

Brèves Lamy Lexel

Janvier 2008

Ils sont là pour vous accompagner...

Afin que vous nous connaissiez mieux, autant d'un point de vue humain que purement technique, nous vous présentons régulièrement les avocats du cabinet Lamy Lexel qui accompagnent votre entreprise dans ses évolutions, participent à votre réflexion stratégique, vous aident à faire aboutir vos projets...

Christian GUICHARD co-anime le département Droit Fiscal.



Titulaire d'un DESS de Droit Fiscal obtenu en 1980 à l'Université de Bourgogne, il a débuté sa carrière au sein d'un petit cabinet indépendant lyonnais, qu'il a racheté au bout de huit ans et qu'il a développé ; il s'est associé en 1989 avec le cabinet Lexel alors en formation et a fusionné son cabinet avec Lexel en 1994, contribuant ainsi à l'élargissement du périmètre de Lamy Lexel.

Christian GUICHARD est un spécialiste des différentes dimensions du Droit Fiscal des Affaires ; outre les aspects traditionnels de la fiscalité des entreprises, il a développé une expertise particulière en matière de fiscalité des collectivités territoriales, de fiscalité spéciale liée au développement durable et de fiscalité spécifique des DOM-TOM.

Il accompagne également les entreprises dans leurs relations avec l'Administration Fiscale, notamment lors d'opérations matérielles de contrôle et d'enquête.

Christian GUICHARD intervient principalement pour des PME industrielles et tertiaires et pour des collectivités locales. Ses missions le conduisent aussi naturellement à accompagner les dirigeants dans les aspects patrimoniaux de leurs décisions.

Il co-anime le département Droit Fiscal de LAMY LEXEL avec Danièle SIBONI, à Lyon, et Christian CARUELLE, à Paris.

Pour le contacter : cguichard@lamy-lexel.com – 04 72 74 53 00.

Danièle SIBONI co-anime le département Droit Fiscal depuis janvier 2006.



Titulaire d'un DESS de Droit Fiscal obtenu en 1986 à l'Université de Dijon, elle a débuté sa carrière au sein du Cabinet HSD Ernst & Young Juridique et Fiscal à Paris, avant de prendre la responsabilité du département fiscal du cabinet Mazars & Associés. Elle a ensuite exercé en qualité d'associée chez Deloitte & Touche Juridique et Fiscal (aujourd'hui TAJ) à Paris, puis à Lyon.

Danièle SIBONI est une spécialiste des différentes dimensions du Droit Fiscal des affaires ; son expérience est reconnue notamment dans le domaine de l'audit d'acquisition et de restructuration, ainsi qu'en matière de mobilité internationale.

Elle intervient principalement pour des PME industrielles et tertiaires et pour des filiales de sociétés multinationales.

Sa clientèle et ses missions la rendent naturellement complémentaire de Christian GUICHARD (à Lyon) et Christian CARUELLE (à Paris), avec lesquels elle anime le département Droit Fiscal de LAMY LEXEL.

Pour la contacter : dsiboni@lamy-lexel.com – 04 72 74 53 00.

Droit des Affaires

➤ **Marque NF (Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile - 2 octobre 2007)**

Un particulier avait acheté un téléviseur portant la marque « NF » garanti 5 ans, et qui était tombé en panne 2 ans après l'achat.

De manière surprenante, l'acheteur déçu avait demandé réparation à l'AFNOR, association française de normalisation mandatée pour gérer la marque « NF », et avait eu gain de cause : remboursement du téléviseur et dommages-intérêts.

La Cour de Cassation censure cette décision et précise que **l'AFNOR a pour mission d'élaborer des référentiels et d'attester de leur conformité aux normes par apposition de la marque « NF »**, ce qui ne constitue nullement une assurance l'engageant en cas de défaut d'un produit.

➤ **Droit à commission indirecte de l'agent commercial (Cour de Cassation, chambre commerciale - 23 janvier 2007)**

L'article L. 134-6 alinéa 2 du Code de Commerce dispose : « Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe ».

La Cour de Cassation, en conformité avec l'interprétation communautaire, précise que le droit à commission indirecte n'est pas lié à une exclusivité de l'agent : il suffit que l'affaire soit conclue dans son secteur géographique ou avec son groupe de clients.

Le mandant devra donc, en pratique, s'interdire de multiplier les contrats d'agents dans des secteurs d'activités communs, sauf à s'exposer à payer deux fois la commission : une à l'agent qui a traité l'affaire (commissionnement direct) et une à un autre agent en raison de son secteur (commissionnement indirect).

On peut aussi contractuellement écarter la règle du commissionnement indirect pour l'agent non exclusif.

➤ **Cautionnement disproportionné (Cour de Cassation, chambre commerciale - 13 novembre 2007)**

Le vendeur d'un fonds de commerce octroie à l'acquéreur un crédit-vendeur garanti par le cautionnement de deux gérants de la société acquéreur.

A la suite de la défaillance de l'acheteur, les deux gérants tentent d'échapper à l'obligation d'honorer leur caution au motif que celle-ci est disproportionnée par rapport à leurs biens et revenus (article L. 314-4 du Code de la Consommation).

La Cour de Cassation estime au contraire que **le vendeur d'un fonds de commerce n'est pas un créancier professionnel** (à la différence d'une banque), et qu'il **n'a pas commis de faute en faisant souscrire l'engagement de caution**.

Droit des sociétés

➤ Sanction du défaut de convocation des Commissaires aux Comptes à l'Assemblée Générale Ordinaire Annuelle d'approbation des comptes

Certaines sociétés ont l'obligation, dès leur constitution, de nommer des commissaires aux comptes (les SA et les SAS). D'autres sont tenues de procéder à leur nomination en cours de vie sociale (les SARL, les SNC ou les sociétés en commandite simple ou par action) dès lors qu'elles dépassent certains seuils légaux.

En outre, la loi prévoit que les commissaires aux comptes doivent être convoqués aux assemblées générales et, notamment, à l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes.

A défaut, les dirigeants de la société s'exposent, aux termes de l'article L. 820-4 1° du Code de Commerce, à des sanctions pénales importantes (deux ans d'emprisonnement et à une amende de 30.000 euros).

Pour échapper à ces sanctions, le Président du Directoire d'une Société Anonyme ayant pour objet la gestion de fonds communs de placement à risque, a fait valoir que :

- la structure n'avait eu aucune activité au cours de l'exercice en cause faute de levée des fonds dont elle devait assurer la gestion,
- les comptes sociaux n'avaient pas été établis suite au départ de l'un des principaux actionnaires qui assurait le suivi administratif et comptable de la société
- et surtout aucune assemblée générale n'avait été convoquée en vue de l'approbation des comptes de l'exercice.

Dans un arrêt du 19 février 2007, la Cour d'Appel de Paris écarte les arguments du Président du Directoire au motif que **le dirigeant d'une société doit veiller à l'établissement des comptes sociaux malgré l'absence d'activité de la société, doit convoquer l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes dans les six mois de la clôture de l'exercice ou en solliciter le report auprès du Tribunal de Commerce, et doit convoquer le commissaire aux comptes à cette assemblée.**

La Cour d'Appel a toutefois considéré que si le dirigeant en question avait manqué à ses obligations en toute connaissance de cause, **aucun mobile frauduleux ne l'avait animé**. Elle a donc prononcé une dispense de peine à son encontre et une non-inscription de sa décision au casier judiciaire de l'intéressé.

➤ Violation d'un pacte d'actionnaires

Les actionnaires d'une société anonyme étaient répartis en deux groupes distincts : un groupe d'investisseurs et un groupe de managers dont faisait partie le Président de la société.

Ils avaient conclu entre eux un pacte destiné à organiser et encadrer leurs relations, pacte obligeant notamment le Président à organiser des réunions périodiques avec le groupe d'investisseurs, réunions durant lesquelles le Président devait fournir un certain nombre d'informations sur la marche des affaires sociales.

Ces réunions n'ayant pas eu lieu, l'un des actionnaires du groupe des investisseurs avait demandé la résolution du pacte.

Dans un arrêt du 27 mars 2007, la Cour d'Appel de Paris a rejeté cette demande au motif que l'actionnaire, qui ne contestait pas avoir obtenu du Président les informations demandées en dehors des réunions prévues par le pacte, ne démontrait pas en quoi la clause qui prévoyait des réunions périodiques était essentielle pour les actionnaires du groupe des investisseurs, lui-même étant d'ailleurs le seul à l'invoquer. Elle a considéré que **seules les informations fournies par le Président étaient essentielles**.

Elle a néanmoins **condamné la société** à verser à l'actionnaire la somme de 4.000 euros à titre de dommages et intérêts **en réparation du préjudice moral** résultant pour lui de l'impossibilité de faire valoir son point de vue sur les orientations de la direction et d'en discuter avec les autres actionnaires dans le cadre des réunions prévues par le pacte.

On peut ici relever la condamnation de la société elle-même, ce qui laisse à penser que le Président avait souscrit l'engagement considéré, non pas en tant qu'actionnaire, mais en tant que représentant légal de la société.

Droit Social

➤ Rupture du contrat de travail pendant la durée de l'essai: attention au motif ! (Cour de Cassation, chambre sociale - 20 novembre 2007)

La période d'essai a pour seule finalité de permettre à l'employeur « *d'apprécier la valeur professionnelle du salarié* ». La Cour de Cassation a eu l'occasion de le confirmer dans un arrêt du 20 novembre.

En l'espèce, un salarié avait contesté la rupture de sa période d'essai en soutenant qu'elle n'était pas inhérente à sa personne dans la mesure où le poste qu'il occupait avait été supprimé.

La Cour d'Appel et la Cour de Cassation ont donné raison au salarié et n'ont pas retenu les arguments de l'employeur selon lesquels l'employeur peut rompre l'essai sans être tenu de justifier d'un motif et que le seul fait de n'avoir pas remplacé un salarié dont l'employeur a mis fin à la période d'essai n'est pas à lui seul constitutif d'un abus de droit.

La Cour de Cassation a considéré au contraire que **la période d'essai étant destinée, pour l'employeur, à apprécier la valeur professionnelle du salarié, la rupture de la période d'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié, telle que la suppression de l'emploi du salarié, est abusive**.

Ainsi, outre les comportements déloyaux tels que l'intention de nuire ou la légèreté blâmable, l'abus de droit est également caractérisé par le détournement de l'objet ou de la finalité de l'essai.

➤ **Entretiens annuels d'évaluation : attention aux nouveaux acteurs ! (Cour de Cassation, chambre sociale - 28 novembre 2007)**

La mise en place d'un système d'évaluation des salariés doit préalablement à sa mise en place faire l'objet d'une information et d'une consultation du comité d'entreprise (article L.432-2-1 du Code du travail) et d'une information préalable des salariés (article L.121-7 du Code du Travail)

Désormais, s'ajoutent à ces obligations légales l'**obligation d'informer et de consulter le CHSCT** et le cas échéant de **déclarer le système d'évaluation auprès de la CNIL**.

En effet, dans un arrêt du 28 novembre 2007, la Cour de Cassation a estimé que *« les modalités et les enjeux de l'entretien étaient manifestement de nature à générer une pression psychologique entraînant des répercussions sur les conditions de travail »* et que par conséquent, en application de l'article L. 236-2 du Code du Travail, le projet de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT.

En l'espèce, les évaluations annuelles devaient permettre une meilleure cohérence entre les décisions salariales et l'accomplissement des objectifs.

La Cour de Cassation a considéré également que **lorsque les données personnelles recueillies au cours de l'entretien sont destinées à faire l'objet d'un traitement automatisé, celles-ci doivent faire l'objet d'une déclaration auprès de la CNIL**.

➤ **Nouvelles précisions sur les exonérations de cotisations sociales sur les heures supplémentaires**

La Loi TEPA et le décret du 24 septembre 2007 ont mis en place le dispositif de réduction de cotisations salariales et de déduction des cotisations patronales sur les heures supplémentaires. Les modalités d'application de ce nouveau dispositif entré en vigueur le 1^{er} octobre 2007 avaient déjà été précisées par une circulaire de la Direction de la Sécurité Sociale du même jour (Brèves Sociales du mois d'octobre 2007).

Deux lettres-circulaires ACOSS du 24 octobre et du 7 décembre 2007 ainsi qu'une circulaire Questions-Réponses de la Direction de la Sécurité Sociale du 27 novembre 2007 ont précisé la position de la Sécurité Sociale et des URSSAF sur ce dispositif – étant précisé que les tribunaux ne sont pas liés par cette interprétation. En voici les principaux apports :

Imputation de la réduction et de la déduction en cas d'annualisation du temps de travail

En présence d'accords de modulation, d'annualisation, ou de convention de forfait jours sur l'année, le nombre d'heures supplémentaires, complémentaires et les jours travaillés au-delà de 218 jours ne sont connus définitivement et rémunérés qu'en fin d'année.

Du fait de leur plafonnement, **il ne sera pas toujours possible d'imputer la totalité de la réduction ou de la déduction forfaitaire de cotisations sur le mois de décembre**.

Il conviendra alors de procéder à une régularisation sur le tableau récapitulatif annuel.

Attention : Changement de position de l'administration sur les heures supplémentaires mensualisées

- La position initiale de l'administration : pas de droit à exonérations pour les absences rémunérées (circulaire du 1^{er} octobre 2007)

Le dispositif d'exonération de cotisations sociales s'applique en principe aux seules heures supplémentaires qui ont été réellement effectuées.

A titre dérogatoire, la circulaire du 1^{er} octobre dernier avait admis que l'exonération de cotisations sociales peut s'appliquer aux heures supplémentaires mensualisées dans les entreprises dont la durée collective hebdomadaire de travail est supérieure à la durée légale. La circulaire indiquait que la rémunération devait être corrigée en fonction du nombre de jours d'absence sur l'année.

- La nouvelle position de l'administration : droit à exonérations en cas d'absences rémunérées (circulaire de la DSS du 27 novembre 2007 et circulaire ACOSS du 7 décembre 2007)

Les deux circulaires susmentionnées sont revenues sur cette position : ce type d'heures supplémentaires ouvre intégralement droit à l'exonération de cotisations sociales **y compris en cas d'absence du salarié donnant lieu à maintien de salaire** (jours fériés, chômés, congés maladie...).

Détail du nouveau mode de calcul de la réduction générale des cotisations patronales de sécurité sociale dite « réduction Fillon »

La « réduction Fillon » consiste en une réduction générale de cotisations sur les bas salaires. Jusqu'au 1^{er} octobre 2007, elle était égale à la multiplication de la rémunération mensuelle du salarié (comprenant éventuellement les majorations afférentes aux heures supplémentaires) par un coefficient.

Depuis le 1^{er} octobre 2007, **la formule de calcul de ce coefficient n'intègre plus les heures complémentaires et supplémentaires**. La circulaire du 24 octobre 2007 détaille le nouveau mode de calcul du coefficient et assortit ces explications d'exemples chiffrés.

➤ Corruption dans l'entreprise : nouveau régime protecteur du salarié qui dénonce des faits de corruption (Loi du 13 novembre 2007)

Face au développement des systèmes d'alertes professionnelles visant à faciliter la dénonciation par les salariés de la corruption dans les entreprises (voir Brèves sociales de décembre 2007), la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption crée un régime protecteur du salarié témoignant ou relatant des faits de corruption comparable à celui existant en matière de discrimination et de harcèlement :

- **Champ de la protection :**

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir, **de bonne foi**, témoigné ou relaté, à son

employeur ou aux autorités judiciaires des faits de corruption dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

- **Charge de la preuve en cas de litige :**

Le salarié ou le candidat doit établir des faits permettant de présumer qu'il a relaté ou témoigné d'une corruption. L'employeur doit alors prouver que la décision prise à l'encontre du salarié était justifiée par des éléments objectifs étrangers aux déclarations ou aux témoignages

- **Sanction :**

Nullité des mesures (sanction, licenciement, mesure discriminatoire) prise par un employeur à l'encontre d'un salarié pour avoir dénoncé des faits de corruption.

Ces nouvelles dispositions figureront à l'article L 1161-1 du nouveau Code de Travail et devraient ainsi entrer en vigueur au plus tard le 1^{er} mai 2008.

Droit Fiscal

➤ **Projet de loi de finances rectificatives pour 2007 : allongement du délai pour répondre à une proposition de rectification.**

Le projet de loi de finances rectificative pour l'année 2007 prévoit de nombreuses dispositions en matière de contrôle fiscal.

Il est notamment envisagé, en ce qui concerne le droit de réponse du contribuable aux propositions de rectification, que le délai dont dispose le contribuable pour répondre, passe de 30 à 60 jours.

➤ **Les nouveautés fiscales prévues dans le projet de loi sur le pouvoir d'achat du 12 décembre 2007**

Le 12 décembre 2007, le Ministre du Travail et le Ministre de l'Economie ont déposé au Parlement un projet de loi proposant cinq mesures en vue d'augmenter le pouvoir d'achat des Français.

Sur le plan fiscal, il est envisagé la possibilité pour les salariés de **débloquer de manière anticipée, entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2008, les sommes qui leur ont été attribuées au titre de la participation aux résultats de l'entreprise dans la limite de 10.000€,** à l'exception de celles investies dans un plan d'épargne retraite collective.

Ces sommes seraient exonérées de cotisations (hors CGS et CRDS) et d'Impôt sur le Revenu.

Par ailleurs, les petites entreprises, non assujetties à l'obligation de versement de cette participation, seraient autorisées à verser entre le 1^{er} janvier et le 30 juin 2008, une prime exceptionnelle à leurs salariés.

Cette prime serait assujettie à l'Impôt sur le revenu mais exonérée de cotisations sociales (hors CSG et CRDS).

➤ **Réduction d'Impôt Sur la Fortune (ISF) en cas d'investissement au capital de PME : au titre de l'ISF 2008, faculté ouverte de prendre en compte les investissements réalisés jusqu'au 15 juin 2008.**

La loi « Travail Emploi et Pouvoir d'Achat » du 21 août 2007 (loi TEPA) a permis aux contribuables qui investissent directement ou indirectement au capital de PME, sous certaines conditions, de bénéficier **d'une réduction d'ISF égale à 75% du montant des sommes dans la limite de 50.000€.**

En principe le patrimoine à prendre en considération au titre de l'ISF est celui dont dispose le contribuable au 1^{er} janvier de l'année imposable.

Cependant en ce qui concerne cette réduction d'ISF, les investissements y ouvrant droit sont ceux réalisés entre la date limite de dépôt de la déclaration de l'année précédant celle de l'imposition et la date limite de dépôt de la déclaration de l'année d'imposition.

Autrement dit, au titre de l'ISF 2008, seront pris en compte les investissements réalisés entre **le 15 juin 2007 et le 15 juin 2008.**

Les contribuables disposent donc de quelques mois supplémentaires pour prendre leurs dispositions en la matière et réaliser des investissements défiscalisants.

Cette période de réflexion est d'autant plus précieuse et stratégique que des aménagements du dispositif sont attendus notamment en ce qui concerne la possibilité d'investir dans une entreprise qui constitue pour le contribuable un bien professionnel exonéré d'ISF.