

Brèves Lamy Lexel

Avril 2011

Droit des Affaires

➤ Lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales : nouvelle directive communautaire

Comme attendu, la directive européenne 2011/7/UE concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales a été adoptée le 16 février 2011.

Ce texte est une refonte de la directive 2000/35/CE du 29 juin 2000, qui poursuivait déjà le même objectif, partiellement atteint.

Son objectif est de lutter contre le retard de paiement dans les transactions commerciales effectuées entre entreprises privées mais aussi entre les entreprises et les pouvoirs publics (Etat, collectivités territoriales, organismes de droit public, etc.). Elle ne s'applique pas aux transactions effectuées avec les consommateurs.

En effet, de nombreux paiements sont réalisés au-delà des délais convenus ou fixés dans les conditions générales de vente.

Or, ces retards restreignent la compétitivité économique des entreprises et compliquent leur gestion financière.

C'est pourquoi la nouvelle directive a notamment prévu des délais de paiement plafonnés pour le paiement des factures, ainsi qu'un droit à indemnisation du créancier en cas de retard de paiement.

Ses principales caractéristiques sont les suivantes :

- **Transaction entre entreprises : plafonnement des délais de paiement**

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Lorsqu'il n'est rien prévu contractuellement entre les partenaires, le délai de paiement maximum est de **30 jours**, lequel court à compter de dates différentes, dépendant du cas d'espèce (réception de la facture, réception des marchandises ou de la prestation de services...).

En toute hypothèse, le délai contractuellement fixé ne peut excéder **60 jours** civils, à moins qu'il ne soit expressément stipulé autrement par contrat et pourvu que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.

- **Transaction entre entreprises et pouvoirs publics : harmonisation et plafonnement des délais de paiement**

Le délai de paiement maximum est également de **30 jours**, lequel court là aussi à compter de dates différentes, dépendant du cas d'espèce.

Les États membres ont la faculté de prolonger ce délai jusqu'à un maximum de **60 jours** civils dans des circonstances exceptionnelles.

- **Indemnisation des frais de recouvrement**

Outre les intérêts de retard exigibles de plein droit, à savoir sans qu'un rappel ne soit nécessaire, les créanciers pourront obtenir un montant fixe minimum de **40 euros** à titre de compensation pour frais de recouvrement.

La directive prévoit également que les créanciers pourront réclamer une indemnisation raisonnable pour tous les autres frais de recouvrement, tels que ceux engagés pour faire appel à un avocat ou à une société de recouvrement de créance.

- **Clauses contractuelles et pratiques abusives**

Une clause contractuelle ou une pratique relative à la date ou au délai de paiement, au taux d'intérêt pour retard de paiement ou à l'indemnisation pour les frais de recouvrement, lorsqu'elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier, ne sera pas applicable ou donnera lieu à une action en réparation du dommage.

Cette directive devra être intégrée dans la législation des États membres au plus tard le 16 mars 2013.

En France, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 prévoit d'ores et déjà un plafond maximum de 45 jours fin de mois ou 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. L'apport de la directive réside donc principalement dans le fait qu'elle institue, pour les créanciers, la possibilité de prévoir un montant fixe forfaitaire à titre de compensation pour les frais de recouvrement.

Cette faculté pourra être intégrée dans les documents contractuels des entreprises et, notamment, leurs conditions générales.

➤ **Droit de préemption des communes : un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat institué sur une partie du premier arrondissement de LYON**

La loi du 2 août 2005 en faveur des PME a instauré **un droit de préemption au profit des communes sur les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et sur celles des baux commerciaux.**

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Cette loi permet ainsi aux communes d'instituer un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat, délimité par une décision du Conseil Municipal, sur lequel elles peuvent exercer le droit de préemption qui leur est conféré.

Dans sa délibération du 28 février 2011, la Ville de Lyon a institué un périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat sur une partie du **premier arrondissement de la commune**.

Cette délibération n'entrera en vigueur qu'une fois les formalités de publicité achevées.

Rappelons qu'à l'intérieur du périmètre de sauvegarde, chaque cédant doit, **sous peine de nullité**, effectuer auprès de la commune une déclaration préalable de cession précisant le prix et les conditions de la cession du fonds ou du bail.

Il convient donc de veiller, dans les hypothèses décrites ci-dessus affectant un immeuble, à interroger la commune où se situe l'immeuble afin de vérifier qu'aucun périmètre de sauvegarde du commerce et de l'artisanat n'y a été institué et, le cas échéant, que la commune ne souhaite pas exercer le droit de préemption qui lui est ainsi conféré.

Droit des Sociétés

➤ Nullité des conventions règlementées non autorisées dans les Sociétés Anonymes

Sous réserve qu'une convention règlementée ait eu des conséquences dommageables pour la société et qu'elle n'ait pas été autorisée préalablement par le Conseil d'Administration, une Société Anonyme peut demander la nullité de cette convention dans un délai de trois ans à compter de sa conclusion ou, en cas de dissimulation, à compter du jour où elle a été révélée.

Par un arrêt en date du 08 février 2011, la Cour de Cassation a mis un terme à la jurisprudence selon laquelle la convention est révélée le jour où l'Assemblée Générale est appelée à couvrir la nullité de ladite convention par son vote et, arguant du principe de sécurité juridique, juge que *« s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action »*.

En conséquence, le report du point de départ de la prescription implique une volonté de dissimulation de la convention litigieuse par le dirigeant intéressé ; une distinction devra désormais être opérée entre le dirigeant de mauvaise foi ayant sciemment caché l'existence de la convention et le mandataire social imprudent. Il appartiendra donc au demandeur de rapporter des actes positifs du dirigeant manifestant une réelle intention de dissimuler la convention.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Par ailleurs, le point de départ de la prescription triennale sera fixé au jour où le demandeur aura eu une connaissance suffisante de l'existence de cette convention, ce que les juges du fonds apprécieront au cas par cas.

➤ **Qualité pour agir en remboursement de compte courant**

Par un arrêt en date du 09 février 2011, la Cour de Cassation apporte une exception au principe selon lequel « *chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et, à ce titre, a qualité pour exercer seul, en demande ou en défense, les actions en justice relatives à ces biens* » (article 1421 du Code civil) en décidant que seul l'époux commun en biens ayant la qualité d'associé d'une société a la qualité pour agir en remboursement du solde du compte courant ouvert à son nom dans les comptes de ladite société, et ce, peu important que la somme provenant d'un tel remboursement dût figurer à l'actif de la communauté.

Droit Social

➤ **La qualité à agir du signataire de la lettre de licenciement**

Après des mois d'incertitude liés à la résistance de certaines Cours d'Appel, par un arrêt du 19 novembre 2010, la Chambre Mixte de la Cour de Cassation a validé au sein des Sociétés par Actions Simplifiées (SAS) le pouvoir de licencier d'un salarié autre que le représentant légal de la Société et ce, même si les statuts ne précisent rien en la matière.

Par deux arrêts du 2 mars 2011, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation vient de rendre deux décisions dans des domaines voisins concernant la possibilité de confier le pouvoir de licencier à un intérimaire engagé de façon temporaire pour assister ou remplacer le Directeur des Ressources Humaines et la possibilité de licencier au sein des Associations.

✓ *Pouvoir de licencier et salarié intérimaire*

En l'espèce, plusieurs salariés licenciés pour motif économique contestaient le bien-fondé de leur licenciement considérant qu'un salarié intérimaire qui avait été engagé en qualité d'assistant des Ressources Humaines n'avait pas le pouvoir de les licencier.

Les salariés soulevaient notamment le fait qu'un salarié intérimaire devait être considéré comme un salarié étranger à la Société compte tenu que son employeur juridique n'était pas la Société utilisatrice, donc leur employeur, mais la Société de travail temporaire.

Dans sa décision du 2 mars 2011, la Cour de Cassation précise qu'un salarié temporaire n'est pas une personne étrangère à l'entreprise au sein de laquelle il exerce sa mission conformément au contrat d'intérim et que, de ce fait, il a la possibilité d'être signataire d'un courrier de licenciement;

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Il s'en suit que ce dernier pouvait donc signer les courriers de licenciement et ce, même sans délégation écrite.

✓ *Pouvoir de licencier au sein des Associations*

Les statuts d'une Association, en général, désignent la personne compétente pour procéder au licenciement.

Dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt du 2 mars 2011, les statuts d'une Association qui gérait une résidence pour personnes âgées prévoyaient que le Président avait pouvoir pour recruter, nommer, licencier et assurer la gestion du pouvoir disciplinaire du personnel salarié de l'Association et qu'il pouvait déléguer ses pouvoirs à un Administrateur ou à un Directeur Général et ce, avec l'accord du Conseil d'Administration.

Le Président, conformément aux statuts, avait consenti au Directeur Général de l'Association, avec l'accord du Conseil d'Administration, une délégation de pouvoirs mais qui était limitée à la possibilité de recruter et de signer les contrats de travail.

Aucune référence au pouvoir de licencier n'était prévue dans les statuts.

La Chambre Sociale de la Cour de Cassation considère qu'en l'absence de dispositions dans ce sens dans les statuts, le licenciement était sans cause réelle et sérieuse compte tenu que le Directeur Général qui avait signé ces courriers de licenciement ne bénéficiait pas du pouvoir de licencier.

➤ **Objectifs et rémunération variable**

Les objectifs dont dépend la rémunération variable d'un salarié sont très rarement prévus par le contrat de travail.

Ce dernier renvoie, pour la plupart du temps, au plan de rémunération variable dont le contenu est fixé unilatéralement par l'employeur en général chaque année.

La Cour de Cassation considérait, en application d'une jurisprudence constante, que la fixation d'objectifs relevait du pouvoir souverain de l'employeur. Néanmoins, si la modification des objectifs entraînait une modification de la rémunération variable du salarié (et ce, même si cela a pour effet d'augmenter la rémunération variable), l'employeur devait obtenir l'accord du salarié, matérialisé le plus souvent par un avenant à contrat de travail.

Par un Arrêt du 2 mars 2011 (n°08-44.977), la Cour de Cassation opère un revirement de jurisprudence en considérant que la modification des objectifs du salarié de façon unilatérale et ce, même si elle a un impact sur la rémunération du salarié, ne constitue pas une modification contractuelle et donc, ne suppose pas l'accord préalable du salarié.

La Cour de Cassation impose néanmoins des conditions à l'employeur afin de fixer unilatéralement les objectifs sans l'accord du salarié :

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

- Ces objectifs doivent être réalisables. En effet, l'employeur ne peut fixer des objectifs irréalisables dans le but de supprimer la rémunération variable du salarié,
- Les objectifs doivent être portés à la connaissance du salarié en début d'exercice,
- Le contrat de travail doit prévoir expressément la fixation unilatérale des objectifs par l'employeur. En effet, si le contrat de travail prévoit que ces derniers sont fixés d'un commun accord, l'employeur ne pourra pas les modifier unilatéralement et devra impérativement avoir recours à un avenant à contrat de travail et donc à l'accord du salarié.

➤ **Procédure de licenciement : Convocation à entretien préalable par Chronopost (Cour de Cassation, chambre sociale - 8 février 2011)**

L'article 1232-2 du Code du Travail, qui traite de la procédure de licenciement et notamment de la convocation à entretien préalable, prévoit que la convocation à entretien préalable en vue d'un licenciement doit être adressée au salarié soit par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou bien être remise en main propre contre décharge et ce, afin d'éviter toute contestation sur la date de réception de la convocation.

En effet, il est important de connaître la date de réception de la lettre de convocation à entretien préalable par le salarié puisque ce dernier dispose d'un délai de cinq jours ouvrables entre la date de réception et l'entretien pour préparer sa défense, et pouvoir se faire assister lors de l'entretien par un conseiller extérieur ou par un salarié de la Société.

La question qui se posait à la Cour de Cassation par l'Arrêt du 8 février 2011 était de savoir si la convocation à entretien préalable par Chronopost qui n'est pas prévue par l'article 1232-2 du Code du Travail, rendait ou non irrégulier le licenciement.

La Haute Cour valide l'envoi de la convocation à entretien préalable par Chronopost en considérant que tout procédé de livraison permettant d'attester de la réception de la lettre par le salarié peut être valable et donc considère que le licenciement est parfaitement régulier.

Droit Fiscal

➤ **Calendrier déclaratif**

Voici un rappel des principales échéances déclaratives qui approchent pour les professionnels et les particuliers.

➤ **Professionnels**

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06
T : 04 72 74 53 00
F : 04 78 52 26 00

contact@lamy-lexel.com

38 rue de Courcelles – 75008 Paris
T : 01 55 27 24 00
F : 01 55 27 24 24

Entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés

15 avril 2011 : date limite du paiement du solde de l'impôt sur les sociétés et de la contribution sociale de 3,3% à l'aide du relevé de solde n°2572, pour les entreprises dont les exercices sont clôturés le 31 décembre 2010.

Entreprises individuelles relevant de l'impôt sur le revenu (BIC, BNC et BA)

3 mai 2011 (*2^e jour ouvré suivant le 1^{er} mai*) : date limite de dépôt de la déclaration de résultats et ses annexes de l'année 2010 pour les professionnels soumis à l'impôt sur le revenu.

Sociétés civiles immobilières non soumises à l'impôt sur les sociétés

3 mai 2011 : date limite de dépôt de la déclaration n° 2072 des résultats.

L'envoi de ces documents par voie dématérialisée (procédure T.D.F.C) pourra être réalisé dans un délai de 15 jours suivant la date limite de dépôt « papier ».

➤ **Particuliers**

La date de limite de souscription de la déclaration d'ensemble des revenus 2010 a été fixée au 30 mai 2011. Pour les télé-déclarants, cette date est reportée au :

- **9 juin 2011** pour les habitants des départements n° 01 à 19,
- **16 juin 2011** pour les habitants des départements n° 20 à 49,
- **23 juin 2011** pour les habitants des départements n° 50 à 974.

➤ **Panorama jurisprudentiel**

LBO et abus de droit

CE 27/01/2011 Bourdon (n° 320313)

Pour la première fois, le Conseil d'Etat se prononce sur une opération de « leverage buy out » en matière d'abus de droit et considère que la création d'un holding pur de rachat, montage juridique commun à toutes les opérations de LBO, ne peut être automatiquement qualifiée de « montage purement artificiel ».

Il s'agissait en l'espèce d'une opération pour laquelle le Conseil d'Etat a estimé que :

- l'intérêt était essentiellement patrimonial et financier (liquidations des parts de la société cible et conservation du contrôle de celle-ci)
- le holding de rachat avait une utilité économique (port de l'emprunt permettant l'acquisition).

Distribution massive de dividende et revenu exceptionnel

CE 26/01/2011 Min. c/ Vandermeersch (n°30697 et n°306898)

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com

Le produit de la cession d'une part importante du patrimoine immobilier d'une société exerçant une activité de location d'immeubles avait été distribué sous forme de dividendes.

Estimant que l'activité résiduelle que la société pouvait poursuivre avec les immeubles conservés, ne permettrait pas aux actionnaires d'espérer un tel revenu chaque année, le Conseil d'Etat qualifie ces dividendes de *revenu exceptionnel* au sens de l'article 163-0 A du Code Général des Impôts et accepte leur imposition selon le système du quotient, dispositif de faveur permettant d'atténuer les effets du barème progressif.

➤ **Focus : opportunité du prélèvement forfaitaire libératoire sur les dividendes**

Le rapport de l'inspection générale des finances relatif à l'évaluation des niches fiscales et sociales, rendu durant l'été 2010 (et non publié) a mis en évidence le fait que plus de 70% des contribuables ayant opté pour le PFL en 2008 **l'ont fait à leur détriment**.

Aperçu comparatif des deux régimes :

Régime de droit commun	PFL (19%)
Prélèvement sociaux à la source sur le montant brut (12,3% en 2011)	
Soumission au barème de l'impôt sur le revenu du montant brut des dividendes après : - réfaction de 40% - abattement forfaitaire de 1 525 € (ou 3 050 € en cas d'imposition commune)	Prélèvement forfaitaire de 19% pour les revenus perçus à compter du 1 ^{er} janvier 2011 - sur le dividende brut
Déductibilité d'une fraction de la CSG (5,8 points) au titre de l'impôt sur le revenu	Aucune fraction de la CSG n'est déductible

Les modalités d'imposition propres à chaque option font qu'il est difficile de déterminer une situation générale dans laquelle le prélèvement forfaitaire serait toujours favorable.

En pratique chaque situation particulière est susceptible de renfermer l'opportunité d'un arbitrage différent, notamment s'agissant de contribuables éligibles au bouclier fiscal.

L'impact de l'opération en matière de trésorerie ne doit enfin pas être négligé.

En effet l'année de la prise en compte des dividendes et de l'imposition y afférant peut, le cas échéant, permettre de bénéficier du bouclier fiscal et d'une restitution d'impôt qui rendra l'option pour le PFL économiquement et fiscalement plus favorable.

Lamy Lexel

91 cours Lafayette – 69455 Lyon cedex 06

T : 04 72 74 53 00

F : 04 78 52 26 00

38 rue de Courcelles – 75008 Paris

T : 01 55 27 24 00

F : 01 55 27 24 24

contact@lamy-lexel.com