

Brèves de Droit des Affaires

Brèves n° 1 - Octobre 2008

I/ Droit des Sociétés

1. Aménagements apportés par la loi du 3 juillet 2008 dans le cadre des opérations nationales de fusions et de scissions

La loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses applications d'adaptation de droit des sociétés au droit communautaire simplifie le régime juridique des fusions et scissions nationales, en particulier sur l'obligation de désigner un commissaire à la fusion ou à la scission posée par l'article L236-10 du Code.

Désormais, les sociétés participantes sont dispensées de faire désigner un commissaire à la fusion lorsque leurs associés le décident à l'unanimité. Donc, le mieux est de consulter les associés avant la survenance de la date limite fixée par la loi.

En revanche, en l'absence de désignation d'un commissaire à la fusion, la désignation d'un commissaire aux apports est nécessaire « lorsque l'opération de fusion comporte des apports en nature ou des avantages particuliers », ce qui est souvent le cas.

Les fusions simplifiées (absorption d'une filiale à 100%) ne sont plus soumises à l'obligation de désignation d'un commissaire aux apports.

Cette mesure va redonner de l'intérêt aux fusions simplifiées par rapport aux dissolutions par confusion de patrimoine lorsque la société absorbée possède un actif immobilier important.

2. Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : mesures en droit des sociétés

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie (LME) apporte des modifications importantes en droit des sociétés.

En matière de SAS, la loi LME supprime l'exigence d'un capital social minimal, autorise et rémunère les apports en industrie, ne rend plus nécessaire (sous certaines conditions de seuil) la désignation de commissaire aux comptes.

En matière de SA, la loi LME supprime l'obligation pour les administrateurs de détenir des actions, maintient le droit de vote double en cas de fusion ou de scission, autorise les délégations au DG (ou au président du directoire) et les subdélégations aux DGD (ou un ou plusieurs membres du directoire) pour constater les levées d'options de souscription d'actions et apporter les modifications correspondantes des statuts.

La loi LME autorise le rachat propre d'actions par les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation (par ex : Alternext) afin de « faciliter la liquidité des titres ». Cette mesure était très attendue mais nécessite encore l'adaptation du règlement AMF pour être effective.

II/ Droit des Affaires/Droit commercial

1. Exigence de l'accord du franchisé en cas de transmission à la suite d'une fusion ou apport partiel d'actif (Com 3 juin 2008)

Par deux arrêts de principe rendus le 3 juin 2008, la Cour de cassation a apporté des précisions importantes en matière de franchise: « *le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut être transmis par fusion absorption (1^e espèce) ou d'un apport partiel d'actif (2^e espèce) qu'avec l'accord du franchisé.* »

Etendant sa jurisprudence rendue en matière de contrat d'agence commerciale (Cass. Com 7 juin 2006), la Cour de cassation considère ainsi que le caractère **intuitu personae** du contrat de franchise rend nécessaire **l'accord de chaque franchisé** en cas d'opérations juridiques entraînant le transfert du contrat de franchise à une autre entité que celle du franchiseur.

La sanction en cas de non respect est la **possibilité pour le franchisé de résilier le contrat aux torts du franchiseur.**

Quid en cas de cession de contrôle du franchiseur? Faut-il également que le franchiseur obtienne l'accord de ses franchisés?

Il nous semble que cette jurisprudence ne s'applique pas en cas de changement de contrôle dans la mesure où elle n'entraîne pas transmission des contrats des franchisés, sauf clause contraire contenu dans le contrat de franchise.

2. Refus de renouvellement du bail commercial pour motif grave et légitime du locataire (Civ. 3^{ème}, 11 juin 2008)

Il est acquis que le bailleur est en droit de refuser le renouvellement du bail commercial au locataire sans être tenu d'aucune indemnité envers lui s'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire.

Qu'en est-il si le motif grave et légitime résulte de fait d'un tiers ?

En l'espèce, l'acquéreur de l'immeuble abritant un fonds de commerce reprochait au preneur d'avoir sans motif sérieux et légitime cessé toute exploitation du fonds. Il s'était sans droit substitué à son père qui se prétendait bénéficiaire d'un bail.

La Cour de cassation, dans un arrêt rendu en date du 11 juin 2008, a jugé que « *le motif grave et légitime du refus de renouvellement du bail commercial peut être constitué par une faute imputable au locataire ou aux personnes dont il répond.* »

Ainsi, il en résulte que le refus de renouvellement peut être justifié par des comportements répréhensibles aux personnes accueillies ou introduites dans les lieux par le preneur.

Ce qui caractérise la situation juridique du preneur, dans ses rapports avec ces personnes, c'est son obligation de répondre d'actes dont la survenance peut lui être personnellement reprochée par le bailleur.

III/ Droit bancaire et financier

1/ Devoir de mise en garde du banquier en matière de SICAV ou FCP : indication dans les documents publicitaires des risques (Com 24 juin 2008).

Le client doit être informé des risques de pertes qu'il encourt dans un placement financier. Le respect de cette obligation est assuré par la remise obligatoire d'une notice indiquant les principaux risques encourus visée par l'AMF.

Les documents publicitaires doivent-ils également mentionner les risques dès lors que le banquier a remis la notice visée par l'AMF ?

En l'espèce, un particulier avait souscrit un FCP après la lecture de la notice d'information et surtout d'une plaquette publicitaire vantant les mérites du produit. Trois ans plus tard, le client enregistré des pertes importantes.

La Cour de cassation semble opérer un revirement de sa jurisprudence (affaire « Bénéfic » de la Poste) en jugeant que **« la publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire des parts de FCP doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés »**. De plus, elle estime qu'une publicité incomplète ou inexacte fournie au client anéantit les effets de la remise de la notice.

Il en résulte donc que la publicité doit comporter les facteurs de risques indiqués dans la notice visée par l'AMF. A défaut, la responsabilité du banquier est engagée pour manquement à son devoir de mise en garde.

2. Devoir de mise en garde du prestataire de service d'investissement (PSI) en faveur de l'investisseur profane

Il est de jurisprudence constante que le PSI n'est tenu à une obligation de mise en garde qu'à la double condition que (i) les opérations en cause soient de nature spéculative et exposent l'investisseur à un risque particulier et (ii) que celui-ci ne puisse pas être considéré comme un investisseur averti au moment des opérations litigieuses.

Sans être novateurs, cinq arrêts de la Cour de cassation rendus en février et mars 2008 apportent des précisions:

(i) Sur la notion d'opération spéculatives : c'est **« l'impossibilité pour l'investisseur de connaître à l'avance de manière précise, l'étendue d'éventuelles pertes qu'il aurait à subir »** (Com 26 mars 2008).

(ii) Sur la notion d'investisseur averti : c'est celui qui a une connaissance suffisante ou l'expérience des opérations spéculatives.

Le manquement à son devoir de mise en garde par le PSI conduit ce dernier à engager sa responsabilité et à réparer le préjudice qu'il a directement ou indirectement causé à son client (Cass. Com 12 février et 4 mars 2008).

Le préjudice est constitué par **la perte de chance** **« d'échapper, par une décision plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations qu'il a effectuées »** (Com 12 février 2008).

Par contre, dans le cas où la faute du client a contribué à la réalisation ou à l'aggravation de son dommage, la responsabilité du PSI sera partagée avec le client.

IV/ Fiscalité

Loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : Mesures fiscales

Nous vous présentons quelques mesures fiscales apportées par la loi LME qui ont attiré notre attention.

Afin de renforcer la sécurité juridique des entreprises éligibles au crédit d'impôt recherches (CIR), deux nouvelles mesures ont été instituées, à savoir la réduction du délai de réponse de l'administration à trois mois et l'extension du dispositif de contrôle sur demande du CIR sans condition du seuil de chiffres d'affaires. Ces aménagements sont applicables à compter du 1^{er} janvier 2009.

En matière d'IS, la loi permet l'institution d'une option pour le régime IR en faveur de certaines sociétés de capitaux (SA, SAS et SARL), non cotées créées depuis moins de cinq ans, qui exercent à titre principal une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, à l'exclusion de la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier et qui répondent aux critères communautaires de la petite entreprise.

Le dispositif d'attribution de bons de souscriptions de parts de créateur d'entreprise est également assoupli.

En matière de droit d'enregistrement, la loi LME modifie les taux applicables (i) aux cessions de fonds de commerce, (ii) à certaines cessions de droits sociaux :

(i) cession de fonds de commerce

| Fraction du prix | Etat | Taxes locales | Imposition totale |
|-------------------------------|-------|---------------|-------------------|
| entre 0 et 23.000 € | 0 % | 0 % | 0 % |
| entre 23 000 € et 107.000 € | 2 % | 1 % | 3 % |
| entre 107 000 € et 200. 000 € | 0,6 % | 2,4 % | 3 % |
| Supérieure à 200. 000 € | 2,6 % | 1,4 % | 5 % |

(ii) cessions de droits sociaux

| Type de société | Taux |
|--------------------------------------|--|
| Sociétés par actions | 3 % plafonné à 5 000 € (au lieu de 1,10 % plafonné à 4 000 €) |
| SARL et sociétés de personnes | Valeur taxable inférieure à 23 000 € : 0 % (inchangé) Valeur taxable supérieure à 23 000 € : 3 % (au lieu de 5 %) |
| Sociétés à prépondérance immobilière | 5 % (inchangé) |

Avertissement

Le contenu de ce document n'est fourni qu'à titre informatif et ne constitue pas un avis juridique. Vous ne devez et ne pouvez pas vous fonder sur une quelconque information citées sur ce document sans demander l'avis d'un avocat. Le cabinet Lefèvre, Société d'Avocats n'assume aucune responsabilité quant à l'usage des informations dans ce document.

Pour plus d'informations sur toute question en Droit des Affaires et/ou en Droit bancaire, veuillez contacter :

Guillaume Lefèvre ou Laurent Simonneau, avocats associés

20, rue Euler – 75008 Paris

Tel: 33 (0) 1 56 62 31 31 – Fax : 33 (0) 1 40 67 76 17

glefevre@lefevreassocies.com ou lsimonneau@lefevreassocies.com