code civil.

Laurence GARNERIE

*La revue Droit et Patrimoine
n° 176, décembre 2008
Classement numérique : DCI*

**4. L'application volontaire du statut
des baux commerciaux aux
« professionnels » après la LME**

La loi du 4 août 2008 a officiellement admis la possibilité d'appliquer le statut des baux commerciaux aux locations à usage professionnel.

La mise en œuvre de ce principe pose de nombreux problèmes que la présente étude tente de résoudre (voir

le tableau joint qui compare les régimes des baux commerciaux et professionnels).

Un « professionnel » peut bénéficier avec l'accord de son bailleur, du statut des baux commerciaux. Mais ce type de convention est d'une rédaction délicate.

Il convient au préalable de s'interroger sur l'opportunité d'appliquer volontairement le statut des baux commerciaux en fonction des circonstances particulières rencontrées. Il convient notamment que l'objet de la location soit exclusivement professionnel.

Il faut également préciser que l'option en faveur du statut des baux commerciaux, entraîne l'application de l'ensemble des dispositions de ce statut.

La possibilité d'un assujettissement simplement partiel au statut a été écarté.

Le locataire ne peut que choisir entre :

- une application pure et simple du mini statut des baux professionnels,
- l'application intégrale du statut des baux commerciaux.

Jacques LAFOND

*La Semaine Juridique entreprise et affaires
n° 47 novembre 2008
Classement numérique : DCE*

5. L'earn out

L'earn out s'est considérablement développé dans le domaine des fusions acquisitions. Cette clause, dite de complément de prix, a une fonction de garantie lors de l'acquisition de contrôle d'une société. Elle n'appartient toutefois pas à la famille des garanties de passif. L'earn out peut permettre d'éviter l'impasse où la fixation d'un prix ne donne satisfaction à personne. Les modalités de l'earn out peuvent être variées. L'earn out peut prendre la forme d'un complément de prix. Il peut aussi se matérialiser par l'organisation d'une montée en régime capitalistique par tranches successives.

Il faut toutefois prendre garde à ce que la clause de l'earn out ne soit pas requalifiée en condition potestative, ou encore, en clause léonine. L'autre risque est celui d'une indétermination du prix si le fonctionnement de la clause n'est pas suffisamment décrit.

**Jean-Pierre BERTREL et
Marina BERTREL**

*La revue Droit et Patrimoine
n° 175 novembre 2008
Classement numérique : DS*

6. La loi du 17 juin 2008 réformant la prescription civile et le commissariat aux comptes

Il faut noter que dans l'exercice de ses fonctions, le commissaire aux comptes bénéficie d'une prescription spécifique de 3 ans (au lieu des 5 ans propres au droit commun), et que le point de départ est fixe (fait dommageable) et non flottant (droit commun : connaissance des faits).

Précisons que cette prescription spéciale de 3 ans s'applique également aux DDL.

Enfin, signalons enfin que le délai de conservation des archives est de 10 ans.

Philippe MERLE

*Bulletin CNCC n° 152, décembre 2008
Classement numérique : DCI*

7. Commissaires aux Comptes Ordonnance n°2008-1278 du 8 décembre 2008

Cette ordonnance relative aux commissaires aux comptes transpose la 8^{ème} directive 2006/43/CE du 17 mai 2006. Elle complète également les attributions du H3C. Enfin, elle modifie des règles gouvernant des sociétés de commissaires aux comptes.

Ainsi, l'article 2 complète les attributions du H3C pour mettre en œuvre les contrôles de la profession et émettre des recommandations dans le cadre de leur suivi.

L'article 3 prévoit une présidence à temps complet.

L'article 6 prévoit la création d'un corps de contrôleurs.

Concernant nos normes d'exercice professionnel, il est prévu de retenir les normes ISA dans le cadre de la procédure de comitologie.

Concernant les sociétés de commissaires aux comptes, la référence aux parts de capital est remplacée par une référence au droit de vote pour le calcul du ratio des trois quarts.

Des précisions sont données sur la règle dite « rotation des mandats ». Les articles 13 à 18 introduisent en droit français le comité d'audit.

*La Semaine Juridique entreprise et affaires n° 51-52 18 décembre 2008
Classement numérique : DS*

8. Ordonnance n°2008-345 du 18 décembre 2008 portant réforme au droit des entreprises en difficulté

Le gouvernement a pris par voie d'ordonnance des mesures législatives visant à modifier la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Son principal objectif est de rendre la procédure de sauvegarde plus accessible et plus attractive (en 2006 et 2007, un peu plus de 1000 sauvegardes ont été ouvertes).

1. Amélioration du mandat ad hoc et de la conciliation

Le débiteur peut soumettre au tribunal le nom du créancier ad hoc. Une nouvelle conciliation peut être ouverte moins de 3 mois après la clôture de la précédente. Durant la conciliation, le débiteur peut obtenir du juge, des délais de paiement.

2. Sauvegarde

La procédure de sauvegarde peut dorénavant être ouverte sur demande d'un débiteur, qui sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Le débiteur peut proposer l'administrateur judiciaire de son choix et peut faire lui-même l'inventaire de son patrimoine, certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert comptable. Le tribunal ne peut plus subordonner l'adoption du plan de sauvegarde à l'éviction des dirigeants. Le débiteur peut demander au tribunal de convertir la procédure de sauvegarde en procédure judiciaire. Cette ordonnance entrera en vigueur le 15 février 2009.

*La Semaine Juridique entreprise et affaires n° 1, 1^{er} janvier 2009
Classement numérique : DED*

9. Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 (loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008)

Cette loi comprend six volets :

1. emploi retraite et pré retraite,
 2. charges sociales
 3. accident du travail
 4. contrôles et contentieux
 5. régimes agricoles
 6. mesures diverses
- Incitation aux entreprises de négocier pour le maintien des séniors dans l'emploi, sous peine de pénalité. Ce dispositif entre en vigueur le 1^{er} janvier 2010 et concerne les entreprises employant au moins 50 salariés. La pénalité est de 1% de la masse salariale.
 - Limitation des mises à la retraite d'office et garantie d'un maintien

dans l'emploi des salariés jusqu'à 70 ans.

En manifestant son refus de mise à la retraite d'office, le salarié bénéficie ainsi de la garantie de pouvoir poursuivre son activité jusqu'à 70 ans, s'il le souhaite.

- Aménagement et majoration du taux de la surcote pour les assurés actifs au-delà de 60 ans. Cette surcote est de 1,25% par trimestre supplémentaire.
- Libéralisation du cumul emploi-retraite pour les bénéficiaires du taux plein.
- Un forfait social de 2% à la charge de l'employeur est institué sur certaines rémunérations aux gains assujettis à la CSG mais exclus de l'assiette à la cotisation de la sécurité sociale, ceci à compter du 1^{er} janvier 2009.
- Assujettissement au premier euro des parachutes dorés dont le montant est supérieur à 1 000 000 €.
- Assujettissement partiel des dividendes perçus par les associés des sociétés d'exercice libéral.

*La Semaine Juridique entreprise et affaires N° 1
1^{er} janvier 2009
Classement numérique : DSOE*

10. Délais de paiement entre les entreprises

La loi LME du 4 août 2008 a fixé un plafond aux délais de paiement convenus entre les parties.

Ils ne pourront pas dépasser 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture.

Ces dispositions s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2009.

L'administration vient d'apporter des précisions sur le décompte de ce délai (voir site <http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr>).

*BRDA n°23/08, 15 décembre 2008
Classement numérique : DCE*

JURISPRUDENCE

11. La France condamnée à 10 millions d'euros pour avoir tardé à exécuter un arrêt de manquement de la CJCE

CJCE, 9 décembre 2008, aff. C-121/07, Commission c/ France

La France vient d'être condamnée par la Cour de justice européenne à une amende de 10 millions d'euros suite à l'inexécution d'un arrêt de manquement.

Ce manquement résulte de la non

transposition d'une directive (2001/18/CE).

Dix neuf mois après la publication de l'arrêt de manquement, la France n'avait toujours pas agi.

Par son inaction et par la répétition de ses « comportements infractionnels », la France contribue à fixer une ligne de jurisprudence, relative aux condamnations pécuniaires des états membres ».

*La Semaine Juridique édition générale n° 51-52
17 décembre 2008
Classement numérique : DE*

12. La remise de biens immobiliers en paiement du dividende ne constitue pas une cession assujettie aux droits de mutation à titre onéreux.

Jurisprudence Cass. com., 12 fév. 2008

La Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure et précise le fondement de cette solution.

La remise de l'immeuble en paiement du dividende échappe au droit de mutation, car il s'agit d'un acte juridique unilatéral et non d'un contrat.

Dans la mesure où les immeubles distribués ne sont pas inscrits au bilan pour leur valeur réelle, leur distribution à titre de dividende, fait apparaître une plus-value imposable au nom de la société.

A ce propos, il en va différemment si les dividendes en nature concernent plusieurs associés et si plusieurs biens sont distribués, déclenchant des montants de plus-values différenciés. Il semblerait alors logique que le montant de l'impôt soit déduit de la valeur du dividende.

**Florence DE BOISSY et
Guillaume WICKER**

*La Semaine Juridique entreprise et affaires
n° 51-52, 18 décembre 2008
Classement numérique : DS*

13. La mise en œuvre d'une garantie de passif n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice du cessionnaire

Jurisprudence Cass. com., 29 janv. 2008

Pour la Cour de cassation, la mise en œuvre de la garantie de passif n'est pas suspendue à la preuve d'un préjudice subi par le cessionnaire. Ainsi, le bénéficiaire d'une clause de garantie de passif ne peut être déchu de son droit conventionnel à indemnisation, au seul motif que ce droit soit invoqué de mauvaise foi, comme il ne peut en être privé en l'absence de tout préjudice.

Dans le cas visé, les juges de la Cour d'appel ont estimé que l'inexactitude de la situation nette comptable, objet de la garantie, était compensée par l'issue heureuse de l'opération pour laquelle la société en participation avait été constituée, ce qui interdisait la mise en jeu de la clause de garantie de bilan. La Cour d'appel avait conclu : pas de préjudice, pas de garantie.

Sa décision a été invalidée par la Cour de cassation.

Marie-Claude COQUELET

*La Semaine Juridique entreprise et affaires
n° 48, 27 novembre 2008
Classement numérique : DS*

14. Le dol spécial de l'abus de biens sociaux se déduit du caractère occulte des prélèvements opérés

Cass. crim., 24 sept. 2008

S'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés que dans le seul intérêt de la société, les biens sociaux cédés de manière occulte par un dirigeant social, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel.

L'acte contraire à l'intérêt social en lui-même ne suffit pas à constituer le délit de biens sociaux.

Le dirigeant social doit en outre avoir agi « à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement ». Lorsque le dirigeant a prélevé des fonds sociaux de façon occulte, il existe une présomption simple, posée par la jurisprudence, d'usage à des fins personnelles.

Cette présomption peut être combattue par le dirigeant, s'il apporte la preuve que les fonds sociaux prélevés, l'ont été dans l'intérêt exclusif de la société.

Renaud SALOMON

*Revue Droit des sociétés, n° 11 novembre 2008
Classement numérique : DP*

15. Cession d'actions : de la distinction entre le droit de priorité et le droit de préemption

Jurisprudence Cass. com., 6 mai 2008

Cet arrêt met en relief la distinction entre ces deux types de droit. Le droit de priorité consiste à offrir à l'une des parties, le droit d'acheter prioritairement les actions ou parts sociales de l'autre. Un droit de priorité est un véritable accord de principe sur la transaction, bien qu'aucun accord ne soit intervenu sur le prix, celui-ci étant, à défaut d'accord entre les parties, déterminé à dire d'expert.

La clause de préemption, suppose elle,

une proposition de vente détaillée comprenant le nombre des actions et leur prix. C'est à partir de ce moment que le bénéficiaire de droit de préemption, peut faire valoir son droit. Cette clause s'applique donc lorsque l'actionnaire a trouvé un acquéreur et s'est entendu avec lui sur un prix.

Thibaut MASSART

*Bulletin Jolly société n° 10, octobre 2008
Classement numérique : DS*

16. Détermination du prix de cession de titres sociaux - cas d'un prix global à ventiler entre plusieurs sociétés acquises

Jurisprudence Cass. com., 8 avr. 2008

Le prix de cession de titres composant le capital de plusieurs sociétés, est suffisamment déterminé par un prix global, dès lors que la ventilation de ce prix entre chacune de ces sociétés, ne constitue pas une condition de la vente, mais en conditionne seulement les conséquences fiscales pour l'acquéreur.

Il faut noter que l'absence de ventilation du prix dans une telle hypothèse est néanmoins à déconseiller car elle pose des problèmes fiscaux pour chacune des parties à l'opération.

*RJDA n° 1208, décembre 2008
Classement numérique : DS*

DOCTRINE

17. Chiffre et droit : débat sur l'accessoire.

Dans sa séance du 28 octobre 2008, l'Ordre du barreau de Paris a contesté le droit pour les experts comptables d'avoir une activité de consultation juridique à titre accessoire.

Cette position fait suite aux travaux de la commission DARROIS sur la création d'une grande profession du droit.

Il est à noter que la position française est sur ce point très restrictive, puisque dans d'autres pays européens, le concept de la profession réglementée a été remplacé par celui d'activités réglementées, et que les sociétés d'exercice libéral inter-métiers sont possibles.

*La revue Droit et Patrimoine
n° 176, décembre 2008
Classement numérique : DCE*