DROIT DES AFFAIRES



N° $\overline{\mathbf{3}}$

21



QUESTION D'ACTUALITÉ

TENUE DES REGISTRES ET PV DES ORGANES SOCIAUX PAR VOIE DÉMATÉRIALISÉE

La loi de finances pour 2021 lève le dernier obstacle



27



Concurrence - La loi Asap modifie le cadre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs

19

Commentaire - Les nouveautés de la loi de finances pour 2021 en droit des affaires

23

Responsabilité - Le producteur d'un produit défectueux engage sa responsabilité même si le produit est inoffensif

17



MÉMENTO CESSIONS DE PARTS ET ACTIONS 2021

Transférez ou achetez des titres en toute sécurité!





La nouvelle édition du Mémento Cessions de parts et actions envisage la cession et ses conséquences du point de vue du vendeur et de l'acheteur, qu'ils soient une entreprise ou un particulier, ainsi que les incidences du transfert des titres sur la société, ses dirigeants et ses salariés.

Des développements particuliers sont consacrés aux cessions de contrôle, aux titres cotés et aux titres indivis ou démembrés.



Ouvrage à jour au 15/10/2020, 1300 pages environ. Parution le 09/12/2020.

EDITIONS
FRANCIS LEFEBVRE

COMMANDEZ-LE DÈS AUJOURD'HUI

O1 41 O5 22 22 du lundi au vendredi de 9h à 18h

ou sur notre site www.efl.fr

Vendu également en librairie



Sociétés

- 4 Validité d'une fusion-absorption
- Les modes de consultation des associés au temps du Covid
- 7 Durée d'un pacte d'actionnaires
- 7 Détermination des conditions de l'attribution gratuite d'actions
- **8 -** Responsabilité de l'expert-comptable qui rédige et est partie à un acte de cession de parts
- 9 Dissolution d'une société pour mésentente entre associés

Bourse

- Format et modalités de dépôt de l'information réglementée des sociétés cotées
- 10 Règles de marché de certaines plateformes de négociation

Entreprise en difficulté

- 10 Transaction visant les actions tendant au prononcé d'une sanction personnelle
- 11 Effet du dessaisissement d'une société en liquidation iudiciaire

Contrats

11 - Vente judiciaire sans date de paiement du prix

Finances de l'entreprise

- **12** Action en responsabilité contre le prêteur ayant fait souscrire une assurance inadaptée
- **13** Nantissement de créance par bordereau Dailly : transfert de la créance
- 14 Covid-19 : aides du fonds de solidarité pour fin 2020

Biens de l'entreprise

- Local commercial situé
 dans une copropriété et manquement du bailleur
 à son obligation de délivrance
- 15 Déchéance de marque : calcul de la période de non-usage de 5 ans

Concurrence

16 - Forme des actes des agents de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF

Consommation

 16 - Crédit immobilier : sanction du non-respect du délai de réflexion

Et aussi...

- 17 Application du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux
- **18** Action en résolution pour non-conformité fondée sur le défaut de sécurité d'un produit

Commentaires

- **19** Loi Asap : relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs
- 21 Loi Asap : une nouvelle réforme du droit de la commande publique
- 23 Nouveautés de la loi de finances pour 2021 en droit des affaires

Veille

- 30 Veille législative
- **30** Veille fiscale et sociale



QUESTION D'ACTUALITÉ



27

TENUE DES REGISTRES ET PV DES ORGANES SOCIAUX PAR VOIE DÉMATÉRIALISÉE

La loi de finances pour 2021 lève le dernier obstacle

Une fusion ayant abouti à l'éviction du minoritaire de l'absorbée jugée régulière

En cas de fusion prévue sous la condition de la réduction du capital de l'absorbante, un actionnaire minoritaire de l'absorbée fait valoir en vain que la condition n'est pas remplie faute de publication de la décision de réduction. En outre, s'étant trouvé évincé en raison du rapport d'échange, il n'a pas été indemnisé car l'absorbante lui avait offert le rachat de ses actions à un prix raisonnable.

Cass. com. 2-12-2020 nº 18-20.116 F-D

- Une société par actions simplifiée (SAS) envisageant d'absorber une société anonyme (SA) propose sans succès à l'actionnaire minoritaire de celle-ci de lui acheter ses 32 actions (soit 0,025 % du capital). L'assemblée générale des associés de la SAS décide ensuite de transformer cette dernière en SA puis de réduire le capital social, cette réduction de capital étant stipulée comme condition suspensive de l'absorption dans le traité de fusion conclu quelques jours plus tard. L'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée approuve la fusion avec une parité d'échange d'une action de l'absorbante pour 288 actions de l'absorbée, l'actionnaire minoritaire étant le seul à voter contre.
- 2 Ce dernier conteste l'opération : il demande l'annulation de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée, soutenant que, à la date de cette assemblée, la condition suspensive prévue pour la fusion n'était pas réalisée car la réduction de capital n'avait pas été publiée ; il prétend que la transformation de la société absorbante lui était inopposable à cette date ; enfin, estimant avoir été injustement privé de la propriété de ses actions, il demande à être indemnisé de la valeur de celles-ci. La Haute Juridiction rejette toutes ces demandes.

La levée de la condition suspensive prévue pour la fusion

- doivent procéder à des formalités de **publicité** de la décision et, notamment, à une inscription modificative au registre du commerce et des sociétés (C. com. art. R 123-66 et R 210-9). Elles ne peuvent opposer la réduction de capital aux tiers qu'à compter de cette publication au registre (C. com. art. L 123-9, al. 1 et 2). En l'espèce, la réduction de capital de la société absorbante n'avait pas été publiée au registre du commerce et l'actionnaire minoritaire en déduisait que la condition suspensive prévue dans le traité de fusion n'était pas accomplie.
- La Cour de cassation écarte cette analyse : la condition suspensive prévue au traité de fusion devait être considérée comme réalisée car l'assemblée générale de la société absorbante avait approuvé la réduction de capital, et ce indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité.
- 4 Lorsqu'un contrat prévoit une condition suspensive, la constatation de l'événement constituant cette condition doit être déterminée en fonction des **stipulations des parties**. En l'espèce, le traité de fusion prévoyait à titre de condition la réalisation de la réduction de capital et non son opposabilité aux tiers. Or cette réduction de capital était **définitive**; en effet, même si elle était

soumise à la condition suspensive qu'aucun créancier n'ait formé opposition à l'opération en vertu de l'article L 225-205 du Code de commerce, un certificat de non-opposition avait été délivré par le greffe avant que l'assemblée générale extraordinaire de l'absorbée ne décide la fusion.

L'inobservation des formalités de publicité est en outre seulement sanctionnée par l'inopposabilité aux tiers des actes non publiés et n'entraîne pas la nullité de ceux-ci (CA Paris 27-4-1988: D. 1988 p. 167).

L'opposabilité au minoritaire de la transformation de l'absorbante

- Se prévalant de sa qualité de tiers par rapport à la société absorbante, le minoritaire prétendait que, à la date de l'assemblée générale de la société absorbée, la transformation de l'absorbante ne lui était pas opposable car elle n'avait pas encore été publiée au registre du commerce et des sociétés. Le changement de forme d'une société doit, en effet, elle aussi faire l'objet d'une inscription modificative au registre du commerce et des sociétés, la **transformation** n'étant opposable aux tiers que si elle a été **publiée** dans ce **registre** (C. com. art. L 123-9, al. 1, R 123-53 et R 123-66).
- 6 Argument écarté par la Cour suprême. Le changement de forme sociale de la société absorbante était opposable à l'actionnaire minoritaire en application de l'article L 123-9, al. 3 du Code de commerce, selon lequel les faits et actes non publiés au registre sont néanmoins opposables aux tiers lorsque ceux-ci en ont eu personnellement connaissance.
- En l'espèce, le minoritaire ne pouvait pas ignorer la transformation de la société absorbante car la nouvelle forme sociale était indiquée dans divers documents qu'il avait pu consulter : le traité de fusion (auquel il avait accès en sa qualité d'actionnaire de la société absorbée conformément à l'article R 236-3 du Code de commerce), l'avis de projet de fusion publié dans un journal d'annonces légales qui mentionnait l'absorbante comme étant une SA, le texte des résolutions présentées à l'assemblée générale de la société absorbée ainsi que divers documents qui lui avaient été personnellement adressés par lettre recommandée.
- 7 La solution se déduit de l'article L 123-9, al. 3 du Code de commerce, dont les **illustrations** sont rares. De même, dans un cas où un litige opposait une société à son cocontractant, la société a établi avoir porté une modification de ses statuts à la connaissance de celui-ci en lui notifiant le procès-verbal de la décision modificative en cours de procédure (Cass. 3° civ. 5-4-2018 n° 17-12.584 F-D : RJDA 6/18 n° 500).

l'unanimité des actionnaires de l'absorbée (Cass. com. 19-12-2006 n° 05-17.802 FS-PBIR : RJDA 3/07 n° 264). Dans la présente affaire, le minoritaire estimait que, si la société absorbante était restée sous la forme d'une SAS, la fusion n'aurait pas pu être décidée sans son consentement et que le changement de forme sociale de l'absorbante avait eu pour but principal de contourner l'exigence d'unanimité et était donc frauduleux. Mais cet argument, qui n'avait pas été soulevé devant les juges du fond, n'a pas été examiné par la Cour de cassation.

La perte des actions formant rompus

9 Une opération de fusion-absorption entraîne la disparition de la société absorbée, les actions dans le capital de celle-ci étant échangées contre des actions de l'absorbante. Le **rapport d'échange** est librement fixé par les sociétés qui fusionnent; lorsque plusieurs actions de l'absorbée sont nécessaires pour obtenir une action nouvelle, il en résulte l'existence de « rompus » pour les actionnaires qui ne possèdent pas le nombre d'actions

requis. Ceux-ci sont donc conduits à **acheter** les titres d'autres actionnaires, de façon à détenir le nombre d'actions requises, ou encore à **céder** leurs actions à un autre actionnaire. Les sociétés qui fusionnent peuvent également proposer le rachat de ces actions en contrepartie de leur valeur.

Le minoritaire demandait réparation car, estimait-il, il avait été abusivement privé sans contrepartie de la propriété des actions qu'il détenait avant la fusion.

La Cour de cassation rejette sa demande : l'intéressé, qui devait faire son affaire personnelle des actions formant rompus, avait refusé plusieurs **offres d'achat** émanant de la société absorbante pour un prix satisfaisant (22 000 €) ; la perte des actions formant rompus était la conséquence de ce **refus injustifié**.

Dans la présente affaire, le rapport d'échange était défavorable au minoritaire (il fallait 288 actions anciennes pour obtenir une action nouvelle), mais il avait reçu plusieurs offres de rachat de la part de la société absorbante pour un prix raisonnable. Le rejet de sa demande d'indemnisation est l'illustration du principe selon lequel, lorsque le dommage subi est dû à la **faute de la victime**, celle-ci ne peut pas prétendre à réparation (Cass. com. 23-1-2007 n° 05-13.681 : RJDA 7/07 n° 773 ; Cass. com. 1-4-2008 n° 06-20.905 : RJDA 7/08 n° 835).

Les modes de consultation des associés au temps du Covid

Comment les sociétés peuvent-elles consulter leurs associés compte tenu des restrictions liées à la crise sanitaire? Il nous a paru utile de faire le point, sous forme de tableau, sur les modes de consultation autorisés pour les sociétés civiles et les princi-

pales sociétés commerciales (SARL et sociétés par actions). Rappelons que les mesures dérogatoires au droit commun s'appliquent jusqu'au 1er avril 2021 et que le Gouvernement peut proroger leur application jusqu'au 31 juillet 2021.

Modes de consultation des associés par type de société au temps du Covid (jusqu'au 1-4-2021)

	Assemblée à huis clos ¹			A L 1	Consultation	Décision
	Vote par correspondance	Vote par procuration	Vote électronique	Assemblée « dématérialisée » ²	écrite	par acte sous signature privée ³
Société civile		Pouvoir donné à un associé si les statuts le prévoient	Non	Oui, sans condi- tion tenant à l'existence d'une	d'une d'une clause statutaire la prévoyant ou en présence d'une clause l'interdisant (Ord. 2020-321 art. 6), dans les conditions prévues par les statuts ou,	Oui, même sans clause statutaire le prévoyant (C. civ. art. 1854)
SARL	Oui (Ord. 2020-321 art. 6-1) dans les conditions prévues par le décret 2020-418 (art. 4-2) ⁴	Pouvoir donné au conjoint ou à un associé même si les statuts ne le prévoient pas ou l'interdisent (C. com. art. L 223- 28, al. 2)	Oui, même sans clause statutaire le prévoyant (Décret 2020- 418 art. 5), dès lors qu'un site in- ternet est prévu à cet effet (C. com. art. R 223-20-1)	mesure adminis- trative limitant ou interdisant les dé- placements ou les rassemblements collectifs et même si les statuts ne le prévoient pas ou l'interdisent		Non pour la décision d'approbation des comptes (C. com. art. L 223-27, al. 1)
SAS	Oui (Ord. 2020-321 art. 6-1) dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, par le décret 2020- 418 (art. 4-2) ⁴	Pouvoir donné à un associé ou à un tiers si les statuts le prévoient	Non	Moyens techniques devant transmettre au moins la voix des partici- (art. 4-1) ⁵	décret 2020-418	Oui, si une clause statutaire le prévoit (C. com. art. L 227-9, al. 1)
SA/SCA	Oui (Ord. 2020-321 art. 6-1) dans les conditions prévues aux art. R 225- 76 et 225-77 du Code de commerce ⁴	Pouvoir donné à un actionnaire, au conjoint, au partenaire pacsé ou, dans les sociétés cotées, à un tiers ou bien pouvoir en blanc (C. com.	pants et per- mettant la retransmission continue et simul- tanée des délibé- rations (art. 5, II) Vote exprimé verbalement ou selon l'une des modalités prévues	Oui (sauf pour les sociétés cotées), dans les conditions prévues par le décret 2020-418	Non (cf. C. com. art. L 225-98, al. 1 : « l'assem- blée générale ordinaire prend toutes les déci- sions autres que celles visées aux	
	Pour les sociétés cotées (hors Sicav) tenant l'assemblée exclusivement à huis clos : retransmission de l'assemblée ; mise en ligne des questions écrites et des réponses (Ord. 2020-321 art. 5-1)			pour une assem- blée à huis clos	(art. 4-1) ⁵	articles L 225- 96 et L 225-97 »)

¹ En cas de mesure administrative limitant ou interdisant les déplacements ou les rassemblements collectifs pour des motifs sanitaires.

² Assemblée par visioconférence ou conférence téléphonique.

³ Mode de consultation non envisagée par l'ordonnance 2020-321 mais évitant d'avoir à réunir les associés : une personne (le dirigeant ou toute autre personne habilitée) va à la rencontre de chaque associé pour recueillir

sa signature (ce qui suppose qu'aucune mesure administrative n'interdise le déplacement) ou bien l'acte circule entre les associés par voie postale.

 $^{^4}$ Vote par mail possible à l'adresse électronique indiquée dans la convocation (Décret 2020-418 art. 3, al. 1).

⁵ Réponse par mail possible à l'adresse électronique indiquée dans les documents adressés à l'associé (Décret 2020-418 art. 3, al. 2).

Jun pacte d'actionnaires conclu pour la durée de la société est à durée déterminée

Pour la cour d'appel de Paris, un pacte conclu entre les associés d'une société pour la durée de celle-ci, même si elle est de 99 ans, est à durée déterminée. Et la caducité du pacte résulte de la disparition, postérieure à sa conclusion, d'une de ses conditions de formation.

Dans le cadre d'un contrat de conseil d'une durée de 4 ans pour les créations et l'image d'une SAS de haute couture et de diverses conventions relatives à la rémunération de la société de conseil, l'associé majoritaire de la SAS et la société de conseil, qui détenait des actions de la SAS, concluent un pacte réglant leurs relations. Ce pacte prévoit qu'il est conclu pour la durée de la SAS, fixée à 99 ans ; il ajoute qu'il se terminerait de plein droit et par anticipation à l'égard de tout associé ayant cessé de détenir une ou des actions de la SAS et qu'en toute hypothèse les conventions signées en exécution ou à l'occasion du pacte continueraient à s'appliquer conformément à leurs termes et conditions. La société de conseil ayant indiqué à ses cocontractants qu'elle ne souhaitait pas renouveler le contrat de conseil après son terme, l'associé majoritaire lui notifie la résiliation du pacte.

La cour d'appel de Paris a jugé que le pacte était à durée déterminée et que sa résiliation unilatérale n'était pas régulière. En effet, à la date de la résiliation, la société de conseil était toujours associée de la SAS. Il s'induisait de la stipulation expresse d'une clause de durée dans le pacte et de sa référence à la durée de la SAS que les parties avaient bien entendu appliquer un terme précis à leurs engagements au titre du pacte d'actionnaires. En outre, le pacte faisait partie d'un ensemble conventionnel cohérent prévoyant qu'une fois la mission de conseil arrivée à son terme, l'intégralité des actions détenues par le minoritaire devraient être revendues suivant un calendrier précis et au plus tard 7 années après l'acquisition par celui-ci du dernier lot d'actions.

La cour a jugé par ailleurs que le pacte n'était pas devenu caduc. En effet, la caducité est la conséquence de la disparition, postérieure à la conclusion de la convention, d'une de ses conditions de formation. A cet égard, le litige entre les parties portait sur les raisons qui avaient déterminé la conclusion du pacte : l'associé majoritaire faisait valoir qu'il avait été conclu en raison de la participation effective du conseil à la création de valeur de la SAS

de sorte que la fin de sa collaboration avait mis fin à l'affectio societatis et rendait le pacte caduc, tandis que la société de conseil soutenait que le pacte n'avait été conclu que pour lui donner des garanties sur la valeur de sa participation dans la SAS. Au vu de l'ensemble conventionnel dont faisait partie le pacte, si l'intéressement au travers de l'actionnariat de la société de conseil avait pu renforcer la collaboration du conseil au sein de la SAS, le pacte avait avant tout été organisé à l'initiative de l'associé majoritaire pour des raisons d'optimisation fiscale et comme levier de profitabilité pour la SAS.

En conséquence, la cour d'appel a prononcé le maintien de la force obligatoire du pacte et, en particulier, de ses dispositions instituant un droit renforcé à l'information au profit de la société de conseil ; ce droit devait continuer à être respecté, faute pour l'associé majoritaire d'apporter la preuve d'un détournement par la société de conseil de la finalité de l'exercice de ce droit et notamment de son exercice dans l'intention de lui nuire.

CA Paris 15-12-2020 n° 20/00220, Sasu Kering France Participations c/ Analytic Project Inc.

ANOTER Dans sa décision, la cour de Paris a relevé que la durée stipulée dans un pacte, qui fait référence à la durée de la société affectée du terme d'un nombre d'années déterminé, établit que les parties ont entendu appliquer un terme précis à leurs engagements au titre du pacte et que la prorogation éventuelle de la société ne pourrait avoir pour effet d'entraîner la prorogation du pacte dès lors que les parties ne l'ont pas expressément prévu. Elle a ajouté que la durée de 99 ans n'apparaît pas excessive s'agissant d'actionnaires personnes morales et que prévoir une telle durée dans ce cas ne contrevient pas à la prohibition des engagements perpétuels.



Sociétés commerciales nº 69111

Qui est compétent pour fixer les conditions de l'attribution gratuite d'actions dans la SA et la SAS?

Ont seuls le pouvoir de fixer les conditions d'attribution gratuite d'actions aux salariés et dirigeants de société anonyme et de SAS le conseil d'administration ou le directoire dans les SA, ou l'organe d'administration dans les SAS.

Dans les sociétés anonymes (SA), la décision d'attribuer gratuitement des actions est de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire, qui peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à attribuer les actions aux salariés ou dirigeants (C. com. art. L 225-197-1, I-al. 1). Le conseil d'administration ou

le directoire détermine l'identité des bénéficiaires des attributions d'actions; il fixe les conditions et, le cas échéant, les critères d'attribution des actions (C. com. art. L 225-197-1, I-dernier al.). Le comité juridique de l'Association nationale des sociétés par actions (Ansa) considère que les SA ne peuvent pas déroger à cette répartition légale des pouvoirs entre l'assemblée et le conseil d'administration ou le directoire et que seul le conseil ou

le directoire a le pouvoir d'arrêter les conditions et critères de l'attribution. L'assemblée pourrait certes déterminer un plafond particulier d'actions à attribuer aux mandataires sociaux, mais ne saurait prévoir les autres conditions précises d'attribution. A défaut, l'Urssaf et l'administration fiscale pourraient estimer que l'opération n'est pas conforme aux prescriptions du Code de commerce et requalifier l'attribution en complément de salaire. Les dispositions de l'article L 225-197-1 sont applicables dans les SAS. La majorité du comité juridique considère que ces dispositions confèrent à l'organe d'administration le pouvoir de fixer les conditions d'attribution des actions et que, par application de l'article L 227-1, ce sont le président ou les dirigeants désignés à cet effet par les statuts qui sont compétents pour exercer ce pouvoir.

Communication Ansa, comité juridique n° 20-040 du 4-11-2020

A NOTER Dans les SA, le principe d'organisation hiérarchique des pouvoirs entre les organes sociaux doit être respecté strictement.

Dans les SAS et malgré la souplesse du régime qui leur est applicable, il semble hasardeux de s'exonérer des prescriptions impératives de l'article L 225-197-1, I du Code de commerce et de prévoir dans les statuts que les conditions d'attribution gratuite des actions seront fixées par la collectivité des associés.



Sociétés commerciales nºs 70220 s.

Pas d'obligation de conseil pour l'expert-comptable rédacteur et partie à un acte de cession de parts

L'expert-comptable rédacteur d'un acte de cession de parts sociales auquel il intervient également comme cédant a rédigé cet acte en sa seule qualité de cédant et n'est donc pas tenu à une obligation de conseil envers l'acquéreur des parts.

Si l'expert-comptable qui accepte, dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires, d'établir un acte sous signature privée est tenu d'informer et d'éclairer de manière complète les parties sur les effets et la portée de l'opération projetée, notamment sur ses incidences fiscales, c'est à la condition, précise la Cour de cassation, qu'il ait rédigé cet acte pour le compte d'autrui.

Ainsi, l'expert-comptable, qui avait cédé la participation majoritaire qu'il détenait dans le capital d'une société civile immobilière (SCI) et avait établi les actes de cession, ainsi que d'autres actes (décision de nomination d'un nouveau gérant de la SCI, modification de la dénomination de la société et transfert de son siège social), et avait accompli les formalités nécessaires à ces opérations, moyennant des honoraires, avait rédigé les actes de cession en qualité de cédant et non d'expert-comptable accomplissant des prestations juridiques accessoires à son activité comptable pour le compte d'autrui.

Par suite, la Cour de cassation rejette la demande de dommages-intérêts formée par l'acquéreur des parts et la SCI en réparation du préjudice subi du fait du manquement de l'expert-comptable à son devoir de conseil. L'acquéreur et la société reprochaient à l'expert-comptable de ne pas avoir conseillé d'acquérir le terrain appartenant à la SCI, option qui aurait permis à la SCI d'éviter de supporter une imposition sur les plus-values au moment de la revente du terrain.

Cass. com. 2-12-2020 nº 17-23.188 F-D

A NOTER

L'expert-comptable qui accepte, dans le cadre de ses activités juridiques accessoires, d'établir un acte pour le compte d'un client est tenu, en sa qualité de rédacteur, d'informer et d'éclairer de manière complète toutes les parties à l'acte sur les effets, les implications et les risques que celui-ci comporte, ainsi que sur la portée de l'opération projetée, notamment en matière fiscale (Cass. com. 2 mai 2007 n° 05-21.295 F-D : RJDA 4/08 n° 420 ; Cass. 1° civ. 9-11-2004 n° 02-12.415 F-PB : RJDA 8-9/05 n° 929).

L'intérêt de l'arrêt commenté est de préciser que l'expert-comptable qui rédige un acte auquel il intervient également en qualité de partie n'est pas tenu à un devoir d'information et de conseil à l'égard de son cocontractant. En l'espèce, le fait qu'il avait perçu une **rémunération** est jugé sans incidence, mais il est vrai que l'expert-comptable avait établi d'autres actes que l'acte de cession, auquel il n'était pas partie, et que sa responsabilité était recherchée au titre de l'opération de cession.

Dissolution d'une société pour mésentente entre associés empêchant la prise de décision

La dissolution d'une SCI est justifiée dès lors que la mésentente entre les deux associés égalitaires bloque le fonctionnement de la société, qui n'a tenu ni comptabilité ni assemblées pendant dix ans.

La dissolution d'une société civile immobilière (SCI) constituée par deux associés égalitaires a été jugée justifiée, leur mésentente ayant rendu impossible toute prise de décision et démontrant leur perte d'affectio societatis et le blocage du fonctionnement de la SCI. En effet :

- de la constitution de la société, en 1999, jusqu'en 2017, aucune assemblée n'a été convoquée par l'associé-gérant et celle convoquée pour le 30 juin 2017 n'a pas pu se dérouler en raison de la mésentente des associés, avérée depuis 2013 ;
- aucune comptabilité n'a été tenue en dix ans, jusqu'à ce que l'associé qui occupait avec sa famille une partie de l'immeuble moyennant le paiement d'un loyer reproche à l'associé-gérant d'avoir prélevé sur les comptes de la SCI l'intégralité de ces loyers;
- l'associé-gérant a fait reconstituer la comptabilité par un expert-comptable, qu'il a choisi seul alors que les statuts prévoyaient l'approbation de l'assemblée générale pour toute dépense supérieure à 150€;

- cette reconstitution de comptabilité a été critiquée par un expert judiciaire, qui a relevé une absence de bilan, de compte de résultat et de nombreuses irrégularités.

Cass. 3° civ. 17-12-2020 n° 19-15.694 F-D

A NOTER Une société peut être dissoute pour justes motifs sur demande en justice formée par un associé lorsque son fonctionnement est paralysé par une mésentente entre ses associés (C. civ. art. 1844-7, 5°).

Les situations d'égalité des associés dans la répartition du capital sont propices au **blocage du fonctionnement d'une société** en cas de mésentente entre eux car elles peuvent rendre impossible la prise de toute décision collective majoritaire (pour des exemples, Cass. com. 18-11-1997 n° 95-21.474 D: RJDA 2/98 n° 174; CA Pau 18-3-2003 n° 03-1345: RJDA 10/03 n° 961; CA Paris 19-6-2007 n° 05-25053: RJDA 12/08 n° 1264). Au cas particulier, les conséquences d'une telle situation étaient aggravées par la clause statutaire imposant une approbation de l'assemblée pour toute dépense supérieure à 150€.



Sociétés commerciales nº 86133

BOURSE

Le format et les modalités de dépôt du rapport financier annuel des sociétés cotées évoluent

En principe, le rapport financier annuel des sociétés cotées relatif aux exercices ouverts depuis le 1^{er} janvier 2020 doit être établi exclusivement sous format électronique.

L'Autorité des marchés financiers (AMF) impose que, pour les exercices ouverts depuis le 1er janvier 2020 inclus, le rapport financier annuel des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé soit établi exclusivement sous format électronique. Par mesure de souplesse, les sociétés sont autorisées à n'adopter ce format que pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2021 inclus; dans ce cas, elles doivent informer leurs commissaires aux comptes de leur décision de reporter la décision d'établir le rapport sous forme dématérialisée (Règl. gén. AMF art. 222-3, Ill nouveau).

Le rapport, comme les autres documents composant l'information réglementée, doit être déposé auprès de l'AMF au moyen d'un transfert de fichiers informatiques dont une instruction de l'Autorité de marché vient de préciser le format (xhtml, notamment). Ces fichiers peuvent être déposés à l'adresse suivante : https://onde.amf-france.org/RemiseInformationEmetteur/Client/PTRemiseInformationEmetteur.aspx.

Arrêté ECOT2034681A du 29-12-2020 homologuant des modifications du règlement général de l'AMF : JO 31 texte n° 44

Instr. AMF 2007-03 mise à jour le 8-1-2021



Sociétés commerciales nº 66262

Les règles de marché de certaines plateformes de négociation en anglais

Les règles de fonctionnement d'un système multilatéral de négociation ou d'un système organisé de négociation peuvent désormais être rédigées dans une langue usuelle en matière financière autre que le français (en pratique, l'anglais), sous réserve que le système admette uniquement comme clients des professionnels appartenant à l'une des catégories mentionnées à l'article D 533-11 du Code monétaire et financier (établisse-

ment de crédit, entreprise d'investissement, entreprise d'assurance, etc.) et que certains de ces membres soient établis hors de France (Règl. gén. AMF art. 521-9 et 531-9 modifiés).

L'AMF peut exiger du gestionnaire du système qu'il publie pour information sur son site internet une traduction en français des règles de fonctionnement lorsqu'elle l'estime utile (art. précités).

Arrêté ECOT2034681A du 29-12-2020 homologuant des modifications du règlement général de l'AMF : JO 31 texte n° 44

ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

Il ne peut pas être transigé sur une action tendant au prononcé d'une sanction personnelle

Une transaction peut mettre fin à une action en paiement de l'insuffisance d'actif engagée contre un dirigeant mais elle ne peut pas porter sur une action tendant au prononcé d'une sanction personnelle.

Le liquidateur judiciaire peut, avec l'autorisation du juge-commissaire, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers ; la transaction doit être homologuée par le tribunal lorsque son objet est d'un montant indéterminé ou excède la compétence en dernier ressort du tribunal, soit 5 000 € (C. com. art. L 642-24).

Le représentant permanent du dirigeant personne morale d'une société placée en liquidation judiciaire est poursuivi par le liquidateur en paiement de tout ou partie de l'insuffisance d'actif de la société et en prononcé d'une sanction personnelle (faillite personnelle ou interdiction de gérer). Le juge-commissaire autorise le liquidateur à transiger et un accord est conclu, par lequel la personne morale dirigeante s'engage à payer une indemnité et à abandonner des créances en contrepartie de la renonciation du liquidateur à poursuivre contre le représentant permanent l'action en comblement de passif ainsi que les actions relatives aux sanctions personnelles.

La Cour de cassation rejette la demande d'homologation de la transaction. En effet, selon l'article 2045, al. 1er du Code civil, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Or, les articles L 653-1 et suivants du Code de commerce relatifs à la faillite personnelle et aux autres mesures d'interdiction ne tendent pas à la protection de l'intérêt collectif des créanciers mais à celle de l'intérêt général; s'agissant de mesures à la fois de nature préventive et punitive, la transaction ne pouvait pas avoir pour objet de faire échec, moyennant le paiement d'une certaine somme ou l'abandon

d'une créance, aux actions tendant au prononcé d'une sanction professionnelle. Mais elle pouvait mettre fin à l'instance en paiement de l'insuffisance d'actif.

Cass. com. 9-12-2020 nº 19-17.258 F-PB

A NOTER C'est la **première fois**, à notre connaissance, que la Cour de cassation énonce que le liquidateur judiciaire ne peut pas transiger sur des contestations relatives à des actions tendant au prononcé d'une sanction personnelle contre un dirigeant. Elle rappelle par ailleurs qu'il peut être transigé en matière d'action en responsabilité pour insufficance d'actif. La transité d'action en responsabilité pour insufficance d'actif. La transite d'action en responsabilité pour insufficance d'actif. La transite de la contra del contra de la contra

Elle rappelle par ailleurs qu'il peut être transigé en matière d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. La transaction ne peut intervenir qu'après l'assignation du dirigeant en comblement de passif et avant toute décision de condamnation (Cass. com. 5-11-2003 n° 00-11.876 FS-PB : RJDA 2/04 n° 207 ; Cass. com. 8-3-2017 n° 15-16.005 F-PBI : RJDA 5/17 n° 362).

Au cas d'espèce, le représentant permanent de la personne morale dirigeante avait bien été poursuivi en comblement de passif et la transaction conclue avec le liquidateur avait pour but, notamment, de mettre fin à cette action. Si l'accord n'avait porté que sur cet aspect, la transaction aurait été valable et aurait pu être homologuée. Mais dès lors qu'elle portait aussi sur des contestations relatives aux sanctions personnelles, elle dépassait le seul intérêt collectif des créanciers et excédait donc le pouvoir de transiger du liquidateur.



Sociétés commerciales n° 91592

Le dessaisissement de la société en liquidation judiciaire ne s'étend pas à son dirigeant

Le jugement convertissant le redressement judiciaire d'une société en liquidation judiciaire n'emporte pas le dessaisissement de son dirigeant. Par suite, celui-ci peut exercer une action en réparation de son préjudice personnel.

Lorsqu'une personne morale de droit privé est en liquidation judiciaire, son dessaisissement ne s'étend pas à son dirigeant. Après avoir énoncé ce principe, la Haute Juridiction a cassé un arrêt d'appel ayant déclaré irrecevable la demande de dommages-intérêts en réparation de son préjudice financier personnel formée par le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire contre un cocontractant de la société ; c'était à tort que la cour d'appel avait retenu qu'à la suite du jugement de conversion du redressement judiciaire de la société en liquidation judiciaire, le dirigeant s'était trouvé dessaisi de tous droits et actions patrimoniales et qu'il n'avait aucun droit à revendiquer l'indemnisation d'un préjudice personnel.

Cass. com. 6-1-2021 nos 19-19.600 et 19-20.414, SCI La Vieille Eglise c/ A. ès qual.

A NOTER Le débiteur en liquidation judiciaire est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens; les droits et actions concernant son patrimoine sont exercés par le liquidateur judiciaire pendant toute la durée de la procédure (C. com. art. L 641-9, I-al. 1).

Ce dessaisissement, qui concerne le **débiteur personne physique**, vaut lorsque le débiteur en procédure collective est une **personne morale**. La liquidation judiciaire emporte bien le dessaisissement de celle-ci et donc la perte de pouvoir de son dirigeant ès qualités, mais elle n'atteint pas le dirigeant, personnellement. En conséquence, s'il appartient au liquidateur d'agir en responsabilité pour les dommages causés à la société dessaisie (Cass. com. 24-5-2005 n° 03-17.481 P : Bull. civ. IV n° 109), le dirigeant peut agir lui-même en réparation de son préjudice personnel.



Droit commercial nº 63537

CONTRATS

Vente judiciaire ordonnée sans date de paiement et de délivrance : quels intérêts de retard ?

Un jugement ordonnant la vente d'un bien sans préciser le jour de paiement du prix et de délivrance de ce bien n'est pas une condamnation en paiement exécutoire faisant courir les intérêts de retard. Ceux-ci ne sont dus qu'à compter du moment où le vendeur a délivré le bien.

La réitération par acte notarié d'une vente immobilière entre particuliers n'ayant pas pu intervenir, un jugement prononce cette vente et ordonne le versement du prix. Le jugement ne précise pas les jours et lieux de paiement de ce prix et de délivrance du bien. Le vendeur reste alors dans les lieux. Plus de trois ans après le jugement, l'acquéreur dépose une partie du prix de vente à la Caisse des dépôts et consignations et il consigne le solde un an plus tard. Dans l'intervalle, le vendeur est expulsé et les locaux sont ensuite libérés de ses meubles.

Le vendeur poursuit alors l'acquéreur en justice afin d'obtenir le paiement d'intérêts de retard pour la période comprise entre la date de signification du jugement et celle de la consignation du solde du prix. Selon lui, le jugement était une condamnation exécutoire puisqu'il avait ordonné le paiement d'une somme d'argent et les intérêts de retard couraient donc à compter de celui-ci (C. civ. art. 1153-1, devenu art. 1231-7).

La Cour de cassation rejette cette demande. En application des articles 1651 et 1612 du Code civil, les obligations découlant de la vente prononcée par le tribunal, à savoir la délivrance de la chose par le vendeur et le paiement du prix par l'acquéreur, étaient réciproques et interdépendantes de sorte que le paiement ne pouvait se concevoir sans la délivrance et réciproquement.

Par suite, le jugement qui prononçait la vente et ordonnait le versement du prix sans précision quant aux jours et lieux de paiement et de délivrance ne constituait pas une condamnation pécuniaire exécutoire au jour de cette décision. Le vendeur n'avait pas donné de suite à la proposition, faite par l'acquéreur deux ans après le jugement, de payer le prix devant notaire contre remise des clés, ce qui avait conduit l'acquéreur à consigner ce prix. L'acquéreur n'était donc redevable d'intérêts de retard que pour la période comprise entre le moment où les locaux avaient été libérés des meubles du vendeur et le moment où le solde du prix de vente avait été consigné.

Cass. 3° civ. 26-11-2020 n° 19-17.799 F-D

A NOTER Si, lors de la vente, il n'a rien été réglé concernant le jour et le lieu de paiement, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance (C. civ. art. 1651). Le vendeur n'est quant à lui pas tenu de délivrer le bien vendu en l'ab-

sence de paiement du prix, sauf accord pour des délais de paiement (C. civ. art. 1612).

Tant qu'il n'a pas délivré le bien, le vendeur ne peut donc pas exiger de l'acquéreur des intérêts à raison du retard dans le paiement du prix. Il résulte de la présente décision que la règle s'applique à la vente amiable comme à la vente prononcée en justice. Les dispositions de l'article 1231-7 du Code civil (ex-art. 1153-1) selon lesquelles la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement étaient donc inapplicables en l'espèce.



Droit commercial n° 27150

FINANCES DE L'ENTREPRISE

Action en responsabilité contre le prêteur ayant fait souscrire une assurance inadaptée : prescription

L'emprunteur qui a adhéré à une assurance de groupe peut agir en responsabilité contre le prêteur qui ne l'a pas éclairé sur l'adéquation des risques couverts par l'assurance à sa situation personnelle dans un délai de cinq ans à partir du refus de garantie de l'assureur.

Un emprunteur immobilier adhère au contrat d'assurance de groupe souscrit par la banque prêteuse auprès d'un assureur mais, n'ayant pas pu être garanti lors de la survenance d'un risque qu'il croyait couvert, il recherche la responsabilité de la banque, lui reprochant d'avoir manqué au devoir de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle. Une cour d'appel déclare l'action irrecevable car prescrite, pour avoir été engagée plus de cinq ans après la conclusion du contrat de prêt (C. com. art. L 110-4 et C. civ. art. 2224); selon elle, le dommage résultant du manquement de la banque, consistant en une perte de chance de ne pas contracter, s'était manifesté dès l'obtention du crédit par l'emprunteur, qui avait été informé des conditions générales de l'assurance par la remise de la notice d'information.

L'arrêt est censuré par la Cour de cassation. Lorsqu'un emprunteur, ayant adhéré au contrat d'assurance de groupe souscrit par la banque prêteuse à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, reproche à cette banque d'avoir manqué à son obligation de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur et d'être responsable de l'absence de prise en charge, par l'assureur, du remboursement du prêt au motif que le risque invoqué n'était pas couvert, le dommage qu'il invoque consiste en la perte de la chance de bénéficier d'une telle prise en charge.

Ce dommage se réalisant au moment du refus de garantie opposé par l'assureur, cette date constitue le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité exercée par l'emprunteur. Par suite, l'action en responsabilité exercée par l'emprunteur contre la banque n'était pas prescrite.

Cass. com. 6-1-2021 nº 18-24.954 FS-P, Q. c/ Sté Crédit logement

A NOTER Le banquier qui propose à son client, auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, le remboursement du prêt, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation (Cass. ass. plén. 2-3-2007 n° 06-15.267 PBRI: RJDA 7/07 nº 766; Cass. 2e civ. 2-10-2008 nº 07-15.276 FS-PB: RJDA 2/09 nº 132). La solution vaut pour tout emprunteur, qu'il soit averti ou non (Cass. 1° civ. 30-9-2015 nº 14-18.854 F-PB: Bull. civ. I nº 229). A défaut, la banque fait perdre une chance à l'emprunteur de souscrire une assurance mieux adaptée à sa situation personnelle (Cass. com. 31-1-2012 nº 11-11.700 F-D: RJDA 4/12 nº 429), toute perte de chance étant réparable (Cass. 2e civ. 20-5-2020 no 18-25.440 FS-PBI : BRDA 18/20 inf. 19).

En l'espèce, ni le manquement du prêteur à son obligation de conseil sur les garanties couvertes par le contrat d'assurance ni la perte de chance n'étaient contestés, mais il s'agissait de savoir quel était le **point de départ de la prescription** de l'action en responsabilité.

En principe, la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la **réalisation du dommage ou** de la **date à laquelle il est révélé** à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance (jurisprudence constante; notamment, Cass. 1e civ. 9-7-2009 no 08-10.820 FS-PBI: RJDA 4/10

En conséquence, si l'emprunteur invoque un défaut de mise en garde de la banque lors de la conclusion d'un prêt amortissable classique, le dommage résultant du manquement de la banque, qui consiste en une perte de chance de ne pas contracter, se manifeste dès l'octroi du crédit (Cass. com. 26-1-2010 nº 08-18.354 FS-PB: RJDA 5/10 nº 580; Cass. com. 3-12-2013 nº 12-26.934 F-D: RJDA 3/14 nº 288), de sorte que le point de départ de la prescription est alors le jour de la conclusion du prêt. En revanche, il a été jugé que l'emprunteur qui a souscrit une assurance-vie destinée à garantir le remboursement d'un prêt in fine et qui invoque un manquement de la banque à son devoir d'information, lors de la souscription du contrat d'assurance-vie, du risque que le rachat du contrat ne permette pas de rembourser le prêt à son terme doit agir dans un délai de cinq ans à partir non pas de la date de conclusion du contrat de prêt, mais de la date d'exigibilité des sommes au paiement desquelles l'emprunteur n'est pas en mesure de faire face, en l'occurrence du terme du prêt (Cass. com. 6-3-2019 nº 17-22.668 FS-PB : BRDA 8/19 inf. 12).

L'arrêt commenté constitue une nouvelle exception à la règle selon laquelle la date de conclusion du crédit constitue le point de départ de la prescription. La solution est justifiée par le fait que l'emprunteur prend connaissance du dommage né du manquement au devoir de conseil sur l'adéquation de la garantie souscrite à ses besoins au moment du refus de garantie.



Droit commercial nº 40113

Le nantissement de créance par bordereau Dailly emporte transfert de la créance au cessionnaire

La cession de créances professionnelles effectuée à titre de garantie transfère provisoirement à la banque cessionnaire la propriété de la créance à la date apposée sur le bordereau, peu important l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant après cette date.

Une société obtient d'une banque un concours financier sous la forme d'un crédit par caisse ou par signature adossé à une convention de cession de créances professionnelles par bordereau Dailly à titre de garantie.

Après la mise en liquidation judiciaire de la société, le liquidateur judiciaire demande à la banque de restituer les sommes inscrites sur le compte de la société ouvert dans les livres de la banque et correspondant à des paiements effectués par des clients de la société après l'ouverture de la procédure collective. Une cour d'appel fait droit à la demande du liquidateur, en retenant que le transfert de propriété de plein droit des créances cédées prévu par l'article L 313-24 du Code monétaire et financier ne s'applique pas lorsque la cession de créances professionnelles est consentie à titre de garantie et que les paiements sont intervenus après l'ouverture de la procédure collective.

Arrêt censuré par la Cour suprême : il résulte des articles L 313-24 et L 313-27, al. 1 du Code monétaire et financier que, si la cession de créances professionnelles faite à titre de garantie implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée, elle opère cependant un transfert provisoire de la titularité du droit à la date apposée sur le bordereau de cession et que, sortie du patrimoine du cédant jusqu'à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective du cédant postérieurement à cette date.

La cour d'appel aurait donc dû rechercher si la date apposée sur les bordereaux était antérieure à la date d'ouverture de la procédure collective et si le transfert de la titularité du droit au cessionnaire n'avait donc pas eu lieu avant l'ouverture de cette procédure.

> Cass. com. 9-12-2020 nº 19-13.014 F-D, Banque du bâtiment et des travaux publics c/ Selarl H. et C. ès qual.

A NOTER Confirmation de jurisprudence.

Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession d'une créance professionnelle par bordereau Dailly transfère à la banque cessionnaire la propriété de la créance cédée (C. mon. fin. art. L 313-24, al. 1) et elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise (art. L 313-27, al. 1). En cas de nantissement, le transfert des créances est provisoire (Cass. com. 22-11-2005 nº 03-15.669 FS-PBIR : RJDA 3/06 n° 325); il prend fin lorsque la banque n'a plus de créance à faire valoir ou y renonce (Cass. com. 18-9-2007 nº 06-13.736 : RJDA 1/08 nº 79; Cass. com. 18-11-2014 nº 13-13.336 FS-PB:

Par ailleurs, la créance étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure col**lective** à l'encontre de celui-ci après la date apposée sur le bordereau (Cass. com. 7-12-2004 nº 20-20.732 FP-PBIR : RJDA 4/05 nº 441). Les règlements effectués avant l'ouverture de la procédure collective du cédant par le débiteur cédé entre les mains de la banque cessionnaire restent acquis à cette dernière tant que les créances garanties par cette cession ne sont pas payées, l'excédent éventuel n'étant restitué qu'après ce paiement (Cass. com. 30-6-2015 n° 14-13.784 FS-PB : RJDA 12/15 n° 860).



RJDA 4/15 nº 303).

Droit commercial n° 41262

Covid-19 : les aides du fonds de solidarité légèrement amendées pour novembre et décembre 2020

Pour novembre, les conditions d'octroi des aides du fonds de solidarité sont celles en vigueur le 31 décembre ; pour décembre, le mode de calcul de la perte de chiffre d'affaires des entreprises ayant fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public est modifié.

Un nouveau décret apporte de légères modifications aux conditions d'octroi des aides distribuées par le fonds de solidarité pour les derniers mois de l'année 2020, telles qu'elles sont fixées par le décret 2020-371 du 30 mars 2020 (voir BRDA 22/20 inf. 25 et 2/21 inf. 28).

Pour l'aide du mois de novembre 2020, qui peut être demandée jusqu'au 31 janvier 2021 inclus, le nouveau décret précise que les secteurs d'activité les plus affectés par les mesures prises pour endiguer l'épidémie et les secteurs qui en dépendent sont ceux listés en annexes 1 et 2 du décret 2020-371 du 30 mars 2020, telles qu'elles s'appliquent au 31 décembre 2020 (Décret 2020-371 art. 3-14, Il et III modifiés). En conséquence, les modifications apportées après cette date à ces listes (inclusion de nouvelles activités ou passage d'une activité d'une annexe à l'autre), telles celles issues du décret 2020-1770 du 30 décembre 2020 et en-

trées en vigueur le 1er janvier 2021, sont sans influence sur la distribution de l'aide de novembre.

En ce qui concerne l'aide de décembre 2020, qui peut être sollicitée jusqu'au 28 février 2021 inclus, les entreprises ayant fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public en raison de l'épidémie (quel que soit leur secteur d'activité) ne sont plus tenues, pour calculer leur perte de chiffre d'affaires, de tenir compte du chiffre d'affaires réalisé en décembre sur les activités de vente à distance, avec retrait en magasin ou livraison, ou sur les activités de vente à emporter, alors qu'elles devaient en tenir compte à hauteur de 50% jusqu'à présent (Décret 2020-371 art. 3-15, IV, dernier al. modifié). Aucune dérogation n'étant prévue en ce sens au profit des autres entreprises, il faut à notre avis en déduire que les ventes à distance ou à emporter doivent être comptabilisées dans le chiffre d'affaires de décembre.

Décret 2021-32 du 16-1-2021 : JO 17 texte nº 3

BIENS DE L'ENTREPRISE

Local commercial situé dans une copropriété et manquement du bailleur à son obligation de délivrance

Le locataire commercial placé dans l'impossibilité d'exploiter son fonds de commerce peut demander réparation au bailleur sur le fondement de son obligation de délivrance, même si les désordres invoqués sont structurels et affectent les parties communes de l'immeuble.

Le locataire d'un local commercial dans un immeuble en copropriété pour y exploiter un bar-restaurant, ayant constaté des désordres de construction, agit en réparation contre le bailleur pour manquement à son obligation de délivrance.

Une cour d'appel écarte cette demande, aux motifs qu'il n'était pas établi que les déformations de la poutre maîtresse et des solives invoquées par le locataire, qui portaient sur des parties communes, relevaient de la responsabilité contractuelle du bailleur; ces déformations pouvaient, en effet, être attribuées soit à la structure ancienne en bois, qui présentait des déformations dès l'origine, soit à des travaux de rénovation, effectués par un ancien locataire ou sur d'autres appartements de la copropriété qui auraient pu aggraver la déformation de certains éléments de structure.

La Cour de cassation censure la décision, jugeant au contraire que le manquement du bailleur à son obligation de délivrance se déduisait des faits suivants : le plancher haut du rez-de-chaussée ne remplissait pas sa fonction ; il présentait un risque pour la sécurité des personnes et des biens ; des travaux de renforcement étaient à prévoir ; un dispositif d'étaiement provisoire devait être mis en place.

Par suite, la demande formée contre le bailleur devait être accueillie.

Cass. 3e civ. 3-12-2020 no 19-12.871 F-D,

Syndicat des copropriétaires de la résidence 38 quai des Bateliers c/ Sté Au 38

A NOTER L'obligation de délivrance du bien loué (C. civ. art. 1719, 1) est une obligation essentielle à la formation du contrat et le bailleur ne peut s'en **exonérer** que par la preuve d'un cas de force majeure (Cass. 3° civ. 19-5-2004 n° 03-12.541 FS-PB: RJDA 8-9/04 n° 947; Cass. 3° civ. 28-9-2005 n° 04-13.720 FS-PB:

RJDA 12/05 n° 1321). Il ne peut pas, dès lors, se retrancher derrière le fait que les désordres aient affecté les parties communes, relèvent de la responsabilité du syndicat des copropriétaires ou soient imputables à un ancien locataire. C'est ce qu'illustre la décision commentée.

En l'espèce, le **syndicat des copropriétaires** avait également été condamné à réparer une partie du dommage subi par le locataire empêché de poursuivre son exploitation.



Droit commercial nº 4553

La période de non-usage de 5 ans doit être écoulée à la date de la demande en déchéance de marque

En cas de demande reconventionnelle en déchéance d'une marque de l'Union européenne, la date à prendre en compte pour déterminer si la période ininterrompue de cinq ans de défaut d'usage sérieux est arrivée à son terme est celle de l'introduction de cette demande.

Le titulaire d'une marque de l'Union européenne est déchu de ses droits si, pendant une période ininterrompue de cinq ans, la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée et s'il n'existe pas de justes motifs pour le non-usage (Règl. 207/2009 du 26-2-2009 art. 51, 1-a; désormais, Règl. 2017/1001 du 14-6-2017 art. 58, 1-a).

Le titulaire d'une marque agit en contrefaçon contre une société devant les juridictions allemandes. Cette dernière forme une demande reconventionnelle en déchéance de cette marque du fait de son non-usage.

Or, les produits couverts par la marque en cause ont cessé d'être commercialisés à compter du mois de mai 2012, la demande reconventionnelle a été formée en septembre 2015 et la dernière audience de plaidoiries devant le juge allemand a eu lieu le 24 octobre 2017.

Quelle date fallait-il prendre en compte pour calculer la période de non-usage : celle de la demande reconventionnelle – à laquelle la période de 5 ans n'était pas expirée – ou celle de la dernière audience ?

Saisie d'une question préjudicielle sur ce point, la Cour de justice de l'Union européenne précise que la date à prendre en compte pour déterminer si la période ininterrompue de cinq ans est arrivée à son terme est celle de l'introduction de la demande reconventionnelle en déchéance des droits attachés à la marque.

CJUE 17-12-2020 aff. 607/19, Husqyarna AB c/ Lidl Digital International GmbH & Co. KG

ANOTER

1º La CJUE fonde sa décision sur une lecture littérale des dispositions du règlement 207/2009 du 26 février 2009 et sur la nécessité d'en retenir une interprétation unitaire. Elle relève notamment que retenir la date de la dernière audience reviendrait à faire dépendre l'appréciation du bien-fondé de la demande reconventionnelle en déchéance de la durée d'une procédure nationale.

2º A notre avis la solution est transposable en **droit interne**. Le Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet qu'encourt la déchéance de ses droits le titulaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, pendant une période ininterrompue de cinq ans. Le **point de départ** de cette période est fixé au plus tôt à la date de l'enregistrement de la marque (CPI art. L 714-5).

Mais, comme le règlement 207/2009 qui était applicable en l'espèce, le droit interne ne fixe pas la date à prendre en compte pour l'échéance de cette période.

Dans le même sens, une cour d'appel a jugé que, quand bien même le titulaire de la marque aurait engagé une action en contrefaçon avant l'expiration du délai quinquennal, le défendeur est fondé à demander reconventionnellement le prononcé de la déchéance de la marque litigieuse dès lors que le délai de cinq ans est acquis à la date de dépôt de ses conclusions (CA Versailles 18-11-2004 n° 03/02789 : Bull. inf. C. cass. 2005 n° 548).

Avant de former une demande en déchéance, l'entreprise poursuivie en contrefaçon doit bien vérifier que la condition liée à la période de non-usage de 5 ans est remplie.

Vers une dématérialisation des actes des agents de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF

Les agents de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF pourront rédiger et signer leurs actes, tels que les procès-verbaux, de manière dématérialisée.

Les « actes » établis par les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ou de la DGCCRF, tels que les procès-verbaux, pourront être établis ou convertis sous format numérique et être intégralement conservés sous cette forme, dans des conditions sécurisées, sans nécessité d'un support papier. Lorsque ces actes numériques devront être signés, ils devront faire l'objet, quel qu'en soit le nombre de pages et pour chaque signataire, d'une signature unique sous forme numérique, selon des modalités techniques qui garantissent que l'acte ne pourra plus être modifié. Un décret fixera la liste des actes concernés ainsi que les modalités de cette signature et les personnes qui pourront y recourir (C. com. art. L 450-2-1 nouveau).

Loi 2020-1525 du 7-12-2020 art. 128 : JO 8 texte nº 1

A NOTER

1º Une disposition similaire est prévue pour les agents habilités à rechercher et constater les **infractions au Code de la consommation** (C. consom. art. L 511-2-1 nouveau, issu de la loi 2020-1525).

2º Les agents de la DGCCRF réalisent plus de 160 000 contrôles par an. La dématérialisation des actes devrait permettre de **réduire les délais de traitement des procédures** tout en garantissant la sécurité juridique au bénéfice des professionnels (Amendement AN nº 647).



Concurrence consommation nos 67460 et 68130

CONSOMMATION

Crédit immobilier : la sanction du non-respect du délai de réflexion est la nullité du prêt

L'inobservation du délai de réflexion de dix jours accordé par la loi à l'emprunteur immobilier pour accepter l'offre de crédit est sanctionnée par la nullité du contrat de prêt et non par la déchéance du droit aux intérêts.

Poursuivi en paiement des échéances d'un crédit immobilier, l'emprunteur invoque la nullité du contrat pour inobservation du délai de réflexion de dix jours prévu par l'article L 313-34 (exart. L 312-10) du Code de la consommation.

Une cour d'appel rejette cette demande, prononce la déchéance du droit aux intérêts de la banque, une telle sanction étant encourue lorsqu'il n'est pas établi que l'emprunteur a accepté l'offre dix jours après sa réception, et condamne l'emprunteur au paiement. L'arrêt est censuré par la Cour de cassation : l'emprunteur ne peut accepter l'offre de prêt que dix jours après qu'il l'a reçue. L'inobservation de ce délai est sanctionnée par la nullité du contrat.

Cass. 1º civ. 6-1-2021 nº 19-11.694 F-D, G. c/ Caisse régionale normande de financement

A NOTER Confirmation de jurisprudence.

En matière de crédit immobilier, l'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation est donnée par lettre, le cachet de l'opérateur postal faisant foi, ou selon tout autre moyen convenu entre les parties de nature à rendre certaine la date de l'acceptation par l'emprunteur (C. consom. art. L 313-34, al. 2; ex-art. L 312-10, al. 2). Le prêteur qui imposerait à l'emprunteur ou aux cautions d'accepter une offre préalable sans indication de date ou avec l'indication d'une date fausse de nature à faire croire que l'acceptation a été donnée après l'expiration du délai de dix jours à compter de la réception de l'offre, ou qui recevrait de leur part une telle offre, s'exposerait à une amende de 300 000 €, et pourrait en outre être déchu du droit aux intérêts en totalité ou dans la proportion fixée par le juge (C. consom. art. L 341-34 et L 341-40).

La Cour de cassation a jugé que l'inobservation des dispositions relatives au délai de réflexion, règles protectrices d'un intérêt privé, est sanctionnée par la nullité relative du contrat de prêt (Cass. 1° civ. 12-7-2005 n° 02-13.614 : Contrats, conc., consom. 2005 comm. n° 212), celle-ci pouvant être demandée seulement par les personnes que la loi a vocation à protéger, à savoir l'emprunteur et la caution (Cass. 1° civ. 27-2-2001 n° 98-19.857 : RJDA 5/01 n° 626 ; Cass. 1° civ. 9-7-2003 n° 01-11.153 : RJDA 11/03 n° 1114).

La solution est différente quand l'acceptation de l'offre ne comporte pas de date ou comporte une fausse date de nature à faire croire qu'elle a été donnée après expiration du délai de dix jours (acceptation postdatée, en pratique). Dans ce cas, en application de l'article L 341-34 (qui renvoie à l'article L 341-40), la sanction est la perte du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge (pour une application, Cass. 1° civ. 29-10-2002 n° 99-17.333 FS-PBRI : RJDA 2/03 n° 180).

La liste des cas énumérés par l'article L 341-34 encourant la déchéance du prêteur du droit aux intérêts semble limitative.

Bien que l'ordonnance 2019-740 du 17 juillet 2019 ait mis en place une sanction civile unique, notamment en cas de défaut de mention ou de mention erronée du taux effectif global, et que, depuis peu de temps, la Cour de cassation tende à harmoniser et simplifier les sanctions, même lorsque l'ordonnance n'est pas applicable (voir nos observations au BRDA 22/20 inf. 20), il demeure que, dans certains cas, les plus graves, la nullité du contrat de prêt est encore encourue.



Concurrence consommation n° 12615

ET AUSSI...

Le producteur d'un produit défectueux engage sa responsabilité même si le produit est inoffensif

Sont défectueux les produits chimiques utilisés dans le cadre du traitement d'un vin ayant entraîné son altération, même si la consommation de ce vin n'est pas nocive pour la santé.

Un viticulteur confie l'électrodialyse de ses vins millésimés à une société, laquelle fait appel, pour la préparation de l'appareil d'électrodialyse, à une autre société qui utilise à cet effet de l'acide nitrique et de la lessive de soude. A l'issue des opérations, une pollution des vins est décelée provenant de la lessive et de l'acide et donnant au vin un goût de bouchon.

Le viticulteur et la société chargée de l'électrodialyse poursuivent le producteur de l'acide et de la lessive sur le fondement de la responsabilité sans faute du fait d'un produit défectueux (C. civ. art. 1245 à 1245-17; ex-art. 1386-1 à 1386-18) et demandent réparation de leur préjudice.

1° Une cour d'appel rejette la demande formée par la société chargée de l'électrodialyse en retenant que, si l'utilisation des produits chimiques a contaminé l'ensemble de l'appareil d'électrodialyse et provoqué la dégradation du vin en altérant son goût, les produits litigieux ne sauraient être considérés comme défectueux dès lors que la pollution des vins n'était pas de nature à nuire à la santé des consommateurs ni à leur intégrité.

La Cour de cassation censure cette décision : il résulte de l'article 1245-1 du Code civil et de l'article 1er du décret 2005-113 du 11 février 2005 que les dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux s'appliquent à la réparation, d'une part, du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne, d'autre part, du dommage supérieur à 500€, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même, en provoquant sa destruction ou son altération.

En l'espèce, le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux était applicable dès lors qu'il y avait bien eu altération des vins à la suite de leur pollution par les produits dont la défectuosité était invoquée.

2° La cour d'appel avait également écarté la demande d'indemnisation du viticulteur en retenant que les produits litigieux ne sauraient être considérés comme défectueux, dès lors qu'aucun danger anormal et excessif caractérisant un défaut de sécurité des produits n'était établi. Ce motif de l'arrêt est également censuré par la Cour suprême : un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et, dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et, notamment, de la présentation du produit et de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu (C. civ. art. 1245-3, al. 1 et 2).

Par suite, la cour d'appel aurait dû examiner si, au regard des circonstances et notamment de leur présentation et de l'usage qui pouvait en être raisonnablement attendu, les produits dont la défectuosité était invoquée présentaient la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre.

Cass. 1º civ. 9-12-2020 nº 19-17.724 FS-P, Sté Filtration services c/ Sté AIG Europe

A NOTER 1º L'altération d'un bien autre que le produit défectueux suffit à engager la responsabilité du producteur d'un bien défectueux (C. civ. art. 1245-1, al. 2). Il importe peu qu'il n'y ait pas atteinte à la santé des consommateurs. Au cas particulier, il suffisait que le goût du vin soit altéré pour engager la responsabilité du fabricant des produits destinés au nettoyage de l'appareil traitant le vin.

Il a déjà été jugé qu'il y avait atteinte à un bien autre que le produit défectueux en cas d'un vin rendu impropre à la consommation par les débris de verre affectant les bouteilles le contenant (Cass. 1° civ. 1-7-2015 n° 14-18.391 F-PB : RJDA 11/15 n° 793). 2° La **sécurité** à laquelle on peut légitimement s'attendre doit s'apprécier en tenant compte des **circonstances** (C. civ. art. 1245-3, al. 2) ; ainsi, les produits servant à nettoyer l'appareil devant traiter le vin n'offraient pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre pour le vin traité, puisque celui-ci avait un goût de bouchon. Là encore, il importait peu qu'aucun danger anormal ou excessif ne soit établi.



Droit commercial n° 8094 et n° 8097

L'action en résolution pour non-conformité fondée sur un défaut de sécurité est recevable

L'acheteur d'un bien peut agir en résolution de la vente si le vendeur a manqué à son obligation contractuelle de délivrance, même si le défaut de conformé invoqué est un défaut de sécurité, pour lequel l'acheteur ne peut pas rechercher la responsabilité de plein droit du vendeur.

Les dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux s'appliquent à la réparation du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne et à un bien autre que le produit défectueux lui-même, si le dommage est supérieur à 500€ (C. civ. art. 1245-1, al. 1; ex-art. 1386-2, al. 1; Décret 2005-113 du 11-2-2005).

Une société viticole achète du matériel agricole. Le lendemain, son gérant est victime d'un accident lors de l'utilisation de ce matériel, lié à un défaut de sécurité de celui-ci. Le vendeur est déclaré responsable du préjudice subi par ce dernier sur le fondement des articles 1386-1 et suivants (devenus 1245-1s.). Sur ce même fondement, la société viticole demande de son côté la réparation de certains préjudices économiques ; elle agit également en résolution de la vente.

La Cour de cassation rejette sa demande tendant à la réparation du préjudice subi au titre de la perte d'exploitation et de l'absence de fourniture de machine de remplacement : cette demande est consécutive à l'atteinte au matériel en cause et n'est donc pas indemnisable sur le fondement des dispositions relatives à la responsabilité de plein droit du fait des produits défectueux.

En revanche, elle déclare l'action en résolution recevable en se fondant sur l'argumentation suivante : l'acquéreur d'un bien peut agir en résolution de la vente en cas de manquement du vendeur à son obligation contractuelle de délivrance d'un bien conforme ; cette action ne tend pas à la réparation d'un dommage qui résulte d'une atteinte à la personne causée par un produit défectueux ou à un bien autre que ce produit, de sorte qu'elle se trouve hors du champ de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 et de la loi du 19 mai 1998 qui l'a transposée et n'est soumise à aucune de leurs dispositions.

Cass. 1º civ. 9-12-2020 nº 19-21.390 FS-PI, L. c/ Sté Mafroco

Pour que le **préjudice causé par un produit défectueux** soit **réparé**, **il faut** que le défaut cause un dommage à un bien autre que ce produit, ce que rappelle ici la Cour de cassation. Il a déjà été jugé que tel n'était pas le cas, dans une affaire où un voilier avait démâté en cours de navigation, des dommages constitués par le coût des travaux de remise en état du bateau ainsi que par les pertes de loyers et le préjudice de jouissance résultant de l'impossibilité de l'utiliser (Cass. 1° civ. 14-10-2015 n° 14-13.847 : RJDA 12/15 n° 880).

La réparation du dommage résultant d'une atteinte au produit défectueux lui-même relève du droit commun de la responsabilité contractuelle (C. civ. art. 1231-1; ex-art. 1147) ou de la garantie des vices cachés (C. civ. art. 1641 et s.). Cependant, il a été jugé que, si le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, c'est à la condition que ceux-ci reposent sur des fondements différents de celui d'un défaut de sécurité du produit litigieux, telles la garantie des vices cachés ou la faute (CJCE 25-4-2002 aff. 183/00; Cass. 1° civ. 10-12-2014 n° 13-14.314 F-PB: Bull. civ. I n° 209; Cass. 1° civ. 17-3-2016 n° 13-18.876 F-PB: RJDA 6/16 n° 493, excluant l'application de l'ex-article 1147 du Code civil).

Or, en l'espèce, pour déclarer irrecevable l'action en résolution de la vente du matériel pour non-conformité, la cour d'appel avait retenu que, contrairement à ce principe et sous le couvert d'une non-conformité du matériel acquis, l'acheteur reprochait au vendeur la défectuosité résultant du défaut de sa sécurité.

La Cour de cassation censure ce raisonnement : en demandant la résolution du contrat pour non-conformité, au visa des articles 1184 ancien et 1604 du Code civil, l'acheteur agirait ainsi sur un autre fondement que celui de la demande en réparation du dommage causé par le défaut de sécurité du produit. La finalité des deux actions pourrait ainsi justifier le cumul, peu important que la non-conformité réside dans le défaut de sécurité du produit.

Mais une autre **interprétation** peut également être avancée (H. Conte, Dalloz Actualité du 12-1-2021) : en l'espèce, la responsabilité du fait des produits défectueux ne trouvait purement et simplement pas à s'appliquer à l'action formée par la société, de sorte que la question du cumul ne se posait pas.



Droit commercial nº 8094

La loi Asap modifie le cadre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs

La loi Asap prolonge le dispositif expérimental applicable à la revente des produits alimentaires (relèvement du seuil de revente à perte et encadrement des promotions) tout en l'aménageant. Elle impose une nouvelle mention dans la convention unique et complète la liste des pratiques commerciales abusives.

Loi 2020-1525 du 7-12-2020 art. 125, 128, 138 et 139 : JO 8 texte n° 1

La loi d'accélération et de simplification de l'action publique (loi Asap) du 7 décembre 2020 prévoit plusieurs dispositions applicables aux relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs. Ces mesures sont entrées **en vigueur** le 9 décembre 2020.

Prolongation du relèvement du seuil de revente à perte et de l'encadrement des promotions pour les produits alimentaires

2 Sur habilitation de la loi Egalim 2018-938 du 30 octobre 2018, le Gouvernement a adopté une ordonnance (Ord. 2018-1128 du 12-12-2018) prévoyant, en métropole, deux séries de mesures expérimentales applicables à la revente de denrées alimentaires et de produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie revendus en l'état aux consommateurs : le relèvement du seuil de revente à perte et l'encadrement des promotions sur ces produits. Ces mesures étaient destinées à revaloriser ces produits alimentaires et à permettre de dégager une marge qui serait reversée aux producteurs. L'application de ces dispositions était limitée à deux ans : jusqu'au 1er février 2021 pour la revalorisation du seuil de revente à perte; jusqu'au 1er janvier 2021 pour l'encadrement des promotions en va-leur et jusqu'au 1^{er} mars 2021 pour la majorité des contrats concernés par l'encadrement des promotions en volume (BRDA 1/19 inf. 22 et BRDA 2/19 inf. 19).

3 La loi 2020-734 du 17 juin 2020 a habilité le Gouvernement à prolonger le dispositif par ordonnance pour 14 mois (BRDA 13/20 inf. 16).

Cette ordonnance n'a jamais été prise. En ses lieu et place, le législateur a préféré inscrire la prolongation du dispositif dans la loi Asap (art. 125).

Il en résulte que, jusqu'au 15 avril 2023, pour les produits alimentaires précités (n° 2):

- le **seuil de revente à perte** (cf. C. com. art. L 442-5) continue d'être relevé de 10 % :
- les avantages promotionnels, immédiats ou différés, ayant pour effet de réduire le prix de vente au consommateur, restent encadrés, en valeur et en volume. En revanche, la loi nouvelle assouplit les mesures applicables à ces avantages en introduisant une dérogation.
- Comme auparavant, les avantages promotionnels ne peuvent pas être supérieurs à 34% du prix de vente au consommateur ou à une augmentation de la quantité vendue équivalente.

De même, qu'ils soient accordés par le fournisseur ou par le distributeur, ils doivent continuer de porter sur des produits ne représentant pas plus de 25%:

- du chiffre d'affaires prévisionnel prévu à l'article L 441-4 du Code de commerce (convention unique « produits de grande consommation »);
- du volume prévisionnel prévu par un contrat portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur (« produits MDD »);
- des engagements de volume portant sur des produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture. Comme précédemment, ces limitations ne s'appliquent pas aux produits périssables et menacés d'altération rapide, à condition que l'avantage promotionnel ne fasse l'objet d'aucune publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente. Tout manquement à ces dispositions demeure passible d'une amende adminis

trative d'un montant maximal de 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € ou la moitié des dépenses de publicité effectuées au titre de l'avantage promotionnel pour une personne morale.

5 La prolongation de ce dispositif s'accompagne d'une dérogation à l'encadrement en volume pour certains produits présentant un caractère saisonnier marqué, c'est-à-dire ceux pour lesquels « plus de la moitié des ventes de l'année civile aux consommateurs est, de façon habituelle, concentrée sur une durée n'excédant pas douze semaines au total » (par exemple, chocolats de Noël ou de Pâques, foie gras). La liste des produits concernés sera fixée par arrêté. La dérogation doit avoir fait l'objet d'une demande, motivée et accompagnée de toutes données utiles pour l'appréciation de la saisonnalité des ventes, par l'interprofession représentative des produits concernés ou, à défaut, par une organisation professionnelle représentant des producteurs ou des fournisseurs de ces produits.

Les avantages promotionnels en volume peuvent constituer un levier important de commercialisation pour les PME, dont la visibilité est moindre que celle des grandes entreprises disposant de budgets importants dédiés à la publicité et au marketing. Ces entreprises pâtissent donc de l'encadrement des avantages promotionnels en volume. Le problème se pose avec une acuité particulière pour les produits dits « festifs » car cela freine l'écoulement des ventes, en particulier après la période de commercialisation. Il peut en résulter du gaspillage alimentaire ou une reprise des invendus par certains fournisseurs qui ne seraient pas en mesure de refuser une telle demande de la part de leurs distributeurs (Rapp. AN nº 3347).

6 Les dispositions de la loi Asap sont applicables aux **contrats en cours d'exécution** au 9 décembre 2020.

Comme précédemment, le dispositif peut être suspendu par décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, pour tout ou partie des produits concernés, si le comportement d'un nombre significatif d'acheteurs de ces produits est de nature à compromettre sensiblement l'atteinte de l'un des objectifs de la loi Egalim, c'est-à-dire le rétablissement de conditions de négociation plus favorables pour les fournisseurs, le développement des produits dont la rentabilité est trop faible et un meilleur équilibre dans les filières alimentaires.

Nouvelles mentions obligatoires dans la convention « unique » entre fournisseur et distributeur

- 8 Une **pratique** s'est développée ces dernières années qui consiste pour les distributeurs à exiger de leurs fournisseurs le versement de contributions financières à leurs centrales, notamment celles dites « de services », volontairement « délocalisées » à l'étranger (principalement en Belgique et en Suisse), alors que ces sommes sont souvent assorties de contreparties disproportionnées, voire fictives. Cette pratique vise le plus souvent à contourner la loi française pour imposer des baisses de tarif très importantes aux fournisseurs. Elle contribue de plus en plus significativement à dégrader la situation économique des entreprises de produits de grande consommation et à empêcher une répartition équitable de la marge, en particulier au profit du secteur agricole (Amendement AN nº 125).
- 9 Afin de renforcer la transparence dans les négociations commerciales, la loi Asap complète la liste des informations qui doivent figurer dans la convention unique qui formalise le résultat de la négociation commerciale entre un fournisseur et un distributeur. Désormais, la convention doit indiquer « l'objet, la date, les modalités d'exécution, la rémunération et les produits auxquels il se rapporte de tout service ou obligation relevant d'un accord conclu avec une entité juridique située en dehors du territoire français, avec laquelle le distributeur est directement ou indirectement lié » (C. com. art. L 441-3, III-4º nouveau; Loi art. 138).
- La loi nouvelle impose donc d'indiquer dans la convention unique l'ensemble des **montants versés à des enti-**

tés internationales liées au distributeur concerné, dès lors que ces sommes sont rattachables à des produits qui sont mis sur le marché dans une surface de vente du distributeur implantée en France (Amendement AN nº 812). Comme les autres éléments de la convention unique (conditions de l'opération de vente, y compris les réductions de prix, rémunération des services de coopération commerciale et des autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur), ces sommes concourent à la détermination du prix convenu entre ces derniers.

L'administration devrait ainsi pouvoir vérifier plus facilement si ces accords internationaux présentent un caractère illicite,

en particulier, au regard des dispositions de l'article L 442-1 du Code de commerce, qui interdit l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou disproportionné et la soumission à un

déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Dans le cas où de telles pratiques abusives sont avérées, elle peut demander à la juridiction saisie de constater la nullité de l'accord, d'ordonner la cessation de la pratique litigieuse et la restitution des avantages indûment obtenus et, enfin, de prononcer une amende civile (C. com. art. L 442-4, I).

Nouvelle pratique commerciale abusive et rétablissement d'une ancienne interdiction

- 11 La loi nouvelle complète la liste des pratiques commerciales abusives qui pourtant, par mesure de simplification, avait été significativement réduite à l'occasion de la refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce par l'ordonnance 2019-359 du 24 avril 2019 (BRDA 10/19 inf. 31 n°s 38 s.).
- 12 Désormais, outre les deux pratiques que sont l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou disproportionné et la soumission à un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, est interdit le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services (C. com. art. L 442-1, I-3° nouveau):

- d'imposer des pénalités disproportionnées, au regard de l'inexécution d'engagements contractuels;
- de procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison, à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant.
- 13 La première de ces pratiques interdites est nouvelle, tandis que la seconde était prévue par l'ex-article L 442-6, I-8° du Code de commerce, avant que l'ordonnance du 24 avril 2019 ne réduise la liste

des pratiques commerciales abusives aux deux pratiques « chapeaux » énoncées au nº 12, censées couvrir la plupart des pratiques auparavant expressément interdites.

"Le phénomène des pénalités logistiques appréhendé "

- La combinaison de ces deux dispositions permet d'appréhender le phénomène des **pénalités logistiques** qui se caractérise par :
- le principe de déduction d'office, par lequel le distributeur déduit automatiquement ces sommes de celles qu'il doit par ailleurs au titre de l'achat de marchandises, et qui revient à renverser la charge de la preuve au détriment du fournisseur et à créer un effet de trésorerie au profit du distributeur;
- la disproportion des sommes perçues au regard des enjeux qu'elles représentent. Dans son guide des pénalités logistiques (BRDA 5/19 inf. 21), la Commission d'examen des pratiques commerciales avait souligné la nécessité de déterminer des montants de pénalités en respectant le principe de proportionnalité. Or, l'interdiction de l'obtention d'un avantage disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie, visée à l'article L 442-1, I-1° du Code de commerce, n'est pas adaptée au phénomène spécifique des pénalités, qui ne constituent pas en elles-mêmes une « contrepartie consentie » (Amendement AN nº 127).

Loi Asap : une nouvelle réforme du droit de la commande publique

La loi Asap introduit dans le Code de la commande publique des dispositions dont les unes sont inédites et dont les autres consolident les mesures d'exception déjà prises en vue de faire face à l'épidémie de Covid-19. Revue des nouveautés par Roland Vandermeeren.

Loi 2020-1525 du 7-12-2020 art. 131, 132, 133, 140 à 144 : JO 8 texte n° 1

L'année 2020 a été marquée par une succession de textes législatifs qui ont apporté diverses dérogations aux règles applicables en matière de passation, d'exécution et de résiliation des contrats publics. Il s'agissait d'aider les entreprises titulaires de ces contrats à surmonter les difficultés résultant de la crise sanitaire (BRDA 8/20 inf. 9, 10/20 inf. 18, 11/20 inf. 16 n°s 7 s. et 13/20 inf. 26).

Ces mesures étaient temporaires, de sorte que, si les dispositions correspondantes se référaient au Code de la commande publique (CCP), elles n'ont pas été intégrées dans celui-ci. Certaines d'entre elles demeurent encore en vigueur. On les signalera au cours des développements qui suivent.

2 La **loi** du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (**Asap**) vient, pour l'essentiel, prolonger et pérenniser les mesures en question.

Tel qu'il était initialement conçu, le projet de loi Asap ne comportait que peu de dispositions relatives à la commande publique. Le Gouvernement avait seulement prévu de reprendre une partie d'un projet de loi antérieur consacré à la « suppression de sur-transpositions de directives européennes en droit français », en ce qui concerne des marchés de services juridiques. Ce texte avait été voté par le Sénat en 2018, sans que le processus législatif ait abouti (voir n° 12).

Or, à l'occasion de l'examen par le Parlement de la future loi Asap, celle-ci aura été enrichie de 7 articles supplémentaires, surtout afin de donner un caractère durable à la plupart des mesures d'exception adoptées entre mars et juin 2020. Bien que ces articles n'occupent qu'une place limitée à l'intérieur d'un texte qui en comprend près de 150, leur importance pratique ne saurait évidemment être négligée.

3 Saisi de la loi par 60 députés, le Conseil constitutionnel a censuré un

grand nombre de ses dispositions. Mais il a jugé que les quelques articles traitant de la commande publique et contestés devant lui ne méconnaissaient aucun principe constitutionnel (Cons. const. 3-12-2020 n° 2020-807 DC : JO 8 texte n° 2). Sa décision contribue à fournir un mode d'emploi de ces textes.

Les apports de la réforme sont assez disparates. On peut les regrouper en distinguant trois sortes de dispositions : la mise en place d'un régime de circonstances exceptionnelles ; l'assouplissement de certaines procédures de passation ; la prise en compte de la situation des entreprises en difficulté et des PME. A noter que toutes ces dispositions entrent immédiatement en vigueur.

I. Un régime de circonstances exceptionnelles pour les contrats de la commande publique

Asap consiste à introduire dans le CCP un système de dérogations applicable chaque fois que surviennent des circonstances exceptionnelles ayant des incidences sur les modalités de passation et d'exécution des contrats de la commande publique. Ce régime de crise comporte des règles analogues pour les deux ensembles de contrats relevant du Code : les marchés publics (CCP art. L 2711-1 s. issus de la loi) et les concessions (CCP art. L 3411-1 s. issus de la loi).

Conditions du recours aux mesures d'exception

Le recours au dispositif s'opère à **trois niveaux** (CCP art. L 2711-1 et L 2711-2; art. L 3411-1 et L 3411-2).

Il suppose, tout d'abord, que soient utilisées les « prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles » ou que soient mises en œuvre des « mesures temRoland
Vandermeeren
est ancien élève
de l'Ecole nationale
d'administration.
Il a effectué la première partie de sa
carrière au tribunal ROLAND
administratif de VANDERMEEREN
Paris, dont il a été
président. Nommé ensuite conseiller
d'Etat, il a présidé pendant plusieurs années la cour administrative
d'appel de Nantes. Il a été avocat

poraires » permettant de faire face aux mêmes circonstances. Cette formulation, qui ne brille pas par sa clarté, vise en réalité l'état d'urgence sanitaire susceptible d'être déclaré sur le fondement du Code de la santé publique (art. L 3131-12 s.), ainsi que l'état d'urgence « général » organisé par la loi 55-385 du 3 avril 1955. Un décret doit, ensuite, prévoir l'application aux contrats concernés de la totalité ou de certaines des mesures dérogatoires énumérées par les nouvelles dispositions. Il s'agit des contrats en cours d'exécution ou de passation, mais également de ceux dont la procédure de passation n'est pas encore engagée. La durée de validité du décret ne peut excéder 24 mois, sous réserve d'une prolongation autorisée par la

au barreau de Paris de 2009 à fin

2015. Il a également été professeur

associé à l'Université de Paris I.

Cependant les mesures prévues par le décret ne sont pas automatiquement applicables. Les acheteurs conduits à passer ou à exécuter un contrat de la commande publique ne peuvent mettre en œuvre de telles mesures qu'au cas par cas, lorsqu'elles sont nécessaires pour surmonter les difficultés liées à la survenance des circonstances exceptionnelles. Il appartiendra donc aux acheteurs de justifier éventuellement de ces difficultés et de la nécessité de déroger aux règles de droit commun.

Objet des mesures d'exception

7 Les mesures d'exception envisagées par la loi Asap correspondent, pour la plupart, à celles que l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 avait retenues de façon temporaire au début de la crise sanitaire (BRDA 8/20 inf. 9).

Elles portent sur les règles de **passation** des marchés publics et des concessions : les modalités de la mise en concurrence peuvent subir, au cours de la consultation, les adaptations nécessaires à la poursuite de la procédure (CCP art. L 2711-3 et L 3411-3) ; les délais de réception des candidatures à l'attribution du contrat peuvent être prolongés (CCP art. L 2711-4 et L 3411-4).

D'autres dispositions concernent la **durée des contrats**: une prolongation par avenant, sans mise en concurrence, est admise (CCP art. L 2711-5 et L 3411-5). Une dernière série de mesures est relative aux **conditions d'exécution** des contrats de la commande publique dont les titulaires rencontrent de graves difficultés: les délais d'exécution peuvent être allongés (CCP art. L 2711-7 et L 3411-7); l'entreprise qui se trouve dans l'incapacité de réaliser les prestations d'un marché public ne peut pas être sanctionnée, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée (CCP art. L 2711-8).

II. Un assouplissement de certaines procédures de passation

Plusieurs dispositions de la nouvelle loi facilitent la passation des marchés publics en dispensant l'acheteur de suivre une procédure formalisée, telle que l'appel d'offres, la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif.

Passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence

9 Deux dispositions de la loi Asap concernent la possibilité de passer un marché, quel que soit son objet, sans publicité ni mise en concurrence préalables. Le recours à cette procédure dépend de conditions fixées par le CCP.

Selon l'article L 2122-1 du Code, il faut, rappelons-le, que l'acheteur se trouve dans l'une des hypothèses où le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence serait « inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur ».

Le même article renvoie à un décret le soin de préciser les conditions d'ouverture à la procédure sans formalités préalables. Ces conditions doivent notamment être liées au fait qu'une première procédure de passation du marché s'est révélée infructueuse, ou qu'il existe une situation d'urgence particulière, ou encore que la valeur estimée du besoin auquel répond le marché est inférieure aux seuils financiers à partir desquels le droit européen exige la mise en œuvre d'une procédure formalisée. Les dispositions issues du décret figurent sous les articles R 2122-1 s. du CCP.

La loi Asap modifie l'article L 2122-1 en ajoutant aux hypothèses que celui-ci énumère le cas où le **respect des règles** de publicité et de mise en concurrence serait manifestement **contraire** « à un motif d'intérêt général ».

Cette innovation a suscité de vives critiques. Mais le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur avait suffisamment encadré le pouvoir ainsi reconnu aux acheteurs, tout en rappelant que ceux-ci restaient tenus de se conformer aux exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics.

Une seconde possibilité de recours au même type de procédure allégée présente un caractère **temporaire** et n'a donc pas été intégrée dans le CCP. Elle ne concerne d'ailleurs que les **marchés de travaux** (Loi Asap art. 142, I et II).

Le nouveau texte relève de 40000 € HT à 100000 € HT le seuil de la valeur estimée du marché en dessous duquel la passation peut être effectuée sans formalités préalables. Lorsque le marché est alloti, la même faculté s'applique aux lots de travaux dont le montant est inférieur au seuil de 100000 € HT, sous réserve que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de l'ensemble des lots. Mais la conclusion d'un marché de travaux suivant ces modalités n'est admise que jusqu'au 31 décembre 2022.

La loi Asap recommande, en particulier, aux acheteurs de ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre à leurs besoins.

Le Conseil constitutionnel n'a pas davantage censuré ces dispositions auxquelles il était reproché de favoriser les grandes entreprises au détriment des PME. Soulignant qu'elles contribuaient à la reprise de l'activité dans le « secteur des chantiers publics », touché par la crise sanitaire, il a estimé que les dispositions en cause n'entraînaient pas une rupture d'égalité.

On notera que le relèvement du seuil s'applique aux marchés dont la procédure de passation est lancée à compter du 8 décembre 2020.

Marchés de services juridiques

Comme on l'a déjà indiqué, la loi Asap revient sur les conditions dans lesquelles les autorités nationales avaient, en 2015, transposé les **directives européennes** régissant la passation des marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (Dir. 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26-2-2014).

Alors que celles-ci excluaient de leur champ d'application l'ensemble des marchés de services juridiques, la législation française soumettait pourtant aux règles de publicité et de mise en concurrence deux catégories particulières expressément visées par les directives :

- les marchés relatifs à la représentation d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle ou d'un mode alternatif de règlement des litiges; - les marchés portant sur une consultation fournie par un avocat en vue de la préparation d'une telle procédure ou d'un tel mode de règlement.

"La passation des marchés de services juridiques dispensée de toutes formalités"

Désormais, la passation de ces marchés est dispensée de toutes formalités préalables (CCP art. L 2512-5, 8°-d et e issus de la loi).

Contrats de longue durée

Par ailleurs, bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'un assouplissement du mode de passation des contrats publics, l'article 133 de la loi mérite cependant d'être signalé.

Il autorise, en effet, la **modification**, sans procédure de mise en concurrence, des contrats de longue durée, pour lesquels une consultation a été engagée, ou un avis d'appel à la concurrence a été publié, avant le 1^{er} avril 2016.

III. Des mesures de soutien aux entreprises en difficulté et aux PME

Les dérogations temporaires aux règles de la commande publique, justifiées par la crise sanitaire, avaient déjà pris en considération la situation des entreprises admises à la procédure de **redressement judiciaire** ou à une procédure équivalente relevant d'un droit étranger. Le texte commenté ne fait que les pérenniser.

Une première disposition concerne l'accès de ces entreprises aux contrats de la commande publique. Qu'elle soit candidate à l'attribution d'un marché public (CCP art. L 2141-3, 3°) ou d'une concession (art. L 3123-3, 3°), une entreprise en redressement judiciaire était jusqu'ici exclue de la procédure de passation si elle ne justifiait pas avoir été habilitée à poursuivre ses activités pendant la durée d'exécution du contrat.

La loi Asap ajoute une nouvelle exception à cette hypothèse d'interdiction de soumissionner. Les entreprises qui bénéficient d'un **plan de redressemen**t ne pourront pas davantage être exclues (CCP art. L 2141-3, 3° et L 3123-3, 3° modifiés par la loi).

L'ordonnance 2020-738 du 17 juin 2020 (BRDA 13/20 inf. 26) comportait la même mesure en la rendant applicable jusqu'au 10 juillet 2021.

Les entreprises en redressement judiciaire bénéficient encore d'une seconde disposition, celle-ci relative au régime de la résiliation unilatérale des marchés publics par l'acheteur.

La résiliation d'un marché est susceptible d'être prononcée en cas de force majeure, ou si le cocontractant a commis une faute d'une gravité suffisante, ou encore pour un motif d'intérêt général (CCP art. L 2195-2 s.). Mais elle est **interdite** si le titulaire fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, à condition, toutefois, d'avoir informé, sans délai, l'acheteur de sa situation (art. L 2195-4).

Le nouveau texte renforce la protection des entreprises concernées. Il supprime la condition relative à l'information de l'acheteur. La résiliation du marché ne saurait être fondée sur le seul motif que son titulaire est en redressement judiciaire (CCP art. L 2195-4, al. 3 modifié par la loi). On précisera qu'une telle mesure ne se confond pas avec la disposition du Code de commerce, relative aux entreprises en difficulté, qui interdit toute résiliation d'un contrat en cours pendant la période d'observation (C. com. art. L 622-13, I).

Sur ce point aussi, la loi Asap reprend une dérogation temporaire prévue par la loi 2020-734 du 17 juin 2020 et limitée au cas où l'admission à la procédure de redressement est antérieure au 10 juillet 2021 (BRDA 13/20 inf. 26).

17 Elle pérennise, enfin, deux exceptions particulières déjà introduites en faveur

des **PME** par l'ordonnance du 17 juin 2020 (BRDA 13/20 inf. 26).

Ces exceptions consistent à étendre aux marchés globaux des règles déjà applicables aux marchés de partenariat. Ceuxci doivent déterminer la part minimale d'exécution des prestations que le titulaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans (CCP art. L 2213-14). Au stade de l'attribution du marché, il est également nécessaire que l'acheteur retienne un critère portant sur cette part d'exécution (CCP art. L 2222-4).

Désormais, ces dispositions valent pour l'ensemble des marchés globaux régis par les articles L 2171-1 s. du CCP: marchés de conception-réalisation, marchés globaux de performance, marchés globaux sectoriels. Alors que ces marchés ne peuvent pas être allotis, l'obligation de réserver une part d'exécution aux PME facilite l'accès de ces dernières à la commande publique. Elle s'impose donc à tous les acheteurs passant des marchés globaux (CCP art. L 2171-8 issu de la loi). De même, l'un des critères d'attribution du marché est relatif à la part d'exécution réservée aux PME (CCP art. L 2152-9 issu de la loi).

Les nouveautés de la loi de finances pour 2021 en droit des affaires

Parmi les mesures marquantes, relevons le mécanisme temporaire de neutralisation des conséquences des réévaluations libres d'actifs sur le résultat imposable et l'instauration d'un crédit d'impôt pour abandon de loyer en faveur des entreprises touchées par la crise sanitaire.

Loi 2020-1721 du 29-12-2020 : JO 30 texte nº 1

La loi de finances pour 2021 (LF), expurgée des cavaliers budgétaires censurés par le Conseil constitutionnel, a été publiée au Journal officiel. Elle se caractérise cette année par plusieurs mesures de soutien aux entreprises touchées par la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19. Nous en présentons ci-après les principales nouveautés en droit des affaires (pour de plus amples développements, voir notre Feuillet rapide 2/21).

I. Opérations sur le capital social

Réduction de capital à zéro

2 En principe, seules les pertes résultant d'une cession de parts ou d'actions sont

imputables sur les plus-values de même nature. L'article 13 de la LF permet désormais, sous certaines conditions, d'**imputer** les **pertes consécutives à une annulation de parts ou d'actions** intervenue à la suite d'une réduction de capital à zéro. Cette possibilité, jusqu'à présent limitée par la loi aux annulations intervenues dans le cadre d'une procédure collective, avait été admise par le Conseil d'Etat (CE 22-11-2019 n° 431867 : RJF 2/20 n° 130) et se trouve ainsi légalisée.

- 3 La mesure prévue par l'article 13, applicable aux pertes subies depuis le 1^{er} janvier 2020, est soumise aux **conditions** suivantes :
- la réduction de capital doit être décidée en application des articles L 223-42,
 al. 2 ou L 225-248, al. 2 du Code de commerce, qui imposent aux associés d'une
 SARL ou d'une société par actions dont

les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, faute de dissolution anticipée de la société, de réduire le capital social d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à hauteur de la moitié au moins du capital; - les pertes à l'origine de la réduction du capital à zéro doivent être égales ou supérieures aux capitaux propres.

Les pertes subies par l'associé dont les parts ou actions sont annulées dans ces conditions sont **imputables sur les plus-values** de même nature réalisées au cours de la même année et, le cas échéant, des dix années suivantes, dans la limite du prix ou de la valeur d'acquisition des parts ou actions en cause. En revanche, demeurent non imputables les moins-values

constatées en cas de réduction partielle ou totale du capital lorsque les pertes sont inférieures aux capitaux propres.

Enregistrement des actes constatant la modification du capital

- L'article 67 de la LF poursuit le mouvement, tendant à supprimer l'obligation d'enregistrer certains actes de la vie des sociétés, engagé depuis plusieurs années (sur les mesures de la loi de finances pour 2019 en la matière, voir BRDA 3/20 inf. 23 n° 27).
- L'enregistrement obligatoire est ainsi supprimé pour les actes constatant les opérations suivantes sur le capital social (mesure applicable aux actes établis depuis le 1-1-2021):
- augmentations de capital en numéraire ou par incorporation de bénéfices, de réserves ou de provisions et augmentations nettes de capital de société à capital variable constatées à la clôture d'un exercice;
 amortissement ou réduction du capital.

Compte tenu des suppressions successives opérées ces dernières années, seuls demeurent soumis à la formalité obligatoire de l'enregistrement les augmentations de capital autres que celles visées ci-dessus (notamment les augmentations de capital en nature) ou encore les actes constatant la transformation d'une société, ainsi que les actes portant cession de parts ou d'actions, dont l'enregistrement préalable au dépôt au greffe du tribunal continue de s'imposer. Restent également soumis obligatoirement à l'enregistrement les actes établis par un notaire et ceux qui constatent certains transferts de propriété (transmission d'immeubles ou de fonds de commerce).

On rappelle que les actes de société dispensés de la formalité peuvent être **présentés volontairement à l'enregistrement** afin de leur conférer date certaine. La formalité est alors, en règle générale, exécutée gratuitement.

II. Autres opérations concernant les entreprises

Apport de créance en société

7 Le champ d'application du régime fiscal de faveur prévu en cas d'apport en société d'une créance rachetée à une valeur décotée est élargi (LF art. 32). En vertu de ce régime, applicable aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (IS), une société qui rachète à une valeur décotée une créance détenue sur une autre société puis l'apporte à celle-ci est imposée sur l'écart entre la valeur réelle des titres reçus en contrepartie de l'apport (et non la valeur nominale de ces titres) et la valeur de rachat de la créance. Ce régime est

subordonné à la condition notamment que ni la société bénéficiaire de l'apport ni la société apporteuse n'aient de liens de dépendance avec la société cédant la créance (par exemple, liens résultant de la détention de la majorité du capital d'une des sociétés par l'autre).

L'article 32 précité supprime la condition tenant à l'absence de liens de dépendance entre la société cédant la créance et la société bénéficiaire de l'apport dès lors que celui-ci est effectué dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou d'un accord constaté ou homologué à l'occasion d'une procédure de conciliation.

La condition d'absence de liens de dépendance entre la société cédant la créance et la société apporteuse est maintenue afin d'éviter de faciliter des schémas potentiellement artificiels. En revanche, la loi n'interdit pas, comme auparavant, l'existence de liens de dépendance entre la société apporteuse et la société bénéficiaire de l'apport.

Cette mesure s'applique aux exercices clos à compter du 31 décembre 2020. Par conséquent, les sociétés dont l'exercice coïncide avec l'année civile peuvent bénéficier de cet assouplissement pour les apports réalisés au cours de l'année 2020.

Réévaluation d'actifs

- Afin de faciliter le recours à la réévaluation libre d'actifs et aider ainsi les entreprises touchées par la crise économique et sanitaire à assainir leur situation financière, un dispositif temporaire de neutralisation des conséquences de la réévaluation libre d'actifs sur le résultat imposable est introduit par l'article 31 de la LF. Ce dispositif, auquel toute entreprise devant tenir une comptabilité commerciale peut avoir recours, s'applique à la première opération de réévaluation libre des actifs constatée au terme d'un exercice clos à compter du 31 décembre 2020 et jusqu'au 31 décembre 2022.
- Ce dispositif concerne les réévaluations libres des **immobilisations corporelles et financières** effectuées dans les conditions prévues à l'article L 123-18 du Code de commerce. On rappelle qu'aux termes de ce texte, les plus-values constatées entre la valeur d'inventaire d'un bien inscrit à l'actif du bilan et sa valeur d'entrée ne sont pas comptabilisées et que, s'il est procédé à une réévaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles et financières, l'écart de réévaluation entre la valeur actuelle et la valeur nette comptable de ces immobilisations doit être inscrit à un poste du passif du bilan.

- 11 Pour que le dispositif s'applique, la réévaluation libre doit porter sur l'ensemble des **immobilisations** corporelles et financières, à l'exception des immobilisations incorporelles ainsi que des stocks et valeurs mobilières de placement; il devrait être possible de réévaluer des titres de participation de sociétés dont l'actif est majoritairement constitué d'immobilisations incorporelles, tels des brevets ou des marques, ou de valeurs mobilières de placement.
- La **réévaluation** devant concerner l'ensemble des immobilisations corporelles et financières, le dispositif ne s'applique pas aux réévaluations partielles de telles immobilisations.
- 12 En principe, l'écart de réévaluation constitue un produit imposable au titre de l'exercice au cours duquel la réévaluation intervient. Par dérogation, l'article 31 de la LF permet de **différer** cette **imposition** selon des modalités qui diffèrent selon que les actifs réévalués sont amortissables ou non : dans le premier cas, l'écart de réévaluation fait l'objet d'un étalement; dans le second, l'imposition de l'écart de réévaluation est mise en sursis jusqu'à la cession ultérieure de l'immobilisation concernée.
- Ainsi, en application du dispositif, l'écart de réévaluation afférent à des immobilisations amortissables n'est pas immédiatement pris en compte dans le résultat imposable, mais fait l'objet d'une réintégration extra-comptable par fractions égales dans les résultats de l'entreprise à partir de l'exercice suivant :
- sur une durée de 15 ans pour les constructions et, à condition que ces éléments soient amortissables sur une période au moins égale à 15 ans, les plantations (par exemple, plantations de vergers et de vignes) ainsi que les agencements et aménagements de terrains (par exemple, clôtures, travaux de drainage, aménagements de parking à ciel ouvert); sur une durée de 5 ans pour les autres immobilisations.

En cas de **cession de l'immobilisation**, seule la fraction de l'écart de réévaluation non encore réintégrée selon ces modalités fait l'objet d'une imposition immédiate.

S'agissant des immobilisations non amortissables réévaluées, l'écart de réévaluation n'est pas inclus dans le résultat de l'exercice au cours duquel la réévaluation est opérée dès lors que la plus ou moins-value de cession ultérieure de l'actif cédé est calculée à partir de sa valeur non réévaluée.

Rien ne semble alors s'opposer, à notre avis, à ce que la totalité de la plus ou moins-value de cession ultérieure soit soumise au régime d'imposition des plus ou moins-values à long terme, y compris pour la fraction correspondant à l'écart de réévaluation dont l'imposition a été mise en sursis.

Opération de « lease-back »

- 15 L'article 33 de la LF rétablit, avec certains aménagements, un ancien dispositif d'étalement de l'imposition des plus-values de cession d'immeuble constatées lors d'une opération de « lease-back ». Le principe est le suivant : une entreprise (soumise à l'impôt sur le revenu ou à l'IS) cède à un crédit-bailleur un immeuble dont elle retrouve immédiatement la jouissance en vertu d'un contrat de crédit-bail conclu avec celui-ci; l'entreprise peut alors décider, sur option, que le montant de la plus-value de cession sera réparti par parts égales sur les exercices clos pendant toute la durée du contrat de crédit-bail, sans que l'étalement ne puisse toutefois excéder 15 ans. Cette durée est calculée à partir de l'année de réalisation de la plus-value.
- 16 Les immeubles concernés par la mesure doivent être des immeubles bâtis ou non bâtis affectés par l'entreprise cédante à son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. Sauf cas particulier, les immeubles de placement (affectés par l'entreprise à la gestion de son propre patrimoine) sont exclus de cette mesure.
- Tes plus-values de cession réalisées par une société soumise à l'IS relèvent du régime des plus-values à court terme et bénéficient pour leur montant total du régime d'étalement. Pour les plus-values réalisées par une entreprise soumise à l'impôt sur le revenu sur un immeuble détenu depuis au moins deux ans, ces plus-values relèvent du régime des plus-values à court terme à hauteur des amortissements pratiqués et à long terme pour le surplus.

Fusion de SIIC

18 L'exonération d'IS dont bénéficient les sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC) sur la fraction de leur bénéfice provenant, notamment, des plus-values réalisées lors de la cession d'immeubles ou de droits assimilés (droits afférents à un contrat de crédit-bail immobilier, participations dans des sociétés de personnes ou participations dans des filiales ayant opté pour le régime des SIIC) est subordonnée, depuis la loi de finances pour 2019, à la condition que ces plus-values soient distribuées aux actionnaires à hauteur de 70% avant la fin du deuxième exercice qui suit celui de leur réalisation (BRDA 3/19 inf. 22 nº 9).

LES ABANDONS DE LOYERS EN FAVEUR DES ENTREPRISES TOUCHEES PAR LA CRISE ENCOURAGES

L'article 20 de la LF instaure un crédit d'impôt au profit des bailleurs qui consentent, au plus tard le 31 décembre 2021, des abandons de **loyers** dus au titre du **mois de novembre 2020** aux entreprises locataires touchées par les conséquences des mesures restrictives prises pour lutter contre l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

Tout bailleur, personne physique ou morale installée en France, peut bénéficier de ce crédit d'impôt sous réserve que l'entreprise locataire réponde à certaines conditions: notamment, avoir pris en location des locaux ayant fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public en novembre 2020 ou exercer une activité dans un secteur « sinistré » visé par décret (par exemple, hôtellerie, restauration, tourisme, événementiel, sport, culture); avoir un effectif inférieur à 5 000 salariés; ne pas être en difficulté au 31 décembre 2019 au sens de la réglementation européenne (sauf pour certaines micro et petites entreprises).

Si l'entreprise locataire a un effectif d'au moins 250 salariés, le montant de l'abandon de loyer est retenu dans la limite des deux tiers du montant du loyer prévu. Le **crédit d'impôt**, égal à 50 % du montant des abandons de loyers, ne peut jamais excéder 800 000 €.

En outre, en cas d'absorption d'une SIIC par une autre dans le cadre d'une fusion, la plus-value dégagée par la société absorbante lors de l'annulation de ses propres titres qu'elle reçoit à la suite de la fusion (boni de fusion) est également exonérée d'impôt à condition que cette société en distribue une fraction avant la fin du deuxième exercice qui suit celui de la réalisation de l'opération. Cette fraction n'avait pas été relevée par la loi de finances pour 2019 et restait jusqu'à présent fixée à 60 %.

Pour rétablir une cohérence entre l'obligation de distribution des plus-values tirées de la cession d'immeubles incombant aux SIIC et l'obligation de distribution des plus-values tirées de l'annulation de titres en cas de fusion de telles sociétés, la **fraction** minimale de cette **plus-value** à **distribuer** est relevée de 60 % à 70 % (LF art. 16 applicable aux exercices clos à compter du 31-12-2020).

III. Actionnariat salarié

Attribution gratuite d'actions

Les attributions gratuites d'actions par une société sont soumises, on le rappelle, à une **contribution patronale** au taux de 20% due par la société dans le mois suivant la date d'acquisition des actions par le bénéficiaire. Les petites et moyennes entreprises (PME) qui n'ont jamais versé de dividendes depuis leur création en sont exonérées dans la limite, pour chaque bénéficiaire, du plafond annuel de la sécurité sociale (soit 41 136€ pour 2021).

21 L'article 206 de la LF étend cette exonération aux entreprises de taille intermédiaire n'ayant, de la même façon, versé aucun dividende depuis leur création. La mesure s'applique aux actions gratuites dont l'attribution est autorisée par l'assemblée générale extraordinaire depuis le 1^{er} janvier 2021.

Les entreprises concernées par cette mesure sont celles :

- qui emploient entre 250 et moins de 5 000 salariés ;
- et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 1,5 milliard d'euros ou dont le total de bilan n'excède pas 2 milliards d'euros.

Acquisition d'actions au moyen de fonds versés sur un PEE

22 Depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019, les abondements qu'une société verse sur un plan d'épargne entreprise (PEE) en vue de compléter la contribution des bénéficiaires du plan destinée à acquérir les actions qu'elle a émises (ou qu'une société du même groupe qu'elle a émises) ne sont pas soumises au **forfait social** au taux de droit commun de 20 % mais au taux réduit de 10 % (BRDA 3/19 inf. 22 n° 21).

L'article 207 de la LF instaure une **exonération** totale de forfait social sur ce type d'abondement pour les années 2021 et 2022 (pour rappel, les sociétés de moins de 50 salariés sont déjà totalement exonérées de forfait social sur les sommes versées sur un PEE : BRDA 3/19 inf. précitée).

L'article 207 précité étend également et de manière permanente l'appli-

cation du **taux réduit de 10**% aux versements « unilatéraux » opérés par la société à partir de 2021 sur un PEE au profit de l'ensemble des salariés pour l'acquisition d'actions qu'elle a émises (ou qu'une autre société du même groupe a émises).

Ces versements sont qualifiés d'unilatéraux car ils peuvent être effectués même en l'absence de contribution des salariés, sous réserve que le montant soit uniforme pour tous. Ils ne bénéficient pas de l'exonération temporaire de forfait social mentionnée ci-dessus, laquelle est réservée aux seuls abondements.

IV. Mesures diverses

Entreprises bénéficiant d'une procédure de conciliation

- 24 L'article 19 de la LF étend aux entreprises bénéficiant d'une procédure de conciliation, à savoir les **entreprises qui éprouvent une difficulté** juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, mais qui ne se trouvent **pas en cessation des paiements** depuis plus de 45 jours (C. com. art. L 611-4), deux dispositifs fiscaux prévus jusqu'ici en faveur des entreprises faisant l'objet d'une procédure collective.
- Première mesure : les abandons de créance à caractère commercial consentis par une entreprise en application d'un accord constaté ou homologué dans le cadre d'une conciliation sont déductibles sans condition des bénéfices industriels et commerciaux de l'entreprise. Cette déduction n'est donc pas subordonnée à la condition que l'entreprise ait agi dans son propre intérêt. Des créanciers minoritaires pourront ainsi déduire la perte résultant de l'abandon de créance décidé par la majorité des créanciers.
- Cette mesure, applicable aux abandons de créance consentis à compter du 1^{er} janvier 2021, concerne les seuls abandons de créance à caractère commercial consentis en application d'un accord constaté ou homologué dans le cadre d'une conciliation. En sont donc **exclus**: les abandons de créance qui ne font pas l'objet d'un tel accord;
- les aides octroyées sous une autre forme que celle d'un abandon de créance, même si ces aides revêtent un caractère commercial;
- les abandons de créance à caractère financier, y compris lorsqu'ils sont consentis en application d'un tel accord.
- 27 Seconde mesure : le **remboursement** anticipé des créances sur le Trésor nées de l'option pour le report en arrière du

déficit (créances de « carry-back ») que les sociétés soumises à l'IS peuvent demander lorsqu'elles font l'objet d'une procédure collective peut désormais être demandé par les sociétés faisant l'objet d'une procédure de conciliation.

A compter de la date de la décision d'ouverture de la procédure de conciliation, les sociétés concernées peuvent ainsi demander le remboursement anticipé de leurs créances non utilisées à cette date, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de droit commun de cinq ans suivant l'année au cours de laquelle l'exercice déficitaire a été clos.

28 La possibilité pour ces sociétés de demander le remboursement anticipé de la créance s'applique aux créances constatées à compter du 1^{er} janvier 2021. Dans la mesure où l'option pour le report en arrière des déficits s'exerce dans le délai de dépôt de la déclaration de résultats, le remboursement anticipé des créances de carry-back des sociétés faisant l'objet d'une procédure de conciliation est susceptible de concerner une créance de report en arrière du déficit subi au cours d'un exercice clos à compter du 31 octobre 2020.

Taux réduit de l'IS

29 L'article 18 de la LF étend le bénéfice du taux réduit de 15% applicable à certaines PME sur la fraction de leurs bénéfices comprise entre 0 et 38120€ (pour l'essentiel, PME dont le chiffre d'affaires est inférieur à 7,63 M€ et dont le capital, entièrement libéré, est détenu pour 75% au moins par des personnes physiques) aux PME dont le chiffre d'affaires n'excède pas 10 M€. Cette mesure s'applique aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2021.

Groupe de sociétés bénéficiant du régime de l'intégration fiscale

- Lorsqu'un groupe de sociétés bénéficiant du régime de l'intégration fiscale (détermination du résultat d'ensemble du groupe par la somme algébrique des résultats des sociétés qui en font partie) ne répond plus aux conditions ouvrant droit à ce régime et cesse donc de constituer un groupe « intégré » au sens fiscal du terme, le déficit d'ensemble restant à reporter est acquis à la société mère. Et lorsque celle-ci entre dans un nouveau groupe bénéficiant de ce régime ou en forme un nouveau, elle ne peut en principe imputer le déficit de l'ancien groupe que sur ses seuls résultats propres, et non sur le résultat d'ensemble, car ce déficit a été réalisé avant l'entrée dans le nouveau groupe.
- 31 Des dérogations à cette règle sont prévues. Notamment, sous réserve du

respect de certaines conditions, le déficit correspondant à celui de la société mère de l'ancien groupe ou à celui des sociétés qui en faisaient partie et qui sont entrées dans le nouveau groupe peut s'imputer sur une base dite « élargie », composée des résultats réalisés par ces mêmes sociétés dans le nouveau groupe.

Il en est, par exemple, ainsi lorsque l'ancienne société mère a rejoint le groupe formé par la société qui a acquis 95 % au moins de son capital ou lorsque, dans certains cas, elle a rejoint le groupe formé par une société de son ancien groupe qui a opté pour en devenir la nouvelle société mère.

22 L'article 30 de la LF complète ce dispositif d'imputation sur une base « élargie » en permettant d'imputer sur cette base, au sein du nouveau groupe, la fraction du déficit d'ensemble de l'ancien groupe correspondant au déficit des sociétés membres de celui-ci qui ont été absorbées ou scindées au profit de sociétés de cet ancien groupe, avant sa cessation. La mesure s'applique à l'IS dû au titre des exercices clos à compter du 31 décembre 2020.

Plusieurs **conditions** doivent être respectées : la fusion-absorption ou la scission doit avoir été placée sous le régime fiscal de faveur ; la société absorbante ou bénéficiaire des apports doit être une filiale de l'ancien groupe et doit faire partie du nouveau groupe ou être la société mère de l'ancien groupe.

Enregistrement d'une copie d'un acte dématérialisé

La LF permet de soumettre à l'enregistrement les **copies d'actes sous signature privée** dont l'original est dématérialisé sans que cette copie ait à être contresignée par l'ensemble des signataires de l'acte original (art. 157, applicable aux actes présentés à l'enregistrement depuis le 1-1-2021).

Sont toutefois expressément exclues du bénéfice de cette mesure les promesses unilatérales de vente afférentes à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres de société immobilière de copropriété.

La copie de l'acte dématérialisé doit être déposée en deux exemplaires au service des impôts.

Gette mesure, attendue par la pratique, lève un obstacle au recours à la dématérialisation des procès-verbaux d'assemblée constatant une opération soumise à l'enregistrement (pour plus de détails, voir I. Prodhomme, « Tenue des registres et PV des organes sociaux par voie dématérialisée, le dernier obstacle levé » : BRDA 3/21 inf. 24).

Tenue des registres et PV des organes sociaux par voie dématérialisée : le dernier obstacle levé!

La signature et la conservation des procès-verbaux des décisions sociales par voie dématérialisée, bien que prévue par les textes dès 2019, ne pouvait que difficilement entrer dans les usages en raison de contraintes de nature fiscale. Ces contraintes viennent d'être levées par la loi de finances pour 2021, offrant ainsi de nouvelles perspectives qu'expose Me Prodhomme.

Quelles sont les contraintes réglementaires en matière de tenue des registres et de signature des procès-verbaux des décisions sociales ?

Isabelle Prodhomme: Jusqu'à la publication du décret 2019-1118 du 31 octobre 2019, les sociétés n'avaient pas d'autre choix: les procès-verbaux des décisions prises par les organes sociaux devaient être retranscrits de façon chronologique dans des registres papier.

Elles peuvent toujours recourir à ce procédé, mais la réglementation impose, pour la plupart des décisions sociales, que les procès-verbaux soient rédigés directement sur un registre spécial, coté et paraphé soit par un juge du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance (désormais remplacé par le tribunal judiciaire), soit par un maire ou un adjoint au maire de la commune du siège de la société.

Les textes autorisent également l'emploi de feuilles mobiles, qui doivent être numérotées sans discontinuité, paraphées dans les mêmes conditions que celles du registre et revêtues du sceau de l'autorité qui les a paraphées. En pratique, c'est la solution retenue par toutes les sociétés, à ma connaissance. Ces feuilles mobiles sont ensuite insérées dans un classeur. Ce sont les feuilles mobiles elles-mêmes, cotées et paraphées, sur lesquelles doivent être rédigés les procès-verbaux. En d'autres termes, les procès-verbaux rédigés sur des feuilles mobiles non cotées ni paraphées ne constituent pas des procès-verbaux de décisions sociales tant qu'ils ne sont pas reproduits sur des feuilles cotées et paraphées.

Il existait une **exception** notable, avant la modification réglementaire de 2019, à défaut de disposition impérative en la matière : les sociétés par actions simplifiées (SAS) pouvaient conserver sous forme électronique les procès-verbaux des déci-

sions des associés ou de l'associé unique, selon le cas, si les statuts le prévoyaient. De même, les délibérations du conseil de surveillance de société en commandite par actions (SCA) et celles du directoire de société anonyme (SA) doivent être, à peine de nullité, consignées dans des procès-verbaux. Toutefois, aucune disposition réglementaire ne précise la forme que doit revêtir le registre spécial des délibérations de ces organes sociaux. La signature électronique est reconnue par le droit français depuis la loi 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

En 2018, l'article R 225-106 du Code de commerce avait été modifié par le décret 2018-146 du 28 février 2018 afin de permettre que les procès-verbaux d'assemblée générale de SA exclusivement dématérialisée puissent être signés par signature électronique au moyen d'un procédé fiable d'identification de chacun de ses membres. Toutefois, la certification et la tenue dématérialisées des registres des procès-verbaux d'assemblée générale restaient impossibles en pratique car les articles R 225-22 (SA à conseil d'administration) et R 225-49 (SA à conseil de surveillance et directoire), auxquels renvoyait l'article R 225-106, n'avaient pas été modifiés par le décret 2018-146 et imposaient toujours l'établissement des procès-verbaux sur papier et la tenue d'un registre spécial coté et paraphé.

Depuis la publication du décret du 31 octobre 2019, la tenue dématérialisée des registres des sociétés et la signature électronique des procès-verbaux des décisions sociales sont autorisées.

Cette dématérialisation est-elle possible quelle que soit la forme sociale?

I. P.: Depuis le décret du 31 octobre 2019, les registres des sociétés commerciales et des sociétés civiles peuvent Avocat depuis 1998 et entrée chez CMS Francis Lefebvre Avocats en 2003, Isabelle Prodhomme intervient essentiellement en droit des sociétés et fusionsacquisitions



ISABELLE
PRODHOMME
Avocat counsel
CMS Francis
Lefebyre Avocats

être tenus de façon dématérialisée. Concrètement, sont visés :

- les procès-verbaux des assemblées et des consultations écrites des associés de société en nom collectif (SNC) et de société en commandite simple (SCS) ainsi que le registre sur lequel ils sont répertoriés;
- les procès-verbaux des assemblées et des consultations écrites des associés de SARL ou de l'associé unique d'EURL et le registre sur lequel ils sont établis, ainsi que, s'agissant des EURL, la mention des conventions réglementées portée sur ce même registre;
- le registre de présence des réunions du conseil d'administration et du conseil de surveillance de SA et de société européenne (SE) ainsi que les procès-verbaux des délibérations de ces organes et le registre sur lequel ils sont répertoriés;
- les procès-verbaux des assemblées générales de SA, de SCA et de SE, ainsi que le registre sur lequel ils sont retranscrits ;
- les procès-verbaux des assemblées d'obligataires, des assemblées spéciales de titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote et des assemblées de titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital dans les sociétés par actions;
- le registre des décisions collectives des associés de société civile ainsi que les procès-verbaux des assemblées et des

consultations écrites des associés qui y sont conservés et la mention des décisions des associés résultant d'un acte portée sur ce même registre.

On suppose que c'est uniquement par inadvertance que le décret a omis de mentionner la possibilité pour les SNC, SCS et SARL de conserver également les décisions des associés résultant d'un acte sur le registre sous forme électronique. Cette possibilité n'est prévue expressément que pour les sociétés civiles.

La possibilité pour les SAS de conserver sous forme électronique les procès-verbaux des décisions des associés ou de l'associé unique, selon le cas, et le registre répertoriant ces décisions n'est pas remise en question, le décret apportant simplement une précision s'agissant de la signature électronique et de la datation des procès-verbaux.

En revanche, le décret ne comporte aucune disposition concernant le registre de présence et les procès-verbaux des réunions du conseil de surveillance des SCA, pas plus qu'en ce qui concerne le registre des délibérations du directoire de SA. On peut supposer que les SCA et SA qui le souhaiteraient peuvent prévoir dans les statuts des modalités de tenue dématérialisée des procès-verbaux de ces organes sociaux, en l'absence de disposition réglementaire le prohibant.

A noter également, l'article L 238-4 du Code de commerce, applicable aux diverses sociétés commerciales, offre la possibilité à tout intéressé de demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au président des organes de direction et d'administration de transcrire les procès-verbaux de ces réunions « sur un registre spécial tenu au siège social ». On peut penser qu'un juge qui serait saisi d'une telle action alors que les procès-verbaux de ces organes sociaux seraient dématérialisés débouterait le demandeur même si le registre n'est pas disponible physiquement au siège social. Il serait néanmoins souhaitable que l'article L 238-4 soit modifié pour lever toute ambiguïté.

Quelles sont les conditions liées à la signature et à la datation des procès-verbaux dématérialisés ?

I. P.: La signature électronique des procès-verbaux des décisions sociales doit respecter les exigences relatives à une signature électronique avancée prévues par l'article 26 du règlement européen 910/2014 du 23 juillet 2014 (règlement dit « eIDAS »).

La signature électronique avancée doit ainsi:

- être liée au signataire de manière univoque;

- permettre d'identifier le signataire ;
- avoir été créée à l'aide de données de création de signature électronique que le signataire peut, avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif;
- être liée aux données associées à cette signature, de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

Ce niveau de signature électronique avancée est applicable à titre supplétif dans les SAS lorsque les statuts ne précisent pas les modalités de la signature électronique. Les statuts de SAS peuvent donc prévoir d'autres modalités de tenue du registre des décisions sociales et d'établissement des procès-verbaux sous forme électronique.

Par ailleurs, les documents dématérialisés doivent être datés de façon électronique au moyen d'un horodatage offrant toute garantie de preuve.

Enfin, la signature électronique implique l'utilisation de données à caractère personnel. Il est donc nécessaire d'engager certaines actions afin de garantir la conformité de ces traitements avec le règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016 (règlement dit « RGPD »).

Les sociétés ont-elles effectivement eu recours à la dématérialisation des registres et procès-verbaux?

I. P.: A ma connaissance non car il restait, jusqu'à fin 2020, un **obstacle de nature fiscale** pour que les sociétés puissent effectivement y avoir recours.

En effet, certaines opérations comme la prorogation, la transformation, la dissolution d'une société ou encore la réduction ou l'augmentation de son capital étaient, jusqu'en 2020, toutes assujetties obligatoirement à l'enregistrement (CGI art. 635, 1-5°).

Or, jusqu'à la loi de finances pour 2021 (Loi 2020-1721 du 29-12-2020), l'article 658 du CGI prévoyait que la formalité de l'enregistrement était donnée sur les originaux des actes sous signature privée qui y étaient soumis. L'écrit revêtait la qualité d'original dès lors qu'il était signé par les parties, un acte signé électroniquement réimprimé n'étant pas considéré comme un original... à moins que l'ensemble des signataires de l'acte original contresigne la copie.

Pendant la première période de confinement, au printemps dernier, certaines recettes des impôts ont accepté de retenir comme date de dépôt d'un procès-verbal la date à laquelle ce dernier leur était adressé par voie électronique dans l'attente de l'original. Mais cette flexibilité était temporaire. En 2019, une sénatrice a attiré l'attention du ministre de l'action et des comptes publics sur l'utilisation par l'administration de la signature électronique. Elle souhaitait connaître la position du ministre sur la possibilité d'enregistrer auprès de l'administration fiscale les actes signés électroniquement.

Pour mémoire, l'administration fiscale accepte les actes signés électroniquement pour les déclarations de revenus ou de TVA. Pour les entreprises contractant avec l'Etat, la facturation électronique est par ailleurs devenue obligatoire.

Néanmoins, la sénatrice relevait que, « de façon fort surprenante et à rebours de cet élan de modernisation, l'administration fiscale refuse toujours les actes soumis à droits d'enregistrement signés électroniquement. Ces droits [...] concernent un très grand nombre d'actes, à la fois notariés (comme les transferts de propriété immobilière ou les successions) et sous seing privé (comme les cessions de parts ou d'actions de sociétés, ou les cessions de fonds de commerce). Certains actes font l'objet d'une obligation d'enregistrement (cessions d'actions, de parts sociales ou de fonds de commerce) et d'autres peuvent être librement enregistrés pour leur donner date certaine et accroître leur force probante »

Le ministre a indiqué dans sa réponse que, « consciente de l'enjeu de la dématérialisation de l'enregistrement des déclarations et des actes, l'administration fiscale travaille depuis 2018 sur le projet e-enregistrement » (Rép. Renaud-Garabedian : Sén. 6-6-2019 n° 09344).

Première étape visant à mettre en œuvre cette réforme, l'article 150 de la loi de finances pour 2020 (Loi 2019-1479 du 28-12-2019) a confié au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les déclarations devant être souscrites par voie électronique ainsi que les impositions devant faire l'objet d'un paiement par voie électronique, au moyen d'un téléservice mis à disposition par l'administration depuis une plateforme dédiée. Le décret 2020-772 du 24 juin 2020 a précisé qu'en matière de droits d'enregistrement sont concernées par cette obligation les déclarations de dons manuels (CGI art. 635 A), de cessions de droits sociaux (CGI art. 639 et 640 A), de dons de sommes d'argent (CGI art. 790 G) et de succession (CGI art. 800).

Toutefois, rien n'avait été prévu en ce qui concerne les opérations constatées par des procès-verbaux présentés à la recette des impôts.

Une nouvelle étape décisive a été franchie avec la **loi de finances pour 2021**. On se souvient que, par la loi de finances pour 2019, le législateur avait rendu gratuit l'enregistrement de certains actes de la vie des sociétés à compter de 2019 (Loi 2018-1317 du 28-12-2018 art. 26). Et l'article 67 de la loi de finances pour 2021 a supprimé, à compter du 1^{er} janvier 2021, l'enregistrement obligatoire des actes constatant certaines modifications du capital social (amortissement ou réduction de capital, augmentations de capital en numéraire et par incorporation de bénéfices, de réserves ou de provisions et augmentations nettes

de capital de société à capital variable constatées à la clôture d'un exercice). Les actes constatant les autres augmentations de capital (par exemple, celles résultant d'une fusion ou d'un apport en nature) demeurent toutefois soumis à la formalité d'enregistrement. Néanmoins, l'article 157 de la loi de finances pour 2021 a modifié l'article 658 du CGI, lequel autorise désormais l'accomplissement de la formalité d'enregistrement sur une copie des actes sous signature privée signés électroniquement, à l'exception des

promesses unilatérales de vente mentionnées à l'article 1589-2 du Code civil. En d'autres termes, toutes les décisions sociales soumises à la formalité de l'enregistrement peuvent être réalisées en utilisant un procès-verbal dématérialisé. Ainsi, depuis quelques jours seulement, les sociétés peuvent effectivement opter pour la dématérialisation des procès-verbaux et des registres puisque le dernier obstacle à la généralisation de la numérisation des procès-verbaux vient d'être levé.

VEILLE **LÉGISLATIVE**

Projet ou proposition de loi	Assemblée nationale	Sénat	Evolution
Projet de loi AN nº 3733 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire (procédure accélérée)	Adopté (n° 542) Eventuellement, lecture CMP le 2-2-2021 Lecture définitive le 5-2-2021	Lecture le 27-1-2021 Eventuellement, lecture CMP le 4-2-2021	
Projet de loi AN n° 3236 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19	Lecture les 27 et 29-1-2021		
Proposition de loi AN (n° 2211) visant à définir et protéger le patrimoine sensoriel des cam- pagnes françaises	Adopté (n° 392)	Adopté (n° 47) : petite loi	

VEILLE FISCALE ET SOCIALE DE LA QUINZAINE

FISCAL

Covid-19: des précisions administratives sur l'exonération des aides versées aux entreprises

Deux dispositifs d'exonération des aides versées par le fonds de solidarité et par les caisses complémentaires des indépendants ont été récemment adoptés. L'administration apporte des précisions sur leur entrée en vigueur et leur champ d'application.

BOI-BNC-BASE-20-20 nos 571 à 576 du 30-12-2020 : FR 3/21 inf. 1

PEA et fonds de capital investissement : conséquences du Brexit

Depuis le 1er janvier 2021, le Royaume-Uni est un Etat tiers à l'Union européenne. Les titres britanniques devront progressivement sortir des PEA et de l'actif des fonds de capital-investissement.

Ord. 2020-1595 du 16-12-2020 ; Arrêté ECOT2034721A du 22-12-2020 : FR 3/21 inf. 7

Les immeubles par destination sont exclus de la prépondérance immobilière

Pour déterminer le droit de vente applicable à une cession de titres, la Cour de cassation juge que seuls les immeubles par nature doivent être pris en compte au numérateur du ratio de prépondérance immobilière de la société, à l'exclusion des immeubles par destination.

Cass. com. 2-12-2020 nº 18-25.559 FS-PR: FR 4/21 inf. 4

L'examen de conformité fiscale est lancé

L'examen de conformité fiscale annoncé dans le cadre de la « relation de confiance » vient de voir le jour. Il permet à une entreprise de faire certifier certains sujets fiscaux par un professionnel suivant une procédure normalisée.

Décret 2021-25 du 13-1-2021 : FR 5/21 inf. 2

SOCIAL

L'Etat prendra en charge 10 jours de congés payés pris en janvier dans les secteurs les plus touchés

Une aide exceptionnelle de l'Etat au titre des congés payés pris entre le 1^{er} et le 20 janvier 2021 est mise en place au profit des entreprises fortement impactées par les fermetures administratives et restrictions de déplacement induites par la crise sanitaire.

Décret 2020-1787 du 30-12-2020 : JO 31 : FR 3/21 inf. 15



VOTRE REVUE EST DISPONIBLE EN VERSION NUMÉRIQUE

LA REVUE FEUILLETABLE EN LIGNE

L'E-NEWSLETTER

L' APPLICATION







Rendez-vous

Kendez-vous sur votre boîte e-mail et sur votre Espace Abonnés L'application LEFEBVRE MOBILE sur l'App Store et Google Play

© Éditions Francis Lefebvre 2021 Reproduction, même partielle, interdite sans autorisation

ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE

42, rue de Villiers, 92532 Levallois-Perret Cedex – Tél. : 01 41 05 22 00 Email : serviceclients@efl.fr – Internet http://www.efl.fr

SAS au capital de 241 608 € CPPAP n° 0922 T 82116

Impression : Imprimerie Chirat - 744 rue de Sainte Colombe - 42540 Saint Just la Pendue

Dépôt légal – 1er trimestre 2021

Bimensuel – 46° année – ISSN 0395-451X

Abonnement 2021 revue + services numériques : 223,60 € Prix de ce numéro : 33,69 € - Boîte reliure : 25,53 € Origine du papier : Suède ; sans fibres recyclées ; Ptot : 30 g/t



Principal associé: Editions Lefebvre Sarrut

Président et Directeur de la publication : Renaud Lefebvre

Responsable de la publication : M.-A. Massiot

Rédacteurs: Q. Abel, S. Beauvais, S. Claude-Fendt, V. Darbon, B. Joret, G. Leduc, D. Loyer-Bouez, V. Oblin, L. Paudrat, C. Quiney, C. Ribreau, F. Siac, M. Vandevelde, V. Vélin, A. Wurtz

Assistantes d'édition : K. Gaspais-Mue et M. Picchiarini



NOUVELLE ÉDITION

MÉMENTO CONCURRENCE **CONSOMMATION 2021**

Défendez-vous fermement et agissez prudemment!







Ce Mémento vous donne les armes pour vous défendre contre vos concurrents, mais aussi pour promouvoir votre activité en respectant la loi :

- > concurrence : vos droits face à vos concurrents et les limites à ne pas franchir
- > publicité et promotion des ventes : affichage publicitaire, pratiques commerciales trompeuses, primes, loteries, ventes jumelées, ventes avec réductions de prix, soldes...
- > protection des consommateurs : contrat avec un consommateur, crédit à la consommation et immobilier, démarchage, vente à distance, pratiques commerciales déloyales, conformité et sécurité des produits et services...
- > protection des données personnelles





COMMANDEZ-LE DÈS AUJOURD'HUI

O1 41 O5 22 22 du lundi au vendredi de 9h à 18h

ou sur notre site www.efl.fr

Vendu également en librairie

BULLETIN RAPIDE DROIT DES AFFAIRES

Réalisez votre veille tous les 15 jours grâce à une sélection de l'actualité juridique,

commentée et enrichie d'articles signés de praticiens



Pour chaque information, bénéficiez :

D'un résumé
D'un emise en avant des points importants
D'un commentaire de la rédaction
Des exemples, des tableaux et synthèses
Toutes les références aux sources

Accédez à la revue gratuitement dès maintenant!