

S O M M A I R E

N°95 MARS 2005

E D I T O

LEGISLATION

- Organisation et vente de voyages et de séjours p.2
- Information du comité d'entreprise (CE) en cas d'offre publique
- Recours contre les décisions de l'AMF
- Fonctionnement du registre du commerce et des sociétés (RCS) et du registre des agents commerciaux
- Réforme des valeurs mobilières : décret d'application p.3

JURISPRUDENCE

- CESSION DE TITRES SOCIAUX p.3
 - Détermination de la valeur des parts par expert
 - Nomination d'un administrateur *ad hoc* en référé sur demande des minoritaires
 - Responsabilité fiscale des dirigeants p.4
- GROUPES DE SOCIÉTÉS p.4
 - Compétence des tribunaux de commerce
 - Intégration d'une société holding dans une unité économique et sociale (UES)
- SOCIÉTÉS NON COMMERCIALES p.5
 - Dissolution d'une société civile immobilière (SCI)
 - Définition des produits distribués
 - Déclaration de créances dans une société civile
- QUESTIONS DIVERSES p.5
 - Abus de majorité / abus de minorité
 - Responsabilité civile du commissaire aux comptes
 - Publicité des comptes annuels p.6
 - Activité de marchand de biens
 - Partage d'actifs lors de la dissolution d'une société
 - Devoir d'information de l'expert-comptable rédacteur d'acte

DOCTRINE

- Rapport de gestion annuel p.7
- Stock-options
- Dépôt du rapport sur le contrôle interne
- Attribution gratuite d'actions

Le décret n° 2005-112 du 10 février 2005 portant diverses mesures d'application de l'ordonnance du 24 juin 2004 est paru.

Il fixe notamment le contenu des rapports devant être rédigés par les commissaires aux comptes dans le cadre d'une émission d'actions de préférence. Désormais, l'ensemble du dispositif permettant d'utiliser ces actions de préférence est en place.

Les sociétés seront néanmoins prudentes de se rappeler que l'administration fiscale ne s'est pas prononcée sur les conséquences fiscales de la mise en place de certains types d'actions de préférence.

A titre d'exemple, on citera les actions "traçantes" (les actions d'une société A qui donnent droit à un dividende dans la société B) : le régime des dividendes s'appliquera-t-il aux sommes reçues par le titulaire des actions de A qui reçoit un dividende payé par B ?

Prudence donc dans la mise en œuvre...

Pour obtenir tout renseignement complémentaire, veuillez contacter Carole Guelfucci, documentaliste (01.44.17.17.35)

Siège social : 14 rue Pergolèse - 75116 Paris - France
Téléphone + 33 (0)1 44 17 17 44 - Télécopieur + 33 (0)1 44 17 98 99
E-mail : cguelfucci@bignonlebray.com - site : www.bignonlebray.com

L E G I S L A T I O N

❑ Organisation et vente de voyages et de séjours

L'ordonnance n° 2004-1391 du 20 décembre 2004, prise en application de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, a mis sous forme de Code les textes législatifs relatifs au tourisme.

Une nouvelle ordonnance, n° 2005-174 du 24 février 2005, modifie les dispositions du livre II du Code du tourisme fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours.

Les modifications apportées par cette dernière ordonnance touchent :

- les types de licences accordées,
- la procédure de déclaration des succursales et points de vente,
- la garantie financière,
- la délivrance d'une habilitation à un transporteur routier de voyageurs,
- les conditions d'exercice d'une activité de location saisonnière à usage touristique,
- la définition, pour les professionnels du tourisme, des conditions de moralité et des sanctions pénales analogues à celles des professions non dotées d'ordres professionnels.

JO 25 février 2005 - page 3261

❑ Information du comité d'entreprise (CE) en cas d'offre publique

La loi de cohésion sociale n° 2005-32 du 18 janvier 2005 dispense les dirigeants d'une société qui envisagent de lancer une offre publique d'achat ou d'échange portant sur le capital d'une société de consulter le CE avant le lancement de l'offre. En revanche, ils doivent le réunir dans un délai de deux jours ouvrables suivant la publication de l'offre afin de lui transmettre des informations écrites et précises sur le contenu de celle-ci et sur les conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner en matière d'emploi.

JO du 19 janvier 2005 - page 881

❑ Recours contre les décisions de l'AMF

Le décret n° 2005-131 du 14 février 2005 vient d'assouplir les règles de représentation et d'assistance des parties en cas de recours contre les décisions de l'AMF devant la Cour d'appel de Paris.

JO du 17 février 2005 - page 2670

❑ Fonctionnement du registre du commerce et des sociétés (RCS) et du registre des agents commerciaux

Le décret n° 2005-77 du 1er février 2005 modifie le décret du 30 mai 1984 relatif au RCS, le décret du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux ; transpose en droit français une directive communautaire et met en application la loi du 13 mars 2003 relative à la signature électronique ainsi que la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique.

Voici un bref exposé de quelques unes de ces mesures :

- désormais, une demande d'inscription ou un dépôt d'acte ou de pièce au RCS peut être réalisé par voie électronique à condition que cette demande ou ce dépôt puisse être transmis et reçu par cette voie. Pour ces transmissions par voie électronique, il y a lieu d'utiliser une signature électronique sécurisée.
- en cas de dissolution d'une société dont toutes les parts sont détenues par un seul associé, le greffier doit, à l'issue du délai d'un mois à compter de la réalisation du transfert du patrimoine à l'associé unique personne morale, délivrer, sur demande de l'associé, un certificat de non-opposition constatant que le tribunal n'a pas été saisi dans ce délai d'une opposition à la dissolution de la part des créanciers sociaux.

- lorsqu'une personne morale a installé son siège social au domicile de son représentant légal, le greffier doit adresser à la personne morale, trois mois avant l'expiration du délai légal permettant une telle domiciliation, une lettre l'invitant à lui communiquer l'adresse de son nouveau siège. Faute pour l'assujetti d'avoir régularisé sa situation dans le délai imparti, le greffier procède à la radiation.
- ce décret fixe également les modalités de publicité des décisions ouvrant une procédure d'insolvabilité principale dans un autre Etat membre.

JO 2 février 2005 - page 1709

❑ Réforme des valeurs mobilières : décret d'application

Le décret d'application de l'ordonnance du 24 juin 2004 sur la réforme des valeurs mobilières est paru, rendant applicables les nombreuses mesures de l'ordonnance dont l'entrée en vigueur était soumise à cette parution : le décret n° 2005-112 du 10 février 2005 est entré en vigueur immédiatement.

Dans ce décret sont visés, notamment :

- les règles applicables en cas d'augmentations de capital,
- l'obligation périodique d'examen d'une augmentation de capital réservée aux salariés,
- les modalités d'émission d'actions de préférence,
- l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances,
- les stock-options.

JO du 12 février 2005 - page 2.404

Parmi les nombreux commentaires sur ce décret, à noter l'article du BRDA - n° 4/05 - page 17 l'aperçu rapide du JCP - Entreprise et Affaires - n° 8 - page 299

3

J U R I S P R U D E N C E

CESSION DE TITRES SOCIAUX

❑ Détermination de la valeur des parts par expert

Viola l'article 1843-4 du Code civil une Cour d'appel qui, après avoir retenu l'erreur grossière de l'expert dans la détermination de la valeur des parts, a procédé à cette évaluation, alors qu'il appartenait au seul expert désigné en application de cet article de déterminer la valeur des parts.

*Cass. Civ. 25 janvier 2005
Source : Recueil Dalloz - n° 6 - page 432*

DIRIGEANTS SOCIAUX

❑ Nomination d'un administrateur *ad hoc* en référé sur demande des minoritaires

A la suite du renvoi du président du conseil d'administration d'une société devant le tribunal correctionnel du chef de complicité d'abus de biens sociaux, des actionnaires minoritaires ont demandé en référé la désignation d'un mandataire chargé de représenter la société dans l'instance pénale à l'effet d'obtenir réparation du préjudice subi par celle-ci, compte tenu du conflit d'intérêt existant entre la société et ses représentants.

La Cour indique dans cet arrêt que les actionnaires souhaitant se porter partie civile dans une action en abus de bien social peuvent le faire directement au nom de la société. Les actionnaires ne peuvent pas, pour exercer cette action, demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de les représenter.

Il s'agit là d'une application concrète de l'action sociale "ut singuli". Chaque actionnaire est recevable à intenter, même seul, une action à l'encontre des dirigeants pour défendre les intérêts de la société. Dans cette action, le bénéficiaire des éventuelles condamnations est la société elle-même et non le demandeur.

Cass. Com. 14 décembre 2004
Source : Recueil Dalloz - n° 6 - page 432

❑ Responsabilité fiscale des dirigeants

Suivant le Livre des procédures fiscales, tout dirigeant de société qui, par des manœuvres frauduleuses ou par l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales, a rendu impossible le recouvrement des impositions dues par la société, peut être condamné personnellement au paiement de celles-ci.

Le juge qui estime que les conditions d'application de ce texte sont remplies pour la totalité de la somme restant due par la société ne dispose pas, vient de préciser la Haute juridiction, du pouvoir de limiter le montant de la condamnation à prononcer.

Cass. Com. 11 janvier 2005
Source : Bulletin Rapide de Droit des Affaires - 3/05 - page 2

GROUPES DE SOCIÉTÉS

❑ Compétence des tribunaux de commerce

Un associé minoritaire d'un groupe de sociétés a assigné les dirigeants, et les banques ayant soutenu une opération au sein du groupe, devant le tribunal de grande instance, leur reprochant l'éviction des minoritaires ainsi que plusieurs fautes de gestion. Les juges du fond avaient déclaré seul compétent le tribunal de commerce pour connaître du litige opposant les parties.

On rappellera que la loi du 17 décembre 1991 avait abrogé ("par maladresse législative" nous dit la Cour de cassation !) les dispositions de l'article 631 du Code de commerce qui réservait le contentieux du fonctionnement des sociétés commerciales aux tribunaux de commerce. La Jurisprudence avait, on s'en souvient, tracé une ligne de partage entre les tribunaux civils et commerciaux selon que le contrôle de la société était ou non en jeu.

La loi NRE du 15 mai 2001 est venue mettre un terme à ce débat en abrogeant la loi du 17 décembre 1991 et en précisant que cette abrogation prenait effet rétroactivement à la date d'entrée en vigueur de la loi de 1991 de façon à ce que toutes les actions en cours soient soumises au "nouveau régime". L'enjeu était donc de savoir si la Cour de cassation allait accepter cet effet rétroactif.

Par cet arrêt, la Cour de cassation valide le rétablissement rétroactif, introduit par la loi du 15 mai 2001, des dispositions réglementant la compétence des tribunaux de commerce abrogées par la loi du 17 décembre 1991.

Cass. Com. 14 décembre 2004
Source : JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 5 - page 162

❑ Intégration d'une société holding dans une unité économique et sociale (UES)

Pour mémoire, lorsque plusieurs entreprises juridiquement distinctes sont reconnues par convention ou décision de justice comme formant une UES regroupant au moins cinquante salariés, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire.

En l'espèce, une société holding contestait son intégration dans l'UES formée par ses trois filiales en invoquant l'absence de toute communauté de travailleurs, ainsi que l'absence d'activités complémentaires ou connexes entre elle et ses filiales. La Cour de cassation a écarté ces arguments : lorsque les éléments constitutifs d'une UES sont réunis entre les sociétés, l'intégration de la société holding détentrice du pouvoir au sein de cette UES est justifiée.

Cass. Soc. 26 janvier 2005
Source : Bulletin Rapide de Droit des Affaires - 4/05 - page 5

SOCIÉTÉS NON COMMERCIALES

❑ Dissolution d'une société civile immobilière (SCI)

La Cour de cassation rappelle que seul un associé peut demander au tribunal la dissolution anticipée de la société pour justes motifs, notamment en cas de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

Cass. Com. 28 septembre 2004

Droit des sociétés - Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur - février 2005 - page 13

❑ Définition des produits distribués

Le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon qui avait jugé que ne pouvait être qualifié de revenu distribué l'avantage directement consenti par une société anonyme à deux actionnaires au travers d'un loyer excessif versé par elle à une SCI, propriétaire de l'immeuble utilisé pour l'exploitation de la première société et détenue par ceux-ci. Le Conseil d'Etat a considéré que les avantages consentis à une société de personnes doivent être considérés comme appréhendés par les associés de celle-ci et applique, en conséquence, le régime des revenus distribués.

CE 3 novembre 2004

Droit des sociétés - Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur - février 2005 - page 28

❑ Déclaration de créances dans une société civile

Une banque, dont la créance a été admise au passif d'une société civile soumise à une procédure de liquidation judiciaire, a agi contre les associés en vue de les solliciter au titre de leur obligation aux dettes sociales. Par cet arrêt, la Cour de cassation approuve la décision de la Cour d'appel qui a constaté que la créance de la banque sur les associés (au titre de leur obligation au passif) était éteinte pour ne pas avoir été déclarée à l'occasion de la procédure collective ouverte quelques années plus tôt à l'encontre de ces associés.

Cette solution aboutit à reprocher à un créancier de ne pas avoir déclaré sa créance au passif d'un débiteur subsidiaire, à une époque où le débiteur principal assumait ses obligations. Le fondement est celui de l'article L. 621-43 du Code de commerce qui soumet à l'obligation de déclarer au passif les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture.

Cass. Com. 30 juin 2004

Source : Bulletin Joly Sociétés - février 2005 - page 231

QUESTIONS DIVERSES

❑ Abus de majorité / abus de minorité

La décision de procéder à une opération de recapitalisation par une réduction suivie d'une augmentation du capital social, en anticipant de plusieurs mois la date d'expiration du délai légal pour la reconstitution des capitaux propres, ne caractérise pas un abus de majorité.

Dans la même affaire, le fait qu'un actionnaire minoritaire, en désaccord avec le plan de restructuration de la société, ait introduit plusieurs instances ayant pour but de différer les effets de la résolution contestée et d'obtenir son annulation, ne caractérise aucun abus de minorité de sa part. L'actionnaire minoritaire exerce seulement un droit social et le droit d'ester en justice, lequel ne peut donner lieu à indemnisation que s'il dégénère en abus.

CA Versailles 16 décembre 2004

Source : JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 5 - page 160

❑ Responsabilité civile du commissaire aux comptes

Le comptable d'une société avait commis pendant plusieurs années des détournements de fonds pour un montant total de près de € 560.000. Les comptes des exercices correspondants

ayant été certifiés par le commissaire aux comptes, la société avait engagé une action en responsabilité à son encontre. Il ressortait des faits de l'espèce que le commissaire aux comptes n'a pas mis en œuvre les diligences lui permettant d'obtenir l'assurance raisonnable que les comptes annuels ne comportent pas d'erreurs significatives.

Aussi, la Cour d'appel de Rouen a condamné, solidairement, le commissaire aux comptes, le comptable et l'expert-comptable de la société à indemniser celle-ci du montant des détournements et de leur coût financier.

CA Rouen 29 septembre 2004

Source : Bulletin Rapide de Droit des Affaires - 4/05 - page 5

❑ **Publicité des comptes annuels**

Au terme d'un rappel historique du contexte législatif applicable en la matière, la Cour d'appel de Douai conclut à la disparition de toute sanction pénale, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 septembre 2000, en cas de non-respect de l'obligation de déposer les comptes annuels d'une SARL au greffe du tribunal de commerce dans le mois suivant leur approbation.

CA Douai 3 décembre 2004

Source : Recueil Dalloz - n° 5 - page 359

❑ **Activité de marchand de biens**

Une activité d'achats-reventes de biens immobiliers ne présente un caractère de bénéfices industriels et commerciaux que si elle est effectuée à titre habituel dans une intention spéculative.

Une solution particulièrement sévère a été retenue par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux. Le contribuable personne physique était régulièrement déclaré comme marchand de biens professionnel et, compte tenu de circonstances économiques difficiles, avait dû vendre à perte ses biens immobiliers à l'occasion d'une seule opération. Il avait ensuite arrêté son activité. La Cour a confirmé l'impossibilité de pouvoir imputer la perte sur le revenu global du contribuable.

Il est rappelé que les titres d'une société commerciale détenant des actifs immobiliers ne peuvent en principe pas bénéficier du régime des biens professionnels susceptibles d'être exonérés. Une activité de marchand de biens permet cependant de rentrer dans ce régime compte tenu de son caractère commercial. Il convient cependant de bien pouvoir justifier du caractère réel de l'activité de marchand de biens.

Cet arrêt conduit à retenir la plus grande prudence dans l'analyse des faits.

CAA Bordeaux 8 décembre 2003

Source : Revue de Jurisprudence Fiscale - 2/05 - page 75

❑ **Partage d'actifs lors de la dissolution d'une société**

Lors du partage des actifs d'une société dissoute et du versement d'une soulte par un associé à un autre, il convient de pouvoir justifier de la valeur réelle des actifs partagés et ayant permis la détermination de la soulte. L'administration a considéré que le caractère excessif d'une soulte correspondait à une libéralité et devait être réintégrée dans les bénéfices du bénéficiaire. Une expertise peut ne pas apparaître suffisante pour justifier la solution retenue. Il apparaît dès lors essentiel de justifier par tous moyens probants les valeurs retenues pour les actifs partagés.

CE 10 novembre 2004

Source : Revue de Jurisprudence Fiscale - 2/05 - page 75

❑ **Devoir d'information de l'expert-comptable rédacteur d'acte**

Cet arrêt apporte une précision importante sur la responsabilité incombant à l'expert-comptable en matière de rédaction d'actes : l'expert-comptable qui a accepté une mission de rédacteur d'acte à titre principal n'est pas déchargé de son devoir de conseil lors de cette rédaction par le fait que l'une des parties a des compétences en la matière ou qu'elle est assistée d'un conseiller personnel.

Cass. Civ. 9 novembre 2004

Source : Bulletin Joly Sociétés - février 2005 - page 221

D O C T R I N E

□ Rapport de gestion annuel

Face à l'inflation législative en matière d'informations à faire figurer dans le rapport de gestion sur les comptes annuels à présenter par le conseil d'administration ou le directoire à l'assemblée générale ordinaire annuelle, Vincent Médail a diffusé un article pratique (reprenant en outre les nouvelles obligations apportées sur ce sujet par l'ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004) paru dans le JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 7 - page 264

Voir également le récent article de Lexbase n° N2299AIY

"Le contenu du rapport de gestion de nouveau modifié : questions à... Me Guy de Foresta"

□ Stock-options

A retenir la chronique de Gilles Auzero "Attribution individuelle des stock-options et licenciement injustifié du bénéficiaire : le recours salutaire au droit des obligations". Outre une abondante bibliographie, l'auteur analyse la nature juridique du plan d'options puis envisage les clauses soumettant la levée des options à la présence du bénéficiaire dans l'entreprise.

Bulletin Joly Sociétés - février 2005 - page 177

□ Dépôt du rapport sur le contrôle interne

Le Comité de coordination du RCS a émis un avis sur les conséquences de la non-production, à l'occasion du dépôt des comptes annuels au greffe pour les sociétés anonymes, du rapport du président sur les procédures de contrôle interne joint au rapport du conseil d'administration.

Que ce rapport annexe soit inexistant ou manquant lors du dépôt, le greffier ne peut refuser le dépôt des autres documents comptables au motif que manque ce rapport :

- si le rapport n'a pas été établi, le greffier procède à l'enregistrement du dépôt en mentionnant la carence de la société ;
- si le rapport a été établi mais n'est pas joint au dépôt, le greffier est tenu d'effectuer une réclamation. Si cette réclamation demeure sans suite, il procède également à l'enregistrement du dépôt en mentionnant la carence.

JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires - n° 5 - page 160

□ Attribution gratuite d'actions

La loi de finances pour 2005 a mis en place un nouveau dispositif permettant de faire des attributions gratuites d'actions aux salariés et aux mandataires sociaux. Cela soulève plusieurs questions tant juridiques que fiscales et sociales. Parmi les articles de doctrine parus à ce sujet, à signaler la chronique de Jean-Philippe Dom.

Bulletin Joly Sociétés - février 2005 - page 188