

Brèves Lamy Lexel

Juillet 2009

Droit des Affaires

➤ **Utilisation à distance d'une carte bancaire (Cour de Cassation, chambre commerciale - 24 mars 2009 - n° 08-12.025)**

Un particulier communique par courriel son numéro de carte, date de validité et cryptogramme à trois chiffres, pour effectuer une réservation dans un hôtel.

Il ne donne pas suite à son projet et l'hôtel débite sur son compte une somme à titre de pénalité.

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 24 mars 2009, condamne la banque à rembourser le titulaire de la carte estimant que ce dernier n'avait communiqué les informations figurant sur sa carte que pour effectuer une réservation, de telle sorte qu'il n'était pas établi qu'il avait donné à sa banque un mandat pour payer.

➤ **Bail à usage exclusif de bureaux (Cour de Cassation, 3ème chambre civile - 1er avril 2009 - n° 08-13.130)**

Rappelons que, lorsque les locaux sont loués à usage exclusif de bureaux, le loyer du bail renouvelé est fixé par référence aux prix pratiqués pour des locaux équivalents et échappe donc à la règle du plafonnement.

Dans un bail commercial, la clause de destination précisait que les locaux étaient loués « à usage exclusif de bureaux pour l'activité de formation, production et diffusion de matériel pédagogique ».

Le locataire soutenait que l'activité exercée dans les locaux objets du bail était celle de formation et non celle de bureaux, et que, dès lors, le loyer du bail renouvelé devait être fixé en considération de l'activité de formation.

La Cour de Cassation a jugé dans son arrêt du 1^{er} avril 2009 que, la clause de destination des locaux du bail visant bien l'activité de bureaux, la fixation du loyer du bail renouvelé devait uniquement se faire en considération de la clause de destination du bail, et non en considération de l'usage effectif des locaux par le locataire.

La Cour de Cassation a, dans un arrêt en date du 7 avril 1994 (Cour de Cassation, 3^{ème} chambre civile, n° 92-16.280), défini les locaux à destination de bureaux comme ceux destinés aux activités administratives et ceux affectés à la clientèle dès lors qu'ils ne servent ni au dépôt ni à la livraison de marchandise.

Droit des Sociétés

➤ Remboursement immédiat d'un compte courant d'associé

Le remboursement immédiat de son compte courant est un droit pour l'associé, à défaut de toute stipulation contraire. La situation financière de la société ne peut priver l'associé apporteur en compte courant de son droit d'être remboursé.

Toutefois, cette jurisprudence constante vient d'être nuancée par un arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier en date du 16 décembre 2008. En effet, la Cour d'Appel a précisé que, si la situation financière difficile de la société n'est pas de nature à y faire échec, elle peut justifier des mesures d'aménagement du paiement.

En l'espèce, deux associés d'une SARL avaient demandé le remboursement immédiat de leur compte courant. La société avait alors demandé un aménagement du délai par l'octroi d'un délai de deux ans pour le remboursement du compte courant.

La société soutenait la fragilité de sa situation économique notamment due à un chiffre d'affaires équivalent à celui de l'exercice précédent et une perte bien supérieure à celle enregistrée au cours du même exercice.

Les juges du fond, faisant une application stricte du droit au remboursement immédiat de son compte courant par l'associé, avaient rejeté la demande de la société. La Cour d'Appel a alors infirmé cette décision.

En effet, la Cour d'Appel a relevé que **la situation ayant conduit la société à demander un aménagement du remboursement du compte courant pouvait s'améliorer** grâce à un projet d'aménagement d'une zone commerciale à proximité susceptible de favoriser la reprise de l'activité.

La Cour d'Appel a retenu l'argumentation de la société relative à la demande de délai et **accorde en conséquence un échelonnement du remboursement** du montant du compte courant. Le remboursement immédiat reste donc le principe quelque soit la situation financière de la société, mais cette dernière peut justifier de mesures d'aménagement du paiement.

➤ Détermination de la valeur de droits sociaux par l'expert

L'article 1843-4 du Code Civil impose en cas de cession des droits sociaux d'un associé ou de rachat de ceux-ci par la société, et s'il existe une contestation quant à leur valeur, de recourir à un expert pour la détermination de cette valeur.

Par un arrêt en date du 9 décembre 2008, la Cour d'Appel de Paris a posé le principe de la totale liberté de **l'expert désigné en vertu de cet article 1843-4, qui n'est lié ni par la convention des parties, ni par leurs directives.**

En l'espèce, un associé, exclu d'une société civile, a fixé la valeur de remboursement des parts qu'il détenait dans cette dernière. Suite au défaut d'accord sur ce prix, il a saisi le juge des référés aux fins de nommer un expert conformément à l'article 1843-4 du Code Civil. Le juge des référés a donc nommé un expert ayant pour mission de déterminer la valeur réelle des droits sociaux et a indiqué les critères d'évaluation devant être retenus par celui-ci. Cette ordonnance a alors été frappée d'appel et la Cour d'Appel l'a infirmé au motif que la compétence du juge des référés est limitée au choix de l'expert et ne peut donc déterminer les critères sur lesquels ce dernier doit se baser pour déterminer la valeur de droits sociaux.

L'expert ainsi désigné a donc fixé la valeur des parts sociales en toute liberté. La société a alors demandé en justice l'annulation de l'évaluation de l'expert en soulevant l'erreur grossière de ce dernier pour avoir déterminé la valeur de remboursement des parts en ne retenant pas la méthode d'évaluation prévue par les statuts et le règlement intérieur de la société.

Cette prétention de la société est rejetée au motif qu'il appartient à l'expert de déterminer lui-même, en application de l'article 1843-4 du Code Civil, **selon les critères qu'il juge appropriés, sans être lié par la convention ou les directives des parties**, la valeur des droits sociaux litigieux.

Cet arrêt de la Cour d'Appel poursuit donc, dans la lignée des arrêts de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation en date du 4 décembre 2007, la logique de la Haute juridiction qui avait affirmé que **l'évaluation par le tiers estimateur de l'article 1843-4 prime, en tout état de cause, les clauses statutaires d'évaluation des droits sociaux.**

Contrats, Concurrence et Distribution

➤ Résiliation unilatérale avant le terme aux risques et périls du créancier : précisions

Aux termes d'un contrat de location et d'entretien textile signé entre deux parties, une résiliation anticipée ne pouvait intervenir qu'après trois lettres recommandées motivées.

Le créancier, insatisfait des prestations de son cocontractant, a notifié à ce dernier la rupture du contrat avec prise d'effet le mois suivant la réception de la lettre, sans toutefois suivre la procédure de résiliation prévue au contrat.

La Cour d'Appel a jugé que, les conditions de mise en œuvre de la résiliation anticipée n'étant pas réunies, le contrat n'avait pas été résilié et avait donc continué à produire ses effets jusqu'à son terme.

Dans une décision du 10 février 2009, la Cour de Cassation a cassé cet arrêt en affirmant que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle.* »

La faculté unilatérale de résiliation aux risques et périls du créancier, pure construction jurisprudentielle (Cour de Cassation, 1^{re} chambre civile, 13 octobre 1998), a initialement été consacrée pour dispenser le créancier de demander la résolution en justice en l'absence de clause résolutoire.

Désormais, cette faculté unilatérale de résiliation dispense également le créancier, en présence d'une clause résolutoire, du respect des conditions de mise en œuvre de celle-ci.

Cet arrêt offre ainsi une légitimité supplémentaire à la résiliation anticipée du contrat aux risques et périls du créancier.

Il convient toutefois d'être particulièrement vigilant dans la mise en œuvre d'une telle solution, et notamment de veiller à ce que le comportement du débiteur soit suffisamment grave pour permettre de résilier le contrat avant son terme sans respecter les modalités contractuelles de résiliation et ce, sans encourir de responsabilité.

Contentieux, Arbitrage, Médiation

➤ La Cour Européenne de justice confirme une condamnation de France Télécom à une amende de 10,35 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché français de l'ADSL

Une amende administrée le 16 juillet 2003 par la Commission Européenne à Wanadoo, alors filiale de France Télécom, « pour abus de position dominante sous la forme de prix prédateurs ».

Dans une décision du 16 juillet 2003, la Commission avait constaté que, du mois de mars 2001 au mois d'octobre 2002, la société Wanadoo Interactive SA avait enfreint l'article 82 du Traité CE en pratiquant des prix prédateurs ne lui permettant pas de couvrir ses coûts variables jusqu'en août 2001 et ne lui permettant pas de couvrir ses coûts complets à partir d'août 2001.

Ces prix prédateurs étaient mis en œuvre dans le cadre d'un plan visant à préempter le marché de l'accès à Internet à haut débit dans une phase importante de son développement.

La Commission avait ordonné à Wanadoo de mettre fin à cette infraction et avait infligé une amende de 10,35 millions d'euros.

La Cour de Justice a rejeté le pourvoi que la société France Telecom avait formé contre cette décision.

Elle affirme que l'article 82 du Traité CE vise les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais aussi celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective.

Ainsi, **une politique de prix visant uniquement l'élimination des concurrents peut porter atteinte abusivement à une structure de concurrence effective.**

En l'espèce, dans un marché déjà affaibli par sa présence, la Cour reproche à France Telecom d'avoir mis en œuvre une politique de prix ne poursuivant pas d'autre finalité que d'éliminer ses concurrents pour tirer profit, ensuite, de la réduction du degré de concurrence existant sur le marché.

Droit Social

➤ Le Titre emploi-service entreprise

La loi n°2008-776 du 4 août 2008 portant modernisation de l'économie a créé le titre emploi-service entreprise (TESE), lequel remplace le chèque-emploi très petites entreprises et le titre emploi-entreprise.

Dans une circulaire 2009-45 du 19 mai 2009, l'Agence Centrale des Organismes de la Sécurité Sociale (Acos) a précisé les modalités d'application du TESE.

Cette offre de service, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2009 (décrets n°2009-342 et n°2009-343 du 27 mars 2009), permet à l'employeur de simplifier ses déclarations sociales au moyen d'un formulaire d'adhésion disponible auprès des Urssaf ou des centres nationaux TESE (cf ci-dessous).

Le TESE ne peut être utilisé que par les entreprises :

- dont l'effectif ne dépasse pas 9 salariés, quelle que soit la durée annuelle d'emploi de ces salariés.
- ou qui, quel que soit leur effectif, emploient des salariés dont l'activité dans la même entreprise n'excède pas la limite de 100 jours, consécutifs ou non, ou de 700 heures de travail par année civile.

L'ensemble des déclarations peut s'effectuer sur le site www.letese.urssaf.fr mis à la disposition des entreprises.

Chaque centre gère le TESE pour les secteurs professionnels qui lui sont assignés :

- centre de Bordeaux : TSA 10101, 33902 Bordeaux cedex (BTP, commerce et réparation automobile, immobilier, commerce non alimentaire, industries du textile, habillement),
- centre de Lyon : 6, rue du 19 mars 1962, 69200 Vénissieux cedex (hôtel-café-restaurant, activités de loisirs, industrie alimentaire),
- centre de Paris : TSA, 90029, 93517 Montreuil cedex (commerce alimentaire, métiers de bouche, services à la personne, santé et action sociale, transport, recherche - développement).

Le formulaire d'adhésion doit être adressé par l'employeur au centre national compétent, lequel adresse ensuite :

- un carnet de **volets d'identification du salarié**, lequel permet à l'employeur à chaque embauche d'accomplir en un seul document les formalités liées à l'embauche (élaboration de la déclaration unique d'embauche, contrat de travail, en le retournant dûment rempli),
- et, un carnet de **volets sociaux** qui permet de déclarer les éléments nécessaires au calcul des cotisations et contributions au régime de sécurité sociale, d'assurance chômage, de retraite complémentaire et de prévoyance obligatoire.

Le volet social doit être adressé au centre national avant le 25^{ème} jour du mois d'activité du salarié concerné, lequel calcule les cotisations et contributions et notifie à l'employeur un décompte au plus tard le 10^{ème} jour du mois qui suit celui de la réception de la déclaration. Le montant dû devra être versé à l'Urssaf dans les 12 premiers jours du mois civil qui suivent sa notification.

Enfin, l'édition du bulletin de paie est adressée dans les 3 jours ouvrés qui suivent la réception du volet social, en double exemplaire à l'employeur pour remise au salarié.

➤ **Les nouveautés sur les différentes aides à l'embauche (apprentis, stagiaires, jeunes en contrat de professionnalisation)**

Conformément au plan d'urgence en faveur des jeunes mis en place par le Président de la République, quatre décrets du 15 juin 2009 (n°2009-693, n°2009-695, n°2009-692 et n°2009-694) fixent les modalités d'aides aux entreprises pour favoriser l'embauche de jeunes.

A- Création de deux aides concernant l'embauche d'apprentis :

Ces aides concernent les embauches d'apprentis réalisées à compter du 24 avril 2009 et jusqu'au 30 juin 2010.

Pour pouvoir bénéficier de ces aides, l'entreprise ne doit pas avoir procédé à un licenciement pour motif économique dans les six mois qui précèdent l'embauche sur le poste à pourvoir et doit être à jour de ses obligations déclaratives et de ses cotisations sociales.

✓ Le dispositif « zéro charge »

Ce dispositif initialement mis en place pour l'année 2009 pour les embauches dans les entreprises de moins de dix salariés est **désormais étendu aux entreprises de plus de 11 salariés.**

L'aide est accordée pour une durée de douze mois pour toute embauche d'une durée minimale de deux mois. Son montant est évalué sur la base de la rémunération versée à l'apprenti et varie en fonction de son âge et de son ancienneté.

La demande est déposée auprès de Pôle Emploi dans un délai de trois mois suivant l'embauche, et l'employeur est tenu de communiquer chaque trimestre les éléments justificatifs permettant le calcul de l'aide.

✓ **Aide de l'Etat pour les embauches d'apprentis supplémentaires**

Les employeurs de moins de 50 salariés peuvent solliciter une aide de l'Etat s'agissant de l'embauche d'apprentis supplémentaires.

Cette aide est accordée pour toute embauche d'apprentis ayant pour effet d'augmenter le nombre de contrats d'apprentissage en cours d'exécution dans l'entreprise.

Le montant de l'aide s'élève à **1800€ par embauche**.

La demande d'aide doit être déposée à Pôle Emploi à l'issue des deux mois qui suivent l'embauche, et au plus tard le 31 août 2010.

B- Versement d'une prime de 3000€ pour l'embauche en CDI de jeunes stagiaires

Conformément au décret n°2009-692 du 15 juin 2009, les employeurs (secteurs privé, public et parapublic, ainsi que les groupements d'employeurs) qui embaucheront sous CDI (à temps plein ou à temps partiel) des jeunes (ayant effectué un stage au sein de leur entreprise) entre le 24 avril et le 30 septembre 2009 bénéficieront d'une prime à l'embauche de 3000 euros.

Toutefois, seront exclus de ce dispositif les établissements ayant procédé dans les six mois précédant l'embauche à un licenciement économique sur le poste à pourvoir, ainsi que les employeurs n'étant pas à jour de leurs obligations sociales.

Pour bénéficier du versement de la prime :

- le stage doit avoir fait l'objet d'une convention entre le stagiaire, l'entreprise et l'établissement d'enseignement,
- le stagiaire doit être âgé de moins de 26 ans à la date de conclusion du contrat de travail et doit avoir effectué au sein de l'entreprise un stage ou plusieurs stages d'une durée cumulée d'au moins huit semaines entre le 1^{er} mai 2008 et le 24 avril 2009.

La demande de versement devra être adressée par l'employeur à l'Agence de services et de paiement (ASP) dans les quatre mois suivant la date de la conclusion du contrat de travail, et ASP procédera à un versement en deux fois.

C- Aide à l'embauche de jeunes en contrat de professionnalisation

Conformément au plan d'urgence pour l'emploi des jeunes, les employeurs qui, entre le 24 avril et le 30 juin 2010, embaucheront des jeunes de moins de 26 ans au moyen d'un contrat de professionnalisation au sein de leurs entreprises bénéficieront d'une aide d'un montant de 1000€.

Ce montant est porté à la somme de 2000 € si le jeune embauché est titulaire d'un diplôme, d'un titre ou d'un niveau de formation V, V bis, ou VI.

La demande d'attribution doit être déposée par l'employeur auprès de Pôle Emploi dans un délai de trois mois après l'embauche, accompagnée d'une copie du contrat de professionnalisation.

Une fois les formalités accomplies, l'aide sera versée en deux fois, une première moitié à l'issue du 2^{ème} mois d'exécution du contrat de professionnalisation, et le solde à l'issue du 6^{ème} mois.

Droit Fiscal

➤ Focus sur un vrai risque fiscal encore méconnu des entreprises : la fraude Carrousel

La Commission Européenne, dans un communiqué de presse en date du mardi 23 juin 2009, est venue apporter aux contribuables de bonne foi un gage de sécurité fiscale important contre les dommages collatéraux de la **fraude Carrousel**.

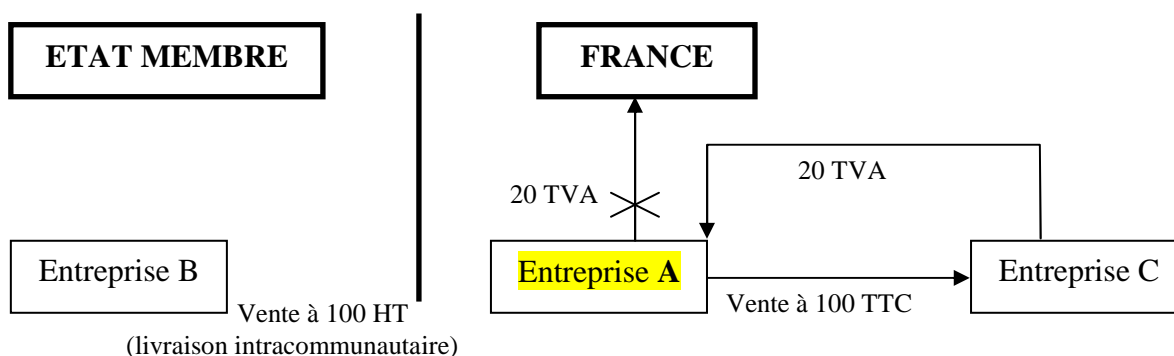
C'est donc l'occasion de faire un état des lieux en cette matière qui cause quelques ravages au sein des entreprises françaises.

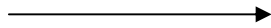
Pour cela, il convient de préciser la notion de fraude Carrousel au moyen de deux exemples, en détaillant les conséquences financières qui s'en suivent, avant de présenter la nouvelle mesure de protection prise par la Commission Européenne.

1. Présentation de la notion de fraude Carrousel

a. Premier exemple de fraude Carrousel, l'exemple « type »

Un premier exemple de fraude Carrousel consiste pour une entreprise A (en France, par exemple) à acquérir un bien auprès d'une entreprise B établie dans un Etat membre (vente qui n'est pas soumise à TVA, puisqu'elle constitue une livraison intracommunautaire), puis à le revendre (en facturant la TVA) à une entreprise C en France. L'entreprise A « disparaît » alors en ayant collectée mais non reversée la TVA, ni directement à l'Etat, ni à son fournisseur (puisque la vente était exonérée).





Déduction
20 TVA

b. Second exemple de Fraude Carrousel, l'exemple « pratique »

Un second exemple consiste pour cette même entreprise C, établie en France, à acquérir un bien auprès d'une entreprise D, également établie en France (laquelle a acheté les marchandises en cause soit dans un pays tiers, soit hors UE) ; C revend le bien à E (établie en UE ou hors UE). D collecte normalement la TVA (française) et la reverse au fisc ; C ne collecte pas de TVA française (livraison intracommunautaire ou export), mais impute simplement la TVA déductible facturée par D sur la TVA collectée **au titre de ses autres activités**.

Ainsi, C (choisie à dessein par les fraudeurs – le plus souvent à l'insu des dirigeants de C), impute-t-elle la TVA déductible sur la TVA collectée.

Sans l'entremise de C, D (qui n'a aucune autre activité) aurait revendu directement le bien à E (établie en UE ou hors UE). D, qui serait ainsi constamment en crédit de TVA (TVA déduite sur achat et non collectée lors de la revente – livraison intra communautaire ou export), serait contrainte de déposer des demandes de remboursement de crédit de TVA mensuelle ... attirant ainsi l'attention de l'Administration fiscale qui pourrait déclencher un contrôle.

c. Conséquences fiscales et financières de ces mécanismes de fraude Carrousel

La directive TVA et le CGI prévoient notamment, outre les sanctions prévues à l'encontre d'un fraudeur, que l'acquéreur qui « savait, *ne pouvait ignorer ou **aurait dû savoir**, qu'il participait à une chaîne de transactions frauduleuses* », peut voir remettre en cause le droit à déduction de la TVA d'amont.

Un opérateur de bonne foi (l'entreprise C) peut donc être une victime fiscale de cette fraude s'il est incapable de prouver qu'il n'était pas en mesure d'identifier le circuit frauduleux mis en place.

Les conséquences financières peuvent être dramatiques puisque l'opérateur, bien que de bonne foi, pourra être tenu à la restitution de la TVA éludée.

L'administration fiscale recommande aux opérateurs économiques de prendre toute mesure raisonnable en leur pouvoir, dans le cadre de l'exercice normal de leur activité, pour s'assurer que leurs transactions avec un opérateur ne sont pas impliquées dans un tel schéma de fraude. (Instruction 3 A-7-07 du 30 novembre 2007).

Ces recommandations ont trouvé un écho défavorable au contribuable dans la jurisprudence du Conseil d'État.

La haute juridiction (Cour Européenne - 23 mars 2009 - N)301053, 8^{ème} s.-s., SA Hornet Computer International) vient en effet de confirmer une décision de la CAA de Paris précisant que « *l'administration doit être regardée comme apportant la preuve qu'une entreprise ne pouvait ignorer que ses fournisseurs étaient dépourvus de toute activité réelle, alors même qu'ils se présentaient comme assujettis à la TVA*

et étaient inscrits au registre du commerce et des sociétés, et que, par suite, elle a sciemment participé à des opérations frauduleuses, dès lors que :

- cette entreprise ne pouvait ignorer que ses fournisseurs étaient des sociétés de création récente, dépourvues de références et de toute logistique et qui ne pouvaient donc pas être regardées comme ayant une activité économique correspondant à l'acquisition des marchandises litigieuses ;

- elle ne pouvait pas ne pas relever que les prix hors taxe pratiqués par ses fournisseurs étaient inférieurs à ceux habituellement proposés par d'autres fournisseurs ;

- les anomalies visibles affectant les documents de transactions tels que les devis et factures, qui présentaient des similitudes de formes, notamment au niveau de la numérotation de la facture ou des numéros de télécopie, de même que le caractère notoirement incomplet des bons de transport, ne pouvaient échapper aux dirigeants de l'entreprise. »

2. Mesure de protection instituée par la Commission Européenne

Dans ce contexte, la Commission Européenne a mis en place un service qui apparaît vraiment utile pour toute entreprise désirant sécuriser sa situation au regard de ce risque.

En effet, la Commission Européenne, dans un communiqué de presse du mardi 23 juin 2009, a indiqué avoir mis à la disposition du public un service, au sein du registre VIES (http://ec.europa.eu/taxation_customs/vies/vieshome.do?selectedLanguage=fr), permettant à un assujetti d'obtenir un *certificat* attestant qu'il a *vérifié* la validité du numéro de TVA d'un client à un moment donné.

Ce certificat constitue un des éléments pouvant servir à justifier, le cas échéant, la participation involontaire à un circuit frauduleux et éviter d'être tenu des conséquences fiscales de la fraude.

Toutefois, il ne s'agit pas d'un élément suffisant susceptible de dispenser les contribuables d'être particulièrement attentifs aux conditions des opérations auxquelles ils participent.

En effet, un nombre croissant d'entreprises sont victimes de ces agissements peu scrupuleux. En voici quelques exemples :

1/ Un concessionnaire automobile dans un circuit de revente d'huile moteur, moyennant une commission d'engagement de 3% des montants facturés,

2/ Un opérateur, dans un circuit de revente de lait, toujours moyennant une commission,

3/ Ou encore un transporteur dans un circuit de revente de pièces de technologie électronique, également moyennant une commission sur cotation de la prestation de transport.

Vous pouvez nous faire part de vos remarques et suggestions à l'adresse : brevets@lamy-lexel.com

Retrouvez d'autres informations économiques et fiscales (taux, indices...) ainsi que les anciennes brèves archivées sur : <http://www.lamy-lexel.com>