
UE 211 → **GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE**

Année 2013-2014

Ce fascicule comprend :
La série 3

Le devoir 4 à envoyer à la correction
Le devoir 5 à envoyer à la correction

LA TERRITORIALITÉ DE L'IS ET DE LA TVA LE FINANCEMENT DE L'ENTREPRISE DE L'ENTREPRISE AU GROUPE

En collaboration avec
le Centre National
d'Enseignement à Distance
Institut de Lyon

CNED

Tahar MABROUK
Sophie SABATHIER
Jacques VERNET
Haiying WANG-FOUCHER

W2111-F3/4

Les auteurs :

Tahar MABROUK : Conseiller juridique et financier à l'ADIL de Paris.

Sophie SABATHIER : Maître de conférences en droit à l'Université Toulouse I.

Jacques VERNET : Inspecteur des impôts, chargé de cours au Cnam.

Haiying WANG-FOUCHER : Maître de conférences en droit privé au Cnam.

⟨... *www.cnamintec.fr* ...⟩

L'ensemble des contenus (textes, images, données, dessins, graphiques, etc.) de ce fascicule est la propriété exclusive de l'INTEC-CNAM.

En vertu de l'art. L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, la reproduction ou représentation intégrale ou partielle de ces contenus, sans autorisation expresse et préalable de l'INTEC-CNAM, est illicite. Le Code de la propriété intellectuelle n'autorise que « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (art. L. 122-5).

⟨... **O**BJECTIFS ...⟩

L'entreprise sociétaire, pour assurer son financement, a parfois besoin d'augmenter son capital. Mais, dans d'autres cas, pour diverses raisons, dont celles liées à des pertes, elle réduira son capital.

Au fil des années, des groupes de sociétés se sont constitués. Le groupe en lui-même n'a pas de personnalité morale, mais chaque société de ce groupe est une entité qui a sa propre personnalité morale. Or, le législateur, notamment en droit des sociétés, en droit social et en droit fiscal, régit certains aspects inhérents à l'existence des groupes de sociétés. Il est intervenu également dans le cadre de restructurations, lors de fusions, scissions et apports partiels d'actifs.



TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 6. LA TERRITORIALITÉ DE L'IS ET DE LA TVA 9

TITRE 1. LA TERRITORIALITÉ DE L'IR ET DE L'IS 9

Chapitre 1. La territorialité de l'IR 9

Section 1. Les personnes ayant leur domicile en France 9

Section 2. Les personnes n'ayant pas leur domicile en France 10

Chapitre 2. La territorialité de l'IS 10

Section 1. Le principe de territorialité en droit français 10

Section 2. Les dérogations ou atténuations au principe de territorialité 13

TITRE 2. LA TERRITORIALITÉ DE LA TVA 20

Chapitre 1. La détermination des territoires 20

Section 1. Le territoire français 20

Section 2. Le territoire de l'Union européenne (UE) 21

Section 3. Les territoires exclus de l'UE et les pays tiers 21

Chapitre 2. Les opérations portant sur des biens 21

Section 1. Les exportations et importations de biens 21

Section 2. Les échanges intracommunautaires de biens 24

Chapitre 3. Les prestations de services transfrontalières 31

Section 1. Les principes généraux 31

Section 2. Les dérogations aux règles générales 33

Section 3. La territorialité des prestations de services dans le cadre de relations avec les départements d'outre-mer (DOM) 42

Section 4. Les transports internationaux et la TVA 42

Chapitre 4. Les entreprises étrangères 43

Section 1. Les entreprises étrangères ayant en France le siège de leur activité 43

Section 2. Les entreprises étrangères n'ayant pas en France le siège de leur activité 43

PARTIE 7. LE FINANCEMENT DE L'ENTREPRISE 49

TITRE 1. LE RECOURS À DES INVESTISSEURS IDENTIFIÉS 49

Chapitre 1. Le financement par apport en capital social 49

Section 1. Les opérations sur le capital social 49

Section 2. Les pactes d'actionnaires 60

Chapitre 2. Le financement par l'emprunt non bancaire.....	67
Section 1. Le financement par compte courant d'associé.....	67
Section 2. L'emprunt obligataire.....	72
Chapitre 3. Le financement bancaire	75
Section 1. Les règles communes aux opérations de crédit	75
Section 2. Les crédits avec mobilisation des créances.....	80
Section 3. Les crédits sans mobilisation des créances.....	88
Section 4. Les garanties du crédit	93
TITRE 2. LE RECOURS À DES INVESTISSEURS ANONYMES.....	104
Chapitre 1. Les modalités du recours à des investisseurs anonymes.....	104
Section 1. L'offre au public de titres financiers.....	104
Section 2. L'accès aux marchés.....	107
Chapitre 2. Le contrôle exercé par l'AMF	109
Section 1. La présentation et l'organisation de l'AMF	109
Section 2. Les pouvoirs et moyens juridiques d'intervention de l'AMF	110
PARTIE 8. DE L'ENTREPRISE AU GROUPE	115
TITRE 1. LES IMPLICATIONS JURIDIQUES, FISCALES ET SOCIALES DE L'EXISTENCE D'UN GROUPE.....	117
Chapitre 1. Le droit des sociétés applicable aux prises de participations et à la détention de participations dans le capital d'autres sociétés ou groupements.....	117
Section 1. Les modalités de détention de participations dans le capital d'autres sociétés ou groupements.....	117
Section 2. Le régime des prises de participation et leurs conséquences juridiques	120
Chapitre 2. Les régimes fiscaux du groupe.....	124
Section 1. Le régime des sociétés mères et filiales.....	124
Section 2. Le régime de l'intégration fiscale.....	125
Section 3. Les intérêts des prêts entre entreprises liées (art. 212, CGI).....	144
Section 4. Le groupe TVA	148
Chapitre 3. Le droit du travail appliqué aux groupes de sociétés.....	148
Section 1. La représentation des salariés au sein du groupe.....	148
Section 2. La négociation collective au sein du groupe	150
Section 3. La relation individuelle de travail au sein du groupe	152
Chapitre 4. Les règles juridiques, fiscales et sociales des GIE, GEIE, location-gérance et contrats d'intérêts communs	155
Section 1. Les régimes juridique et fiscal du GIE	155
Section 2. Les régimes juridique et fiscal du GEIE.....	158

Section 3. La location-gérance de fonds de commerce, artisanal ou industriel.....	159
Section 4. Le contrat ou mandat d'intérêts communs	164

TITRE 2. LA RESTRUCTURATION DE L'ENTREPRISE 165

Chapitre 1. Le régime juridique, fiscal et social des opérations de fusion de sociétés.....165

Section 1. Le régime juridique des opérations de fusion	165
Section 2. Le régime fiscal des opérations de fusion.....	175
Section 3. Le régime social des opérations de fusion.....	184

Chapitre 2. Le régime juridique, fiscal et social des scissions de sociétés ...185

Section 1. Le régime juridique des opérations de scission de sociétés.....	185
Section 2. Le régime fiscal des opérations de scission de sociétés	186
Section 3. Le régime social des opérations de scission de sociétés	188

Chapitre 3. Le régime juridique, fiscal et social des apports partiels d'actif.188

Section 1. Le régime juridique des opérations d'apport partiel d'actif	188
Section 2. Le régime fiscal des opérations d'apport partiel d'actif	189
Section 3. Le régime social des opérations d'apport partiel d'actif.....	192

Chapitre 4. Le régime juridique, fiscal et social des opérations de TUP.....192

Section 1. Le régime juridique des opérations de TUP	192
Section 2. Le régime fiscal des opérations de TUP	194
Section 3. Le régime social des opérations de TUP	194

EXERCICES AUTOCORRIGÉS 197

INDEX 201

DEVOIR 4 203

DEVOIR 5 207

LA TERRITORIALITÉ DE L'IS ET DE LA TVA

Partie rédigée par Jacques VERNET et Haiying WANG-FOUCHER

Parler de territorialité, c'est fixer dans quel pays les revenus ou les opérations sont imposables. Il convient d'identifier en priorité la nature de l'imposition concernée et ensuite d'appliquer les règles de territorialité qui lui sont propres :

- En matière d'impôt sur le revenu (**IR**), les revenus sont imposés, en principe, au lieu de résidence fiscale, indépendamment de leur source de perception alors qu'en matière d'impôt sur les sociétés (**IS**), les revenus sont taxés, en principe, dans l'État de réalisation dès lors que l'entreprise y dispose d'une structure permanente. Ces règles de territorialité peuvent être affectées par les stipulations des conventions fiscales qui visent essentiellement à éviter des doubles impositions (titre 1).
- En matière de **TVA**, les conventions fiscales sont en principe inopérantes, et, sous couvert de la législation communautaire, seule la réunion de plusieurs éléments (localisation du preneur ou du prestataire, qualité d'assujetti identifié, etc.) détermine si l'opération est taxable ou non en France (titre 2).

TITRE 1. LA TERRITORIALITÉ DE L'IR ET DE L'IS

CHAPITRE 1. LA TERRITORIALITÉ DE L'IR

Le principe est l'obligation fiscale illimitée pour les personnes fiscalement domiciliées en France. Ainsi :

- si l'intéressé a sa résidence fiscale en France, il est en principe imposable en France sur l'ensemble de ses revenus, de source française ou étrangère (section 1) ;
- lorsque l'intéressé est domicilié fiscalement hors de France, il n'est en principe imposable en France qu'à raison de ses revenus de source française, sous réserve de l'application des conventions fiscales qui peuvent retirer à la France son droit d'imposer (section 2).

SECTION 1. LES PERSONNES AYANT LEUR DOMICILE EN FRANCE

Les personnes ayant leur domicile fiscal en France sont imposables en France (I) sauf dérogations particulières (II).

I. LE PRINCIPE D'IMPOSITION AU LIEU DE RÉSIDENCE FISCALE

Quelle soit leur nationalité, les personnes physiques qui ont leur domicile fiscal en France ont une obligation fiscale en principe « *illimitée* » : les personnes dont le domicile fiscal est situé en France (métropole ou DOM) sont passibles de l'IR français en raison de l'intégralité de leurs revenus de toute origine.

Les personnes ayant leur domicile fiscal dans un État membre de l'UE mais tirant l'essentiel de leurs revenus de la France peuvent demander, sous certaines conditions, à être imposées comme des personnes fiscalement domiciliées en France.

II. LES DÉROGATIONS À CE PRINCIPE

Le principe d'imposition à l'IR au lieu de résidence fiscale peut cependant comporter des dérogations résultant des conventions internationales relatives aux doubles impositions. Ainsi, lorsqu'une personne est considérée pour l'application d'une convention comme « *résidente* » de l'autre État, elle ne peut pas être regardée comme fiscalement domiciliée en France, même si elle répond aux critères de résidence fiscale.

Par ailleurs, les mécanismes d'élimination de la double imposition n'empêchent pas la prise en compte en France du revenu déjà taxé à l'étranger. Ainsi, :

- le revenu déjà taxé à l'étranger peut se trouver à être imposé en France, l'impôt étranger étant alors déduit de l'impôt français (mécanisme de l'imputation « *impôt sur impôt* ») ;
- le revenu étranger non imposable en France est additionné aux revenus français pour déterminer un taux d'imposition global à l'IR (tranche d'imposition calculée à partir du quotient familial), taux d'imposition qui ne sera appliqué qu'au seul revenu taxable en France (mécanisme du « *taux effectif* »).

SECTION 2. LES PERSONNES N'AYANT PAS LEUR DOMICILE EN FRANCE

Les personnes n'ayant pas leur domicile fiscal en France ont une obligation fiscale « *restreinte* » : elles sont susceptibles d'être soumises à l'impôt français :

- soit, à raison de leurs revenus de source française lorsqu'ils ne disposent pas d'habitation en France ;
- soit, si ces revenus sont inexistantes ou moins élevés, et sous réserve d'importantes exceptions, sur une base forfaitaire égale à trois fois la valeur locative de la (ou des) habitation(s) possédée(s) en France.

REMARQUE

En principe, le contribuable qui quitte le territoire français est imposable immédiatement. Le régime de l'« *exit tax* » vient compléter ce dispositif.

CHAPITRE 2. LA TERRITORIALITÉ DE L'IS

Le système français est distinct du « *système mondial* » d'après lequel les résultats des succursales et établissements étrangers sont tous repris au siège, sous déduction des impôts payés localement. Le droit français retient un principe strict de territorialité (section 1) sauf dérogations ou atténuations (section 2).

SECTION 1. LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ EN DROIT FRANÇAIS

En principe, l'IS français frappe les bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France (I), ce qui peut conduire la société à ventiler ses bénéfices en conséquence (II).

I. LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

A. LE PRINCIPE

L'IS français frappe les **bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France** (métropole et DOM)¹, les revenus des immeubles possédés en France ainsi que ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions (art. 209, I, 1^{er} al, CGI). Ce principe entraîne les conséquences suivantes :

- les sociétés étrangères sont, quelle que soit leur nationalité, imposables à l'IS français à raison des profits tirés de leurs entreprises exploitées en France ;
- les bénéfices réalisés par une société française dans des entreprises exploitées à l'étranger ne sont pas soumis à l'IS français, même si la comptabilité de ces exploitations est centralisée en France.

Il importe de souligner que l'extra-territorialité fiscale des résultats des entreprises exploitées hors de France ne se limite pas aux profits ; elle joue également à l'égard des charges et des pertes. Ainsi, une société française n'est pas autorisée, en principe, à retrancher de ses résultats imposables en France les déficits d'une exploitation à l'étranger. De même, par symétrie fiscale, les charges (amortissements, provisions, moins-values) engagées pour le compte d'une société étrangère ne sont pas déductibles des résultats français.

EXEMPLE

Ne sont pas déductibles des résultats imposables en France d'une société française :

- la fraction des frais généraux du siège qui se rapporte à un établissement situé hors de France, calculée en fonction du rapport existant entre le chiffre d'affaires de cet établissement et le chiffre d'affaires total de la société, à défaut de circonstances justifiant un autre mode de calcul (CE, 16 fév. 1983, n° 28383) ;
- la part des frais financiers supportés pour l'acquisition du siège social correspondant à l'utilisation que font du siège des succursales étrangères (CE, 7 oct. 1988, n° 45857) ;
- les pertes de change et une provision pour charges se rapportant au remboursement d'un emprunt contracté dans un pays où la société possède un établissement stable, dès lors qu'il n'est pas établi que les sommes empruntées aient été affectées aux activités exercées en France (CE, 18 mars 1985, n° 38036).

En revanche, une société française peut déduire de ses résultats imposables en France les pertes subies ou régulièrement provisionnées résultant des aides apportées à sa succursale étrangère dans le cadre de relations commerciales favorisant le maintien ou le développement de l'activité de la société en France (CE, 16 mai 2003, n° 222956).

B. LA DÉFINITION DE L'ENTREPRISE EXPLOITÉE EN FRANCE (OU HORS DE FRANCE)

Cette notion n'étant pas définie par la loi, il convient de se référer à la jurisprudence.

L'analyse de la jurisprudence fait apparaître trois critères distincts non cumulatifs qui, dans le cas d'une société française, sont susceptibles de caractériser l'exercice d'une activité commerciale habituelle à l'étranger, non imposable en France :

- l'activité commerciale est réalisée à l'étranger par un **établissement autonome**, c'est-à-dire d'une installation possédant un caractère de permanence et une **autonomie propre** (usine, succursale, comptoir de vente...) ;

1. En revanche, les territoires d'outre-mer/TOM, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon sont considérés comme des territoires étrangers, de même que la principauté de Monaco. **Cette définition n'est pas transposable en matière de TVA.**

- la présence à l'étranger de représentants dépendants, c'est-à-dire n'ayant pas de personnalité professionnelle distincte de celle de l'entreprise, véritables préposés exerçant une activité commerciale pour le compte de l'entreprise ;
- les opérations réalisées à l'étranger forment un **cycle commercial complet** se détachant des autres opérations de l'entreprise.

Les mêmes critères sont utilisés pour déterminer dans quelles hypothèses les entreprises étrangères doivent être imposées en France.

REMARQUES

Remarque n° 1 : Représentant dépendant

Deux catégories de représentants doivent être distinguées :

- Le **représentant dépendant** : une entreprise française est réputée exercer personnellement une activité habituelle à l'étranger lorsque les opérations caractérisant cette activité sont réalisées pour son compte par ses préposés (le critère est de pouvoir engager la société par sa signature). Le représentant est censé avoir créé un établissement de l'entreprise à l'étranger ; les résultats ne sont pas imposables en France, mais localement, c'est-à-dire à l'étranger.
- Le **représentant indépendant** : lorsqu'une entreprise française exerce une activité à l'étranger par l'intermédiaire d'un représentant indépendant (commissionnaire, courtier et autre intermédiaire à statut indépendant et distinct de l'entreprise française), ce dernier est imposé localement sur sa rémunération alors que le montant net de l'opération, après déduction des charges, est imposable à l'IS en France.

Remarque n° 2 : Opérations formant un cycle commercial complet détachable

Deux situations doivent être examinées :

- si l'entreprise française réalise un **cycle commercial complet** à l'étranger (achat-revente de marchandises par exemple) **détachable** d'opérations réalisées en France, les résultats ne sont pas imposables en France ;
- si l'entreprise française effectue à l'étranger un **cycle commercial incomplet** (c'est-à-dire que l'opération n'est pas détachable par sa nature ou son mode d'exécution de celles réalisées en France), les résultats sont imposables en France.

Par exemple, est imposable en France une entreprise étrangère qui recueille des ordres d'annonces publicitaires émanant de clients français et destinés à être diffusés en France par radio à des auditeurs français (CE, 13 juil. 1968, n° 66503).

Doivent être considérés comme « **non détachables** » des opérations réalisées en France, et donc imposables en France, les produits de concession de brevets, de placements financiers à l'étranger, d'immeubles qui ne sont pas affectés à une activité commerciale habituelle. Il en serait différemment si ces produits pouvaient être rattachés à un établissement étranger.

Dans le cas des **usines clés en mains**, les profits sur études sont imposables en France, alors que ceux provenant des travaux sur le site ne le sont pas (CE, 11 juil. 1991, n° 57391).

Remarque n° 3 : Autres cas d'imposition en France des entreprises étrangères

Indépendamment des trois situations indiquées ci-dessus, les entreprises étrangères peuvent être imposables en France à raison :

- des produits immobiliers réalisés en France ;
- des produits mobiliers ou financiers qu'elles réalisent en France (sauf si ces produits sont déjà déclarés dans les résultats d'une structure française) ;
- des rémunérations des services qu'elles rendent en France y compris les produits de la propriété intellectuelle (art. 182 A bis et 182 B, CGI) dès lors qu'elles n'ont pas de structure stable en France ;
- des quotes-parts des sociétés de personnes françaises dont elles sont membres (art. 218 bis, CGI ; CE, 11 juil. 2011, n° 317024).

II. LA VENTILATION DES BÉNÉFICES

Lorsqu'une entreprise exerce son activité tant en France qu'à l'étranger, une **ventilation doit être opérée** afin de ne taxer en France que la part de bénéfice correspondant à l'entreprise exploitée en France. La ventilation des résultats ne soulève pas de difficultés lorsque chaque exploitation a sa propre comptabilité ou lorsque la comptabilité générale de l'entreprise permet d'isoler les produits et les charges correspondant à chaque implantation. Si ce n'est pas le cas, deux méthodes peuvent être retenues :

- une méthode de **répartition proportionnelle**, utilisée le plus souvent pour répartir des frais communs entre le siège français et les établissements étrangers (ou l'inverse) en fonction de leurs chiffres d'affaires respectifs ;
- une méthode de **répartition par comparaison**, qui consiste à comparer l'exploitation étrangère à des entreprises similaires pour tirer de cette comparaison un pourcentage moyen de bénéfice, en fonction du chiffre d'affaires, valable pour cette exploitation.

SECTION 2. LES DÉROGATIONS OU ATTÉNUATIONS AU PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ

I. LES RÈGLES CONVENTIONNELLES

A. LA RÉFÉRENCE À LA NOTION D'« ÉTABLISSEMENT STABLE »

Les conventions internationales signées par la France retiennent la notion d'« *établissement stable* » comme critère de rattachement territorial des bénéfices. Par conséquent :

- les entreprises étrangères sont imposables en France sur les bénéfices provenant d'opérations effectuées dans des établissements stables situés en France ;
- les entreprises françaises ne sont pas imposables en France sur les bénéfices provenant d'opérations effectuées dans des établissements stables situés dans le pays étranger.

Par « *établissement stable* », il faut entendre une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité. Ainsi, constituent **notamment un établissement stable**, un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier, une mine, un puits de pétrole. Un chantier de construction ou de montage ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse 12 mois.

En revanche, une entreprise n'est pas considérée comme ayant un établissement stable dans un État contractant si elle y exerce son activité par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire (CE, 31 mars 2010, n° 304715) ou d'un agent non dépendant.

B. LES CONSÉQUENCES DE L'EXISTENCE D'UN ÉTABLISSEMENT STABLE

1. Le principe

Les principes habituellement applicables sont les suivants :

- les **bénéfices d'un établissement stable** sont imposés dans l'État où l'établissement stable est situé, cette imposition étant calculée conformément à la législation de cet État ;
- les **bénéfices non rattachés à un établissement stable** sont imposés dans l'État de résidence de la personne morale.

Cependant, certaines conventions fiscales (dans la convention franco-turque par exemple) font appliquer le **principe de « force attractive »** qui tend à rattacher artificiellement à l'établissement stable tous les revenus qui ont leur source dans le pays où il est situé.

Comme pour les dispositions applicables en droit français, les résultats d'exploitation de l'établissement stable sont déterminés en procédant comme si cet établissement était une entreprise indépendante, traitant avec le siège dans des conditions de pleine concurrence. L'établissement stable peut déduire de ses résultats non seulement les dépenses engagées aux fins de son

exploitation qui seraient normalement supportées par une entreprise indépendante, mais également une quote-part des dépenses de direction et des frais généraux de siège de l'entreprise, pour tenir compte des charges exposées par le siège dans l'intérêt de l'établissement stable situé dans l'autre État.

2. Les exceptions au principe

Les **conventions fiscales internationales** définissent le régime fiscal de certaines catégories de revenus indépendamment de la qualité du bénéficiaire (particulier ou entreprise). Ainsi, les **revenus immobiliers** et les **gains tirés de l'aliénation des immeubles** sont généralement imposés au lieu de situation des immeubles.

Quant aux **revenus dits « passifs »** (intérêts, dividendes et redevances notamment de la propriété intellectuelle et industrielle), le droit d'imposer est en principe partagé entre la France et le pays de résidence du bénéficiaire. Le plus souvent, les revenus sont soumis dans l'État de la source à un prélèvement fiscal (retenue à la source), à un taux fixé ou plafonné par la convention ; l'État de la résidence impose une seconde fois le revenu (dans les conditions prévues par sa législation). La double imposition est éliminée par l'octroi d'un crédit d'impôt.

En outre, de nombreuses conventions comportent des dispositions particulières pour les **entreprises de navigation aérienne ou maritime**.

Enfin, la qualification d'un **État ou territoire de « non coopératif »** emporte des conséquences fiscales plus lourdes.

3. Les crédits d'impôts étrangers

Les entreprises installées en France qui perçoivent des revenus étrangers, déjà soumis à l'impôt dans le pays de source des revenus, peuvent bénéficier d'un **crédit d'impôt** égal à l'imposition appliquée à l'étranger (généralement limité à l'impôt français afférent à ces revenus), si une convention fiscale conclue entre la France et le pays de source le prévoit.

L'utilisation des crédits d'impôts n'est pas libre, c'est-à-dire que les crédits d'impôts étrangers doivent être utilisés en paiement de l'impôt dans la base duquel les revenus ayant donné lieu à crédit d'impôt sont compris, ils ne sont pas reportables. Ainsi, dans l'hypothèse où ils ne peuvent pas être utilisés, par exemple lorsque la société française est déficitaire, ils sont perdus.

Les conventions fiscales peuvent par ailleurs prévoir un mécanisme alternatif d'imputation de revenu plutôt que d'impôt.

REMARQUE

Impossibilité d'imputer des crédits d'impôt étrangers sur l'IS au taux réduit

Les crédits d'impôt d'origine étrangère afférents à des produits d'actions ou d'obligations ne sont imputables que sur l'IS au taux normal auquel sont assujettis ces revenus et non sur l'IS au taux réduit (CE, 29 oct. 2012, n° 337253).

II. D'AUTRES EXCEPTIONS

Les exceptions au principe de territorialité du droit français ont pour justification l'amélioration de la compétitivité des entreprises françaises (A), l'encouragement au développement des groupes multinationaux en France (B), la lutte contre la fraude ou l'évasion fiscales (C).

A. LES DÉROGATIONS MOTIVÉES PAR LE SOUCI D'AMÉLIORER LA SITUATION FISCALE DE L'ENTREPRISE

1. Les provisions pour risques

Une société dont les résultats sont imposables en France est susceptible de constituer des **provisions pour risques**, d'une part, à raison des créances qu'elle détient sur une filiale étrangère ou des prêts qu'elle lui a consentis, lorsque l'irrécouvrabilité des sommes correspondantes apparaît probable et, d'autre part, à raison des engagements qu'elle a pris en garantie des emprunts et dettes de cette même filiale à condition que ces engagements aient constitué des opérations de gestion normale et s'il apparaît probable qu'ils devront être exécutés (CE, 16 mai 2003, n° 222956).

En outre, une provision en vue de faire face à une perte ou une charge n'est déductible que lorsque la charge ou la perte qu'elle anticipe est elle-même déductible. Le Conseil d'État a récemment eu à connaître du cas d'une société française qui détenait une participation substantielle dans une filiale canadienne. La convention fiscale franco-canadienne, dans sa rédaction applicable à l'époque, privait la France de son pouvoir d'imposer un gain susceptible d'être réalisé lors de la cession d'une participation substantielle dans une filiale canadienne. De ce fait, pour le Conseil d'État, une moins-value relative à une telle cession n'était pas déductible en France et en conséquence, une provision anticipant une telle moins-value ne pouvait pas être prise en compte pour la détermination de l'assiette de l'IS français (CE, 12 juin 2013, n° 351702).

2. Les abandons de créance à caractère commercial

L'**abandon de créance à caractère commercial**² consenti par une société à une filiale étrangère est déductible si la société créancière apporte la preuve d'une contrepartie suffisante et si les conditions de déduction sont réunies (art. 39, 13, CGI ; CE, 11 avr. 2008, n° 281033).

3. La déduction temporaire des déficits subis à l'étranger par certaines PME

a. Le champ d'application

Les bénéficiaires sont des PME. Pour bénéficier de ce régime, les PME doivent employer moins de 2 000 salariés (estimé, le cas échéant, au niveau du groupe) et disposer d'un capital détenu (directement ou indirectement) à moins de 25 % par des entreprises ne répondant pas à ces conditions de seuil d'emplois. Ces PME doivent être soumises à l'IS dans les conditions de droit commun.

Les filiales ou succursales doivent être détenues, directement et de manière continue, à au moins 95 % du capital et être soumises à un impôt équivalent à l'IS dans un État de l'UE ou dans un État ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en matière d'échange de renseignements et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

b. Le régime

Ces PME sont autorisées à déduire de leur résultat imposable d'un exercice, les **déficits subis par leurs succursales ou filiales étrangères** au cours du même exercice (art. 209 C, CGI).

La **déduction n'est que provisoire**. Les déficits déduits du résultat sont rapportés au résultat imposable des exercices suivants de la PME, au fur et à mesure des résultats bénéficiaires ultérieurs de la succursale ou de la filiale, et au plus tard au résultat imposable du 5^e exercice suivant celui de leur déduction.

2. Pour les exercices arrêtés à compter du 4 juillet 2012, les abandons de créance à caractère financier ne sont plus fiscalement déductibles. Seules sont désormais déductibles les aides à caractère commercial et les aides consenties à des entreprises soumises à une procédure collective.

B. LES RÉGIMES SPÉCIAUX

1. Les quartiers généraux et centres de logistique

Un régime fiscal particulier s'applique :

- pour les **quartiers généraux** des sociétés multinationales installées en France, qui sont chargés de diriger, gérer, coordonner les activités du groupe dans un secteur géographique déterminé ;
- pour les **centres de logistique** qui exercent, au seul profit du groupe multinational dont ils dépendent, des fonctions de stockage, de conditionnement, d'étiquetage ou de distribution de produits.

Quelle que soit leur forme (société, simple établissement...), les quartiers généraux et les centres de logistique peuvent, avec l'accord préalable de l'administration, déterminer leurs bénéfices imposables à partir d'une marge bénéficiaire calculée en appliquant un pourcentage donné au montant de leurs charges d'exploitation courantes (ce pourcentage fixé pour une période de 3 à 5 ans est susceptible d'être modifié avant l'expiration de ce délai en cas de modification des conditions d'exploitation).

2. Les centres de coordination de recherche et de développement

Les **centres de coordination de recherche et de développement** sont des sociétés françaises ou étrangères soumises à l'IS qui réalisent au profit des membres du groupe économique auquel elles appartiennent des prestations de recherche non susceptibles d'être commercialisées auprès de tiers.

Ils bénéficient d'un régime d'imposition spécifique : le bénéfice imposable propre à ces opérations est déterminé forfaitairement par application de la méthode du prix de revient majoré ou de toute autre méthode pertinente.

Une même structure peut bénéficier simultanément des deux régimes cités ci-dessus.

C. LES DÉROGATIONS MOTIVÉES PAR LE SOUCI DE LIMITER LA FRAUDE ET L'ÉVASION FISCALES INTERNATIONALES

1. La lutte contre l'évasion fiscale (art. 209 B, CGI)

a. Le champ d'application

▮▮▮ Les opérations concernées

La personne morale française entre dans le champ d'application de l'article 209 B si elle exploite une entreprise hors de France ou détient, directement ou indirectement, plus de 50 % des actions, parts, droits de vote ou droits financiers de l'entité établie hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié³. Le seuil de détention est ramené à 5 % lorsque plus de 50 % des parts ou droits de vote de l'entité étrangère sont détenus par des entreprises agissant de concert, ou des entreprises agissant par l'intermédiaire d'entreprises dépendantes.

▮▮▮ Les opérations exclues

L'article 209 B n'est pas applicable **si l'entreprise ou l'entité étrangère est établie dans un État de l'UE et** qu'il est prouvé que son exploitation ou sa détention n'est pas constitutive d'un **montage artificiel** dont le but serait de contourner la législation fiscale française.

Dans l'hypothèse où l'entreprise ou l'entité étrangère est établie dans un État tiers à l'UE, pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2012, le dispositif ne s'applique pas uniquement si l'entreprise française établit que les opérations de la structure étrangère contrôlée ont principalement un effet et un objet autres que de permettre la localisation de bénéfices dans un État ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié. Cette condition est réputée remplie notamment lorsque la structure a principalement une activité industrielle ou commerciale effective exercée sur le territoire de son établissement ou de son siège.

3. Pour la définition des États appliquant un régime fiscal privilégié (art. 238 A, CGI), voir ci-après.

b. Le régime fiscal

L'article 209 B du CGI a pour objet de dissuader les personnes morales passibles de l'IS en France de localiser une partie de leurs bénéfices dans des entreprises ou des entités (personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable) établies dans un État où elles sont soumises à un régime fiscal privilégié.

Cet article prévoit que la personne morale établie en France est imposable à l'IS en France à raison :

- des **bénéfices ou revenus positifs** d'un établissement stable établi hors de France et bénéficiant d'un régime fiscal privilégié ;
- des **bénéfices ou revenus positifs** réalisés par l'entité juridique établie hors de France, lesquels sont réputés constituer des revenus de capitaux mobiliers imposables de la société française.

Les résultats des filiales ou entreprises sont déterminés d'après les règles fiscales françaises, à l'exception des dispositions concernant l'intégration fiscale.

Les doubles impositions sont éliminées par l'imputation sur l'IS dû en France au titre de l'article 209 B des impôts de même nature acquittés dans le pays où l'entreprise ou l'entité est établie, des retenues à la source supportées et des prélèvements effectués.

2. Le transfert d'actif hors de France (art. 238 bis-0 I, CGI)

Une entreprise qui a transféré ou transfère **hors de France**, directement ou indirectement, par elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers, des éléments de son actif à une personne, à un organisme, dans un trust ou dans une institution comparable, en vue de les **gérer dans son intérêt** ou d'assumer pour son compte un engagement existant ou futur doit comprendre dans son résultat imposable les **résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition de ces actifs** ou des biens acquis en remploi.

3. Les sommes perçues par une personne physique ou morale étrangère en rémunération de services rendus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France (art. 155 A, CGI)

Le texte permet d'assujettir à l'impôt français les sommes versées à ces entités domiciliées ou établies à l'étranger lorsque les services rémunérés par les sommes en question ont été rendus en France ou par une personne domiciliée en France.

4. Les paiements à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié

a. Les États appliquant un régime fiscal privilégié (art. 238 A, CGI)

Une personne est réputée soumise à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré lorsqu'elle n'y est pas imposable ou lorsqu'elle y est assujettie à des impôts sur les bénéfices ou les revenus inférieurs de plus de la moitié à ceux dont elle aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France si elle y avait été domiciliée ou établie. Sont ainsi visés, essentiellement, les « *paradis fiscaux* » ou « *États-refuges* ». C'est à l'administration de prouver que le bénéficiaire est soumis à un régime fiscal privilégié (CE, 21 mars 1986, n° 53002).

Certaines sommes payées ou dues par une personne physique ou morale, domiciliée ou établie en France, à des personnes physiques ou morales domiciliées ou établies à l'étranger dans un État où elles bénéficient d'un **régime fiscal privilégié** ne sont admises comme charges déductibles du résultat fiscal français que dans des conditions d'une sévérité particulière : le débiteur doit apporter la **double preuve** que les dépenses **correspondent à des opérations réelles** et qu'elles ne présentent pas un caractère **anormal ou exagéré**.

b. Les États ou territoires non coopératifs (ETNC) (art. 238-0 A, CGI)

Sont considérés comme **non coopératifs**, à la date du 1^{er} janvier 2010, les États et territoires non membres de l'UE dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'OCDE et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze États ou territoires une telle convention⁴.

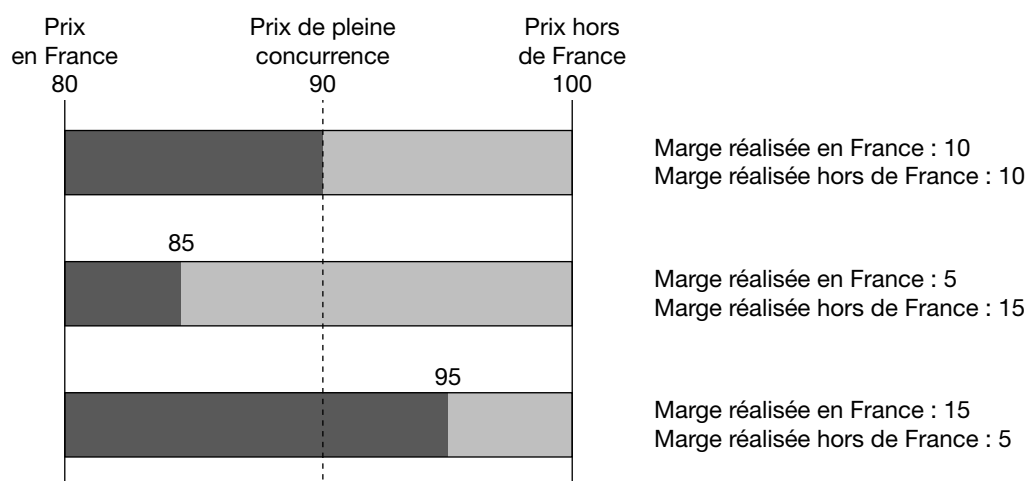
L'inscription d'un État sur la liste des ETNC est lourde de conséquences. Par exemple, la double preuve qui doit être apportée pour pouvoir bénéficier de la **déductibilité des charges** au regard des États appliquant un régime fiscal privilégié (voir ci-avant) est renforcée, s'agissant des ETNC, par une obligation de prouver que l'opération a principalement un objet et un effet autres que de localiser la dépense dans un ETNC et d'en tirer des avantages fiscaux⁵.

5. Les prix de transfert

a. La définition

Les entreprises installées dans plusieurs pays peuvent avoir intérêt, au sein de leur groupe, à pratiquer une politique de prix entre les entités du groupe de manière à ce que les bénéfices soient effectivement localisés dans les pays où les bénéfices seront les moins imposés. Il s'agit de prix de transfert.

Les **prix de transfert** se définissent comme étant les **prix des transactions entre sociétés d'un même groupe et résidentes d'États différents** : ils supposent des transactions intra-groupes et le passage d'une frontière. Il s'agit finalement d'une opération d'import-export au sein d'un même groupe, ce qui exclut toute transaction à l'international avec des sociétés indépendantes ainsi que toute transaction intragroupe sans passage de frontière.



b. Le champ d'application

Le dispositif de contrôle des prix de transfert est susceptible de s'appliquer lorsque les relations constatées entre une entreprise française et une entreprise étrangère traduisent un **lien de dépendance** entre ces deux entreprises et font apparaître un **transfert indirect de bénéfices** vers l'étranger.

Les entreprises sont concernées par les prix de transfert non seulement pour les **ventes de biens et de marchandises**, mais également pour toutes les **prestations de services** intragroupes : partage

4. Depuis 2011, la liste des ETNC est mise à jour annuellement.

5. Cette obligation supplémentaire n'est toutefois pas étendue à certains intérêts et arrérages, redevances de la propriété intellectuelle ou rémunérations de services.

de certains frais communs entre plusieurs entreprises du groupe (frais d'administration générale ou de siège), mise à disposition de personnes ou de biens, redevances de concession de brevets ou de marques, relations financières, services rendus par une entreprise du groupe aux autres entreprises, etc. Les prestations de services non rémunérées et les mises à disposition gratuites de personnel ou d'éléments incorporels entre entreprises associées sont également concernées.

c. La conformité des prix de transfert au principe de pleine concurrence

Les entreprises qui dépendent d'une même société et qui sont respectivement situées en France et à l'étranger, doivent déterminer les bénéfices relatifs aux opérations intragroupe comme si elles avaient été réalisées **entre des entreprises indépendantes** les unes des autres.

EXEMPLES

1. Une société qui a en France un établissement où sont fabriqués des produits commercialisés par un autre établissement situé à l'étranger doit faire apparaître le bénéfice de fabrication en France. Si l'établissement de fabrication français participe en outre à la commercialisation, concurremment avec l'établissement étranger, la société doit également déclarer en France la quote-part du bénéfice de commercialisation qui correspond à la participation de l'établissement français (CE, 25 juil. 1929, n° 87324).

2. Une société qui effectue dans un établissement situé en France des prestations de services (bureau d'achats ou de ventes, études techniques, etc.), dans l'intérêt du siège ou d'un établissement situé hors de France, doit dégager en France le bénéfice qu'elle aurait normalement réalisé en effectuant les mêmes prestations pour une entreprise non apparentée.

Dès lors, afin d'éviter tout risque fiscal, l'entreprise doit s'assurer que ses prix de transfert ne s'écartent pas de ce prix de « *pleine concurrence* ». L'entreprise doit, dans un premier temps, analyser les fonctions qu'elle exerce et les risques qu'elle assume (**analyse fonctionnelle**⁶) et recenser les actifs et les moyens utilisés. Elle doit ensuite déterminer la **méthode et le prix des transactions intragroupes**. Enfin, elle doit s'assurer de la **conformité de la tarification retenue au prix de pleine concurrence**.

d. L'obligation de documentation

Les entreprises sont tenues à une **obligation de documentation** prévue à l'article L. 13 AA du LPF :

« I. – Les personnes morales établies en France :

- a) Dont le chiffre d'affaires annuel hors taxes ou l'actif brut figurant au bilan est supérieur ou égal à 400 millions d'euros, ou
- b) Détenant à la clôture de l'exercice, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entité juridique – personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable établie ou constituée en France ou hors de France – satisfaisant à l'une des conditions mentionnées au a [...] doivent tenir à disposition de l'administration **une documentation permettant de justifier la politique de prix de transfert pratiquée dans le cadre de transactions de toute nature réalisées avec des entités juridiques liées [...]**.

II. – La documentation mentionnée au I comprend les éléments suivants :

- 1° Des informations générales sur le groupe d'entreprises associées [...]
- 2° Des informations spécifiques concernant l'entreprise vérifiée [...]
- [...]

III. – Cette documentation [...] est tenue à la disposition de l'administration à la date d'engagement de la vérification de comptabilité.

6. Par exemple, la société assume les risques liés à la variation de la parité entre les monnaies nationales des États dans lesquels se trouvent les sociétés partenaires intragroupe. Il peut également s'agir de coûts de conservation ou de garanties que l'une des sociétés fait supporter à l'autre, etc.

Si la documentation requise n'est pas mise à sa disposition à cette date, ou ne l'est que partiellement, l'administration adresse à la personne morale mentionnée au I une mise en demeure de la produire ou de la compléter dans un délai de trente jours, en précisant la nature des documents ou compléments attendus. Cette mise en demeure doit indiquer les sanctions applicables en l'absence de réponse ou en cas de réponse partielle. »

e. Le rescrit fiscal

Pour se prémunir contre le risque du contrôle de prix de transfert, les entreprises peuvent recourir à la **procédure du rescrit** pour obtenir un accord préalable sur la méthode de détermination des prix de transfert (voir série 2).

TITRE 2. LA TERRITORIALITÉ DE LA TVA

En matière de TVA, les principes applicables en matière de localisation d'une opération diffèrent selon qu'il s'agit d'une **opération portant sur des biens** (chapitre 2) ou d'une **prestation de services** (chapitre 3).

Les **entreprises étrangères** n'échappent pas systématiquement à la TVA française (chapitre 4).

Cependant, il convient au préalable de distinguer trois territoires sur lesquels la TVA s'applique différemment (chapitre 1).

CHAPITRE 1. LA DÉTERMINATION DES TERRITOIRES

Trois catégories de territoires doivent être distinguées pour l'application de la TVA : la France (section 1), l'Union européenne (section 2) et les pays tiers (section 3).

REMARQUE

Depuis le 1^{er} décembre 2009, l'Union européenne s'est substituée à la Communauté européenne. Néanmoins, le Code général des impôts continue à employer le terme « *la Communauté européenne* ». Le présent fascicule utilise le terme d'« *Union européenne* » (UE).

SECTION 1. LE TERRITOIRE FRANÇAIS

Le territoire français comprend la **France continentale** (y compris les zones franches du pays de Gex et de Savoie ainsi que les îles du littoral), la Corse, la principauté de Monaco (sous réserve des adaptations nécessaires par ordonnances princières), les eaux territoriales et le plateau continental.

En matière de TVA, les **cinq DOM** (Guadeloupe, Martinique, Réunion, Guyane et Mayotte) sont considérés comme des **territoires d'exportation** par rapport à la France métropolitaine et par rapport aux autres États membres de l'UE en ce qui concerne la vente de biens. Toutefois, les départements de la Guadeloupe et de la Martinique ne sont pas considérés comme des territoires d'exportation entre eux.

Par ailleurs, pour la TVA, ne font pas partie du territoire français les collectivités territoriales d'outre-mer, Polynésie française, îles Wallis-et-Futuna, îles de l'océan Indien, terres Australes et Antarctiques françaises (TAAF), ainsi que les collectivités de Saint-Pierre-et-Miquelon, Nouvelle-Calédonie et Andorre.

SECTION 2. LE TERRITOIRE DE L'UNION EUROPÉENNE (UE)

Le territoire sur lequel s'applique la réglementation relative à la TVA intracommunautaire comprend les **27 États suivants** (art. 256-0, CGI) : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni (y compris l'île de Man), Slovaquie, Slovénie et Suède.

SECTION 3. LES TERRITOIRES EXCLUS DE L'UE ET LES PAYS TIERS

Certains territoires sont exclus, en ce qui concerne la TVA, du territoire communautaire (art. 256-0, 1°, CGI). Il s'agit notamment de l'île d'Helgoland et du territoire de Büsingen (Allemagne), de Ceuta, Melilla et des îles Canaries (Espagne), des îles anglo-normandes, etc. Ces territoires sont considérés comme des **pays tiers** vis-à-vis de la France.

Tous les pays autres que la France et les autres États membres de l'UE répertoriés ci-avant sont des pays tiers ou hors UE pour l'application de la TVA.

CHAPITRE 2. LES OPÉRATIONS PORTANT SUR DES BIENS

Concernant les transactions transfrontalières, il convient de distinguer les opérations avec les pays tiers à l'UE (section 1) des opérations intracommunautaires (section 2).

SECTION 1. LES EXPORTATIONS ET IMPORTATIONS DE BIENS

I. LES EXPORTATIONS DE BIENS

En principe passible de la TVA française, l'**exportation** en est toutefois **exonérée** si elle répond à certaines conditions.

Les territoires d'exportation sont les pays tiers à l'UE, les DOM-COM et les territoires des autres États membres qui sont exclus du champ territorial de la TVA intracommunautaire.

Nous distinguons les exportations réalisées par le vendeur ou pour son compte (A) de celles réalisées par l'acheteur établi à l'étranger ou pour son compte (B).

A. LES EXPORTATIONS RÉALISÉES PAR LE VENDEUR OU POUR SON COMPTE

1. Les opérations concernées

a. Les exportations réalisées par le vendeur ou pour son compte

Les livraisons de biens expédiés ou transportés hors de l'UE par le vendeur (le dernier propriétaire des marchandises dans l'UE) ou pour son compte sont exonérées de TVA (art. 262, I, 1°, CGI), ainsi que les prestations de services qui sont directement liées à l'exportation.

b. Les exportations par l'intermédiaire d'un commissionnaire exportateur

L'entreprise dont les produits sont exportés par l'intermédiaire d'un **commissionnaire exportateur qui agit en son nom propre** bénéficie des avantages attachés à l'exportation et, en particulier, des possibilités d'acquisition en franchise de taxe (art. 275, CGI)⁷. Il en est de même de l'entreprise qui exporte par l'intermédiaire d'un commissionnaire agissant au nom et pour le compte d'autrui. Les services rendus par les intermédiaires transparents qui interviennent dans des opérations d'exportation sont également exonérés de TVA.

7. C'est-à-dire une autorisation à recevoir ou importer en franchise de TVA des biens destinés à une exportation ou à une livraison intracommunautaire exonérée.

2. Les conditions de l'exonération

La **justification de la réalité de l'exportation**, condition de l'exonération, résulte (art. 74, CGI, ann. III) :

- de la tenue d'un registre spécial ;
- et de la production d'une déclaration d'exportation visée par le service des douanes de sortie de l'UE (exemplaire n° 3 du document administratif unique/DAU).

REMARQUE

Lorsque l'exemplaire n° 3 du DAU n'a pas été retourné à l'exportateur ou n'a pas été visé par l'autorité douanière compétente, l'exportateur peut apporter la preuve de l'exportation par d'autres documents (la déclaration en douane authentifiée par l'administration des douanes du pays de destination finale des biens, tout document de transport des biens vers un pays en hors de l'UE, etc.) (art. 74, 1, d, CGI, ann. III).

B. LES EXPORTATIONS PAR UN ACHETEUR ÉTABLI À L'ÉTRANGER OU POUR SON COMPTE

1. Les opérations exonérées

Sont **assimilées à des exportations**, et par conséquent **exonérées de TVA**, les livraisons de biens expédiés ou transportés hors de l'UE par l'acheteur qui n'est pas établi en France (dans un autre État membre de l'UE ou hors de l'UE), ou pour son compte, ainsi que les prestations de services directement liées à l'exportation (art. 262, I, 2°, CGI).

Sont ainsi exonérées les livraisons de biens effectuées en France à un acheteur qui en assure le transport lui-même ou avec l'aide d'un transporteur (livraisons de biens aux conditions départ wagon, usine ou locaux du vendeur). Dans ce cas, les opérations d'exportation continuent à être effectuées par le vendeur soit sous le régime normal de l'exportation classique, soit sous le régime de la justification de sortie.

2. Les opérations taxables

Sont **imposables les livraisons** portant sur :

- des biens d'équipement et d'avitaillement des bateaux de plaisance, des avions de tourisme ou de tous autres moyens de transport à usage privé ;
- des biens expédiés ou transportés par des personnes résidant dans un pays tiers de l'UE, lorsque la valeur globale (TVA comprise) des biens acquis dans le même magasin n'excède pas 175 € (art. 24 bis, CGI, ann. IV⁸) ;
- des biens qui ne sont pas transportés en dehors de l'UE avant la fin du 3^e mois suivant celui au cours duquel la livraison est effectuée (art. 262, I, 2°, CGI⁹)¹⁰.

8. Cet article prévoit qu'est exonérée la livraison qui porte sur des biens acquis dans un magasin ou acquis le même jour dans plusieurs magasins disséminés dans une même ville et identifiés sous le même numéro de TVA intracommunautaire, et dont la valeur globale, TVA comprise, excède 175 €. Le recours à la procédure des bordereaux de vente n'est pas obligatoire. L'acheteur ne peut donc pas l'imposer.

9. L'article 24 ter du CGI, ann. IV dispose que la preuve de l'exportation est apportée au moyen du document justificatif de l'exportation dûment visé par le bureau de douane de sortie de l'UE.

10. La livraison ne doit pas porter sur les tabacs manufacturés, les marchandises qui correspondent par leur nature ou leur qualité à un approvisionnement commercial ainsi que celles qui sont frappées d'une prohibition de sortie. Les biens doivent être transportés en dehors de l'UE avant la fin du 3^e mois suivant celui au cours duquel la livraison est effectuée. La valeur globale, TVA comprise, des biens achetés dans le même magasin, doit excéder 175 €.

REMARQUE**TVA déductible des exportateurs**

Nonobstant le principe général selon lequel la TVA d'amont est déductible lorsqu'elle concourt à la réalisation d'une opération taxable, la TVA afférente aux acquisitions de biens destinés à l'exportation exonérée est déductible. Par ailleurs, il existe une procédure de **contingent d'achat en franchise de TVA** qui permet à l'exportateur, sous réserve de l'accord de l'Administration fiscale, d'acquérir un certain volume de biens en franchise de TVA dès lors que cet exportateur peut prouver que ces biens sont destinés à l'exportation. Ce système est également applicable en matière de livraisons intracommunautaires.

II. LES IMPORTATIONS DE BIENS

L'**importation** est définie comme (art. 291, CGI) :

- l'entrée en France d'un bien, originaire ou en provenance d'un État ou d'un territoire n'appartenant pas à l'UE (art. 291, I, 2°, a, CGI) ;
- ou l'entrée en France d'un bien, originaire ou en provenance d'un autre État membre exclu de l'UE en matière de TVA intracommunautaire (art. 256-0, 1°, CGI) ;
- la mise à la consommation (MAC) en France d'un bien placé, lors de son entrée sur le territoire français, sous un régime douanier communautaire : transit interne, admission temporaire en exonération totale des droits à l'importation, etc. (art. 291, I, 2, b, CGI).

A. LES IMPORTATIONS IMPOSABLES À LA TVA

Sous réserve des exonérations et des opérations réalisées en suspension ou en franchise de taxe, les importations de biens (neufs ou d'occasion) sont imposables au taux applicable aux mêmes biens à l'intérieur (art. 291, I, 1°, CGI).

REMARQUE

Le régime suspensif est un système dans lequel un assujetti à la TVA est autorisé à recevoir, non grevés de cette taxe, certains des produits et des services nécessaires à son exploitation ou qui a pour objet de reporter à un stade ultérieur le paiement de la taxe normalement due. Ce régime peut notamment s'appliquer aux opérations réalisées sous un régime douanier communautaire ou bien aux opérations réalisées sous un régime ou un entrepôt fiscal suspensif.

Par ailleurs, la **réimportation** d'un bien, **après avoir fait l'objet d'une réparation, d'une transformation**, d'une adaptation, d'une façon ou d'une ouvraison, à la suite d'une exportation temporaire hors du territoire de l'UE, est soumise à la TVA sur la valeur des biens et services fournis par le prestataire étranger, c'est-à-dire sur sa facture majorée des droits de douane et des frais accessoires, ainsi que des diverses impositions, à l'exclusion de la TVA (art. 293, CGI). En revanche, sont exonérés de TVA les biens réimportés **en l'état** par l'exportateur.

Lorsque la marchandise est **transportée directement chez l'acheteur** dans l'état de sa présentation en douane et que le client français est mentionné en qualité de destinataire sur la déclaration d'importation, la TVA sur la livraison effectuée par l'entreprise étrangère n'est pas exigible.

Mais, le fournisseur étranger peut se charger des formalités douanières et acquitter la TVA due à l'importation. Dans ce cas :

- si les deux conditions ci-dessus sont remplies, le paiement de la TVA n'est pas exigé sur la livraison, à condition que le fournisseur étranger ne facture pas la taxe à son client mais lui demande le remboursement de la TVA acquittée auprès des douanes au moyen d'un compte rendu qui, outre les références à la déclaration d'importation, doit indiquer que la taxe mentionnée a été versée au service des douanes et que ce document n'est pas une pièce justificative pour la déduction de la TVA ;

- si le fournisseur étranger facture la taxe à son client (marchandises directement livrées chez le client français dans l'état de présentation à la douane), il ne peut, dès lors qu'il n'est pas établi en France, sauf en cas d'application de la tolérance administrative, facturer la taxe à son client identifié à la TVA en France (règles d'autoliquidation de la TVA par le client identifié à la TVA en France).

B. LES IMPORTATIONS EXONÉRÉES DE TVA

Sont exonérées de TVA en France les livraisons des biens placés dès leur entrée sur le territoire français sous l'un des régimes communautaires douaniers et qui ont fait l'objet d'une ou de plusieurs livraisons en suspension de taxe (art. 277 A, I, 1° à 7°, CGI) pendant leur placement sous ces régimes (art. 291, II, CGI).

L'importation de biens dont le lieu d'arrivée de l'expédition ou du transport est situé sur le territoire d'un autre État membre de l'UE est exonérée lorsque les biens font l'objet par l'importateur d'une livraison intracommunautaire exonérée (art. 262 ter I et art. 291, III, 4°, CGI).

Par ailleurs, un certain nombre de produits sont exonérés lors de leur importation :

- produits exonérés en régime intérieur (organes, sang et lait humains, devises, billets de banque et monnaies qui sont des moyens de paiement légaux, à l'exception des billets et monnaies de collection...) (art. 291, II, 3° à 8°, CGI) ;
- ventes aux enchères ;
- bagages personnels des voyageurs dès lors que les marchandises importées par les touristes n'excèdent pas 175 € par personne (90 € pour les enfants de moins de 15 ans, 45,73 € pour les frontaliers) (BO Douanes 6532 du 30 octobre 2001) ;
- biens importés définitivement dans le cadre de franchises fiscales communautaires (art. 291, II, 2°, CGI) ;
- réimportations de biens en l'état (art. 291, III, 1°, CGI) ;
- envois de faible quantité entre particuliers dès lors que leur valeur globale n'excède pas 45 € ;
- les radoubs, réparations et transformations de navires français à l'étranger à l'exception de celles de ces opérations qui portent sur les bateaux de sport ou de plaisance (art. 291, III, 3°, CGI).

SECTION 2. LES ÉCHANGES INTRACOMMUNAUTAIRES DE BIENS

Concernant les opérations intracommunautaires, on utilise les termes de **livraisons** ou d'**acquisitions intracommunautaires**. Le champ d'application territorial de la TVA intracommunautaire n'a de portée pratique que pour les échanges, entre les États membres, de biens meubles corporels et le transport de ces mêmes biens. Les principes de territorialité de la TVA applicables aux prestations de services relèvent de dispositions particulières (voir chapitre 3). En outre, à l'exception des dispositions relatives aux ventes à distance et aux moyens de transport neufs, les opérations réalisées **par les particuliers** ne sont pas visées par la réglementation développée ci-dessous.

Il convient d'étudier d'abord le régime général (I) et ensuite les régimes particuliers (II).

I. LE RÉGIME GÉNÉRAL DES LIVRAISONS ET ACQUISITIONS INTRACOMMUNAUTAIRES

En principe, les livraisons intracommunautaires (A) sont exonérées de TVA alors que les acquisitions intracommunautaires (B) sont taxables mais ouvrent droit à déduction.

A. LES LIVRAISONS INTRACOMMUNAUTAIRES

La livraison intracommunautaire est une opération économique consistant, pour un **vendeur assujetti à la TVA** dans un État membre de l'UE, à **livrer un bien corporel dans un autre État membre** de l'UE à destination d'un acquéreur lui-même assujetti à la TVA ou d'une personne morale non assujettie.

1. L'exonération des livraisons intracommunautaires

Les livraisons intracommunautaires **sont exonérées de TVA** dès lors que certaines conditions sont remplies.

a. Les conditions de l'exonération

Les vendeurs qui procèdent à des livraisons intracommunautaires sont exonérés de TVA (art. 262 ter, I, CGI), lorsque les **conditions suivantes sont réunies** :

- la livraison est effectuée à titre onéreux (existence d'une contrepartie) ;
- le vendeur est un assujetti agissant en tant que tel ;
- le bien est expédié ou transporté hors de France à destination d'un autre État membre de l'UE, quelle que soit la personne qui assure le transport ;
- l'acquéreur est un assujetti ne bénéficiant pas, dans son État membre, du régime dérogatoire ; en pratique, cette condition est remplie si l'acquéreur communique au vendeur son numéro d'identification à la TVA dans son État.

Si l'une de ces conditions n'est pas respectée, le vendeur doit soumettre ses livraisons à la TVA.

Par ailleurs, l'exonération ne s'applique pas lorsqu'il est démontré que le fournisseur savait ou ne pouvait ignorer que le destinataire présumé de l'expédition ou du transport n'avait pas d'activité réelle (art. 262 ter, I, 1°, al. 2, CGI).

b. Les obligations des redevables

Les assujettis procédant à des livraisons intracommunautaires sont tenus à des **obligations particulières** qui concernent :

- les mentions devant figurer sur les factures : numéros d'identification à la TVA du vendeur et de l'acquéreur et mention « Exonération TVA, art. 262 ter, I du CGI » ou toute autre mention équivalente ;
- la mention du montant des livraisons intracommunautaires exonérées sur l'une des lignes de la déclaration de TVA CA 3 ;
- la déclaration d'échanges de biens (DEB).

2. Les transferts de biens assimilés à des livraisons intracommunautaires

a. Le principe

Le transfert par un assujetti d'un bien de son entreprise à destination d'un autre État membre de l'UE est assimilé à une livraison de biens (art. 256, III, CGI). Il s'agit principalement de **mouvements de stocks** ou de **biens d'investissement** intervenant sans changement de propriétaire.

b. Les conditions d'exonération

Les **transferts physiques de biens** entrent en principe dans le champ d'application de la TVA mais, comme les livraisons intracommunautaires, ils sont exonérés si l'assujetti dispose d'un numéro d'identification à la TVA dans l'État membre d'arrivée des biens et s'il justifie de la réalité du transport (ou de l'expédition) des biens dans l'autre État membre.

REMARQUE

N'est pas considérée comme des transferts exonérés de TVA, l'expédition ou le transport d'un bien qui, dans l'État membre d'arrivée, est destiné (art. 256, III, CGI) :

- à être utilisé temporairement pour les besoins de prestations services effectuées par l'assujetti ;
- à faire l'objet d'expertises ou de travaux à condition que le bien soit réexpédié ou transporté en France à destination de cet assujetti ;
- à faire l'objet d'une installation ou d'un montage ;
- à faire l'objet de livraisons à bord des moyens de transport.

B. LES ACQUISITIONS INTRACOMMUNAUTAIRES

Est considérée comme une **acquisition intracommunautaire** l'obtention du pouvoir de disposer comme un propriétaire d'un bien meuble corporel expédié ou transporté par le vendeur, par l'acquéreur ou pour leur compte, à partir d'un État membre de l'UE à destination de l'acquéreur en France (art. 256 bis, I, 3°, CGI).

1. Les acquisitions intracommunautaires**a. Les acquisitions intracommunautaires taxables****Le principe**

L'acquisition intracommunautaire de biens meubles corporels est réputée se situer en France – et la TVA est donc exigible en France – lorsque **les biens se trouvent en France au moment de l'arrivée**, de l'expédition ou du transport à destination de l'acquéreur (art. 258 C, I, CGI).

Dans le cadre de l'acquisition intracommunautaire, la TVA est collectée par l'acquéreur¹¹ (principe de l'« *autoliquidation* »). Ce principe permet de limiter les risques de « *dumping fiscal* » puisque l'acquéreur supporte son propre taux de TVA quel que soit l'État membre dans lequel il a réalisé l'acquisition intracommunautaire.

L'acquéreur conserve par ailleurs, conformément au droit commun, le bénéfice de la déduction de la TVA qu'il a supportée. Toutefois, si l'acquéreur n'est pas établi en France, le vendeur est solidairement tenu avec celui-ci au paiement de la taxe (art. 283, 2 bis, CGI).

REMARQUE

Le régime des acquisitions intracommunautaires ne s'applique pas :

- aux biens vendus par un assujetti qui bénéficie, dans son État membre, du régime particulier de franchise des petites entreprises ;
- aux biens qui font l'objet en France d'une installation ou d'un montage par le vendeur ou pour son compte (la livraison est taxée en France) ;
- aux biens dont la livraison est soumise au régime des ventes à distance ;
- aux biens acquis par les personnes physiques non assujetties (les particuliers), sous réserve du régime applicable aux moyens de transport neufs.

11. La TVA est exigible soit le 15 du mois suivant celui de la réalisation du fait générateur, soit lors de la délivrance de la facture (il s'agit de la date de la facture) lorsque celle-ci est délivrée avant le 15 du mois suivant celui de la réalisation du fait générateur.

EXEMPLE

Lorsqu'un redevable français achète un bien à un vendeur allemand :

- l'acheteur réalise une acquisition intracommunautaire et doit payer en France la TVA française sur le prix hors taxes qui lui est facturé par le vendeur ;
- le vendeur allemand réalise une livraison intracommunautaire exonérée de TVA en Allemagne.

➡ **Les obligations déclaratives**

Les acquisitions intracommunautaires doivent être mentionnées, pour leur montant HT, sur l'imprimé CA 3 (ligne 3), lequel comporte également mention de la TVA déductible afférente, ainsi que sur la déclaration d'échanges de biens (DEB)¹².

b. Les acquisitions intracommunautaires exonérées

➡ **Les cas d'exonération**

Sont **exonérées les acquisitions intracommunautaires** (art. 262 ter, II, CGI) :

- de biens dont la livraison en France serait elle-même exonérée (prothèses dentaires, organes, sang et lait humains...) ou assimilée à des échanges internationaux (navires de commerce maritime, aéronefs utilisés par certaines compagnies aériennes, objets destinés à être incorporés dans ces navires ou aéronefs...) ;
- de biens dont l'importation serait exonérée (déchets neufs d'industrie...) (art. 291, II, CGI) ;
- de biens pour lesquelles l'acquéreur non établi en France et n'y réalisant pas de livraisons de biens ou des prestations de services bénéficierait du droit à remboursement total de la TVA selon la procédure spéciale (art. 271, V, d, CGI ; art. 242-0 M et s., CGI, ann. II).

➡ **Les acquisitions intracommunautaires en franchise de taxe**

Les acquisitions intracommunautaires effectuées par les fournisseurs des exportateurs et par les exportateurs peuvent s'effectuer en franchise de taxe. Mais, les fournisseurs qui livrent en franchise ne peuvent pas s'approvisionner eux-mêmes en franchise, sauf s'ils agissent en tant que commissionnaires opaques.

2. Les transferts assimilés à des acquisitions intracommunautaires

a. Les opérations concernées

➡ **L'affectation en France d'un bien de l'entreprise en provenance d'un autre État membre de l'UE**

L'affectation en France par un assujetti pour les besoins de son entreprise d'un bien de son entreprise expédié ou transporté, par l'assujetti ou pour son compte, à partir d'un autre État membre de l'UE, en France, est assimilée, en principe, à une **acquisition intracommunautaire soumise à la TVA française** (art. 256 bis, II, 2°, CGI). Il s'agit principalement des **mouvements de stocks** et de **biens d'investissement**.

Par exception, la réception en France par l'assujetti d'un bien de son entreprise n'est pas assimilée à une acquisition intracommunautaire dans les situations suivantes :

- biens destinés à être utilisés temporairement en France et qui auraient pu prétendre au bénéfice de l'admission temporaire s'ils avaient été importés, en exonération totale des droits à l'importation ;
- biens destinés à être utilisés temporairement en France pour les besoins de prestations de services effectuées par l'assujetti ;

12. Lorsque le volume des introductions ou des expéditions ne dépasse pas 460 000 €, la DEB peut être simplifiée.

- biens destinés à faire l'objet de travaux ou d'expertises, à condition que le bien soit réexpédié ou transporté à destination de l'assujetti dans l'État membre de départ de l'expédition ou du transport ;
- biens destinés à être installés ou montés en France : dans ce cas, la livraison du bien destiné à être installé ou monté en France par l'assujetti établi dans un autre État membre de l'UE ou pour son compte est située en France (art. 258, I, b, CGI) ;
- biens destinés à faire l'objet de livraisons à bord de moyens de transport, effectués par l'assujetti.

■ La réception d'un bien importé d'un autre État membre de l'UE

La réception en France, **par une personne morale non assujettie**, d'un bien en provenance d'un autre État membre qu'elle a précédemment importé sur le territoire de cet autre État membre de l'UE est assimilée à une acquisition intracommunautaire de biens. L'opération doit être soumise à la TVA française par la personne morale non assujettie, **lorsque celle-ci ne bénéficie pas du régime dérogatoire (PBRD) ou a opté pour le paiement de la taxe sur ses acquisitions intracommunautaires**. Afin d'éviter une double taxation, la personne morale peut obtenir le remboursement de la taxe acquittée à l'importation dans l'autre État membre (art. 256 bis, II, 3°, CGI).

b. Le régime d'imposition des opérations assimilées

Les opérations assimilées sont soumises à la TVA française.

3. Les transferts non assimilés à des acquisitions intracommunautaires

Ne constituent pas des affectations assimilées à des acquisitions intracommunautaires de biens les expéditions et les transports de biens à partir d'un État membre de l'UE à destination de la France lorsque les biens d'occasion, d'œuvres d'art, de collection ou d'antiquité font l'objet d'une livraison soumise au régime des ventes à distance (art. 258 B, CGI), d'une exportation à partir de la France, d'une expédition ou d'un transport dont une partie du trajet est effectuée en France alors que les lieux d'arrivée et de départ sont situés sur le territoire d'autres États membres de l'UE.

II. LES RÉGIMES PARTICULIERS

A. LES VENTES À DISTANCE (ART. 258 A, CGI)

1. Le champ d'application

Les « ventes à distance » concernent les échanges **intracommunautaires**, de la France vers un État membre ou inversement, dont l'**acquéreur** est un **particulier** (personne physique non assujettie) ou une **personne bénéficiant du régime dérogatoire** et dont la **livraison** concerne des biens expédiés ou transportés **par le vendeur** ou pour son compte à destination de l'acquéreur.

Le régime des ventes à distance ne s'applique pas aux livraisons d'alcools, de boissons alcooliques, d'huiles minérales et de tabacs manufacturés à un particulier¹³.

2. Le régime

Deux hypothèses sont envisagées :

- Les ventes à distance effectuées **à partir de la France** sont **taxées** dans l'**État membre de destination** lorsque le montant des livraisons effectuées par le vendeur dans cet État, pendant l'année en cours ou l'année précédente, **dépasse le seuil** fixé par cet État. Lorsque ce seuil

13. Les ventes à distance de ces produits réalisées en France à partir d'un autre État membre de l'UE sont soumises à la TVA française. Inversement, les ventes à distance de tels produits effectuées à partir de la France sont imposables dans l'État de destination.

n'est pas atteint, les livraisons intracommunautaires sont en principe soumises à la TVA française, mais le vendeur peut opter pour que ces livraisons soient soumises à la TVA du pays d'arrivée.

- Les ventes à distance effectuées **vers la France** à partir d'un autre État membre de l'UE sont **imposables en France** lorsque leur montant **a excédé**, pendant l'année en cours ou l'année précédente, **le seuil de 100 000 €** hors TVA. Le vendeur qui n'est pas établi en France doit s'identifier à la TVA en France auprès de l'Administration. Si ce seuil n'est pas atteint, le vendeur est soumis à la TVA de son pays pour ses ventes à distance en France, à moins qu'il n'opte pour l'imposition de ses livraisons en France à la TVA française.

EXEMPLE

Une société allemande de vente par correspondance a expédié en N pour 150 000 € hors taxes de marchandises à des clients français non redevables de la TVA. Elle est donc soumise à la TVA française pour les ventes à distance effectuées en France en N. Le client français supporte la TVA au taux de 19,60 % comme s'il avait réalisé une acquisition intracommunautaire auprès d'un fournisseur français. La société allemande doit s'identifier à la TVA en France. Si le montant des ventes réalisées en France auprès de non-redevables était de 90 000 €, ces ventes seraient soumises à la TVA allemande au taux de TVA allemand (sauf option pour une taxation en France).

B. L'ACQUISITION D'UN MOYEN DE TRANSPORT NEUF

1. Le champ d'application du dispositif

Le législateur a voulu éviter qu'un particulier achète sa voiture dans un autre État membre de l'UE dans le seul but de bénéficier d'un taux de TVA plus faible.

Sont concernés par ce dispositif les achats de bateaux, d'avions et de véhicules terrestres à moteur et considérés comme neufs : les véhicules terrestres qui ont été mis en circulation depuis moins de 6 mois ou ont parcouru moins de 6 000 kilomètres ; les bateaux qui ont été mis en service depuis moins de 3 mois ou ont navigué moins de 100 heures ; les avions qui ont été mis en service depuis moins de 3 mois ou ont volé moins de 40 heures (art. 298 sexies, CGI).

2. Les différentes situations d'imposition

a. Les échanges intracommunautaires réalisés entre assujettis redevables habituels

Les échanges intracommunautaires de moyens de transport neufs réalisés entre assujettis agissant en tant que tels et redevables de la TVA répondent au régime fiscal général prévu en matière d'acquisition et de livraison intracommunautaires.

b. Les acquisitions réalisées par des non-redevables

Les acquisitions intracommunautaires de moyens de transport neufs effectuées par des non-redevables (particuliers ou PBRD) sont soumises à la TVA dans l'État membre de destination. Ainsi, l'achat d'un moyen de transport neuf par un non-redevable de la TVA (particulier ou PBRD) installé en France est une acquisition intracommunautaire taxable en France. Le redevable de la taxe est l'acquéreur.

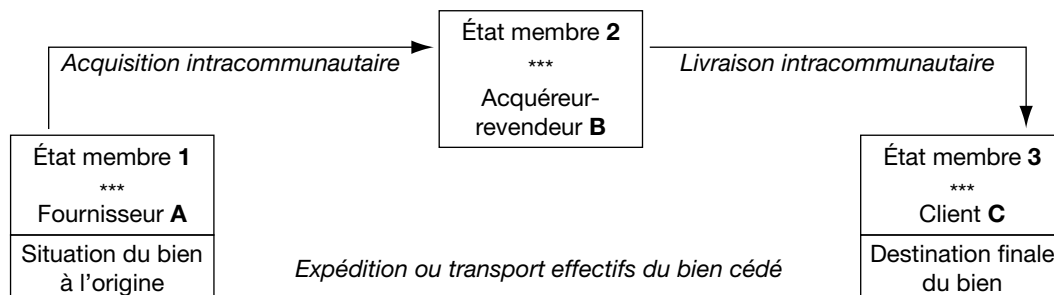
c. Les livraisons réalisées par des non-redevables

Concernant la livraison, les particuliers et les PBRD sont considérés comme des assujettis occasionnels lorsqu'ils procèdent à la livraison intracommunautaire d'un moyen de transport neuf.

La livraison est donc exonérée, mais ouvre droit pour le vendeur au remboursement de TVA qu'il a supportée lors de l'achat, de l'importation ou de l'acquisition intracommunautaire de ce bien.

C. LES OPÉRATIONS TRIANGULAIRES (ART. 258 D, CGI)

Une **opération triangulaire** est une opération dans laquelle un assujetti A, identifié dans un État membre 1 de l'UE, cède un bien corporel à un acquéreur assujetti B, identifié dans un État 2 (appartenant ou non à l'UE) et qui revend ce bien à un client C, identifié dans un État membre 3. Le bien est directement expédié (ou transporté) de l'État membre 1 à l'État membre 3.



En principe, conformément au régime général de taxation des opérations intracommunautaires, l'« *acquéreur-revendeur* » (acquéreur assujetti B dans la présentation) doit s'identifier :

- soit dans l'État membre à partir duquel il réalise la livraison intracommunautaire exonérée (État membre 1) à destination du client final (client C) ;
- soit dans l'État membre dans lequel il réalise une acquisition intracommunautaire suivie d'une livraison interne (État membre 3 puisqu'il réalise une acquisition intracommunautaire dans l'État membre 1 depuis l'État membre 3) effectuée TTC au client final (client C).

Par simplification, il est prévu un régime plus souple lorsque l'opération triangulaire est réalisée entre trois assujettis identifiés à la TVA dans trois États membres différents. Dans cette hypothèse et d'après la présentation exposée précédemment, l'« *acquéreur-revendeur* » B est dispensé du paiement de la TVA sur l'opération qu'il réalise dans l'État membre 3 et, par suite, de s'y faire identifier à la TVA, le client C étant alors redevable de la TVA afférente à la livraison réalisée par B dans l'État membre 3.

D. LES BIENS D'INVESTISSEMENT USAGÉ

La réception en France d'un bien d'investissement usagé acquis auprès d'un utilisateur situé dans un autre État membre de l'UE ne constitue pas une acquisition intracommunautaire si le cédant est une personne non assujettie ou une personne placée sous le régime de la franchise. Il s'agit d'une acquisition exonérée si le cédant est un assujetti réalisant des opérations n'ouvrant pas droit à déduction. Dans les autres cas, l'acquisition est imposable si la même opération est taxable lorsqu'elle est réalisée en France.

E. LES PERSONNES BÉNÉFICIAIRE DU RÉGIME DÉROGATOIRE (PBRD)

Les acquisitions intracommunautaires de biens autres que les moyens de transport neufs et les produits soumis aux accises (alcools, boissons alcooliques, huiles minérales, tabacs manufacturés) ne sont pas soumises à la TVA lorsqu'elles sont effectuées :

- par une personne morale non assujettie à raison de l'activité pour laquelle l'acquisition est réalisée : administration, holding pure ;
- par un assujetti qui ne réalise que des opérations n'ouvrant pas droit à déduction de TVA : organisme sans but lucratif, médecin, école ou bénéficiaire de la franchise en base ;
- ou par un exploitant agricole placé sous le régime du remboursement forfaitaire de TVA.

Ces personnes sont appelées PBRD.

Deux hypothèses sont envisagées :

- L'exonération des acquisitions intracommunautaires réalisées par les PBRD n'est applicable que lorsque le montant de ces acquisitions n'a pas excédé au cours de l'année civile précédente et n'excède pas pendant l'année civile en cours le seuil de 10 000 € (art. 256 bis, I, 2°, CGI). En

dessous de ce seuil, la taxation est effectuée au niveau du vendeur lors de la livraison. La PBRD peut toutefois demander à acquitter la TVA sur ses acquisitions intracommunautaires.

- Lorsque le montant des acquisitions intracommunautaires réalisées par une PBRD dépasse 10 000 €, ces acquisitions sont obligatoirement soumises à la TVA selon le régime normal des acquisitions intracommunautaires, c'est-à-dire que cette personne doit avoir un numéro d'identification à la TVA et procéder aux déclarations de TVA (« CA 3 » ou « 3310-M »).

CHAPITRE 3. LES PRESTATIONS DE SERVICES TRANSFRONTALIÈRES

Depuis le 1^{er} janvier 2010, l'article 259 du CGI pose le principe général selon lequel :

- Le **lieu des services entre assujettis** (relations dites « B to B » ou « Business to Business ») est situé au lieu **d'établissement du preneur**, quel que soit le lieu d'établissement du prestataire.
- Pour les **services fournis à une personne non assujettie** (relation dite « B to C » ou « Business to Consumer »), le lieu de ces services reste en principe le **lieu d'établissement du prestataire**.

Il convient d'étudier le principe (section 1) d'une part, et les dérogations au principe (section 2) d'autre part.

SECTION 1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX

Le lieu de la prestation de services est en principe réputé **se situer en France** :

- lorsque le **preneur est un assujetti** agissant en tant que tel et qu'il a en France le siège de son activité économique ou bien un établissement stable « *preneur* » ou, à défaut, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 259, 1^o, CGI) ;
- lorsque le **preneur n'est pas une personne assujettie**, si le prestataire a en France le siège de son activité économique ou bien un établissement stable « *prestataire* » ou, à défaut, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 259, 2^o, CGI).

Donc, les règles de TVA applicables en matière de prestations de services nécessitent de bien appréhender les notions d'« **assujetti** » (I) et de « **preneur** » (II).

I. LA DÉFINITION D'« ASSUJETTI » (ART. 259-0, CGI)

Pour l'application des règles relatives au **lieu des prestations de services** (à l'exception des dérogations visées ci-après), est considéré comme assujetti :

- **L'assujetti de « droit commun »** : il s'agit d'une personne assujettie à la TVA agissant en tant que telle qui réalise des opérations imposables ou exonérées, placées ou non dans le champ d'application de la TVA. Le fait que les services soient fournis pour les besoins de l'activité taxable ou pour ceux de l'activité exonérée est sans importance (c'est alors le coefficient de déduction qui est modifié). En revanche, si les services sont fournis pour les besoins privés de l'assujetti de droit commun, les règles de territorialité exposées ci-avant ne s'appliquent pas.
- **Une personne morale non assujettie** qui est identifiée à la TVA.

REMARQUE

Lorsqu'une prestation de services est fournie en partie pour les besoins privés de l'assujetti et en partie pour les besoins professionnels, le lieu de la prestation doit être déterminé, pour la totalité, selon les règles applicables aux relations « B to B ».

EXEMPLES

1. Une **commune** acquiert une prestation de services de conseil auprès d'un prestataire établi dans un autre État membre de l'UE pour les besoins de son service d'État civil, activité placée hors du champ d'application de la TVA. Elle exploite par ailleurs une centrale hydroélectrique et procède à des ventes d'électricité imposables de plein droit.

Pour la détermination du lieu de la prestation de services de conseil, la commune est réputée avoir la qualité d'assujettie.

2. Une **société holding**, outre sa gestion de titre de participations, réalise des prestations de services à titre onéreux auprès de ses filiales. Pour la détermination du lieu des prestations de services qu'elle acquiert, la société holding est, en tout état de cause, réputée avoir la qualité d'assujettie.

3. Une **association dont l'activité est de divertir gratuitement les patients d'un hôpital** a fait l'acquisition en décembre 2011 de trois ordinateurs en provenance d'un autre État membre de l'UE qu'elle a choisi de soumettre à la TVA ; un numéro d'identification lui a donc été délivré. En juin 2012, elle fait l'acquisition d'un logiciel spécifique auprès d'une entreprise établie hors de France. Dans la mesure où elle dispose d'un numéro d'identification, elle est considérée comme un preneur assujetti pour la détermination du lieu de l'opération de fourniture du logiciel spécifique.

II. LA DÉFINITION DE « PRENEUR » (ART. 259, 1°, CGI)

Le lieu des prestations de services **est situé en France** lorsque le **preneur est un assujetti agissant en tant que tel** (c'est-à-dire lorsque les services ne sont pas acquis pour ses besoins privés ou ceux de son personnel) et qu'il a **en France** :

- le **siège de son activité économique** (A) sauf lorsqu'il dispose d'un établissement stable non situé en France auquel les services sont fournis ;
- ou un **établissement stable** (B) auquel les services sont fournis (« *établissement stable preneur* ») ;
- ou, à défaut de siège d'activité ou d'établissement stable, son **domicile** (C) ou sa **résidence habituelle** (D).

A. LA DÉFINITION DE « SIÈGE ÉCONOMIQUE »

Pour déterminer au regard de la TVA le lieu du siège de l'activité économique d'un assujetti, il est nécessaire de prendre en considération un **faisceau d'indices**, tels que le siège statutaire de la société, le lieu de son administration centrale, le lieu de réunion de ses dirigeants sociaux et celui, habituellement identique, où est arrêtée la politique générale de cette société. D'autres éléments, tels que le domicile des principaux dirigeants, le lieu de réunion des assemblées générales, le lieu où sont tenus les documents administratifs et comptables ou celui du déroulement principal des activités financières, notamment bancaires, peuvent également être pris en compte.

En cas de contradiction d'indices, **le lieu du siège de l'activité économique est le lieu où sont adoptées les décisions essentielles concernant la direction générale de la société, ou encore celui où sont exercées les fonctions d'administration centrale de celle-ci**. Ainsi, le fait que le lieu à partir duquel les activités de la société sont effectivement exercées ne soit pas situé dans un État membre n'exclut pas pour autant la possibilité que la société y ait établi le siège de son activité économique (CJCE, Aff. C-73/06, 28 juin 2007). En ce sens, la présence d'une société « *boîte aux lettres* » ou « *écran* », ne saurait conférer à un lieu le statut de siège d'une activité économique d'un assujetti s'il ne satisfait pas aux conditions précitées.

B. LA DÉFINITION D'« ÉTABLISSEMENT STABLE »

En matière de TVA, un établissement stable est caractérisé par un degré suffisant de permanence et une structure apte, du point de vue de l'équipement humain et technique, à rendre possible soit la **fourniture par cet « établissement prestataire » d'un service**, soit **l'utilisation par cet « établissement preneur » des services qui lui sont rendus**.

Le fait pour un assujetti de disposer d'un numéro d'identification à la TVA en France n'est pas suffisant en soi pour considérer qu'il y dispose d'un établissement stable.

C. LA DÉFINITION DE « DOMICILE »

Le lieu de domicile d'une personne physique, assujettie ou non-assujettie, est en principe celui qui résulte de l'adresse déclarée à l'administration fiscale.

D. LA DÉFINITION DE « RÉSIDENCE HABITUELLE »

La résidence habituelle d'une personne physique, assujettie ou non assujettie, est le lieu où, au moment où les services sont fournis, cette personne réside habituellement en raison d'attaches personnelles et professionnelles ou, dans le cas d'une personne sans attaches professionnelles, en raison d'attaches personnelles, révélant des liens étroits entre elle-même et l'endroit où elle habite.

EXEMPLES

1. Une entreprise dispose du siège de son activité économique en France et d'un établissement stable dans un autre État membre de l'UE. Un avocat français rend à l'établissement stable une prestation de conseil. Le lieu de cette prestation n'est pas situé en France.
2. Une entreprise établie dans un autre État membre de l'UE rend une prestation d'entremise à l'établissement stable situé en France d'un preneur assujetti qui a établi le siège de son activité économique dans un autre État membre. Le lieu de cette prestation est situé en France.
3. Une société établie dans un pays tiers à l'UE effectue dans ce pays une prestation de réparation sur un bien meuble pour le compte d'une société établie en France. Le lieu de cette prestation est en principe situé en France, notamment dans l'hypothèse où le bien demeure dans le pays dans lequel il a fait l'objet de la réparation¹⁴.
4. Une société française fait appel à un intermédiaire transparent établi dans un autre État membre de l'UE pour vendre, dans un pays tiers, des biens qui y ont été préalablement acquis. Le lieu de la prestation est situé en France.

SECTION 2. LES DÉROGATIONS AUX RÈGLES GÉNÉRALES

Aux fins de garantir que les prestations sont imposées au plus près de leur lieu de consommation, d'autres critères que ceux résultant des règles générales exposées dans la section 1 du cours sont utilisés pour déterminer le lieu d'imposition de certains services.

Ces dérogations concernent, d'une part, certains services fournis indistinctement à des assujettis ou des personnes non assujetties (I) et, d'autre part, certains autres services fournis aux seules personnes non assujetties (II).

14. Le fait que la prestation soit soumise à une TVA ou à une taxe locale similaire dans le pays de réalisation matérielle de la prestation est sans incidence sur la taxation de la prestation en France. À cet égard, il est rappelé que la base d'imposition à la TVA en France est constituée par ce qui constitue la contrepartie obtenue ou à obtenir, y compris les impôts et taxes dus dans le pays étranger ;

REMARQUE

Pour bien maîtriser la problématique des prestations transfrontalières, il est important de bien comprendre l'articulation des articles 259 et suivants du CGI.

art. 259, CGI Principe général déterminant le lieu de réalisation de la prestation de services				
art. 259 A, CGI certaines prestations de services matériellement localisables	art. 259 B, CGI prestations immatérielles	art. 259 C, CGI les prestations de services non visées aux articles 259 A et 259 D	art. 259 D, CGI Prestations rendues par voie électronique	
Soit indépendamment de la qualité du preneur et du prestataire (qu'ils soient assujettis ou non). Il s'agit des dérogations qui s'appliquent aussi bien dans les relations « B to B » que dans les relations « B to C » : locations de moyens de transport de courte durée, services se rattachant à un immeuble, transports de passagers, prestations culturelles, artistiques ou sportives, ventes à consommer sur place et prestations des agences de voyage établies en France.	<ul style="list-style-type: none"> • Soit uniquement lorsque le preneur est un non-assujetti (relation « B to C ») : transport de biens (intracommunautaires ou internationaux), prestations accessoires au transport, prestations d'intermédiation, travaux d'expertise sur biens meubles corporels. • Soit uniquement dans la relation « B to B » : prestations donnant accès à des assujettis à des foires ou expositions tenues en France. 	Principe : la prestation rendue à un preneur non assujetti non domicilié en France n'est pas taxable en France. Sont visées : cession et concession de droits de la propriété, locations de biens meubles corporels (autres que moyens de transport), prestations de conseillers, traitement de données informatiques, opérations bancaires et financières, opérations d'assurances ou de réassurance, mise à disposition de personnel, obligation de ne pas exercer une activité professionnelle, services de télécommunications, accès aux réseaux de fourniture d'énergie, prestations par voie électronique (art. 259 D, CGI).	Les prestations de services sont réputées se situer en France lorsqu'elles sont exécutées en France, rendues à des non-assujettis domiciliés en France ou dans la CE, par des prestataires non établis dans la CE.	Elles sont réputées se situer en France lorsqu'elles sont réalisées au profit de preneurs non-assujettis domiciliés en France par un assujetti non établi dans la CE.

I. LES DÉROGATIONS À LA RÈGLE GÉNÉRALE RÉGISSANT LE LIEU DES PRESTATIONS DE SERVICES FOURNIES TANT À DES ASSUJETTIS QU'À DES PERSONNES NON ASSUJETTIES

Il s'agit de dérogations qui sont communes aux relations « B to B » et « B to C ». La détermination du lieu d'imposition des services suivants s'effectue en fonction d'autres critères que celui de la qualité du preneur.

A. LES LOCATIONS DE MOYENS DE TRANSPORT DE COURTE DURÉE (ART. 259 A, 1°, CGI)

Le lieu d'une **location de courte durée** d'un moyen de transport est situé en France lorsque le moyen de transport est effectivement **mis à la disposition du preneur en France** (sauf si le véhicule est utilisé hors de l'UE).

Par « **moyen de transport** », on entend les véhicules motorisés ou non et les autres dispositifs ou équipements conçus dans le but de transporter des personnes ou des objets d'un endroit à un autre, pouvant être tirés, tractés ou poussés par des véhicules et normalement conçus et utilisés pour le transport, doivent être considérés comme des moyens de transport. Il en est de même des remorques, semi-remorques et des wagons de chemin de fer. En revanche, les conteneurs ne constituent pas des moyens de transport.

Une location d'un moyen de transport est dite « **de courte durée** » lorsque la possession ou l'utilisation continue de ce moyen de transport couvre une période ne dépassant pas **30 jours** (90 jours dans le cas d'un moyen de transport maritime).

B. LES SERVICES SE RATTACHANT À UN IMMEUBLE (ART. 259 A, 2°, CGI)

Les prestations de services se rattachant à un bien immobilier, y compris les prestations d'experts et d'agents immobiliers, la fourniture de logements dans le cadre du secteur hôtelier ou de secteurs ayant une fonction similaire telle que des camps de vacances ou des sites aménagés pour camper, l'octroi de droits d'utilisation d'un bien immobilier et les prestations tendant à préparer ou à coordonner l'exécution de travaux immobiliers, telles que celles fournies par les architectes et les entreprises qui surveillent l'exécution des travaux, **sont taxables en France lorsque le bien immobilier y est situé.**

Sont également visés les services ayant pour objet de modifier physiquement ou juridiquement un bien immobilier présentent **un lien suffisamment étroit avec l'immeuble** sur lequel ils portent : travaux immobiliers de construction, de démolition, de réparation, de rénovation, d'amélioration, de transformation, d'aménagement portant sur un immeuble bâti ou non bâti (aménagements de jardins, terrassements de terrains).

Outre ces services, constituent des prestations entretenant un lien suffisamment étroit avec l'immeuble, les prestations de nettoyage d'immeuble, de gardiennage et surveillance de l'immeuble, de réparation et d'entretien de l'immeuble, etc.

En revanche, ne peuvent être considérés comme modifiant juridiquement l'immeuble et relèvent par conséquent du principe général, les prestations de conseil juridique antérieures à l'établissement d'un contrat de vente d'un bien immobilier (tendant, par exemple, à déterminer le régime fiscal applicable à l'opération envisagée ou à évaluer les conditions dans lesquelles le transfert du bien immobilier pourra se réaliser).

EXEMPLE

Une prestation de conseil pour la mise en place d'un schéma de défiscalisation ayant pour objet l'acquisition d'un bien immobilier n'est pas imposable au lieu de situation de l'immeuble dont l'acquisition est projetée.

C. LES PRESTATIONS DE TRANSPORT DE PASSAGERS (ART. 259 A, 4°, CGI)

Les prestations de transport de passagers sont situées en France **en fonction des distances parcourues en France**. Lorsqu'un transport de passagers est imposable en France pour partie, la TVA est due sur la somme correspondant au prix de cette fraction sous réserve, le cas échéant, des dispositions d'exonération en matière de transports internationaux. Sauf si le prix de cette fraction est déjà clairement identifié, la base d'imposition est déterminée en appliquant au prix du transport le rapport entre la longueur du transport exécuté en France et la longueur totale du transport.

D. LES PRESTATIONS CULTURELLES, ARTISTIQUES, SPORTIVES, SCIENTIFIQUES, ÉDUCATIVES, DE DIVERTISSEMENT OU SIMILAIRES, LEURS PRESTATIONS ACCESSOIRES AINSI QUE LEUR ORGANISATION (ART. 259 A, 5° A ET 5° BIS, CGI)

Ces prestations fournies à une personne non assujettie sont imposables en France **lorsqu'elles y sont matériellement exécutées ou y ont effectivement lieu**.

Dans les relations entre assujettis (relations « B to B »), seules les prestations de services consistant à donner accès à des manifestations culturelles, artistiques, sportives, scientifiques, éducatives, de divertissement ou similaires, telles que les foires et les expositions, ainsi que les prestations accessoires à cet accès, **demeureront taxables en France lorsque ces manifestations y auront effectivement lieu**. Les autres prestations de services relèveront de la règle générale de l'article 259, 1° du CGI.

E. LES VENTES À CONSOMMER SUR PLACE (ART. 259 A, 5°, B) ET C), CGI)

Le lieu d'imposition des **ventes à consommer sur place**, à l'exception de celles matériellement exécutées à bord de navires, d'aéronefs ou de trains au cours de la partie d'un transport de passagers effectuée à l'intérieur de l'UE **sont taxables en France lorsqu'elles y sont matériellement exécutées**. Les opérations réalisées par les hôteliers, restaurateurs, débits de boissons établis en France sont donc imposables quelle que soit la nationalité du bénéficiaire du service.

Les ventes à consommer sur place matériellement exécutées à bord de navires, d'aéronefs ou de trains sont taxables en France lorsqu'elles interviennent au cours de la partie d'un transport de passagers effectuée à l'intérieur de l'UE et que le lieu de départ du transport de passagers est situé en France.

F. LES PRESTATIONS DES AGENCES DE VOYAGES (ART. 259 A, 8°, CGI)

La prestation de services unique d'une agence de voyages est taxable en France lorsque **l'agence de voyages y a son siège économique** ou un établissement stable à partir duquel la prestation de service est rendue.

On entend par « *prestation de services unique* », la prestation réalisée par l'agence de voyages lorsqu'elle agit, en son nom propre, à l'égard du client et utilise, pour la réalisation du voyage, des livraisons de biens et des prestations de services d'autres assujettis.

II. LES DÉROGATIONS À LA RÈGLE GÉNÉRALE RÉGISSANT LE LIEU DES PRESTATIONS DE SERVICES FOURNIES À DES PERSONNES NON ASSUJETTIES

Par dérogation à la règle générale, la détermination du lieu d'imposition des prestations de services suivantes **fournies à des personnes non assujetties** s'effectue en fonction d'autres critères que celui du lieu d'établissement du prestataire.

A. LES PRESTATIONS DE TRANSPORT INTRACOMMUNAUTAIRE DE BIENS (ART. 259 A, 3°, CGI)

Le lieu d'une **prestation de transport intracommunautaire de biens** fournie à des personnes non assujetties (relation « B to C ») est en France lorsque **le lieu de départ du transport y est situé**.

Tout transport de biens dont le lieu de départ et le lieu d'arrivée sont situés dans deux États membres différents est considéré comme « *transport intracommunautaire de biens* ».

REMARQUE

Lorsque la **prestation de transport intracommunautaire de biens est réalisée entre deux entreprises assujetties** (relation « B to B »), la TVA afférente à la prestation de transport est due dans le pays du client (c'est-à-dire celui qui a contracté avec le transporteur et qui peut donc être indifféremment l'expéditeur ou le destinataire).

Les **transports nationaux précédant ou faisant suite à un transport intracommunautaire** (transport destiné à acheminer un bien vers une plate-forme de groupage ou une plate-forme d'éclatement situées en France jusqu'à son acquéreur) ne sont plus assimilés à des transports intracommunautaires. De tels transports sont en effet visés à l'article 259 A, 4° du CGI et sont taxables en France, en fonction des distances parcourues.

B. LES PRESTATIONS DE TRANSPORT DE BIENS AUTRES QUE LES TRANSPORTS INTRACOMMUNAUTAIRES DE BIENS (ART. 259 A, 4°, CGI)

Sous réserve des dispositions prévues en matière de transports internationaux, les prestations de transport de biens autres qu'intracommunautaires sont imposées en France en fonction des distances parcourues en France.

EXEMPLE

Un transport de biens est réalisé entre un État membre de l'UE et un pays tiers à l'UE, en passant par la France. Ce transport n'est pas un transport intracommunautaire. Cela étant, sous réserve le cas échéant des exonérations applicables aux transports internationaux, la partie du transport de biens réalisée en France est soumise à la TVA en France.

C. LES PRESTATIONS ACCESSOIRES AU TRANSPORT (ART. 259 A, 6°, A, CGI)

Les prestations accessoires aux transports de tous types (national, intracommunautaire...) rendues à des personnes non assujetties **sont imposables en France lorsqu'elles y sont matériellement exécutées**.

Sont visés le chargement, le déchargement, la manutention et les activités similaires.

D. LES TRAVAUX ET EXPERTISES PORTANT SUR DES BIENS MEUBLES CORPORELS (ART. 259 A, 6° B, CGI)

Les expertises et les travaux portant sur des biens meubles corporels, y compris les opérations de travail à façon, qui sont réalisées pour des personnes non assujetties, sont imposables en France **lorsqu'elles y sont matériellement exécutées**.

EXEMPLE

Est taxable en France la réparation en France sur le véhicule automobile de M. Court domicilié dans un autre État membre, au cours de ses vacances en France.

Dans le cadre des expertises réalisées à la suite d'un sinistre ayant entraîné des dégradations sur des biens meubles corporels, il faut distinguer :

- **le cas où l'expert procède à des constatations matérielles sur le bien meuble corporel** et dans lequel le lieu de ces prestations est situé en France si la constatation matérielle des dommages subis est matériellement exécutée en France ;
- **du cas où l'expert ne procède pas à des constatations matérielles sur le bien meuble corporel** (ces prestations sont alors soumises au régime d'imposition résultant de l'application de l'article 259, 2° sauf lorsqu'elles sont rendues à des personnes non assujetties établies hors de l'UE).

E. LES PRESTATIONS D'INTERMÉDIATION AU NOM ET POUR LE COMPTE D'AUTRUI (ART. 259 A, 7°, CGI)

Le lieu des prestations des intermédiaires qui interviennent au nom et pour le compte de leur client non assujetti est situé en France lorsque le lieu de l'opération principale (livraisons de biens ou prestations de services) est situé en France.

Les prestations réalisées par les intermédiaires « opaques » ne sont pas concernées par ces dispositions.

EXEMPLES

1. Un intermédiaire intervient au nom et pour le compte de Mme Yolande auprès d'un transporteur pour réaliser le déménagement de Mme Yolande depuis la France vers un pays hors de l'UE. La prestation de transport de biens réalisée par le transporteur est taxable en France en fonction de la distance qui y est parcourue (art. 259 A, 4°, CGI). La prestation d'intermédiation est également taxable en France dans la même proportion.
2. Un intermédiaire intervient au nom et pour le compte de Mme Zophie auprès d'un transporteur pour réaliser le déménagement de Mme Zophie de France vers un autre État membre de l'UE. La prestation de transport de biens qui est réalisée par le transporteur est un transport intra-communautaire taxable en France (art. 259 A, 3°, CGI). La prestation d'intermédiation est également taxable en France dès lors que le lieu de départ du transport y est situé. Par ailleurs, pour la détermination du lieu d'une activité d'intermédiaire, il est indifférent que l'opération principale soit soumise à la TVA ou qu'il s'agisse d'une opération non imposable (CJCE, 27 mai 2004, C-68/03). Le lieu de l'opération principale est déterminé selon les critères retenus pour les opérations de même nature situées dans le champ d'application à la TVA.
3. Un intermédiaire intervient au nom et pour le compte de M. Xavier qui souhaite vendre en France son ancien mobilier à d'autres particuliers. Bien que la livraison du mobilier n'entre pas dans le champ d'application de la TVA et que M. Xavier n'ait pas la qualité d'assujetti, la prestation d'intermédiaire est soumise à la TVA en France, lieu où se situe la livraison du mobilier.

F. LES PRESTATIONS DE SERVICES IMMATÉRIELLES (ART. 259 B, CGI)

Le lieu de certaines prestations est réputé ne pas se situer en France lorsque le preneur non assujetti est établi ou domicilié hors de l'UE, c'est-à-dire lorsqu'elles sont fournies à une personne non assujettie (particulier, personne morale non assujettie et non identifiée à la TVA, assujetti qui acquiert des services pour ses besoins privés ou ceux de son personnel) qui n'est pas établie ou n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre de l'UE.

En revanche, elles sont imposables en France si le preneur non assujetti est établi ou domicilié ou a sa résidence habituelle dans un autre État membre de l'UE et que le prestataire est établi ou domicilié en France (art. 259, 2°, CGI).

Sont visées par ces dispositions :

- **Cession et concession de droit d'auteurs, de brevets, de droits de licences, de marques de fabrique et de commerce et d'autres droits similaires** (par exemple concession de droits d'utilisation d'un logiciel spécifique, spécialement adapté aux besoins du preneur, consentie au profit d'un preneur particulier).
- **Locations de biens meubles corporels** autres que des moyens de transport : pour ce qui concerne les **locations de matériels de transport** (autres que des moyens de transports), tels que les conteneurs, il est admis qu'elles soient exonérées lorsque les matériels sont destinés exclusivement à un trafic international (c'est notamment le cas pour les matériels utilisés dans les déménagements internationaux, étant précisé que la prestation de déménagement à destination de pays ou territoires tiers est exonérée de la TVA et que lorsque le déménagement s'effectue de pays ou territoires tiers vers la France, l'imposition s'applique à la fraction du prix correspondant au transport effectué sur le territoire national et aux opérations de déballage et de mise en place réalisées à destination).

- **Prestations de publicité** : constituent des prestations de publicité toutes les opérations quels qu'en soient les auteurs (une prestation de publicité n'est pas nécessairement réalisée par un professionnel de la publicité), la nature ou la forme – dont l'objet est de transmettre un message destiné à informer le public de l'existence et des qualités d'un bien ou d'un service dans le but d'en augmenter les ventes, ou qui font indissociablement partie d'une campagne publicitaire¹⁵.

EXEMPLE

Une organisation internationale non gouvernementale de lutte contre la faim établie hors de l'UE, n'ayant ni la qualité d'assujetti ni de numéro d'identification à la TVA dans l'UE, fait appel à une entreprise établie en France pour élaborer à destination de la France une campagne d'information sur ses missions et d'appel aux dons. Cette prestation de publicité n'est pas soumise à la TVA en France.

- **Prestations des conseillers**, ce qui inclut les avocats, ingénieurs, bureaux d'études dans tous les domaines, prestations des experts-comptables (le fait que l'activité soit exercée à titre principal ou non ainsi que le caractère permanent ou occasionnel de la prestation est sans importance).
- **Traitement de données et fournitures d'information** (travaux de traduction de documents juridiques, commerciaux ou autres ainsi que fourniture des noms et adresses de personnes figurant sur son fichier).
- **Opérations bancaires, financières et d'assurance ou de réassurance**, à l'exception de la location de coffres-forts qui constituent des services se rattachant à un immeuble.
- **Mise à disposition de personnel** (sont visées ici les mises à disposition de personnel réalisées pour le compte d'un preneur non assujetti établi hors de l'UE).
- **Obligation de ne pas exercer, même à titre partiel, une activité professionnelle ou un droit** mentionné dans cette liste.
- **Prestations de télécommunication** (sont notamment assimilées à une prestation de télécommunication : la vente de télécartes téléphoniques, la mise à disposition d'un réseau de téléphonie, les abonnements téléphoniques et Internet, etc.).
- **Services de radiodiffusion et de télévision**.
- **Services fournis par voie électronique** (voir art. 259 D, CGI).
- **Accès aux réseaux de transport et de distribution d'électricité ou de gaz naturel**, acheminement par ces réseaux et tous les autres services qui lui sont directement liés.

REMARQUE

Tableau récapitulatif sur le lieu d'imposition des prestations immatérielles visées à l'article 259 B du CGI

Lieu d'établissement du preneur	Lieu d'établissement du prestataire			
	France	AEM de l'UE	Pays tiers	
			Service non utilisé en France	Service utilisé en France
France	France	État membre où le prestataire est établi	Pays tiers	France
AEM				
Pays tiers	Pays tiers			

AEM de l'UE : Autre état membre de l'UE (État de l'UE autre que la France)

Pays tiers : État hors UE

Attention : ce tableau présente le principe général : il existe des exceptions notamment liées aux services électroniques, aux organisations internationales, etc.

15. En revanche, les opérations qui n'ont pas une action de promotion directe ou indirecte d'un bien ou d'un service ne constituent pas des prestations de publicité (recherche des ordres publicitaires ou des supports de publicité pour le compte des exploitants, etc.).

G. LES SERVICES FOURNIS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE (ART. 259 D, CGI)

Les **prestations de services fournis par voie électronique**¹⁶ réalisées par des assujettis non établis dans l'UE sont réputées se situer en France lorsqu'elles sont réalisées **au profit de preneurs non assujettis qui sont établis ou ont leur domicile ou leur résidence habituelle en France**.

REMARQUE

Pour information, ces dispositions sont applicables jusqu'au 31 décembre 2014. À compter du 1^{er} janvier 2015, les services fournis par voie électronique seront taxables en France lorsque le preneur est une personne non assujettie qui y sera établie ou y aura son domicile ou sa résidence habituelle quel que soit le lieu d'établissement du prestataire (France, autre État membre de l'UE ou pays ou territoire exclu de l'UE).

H. LES PRESTATIONS DÉSIGNÉES À L'ARTICLE 259 C DU CGI

1. La nature des services visés

Pour les services autres que ceux visés aux articles 259 A et 259 D, le lieu des prestations de services est réputé situé en France lorsque :

- elles sont fournies à des personnes non assujetties établies ou domiciliées ou ont leur résidence habituelle en France ou dans un autre État membre de l'UE ;
- et elles sont effectuées par un prestataire qui a établi le siège de son activité économique (ou qui dispose d'un établissement stable à partir duquel les services sont fournis) en dehors de l'UE, ou qui, à défaut d'une telle situation, a son domicile ou sa résidence habituelle en dehors de l'UE ;
- et que les services sont effectivement utilisés ou exploités en France.

Tableau récapitulatif

	Lieu d'établissement du prestataire	Lieu d'établissement du preneur non assujetti	Lieu de taxation
Art. 259-2° et 259 C	France	France ou État CE	France
		Pays tiers	France ⁽¹⁾
	État CE	France	État CE
	Pays tiers	France ou État CE et service utilisé en France	France
		France ou État CE et service non utilisé en France	Pas de taxation en France

(1) Sous réserve des dispositions de l'article 259 B.

État CE : désigne un État de l'UE autre que la France.

Pays tiers : pays n'appartenant pas à l'UE et territoire d'un État membre exclu du territoire de l'UE (art. 256-0, CGI).

Preneur : client direct du prestataire.

2. La notion d'« utilisation » ou d'« exploitations effectives »

Les critères d'utilisation ou d'exploitation effectives tiennent compte de la nature de chaque service visé par les dispositions de l'article 259 C et des conditions dans lesquelles celui-ci est utilisé ou exploité. L'analyse doit donc être effectuée au cas par cas.

16. Ainsi que les services de télécommunication, de radiodiffusion et de télévision.

EXEMPLES

1. Les prestations de publicité sont situées en France sur le fondement de l'article 259 C du CGI lorsque l'endroit à partir duquel sont diffusés les messages publicitaires au public cible est situé en France, c'est-à-dire, notamment dans le cadre d'une campagne publicitaire par voie d'affichage, si les panneaux publicitaires sont situés en France, ou dans le cadre d'une campagne de presse si le média écrit est diffusé à titre principal en France, ou encore dans le cadre d'une campagne audiovisuelle, si le média émet à destination du public français. Le fait que le média puisse être reçu au-delà de la France est sans incidence lorsque le public cible est effectivement situé en France (CJCE, 19 févr. 2009, aff. C-1/08).

2. Les locations de moyens de transport sont réputées être utilisées ou exploitées en France à proportion des distances qui y sont parcourues. Afin d'apprécier ces éléments, le prestataire doit obtenir les informations nécessaires du preneur et en vérifier l'exactitude au moyen, le cas échéant, des dispositifs de localisation dont serait équipé le moyen de transport loué et qui permettent d'en déterminer la position géographique. À défaut de pouvoir établir de manière précise la proportion de l'utilisation en France sur la base de ces éléments, les véhicules dont l'immatriculation en France est imposée par la réglementation nationale en vigueur sont présumés faire l'objet d'une utilisation ou exploitation effective en France.

3. Les prestations de télécommunication fournies au moyen d'une ligne fixe, sont réputées effectivement utilisées en France lorsque le téléphone du bénéficiaire qui émet la communication s'y trouve. Dans le cas d'un téléphone mobile, l'utilisation ou l'exploitation effective sont présumées avoir lieu en France lorsque la carte SIM y a été délivrée, sauf à ce que des éléments permettent d'établir que l'appel a été émis à partir d'un autre endroit.

4. Le lieu d'utilisation ou d'exploitation effectives des services de radiodiffusion et de télévision, qui permettent au preneur de regarder la télévision ou d'écouter la radio est réputé se situer en France lorsque les appareils du bénéficiaire permettant de recevoir ces services y sont situés, ce qui dans de nombreux cas correspond au lieu d'un immeuble où l'accès à ces services est fourni.

5. Les services de télévision par satellite fournis dans la résidence secondaire située en France d'un vacancier ayant son domicile habituel dans un autre État membre de l'UE que la France, par un opérateur établi dans un pays tiers à l'UE sont imposables en France dès lors que le point de connexion aux services de télévision est situé en France.

I. LES CAS PARTICULIERS DES PRESTATIONS DE SERVICES RENDUES À DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ÉTABLIES DANS UN ÉTAT MEMBRE DE L'UE AUTRE QUE LA FRANCE

Les prestations de services rendues à une **organisation internationale établie dans un autre État membre de l'UE**, sans y être assujettie sont normalement soumises à la TVA française lorsqu'elles sont situées en France en application des règles de territorialité.

Toutefois, certaines prestations de services dont le lieu d'imposition est situé en France ne sont pas soumises à la TVA sous réserve de satisfaire aux conditions suivantes :

- il doit s'agir de prestations de services désignées à l'article 259 B du CGI ;
- ces prestations doivent être fournies par une entreprise française à une organisation internationale établie dans un État membre de l'UE autre que la France et n'y étant pas assujettie à la TVA ;
- les textes ou les accords internationaux concernant l'organisation doivent faire obligation à la France d'assurer l'effacement de l'incidence de la TVA (déc. Min., 29 juil. 1980).

Les prestations en cause ouvrent néanmoins droit à déduction pour le prestataire.

SECTION 3. LA TERRITORIALITÉ DES PRESTATIONS DE SERVICES DANS LE CADRE DE RELATIONS AVEC LES DÉPARTEMENTS D'OUTRE-MER (DOM)

Dès lors qu'en matière de prestations de service, les DOM ne sont pas considérés en droit interne comme des territoires tiers, il y a lieu de distinguer les relations entre les DOM et la métropole ou les DOM entre eux, d'une part, et entre les DOM et les autres pays, d'autre part.

SECTION 4. LES TRANSPORTS INTERNATIONAUX ET LA TVA

Des règles différentes s'appliquent aux transports de marchandises (I) et aux transports de voyageurs (II).

I. LES TRANSPORTS INTERNATIONAUX DE MARCHANDISES

A. LES TRANSPORTS AFFÉRENTS AUX EXPORTATIONS

Les **transports afférents aux exportations** sont exonérés de TVA. Cette exonération couvre les transports d'approche effectués à l'intérieur de l'UE, en vue d'acheminer les biens à l'extérieur de celle-ci.

EXEMPLE

Une entreprise française confie à un transporteur français le transport de Paris à Gênes de marchandises qu'elle exporte en Asie. Ce transport d'approche intracommunautaire est exonéré si le transporteur peut justifier de l'exportation des marchandises transportées.

La preuve de la destination des biens peut résulter du compte rendu de voyage visé par la douane, d'une attestation du donneur d'ordre ou de tout autre document établissant cette destination.

B. LES TRANSPORTS AFFÉRENTS AUX IMPORTATIONS

Les **transports à l'importation** sont exonérés pour éviter une double imposition. En effet, le transport des biens jusqu'à leur premier lieu de destination est compris dans la base d'imposition à l'importation des biens.

Les **transports ultérieurs sont imposés**, sauf si la marchandise est placée ou destinée à être placée sous un régime suspensif.

II. LES TRANSPORTS INTERNATIONAUX DE VOYAGEURS

Sont exonérés de la TVA :

- les transports aériens ou maritimes de voyageurs en provenance ou à destination de l'étranger ou des DOM-TOM ;
- les transports ferroviaires de voyageurs en provenance et à destination de l'étranger (transit) ;
- les transports ferroviaires de voyageurs effectués par les trains internationaux (liaison Paris-Londres « Eurostar », liaison Paris-Brussels « Thalys », etc.) ;
- les transports effectués dans le cadre de la liaison fixe transmanche ;
- les transports par route de voyageurs de nationalité étrangère ou résidant à l'étranger, en provenance et à destination de l'étranger (transit), circulant en groupe d'au moins 10 personnes.

Les autres transports de voyageurs sont soumis à la TVA sur la partie française du parcours.

CHAPITRE 4. LES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES

SECTION 1. LES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES AYANT EN FRANCE LE SIÈGE DE LEUR ACTIVITÉ

Ces entreprises doivent acquitter la TVA dans les mêmes conditions que les entreprises françaises exerçant une activité identique imposable en France. Ce régime s'applique, notamment :

- aux entreprises ou personnes étrangères dont le siège de l'activité est situé en France ;
- aux succursales d'entreprises étrangères établies en France et, plus généralement, à tout établissement de vente en France appartenant à une firme étrangère ;
- aux personnes étrangères qui ont établi en France leur domicile ou leur résidence habituelle et y réalisent des opérations imposables.

Ce régime s'applique également aux intermédiaires. Il s'agit des intermédiaires agissant en France pour le compte d'entreprises étrangères et qui prennent une part active à l'exécution de la vente de biens ou la réalisation de prestations de services imposables (art. 266, 1, b, CGI) :

- commissionnaires et autres mandataires qui concluent les contrats de vente avec les clients des firmes étrangères pour le compte de celles-ci ou qui participent à l'exécution de services imposables rendus par ces firmes ;
- représentants des entreprises étrangères qui soumettent ces marchandises au choix des acheteurs et réexportent les produits non retenus ;
- dépositaires qui assurent les livraisons suivant les instructions des entreprises étrangères.

SECTION 2. LES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES N'AYANT PAS EN FRANCE LE SIÈGE DE LEUR ACTIVITÉ

Si elles n'ont en France ni siège, ni établissement stable, ni domicile, ni résidence habituelle, mais y réalisent des opérations dont le lieu d'imposition est situé en France :

- ces entreprises, **lorsqu'elles sont établies hors de l'UE**, doivent désigner un représentant fiscal qui effectue les déclarations et acquitte la taxe en leur lieu et place ; cependant, cette obligation ne s'applique pas aux personnes établies dans un État non membre de l'UE avec lequel la France dispose d'un instrument juridique relatif à l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances fiscales, à la coopération administrative et à la lutte contre la fraude dans le domaine de la TVA (art. 289 A, CGI) ;
- si ces **entreprises sont établies dans un autre État membre de l'UE**, elle n'a ni l'obligation ni la possibilité de désigner un représentant fiscal : elles doivent s'identifier à la TVA, déclarer les opérations imposables réalisées en France et acquitter la TVA ; elles peuvent désigner un mandataire.

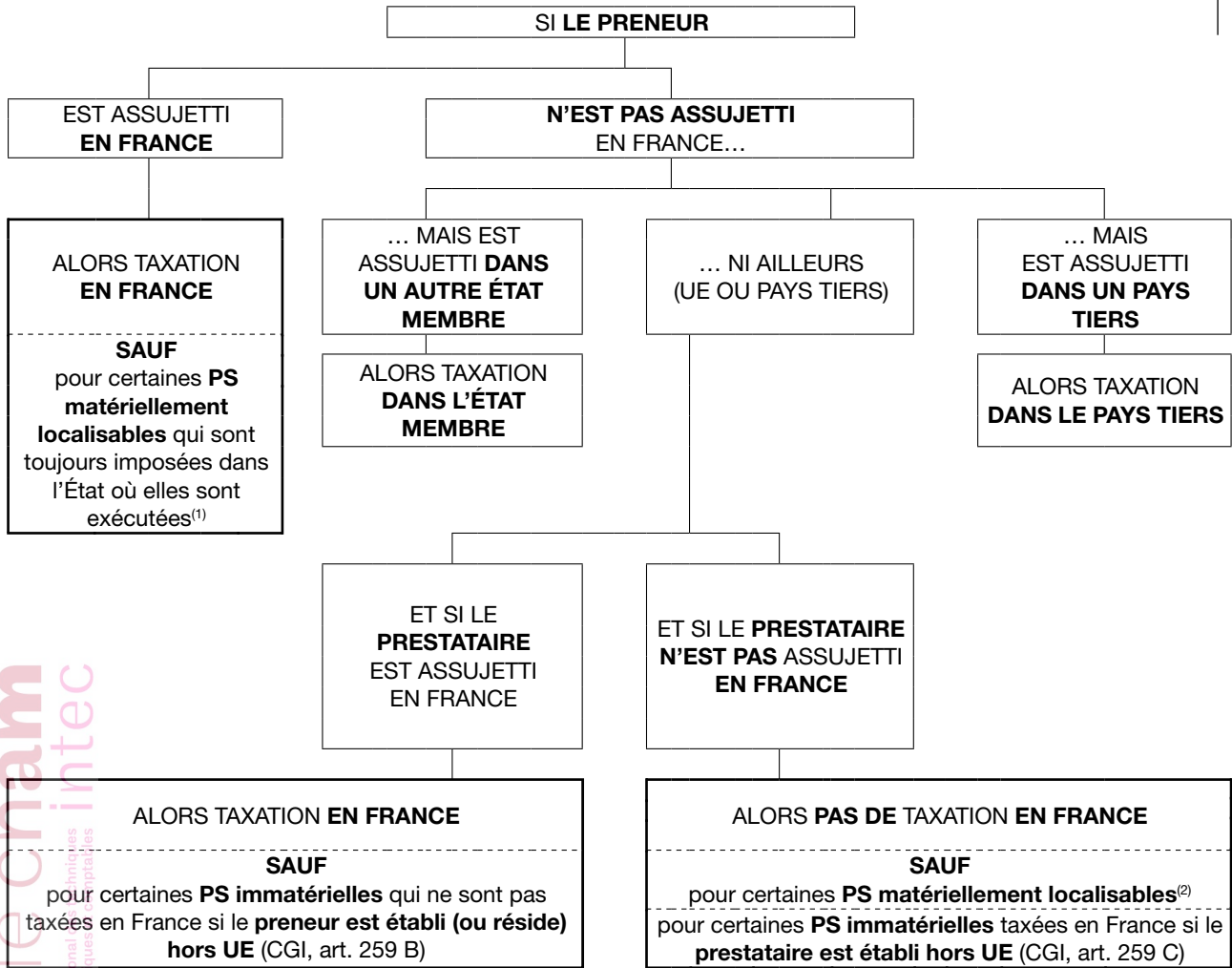
■ Pour vous entraîner, faites les exercices autocorrigés en fin de série.

ANNEXE TABLEAUX RÉCAPITULATIFS SUR LE LIEU DE TAXATION À LA TVA

Tableau 1 : Opérations portant sur des biens

Opérations dont le lieu de départ est la France				
Lieu de départ : France	Le lieu de destination du bien est...			
	... en France	... dans un autre État de l'UE...		... dans un État tiers à l'UE
		... à un preneur non assujetti (ou à une PBRD dans son État).	... à un preneur assujetti (ou à une personne morale non assujettie).	
Qualification de l'opération	Opération interne	Livraison intracommunautaire		Exportation
Régime fiscal	Soumise à la TVA française	Soumise à la TVA française (sans autoliquidation)	Exonération de TVA française	Exonération de TVA française
Exceptions		Ventes à distance⁽¹⁾ : <ul style="list-style-type: none"> TVA du pays de l'acquéreur si le montant des ventes à distance > au seuil retenu par l'État de destination ; TVA française si le montant des ventes à distance ≤ au seuil retenu par l'État de destination. 		
Opérations dont le lieu d'arrivée est la France				
Lieu d'arrivée : France	Le lieu de départ du bien est...			
	... en France	... dans un autre État de l'UE		... dans un État tiers à l'UE
		Acquisition par une entreprise assujettie	Acquisition par une entreprise non assujettie	
Qualification de l'opération	Opération interne	Acquisition intracommunautaire		Importation
Régime fiscal	Application de la TVA française	Application de la TVA française (avec autoliquidation)	Exonération de la TVA française	Application de la TVA française
Exceptions		<ul style="list-style-type: none"> Personnes morales non assujetties à raison des opérations qu'elles réalisent (administrations publiques par exemple). Assujettis qui ne réalisent que des opérations n'ouvrant pas droit à déduction de TVA (bénéficiaires de la franchise en base par exemple). Exploitants agricoles relevant du remboursement forfaitaire de TVA. 	<ul style="list-style-type: none"> PBRD : <ul style="list-style-type: none"> si achats ≤ 10 000 € : TVA du pays du vendeur ; si achats > 10 000 € : TVA française. Ventes à distance à une PBRD : <ul style="list-style-type: none"> TVA française si ventes à distance > 100 000 € (taxation dans l'État d'arrivée des biens) ; TVA du pays du vendeur (taxation dans l'État de départ des biens) si ventes à distance ≤ 100 000 € Moyens de transports neufs. 	

(1) Dans les **ventes à distance** l'acquéreur est un particulier (personne physique non assujettie) ou une PBRD.



	Le PRENEUR réside (ou est établi) en France et...		Le PRENEUR réside (ou est établi) hors de France et...	
	... est assujetti	... est non assujetti	... est assujetti	... est non assujetti
Le PRESTATAIRE est établi en France	L'opération est taxable en France. Le redevable légal est le PRESTATAIRE (opération interne relevant du régime de droit commun)		L'opération est taxable dans le pays du preneur. Le redevable légal est le PRENEUR (autoliquidation dans le pays du preneur)	L'opération est taxable en France. Le redevable légal est le PRESTATAIRE
Le PRESTATAIRE est établi hors de France	L'opération est taxable en France. Le redevable légal est le PRENEUR (autoliquidation CGI, art. 283, 2)	L'opération est taxable dans le pays du prestataire. Le redevable légal est le PRESTATAIRE	Opération non taxable en France.	

Synthèse de la partie 6

L'IS et la TVA connaissent des régimes bien distincts.

I. Les règles en matière d'IS

Le système français est marqué par le **principe de territorialité** : l'IS français ne frappe que les bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France et ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale.

L'expression « **entreprise exploitée en France** » n'est pas définie par la loi. Il résulte de la jurisprudence que celle-ci peut renvoyer à une activité exercée dans le cadre d'un établissement autonome, par l'intermédiaire de représentant dépendant, ou encore, résulter de la réalisation d'opérations formant un cycle commercial complet détachable.

Des **exceptions** au principe de territorialité sont motivées tantôt par le souci d'améliorer la compétitivité des entreprises françaises, tantôt par le souci de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscales (art. 209, CGI, prix de transfert, etc.), tantôt par des objectifs précis (quartiers généraux des entreprises multinationales, etc.).

En présence d'une situation internationale, nous étudierons non seulement les règles internes mais aussi les **conventions fiscales** : chaque pays adopte son propre système d'imposition (système mondial ou territorial) ; pour éliminer la double imposition, les États concluent des conventions fiscales ayant également pour objectif de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

En matière d'IS, afin de répartir le droit d'imposer entre les États signataires, les conventions fiscales font appel à la notion d'« **établissement stable** ». Les bénéfices d'un établissement stable ne sont imposables, en règle générale, que dans l'État où celui-ci est situé.

En principe, lorsque les bénéfices ne sont pas imposés en France, les déficits n'y sont pas imputables. Il en résulte qu'il est important de procéder à une ventilation des profits et charges rattachables d'une part à la France et d'autre part, à l'étranger.

Lorsque la convention permet un partage des pouvoirs d'imposition au titre d'un même revenu, elle prévoit généralement aussi un mécanisme permettant d'**éliminer la double imposition** (ainsi, par exemple, en matière de dividendes, les conventions peuvent prévoir le bénéfice d'un crédit d'impôt égal à l'imposition prélevée à l'étranger, généralement limité à l'impôt français afférent à ce dividende).

II. Les règles en matière de TVA

Les règles applicables diffèrent selon qu'il s'agit d'une opération portant sur des biens meubles corporels ou sur des prestations de services.

A. Les opérations portant sur des biens meubles corporels

Il existe trois types de territoires : le territoire national, les États membres de l'UE et les territoires et pays tiers à l'UE. Cela entraîne la distinction entre les échanges internes, internationaux (exportations et importations) et intracommunautaires (livraisons et acquisitions intracommunautaires).

En général, et si certaines conditions sont respectées, les exportations sont exonérées de TVA française alors que les importations sont soumises à la TVA française.

De même, les livraisons intracommunautaires sont généralement exonérées de TVA française alors que les acquisitions sont soumises à la TVA française.

Cependant, des régimes particuliers sont prévus concernant les ventes à distance, l'acquisition d'un moyen de transport neuf, les opérations triangulaires et les PBRD, etc.

B. Les opérations portant sur des prestations de services

En principe, les services sont imposés dans l'État membre de consommation, c'est-à-dire dans l'État de résidence du preneur. Mais, pour tenir compte du cas des preneurs non assujettis, il convient de distinguer deux situations :

- dans les **relations dites « B to B »**, le lieu d'imposition est situé au lieu d'établissement du preneur, quel que soit le lieu d'établissement du prestataire ;
- dans les **relations dites « B to C »**, le lieu d'imposition est le lieu d'établissement du prestataire.

Ce principe général est aménagé, dans certains cas, afin de prendre en compte d'autres critères pour déterminer le lieu d'imposition de ces services. Ces dérogations sont :

- tantôt communs aux relations « B to B » et « B to C » (fournis à des assujettis ou non) : location de moyens de transport de courte durée, services attachés à un immeuble, prestations culturelles, etc. ;
- tantôt applicables uniquement aux relations « B to C » (services fournis aux non assujettis) : prestations de transport intracommunautaire de biens, prestations de services immatérielles, etc.

LE FINANCEMENT DE L'ENTREPRISE

Partie rédigée par Tahar MABROUK, Sophie SABATHIER et Haiying WANG-FOUCHER

Pour financer son activité et son développement, la société dispose de multiples instruments, qui peuvent résulter du recours à des investisseurs identifiés (titre 1) ou de l'appel à des investisseurs anonymes (titre 2).

TITRE 1. LE RECOURS À DES INVESTISSEURS IDENTIFIÉS

La société peut augmenter son capital social (chapitre 1) ou solliciter de son banquier un prêt (chapitre 3). Le financement par l'emprunt non bancaire peut également être envisagé (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LE FINANCEMENT PAR APPORT EN CAPITAL SOCIAL

Nous exposerons les opérations portant sur le capital social (section 1), avant d'analyser la portée des différents pactes d'actionnaires (section 2).

SECTION 1. LES OPÉRATIONS SUR LE CAPITAL SOCIAL

Pour développer son activité, l'entreprise sociétaire peut procéder à l'**augmentation de son capital**. Elle peut également envisager une **réduction de capital** qui, généralement motivée par des pertes, peut ne pas être motivée par des pertes.

Nous traiterons de ces différentes opérations dans le cadre de la SA (I). Nous exposerons ensuite brièvement les règles relatives aux opérations sur le capital dans les sociétés autres que les SA (II).

I. LE RÉGIME JURIDIQUE ET FISCAL DES OPÉRATIONS SUR LE CAPITAL DANS LES SA

A. L'AUGMENTATION DE CAPITAL DANS LES SA

L'augmentation de capital est une opération de restructuration financière représentant une augmentation des fonds propres de la société et par là, de ses capacités d'emprunt.

1. L'aspect juridique de l'augmentation de capital

a. Le processus de l'opération

De façon générale, la procédure d'augmentation de capital impose plusieurs étapes :

- **Première étape** : la décision de modification des statuts

La décision de l'augmentation de capital suppose une décision de l'AGE. Deux réunions de l'assemblée sont nécessaires, la première pour décider de l'augmentation, la deuxième pour procéder à sa réalisation.

L'augmentation de capital doit être réalisée dans le délai de 5 ans à compter de la décision de l'assemblée ou de la délégation¹⁷. Ce délai ne s'applique pas aux augmentations à réaliser à la suite de l'exercice d'un droit attaché à une valeur mobilière donnant accès au capital ou à la suite des levées d'options de souscriptions d'actions.

- **Deuxième étape** : la souscription du capital

- **Troisième étape** : la libération du capital souscrit

REMARQUES

Remarque n° 1 : Dans les sociétés à capital variable

Certaines sociétés, à capital variable, peuvent cependant augmenter leur capital sans recourir à l'AGE. En effet, lorsque cette augmentation concerne le capital souscrit, elle ne représente en règle générale qu'une mise en œuvre de la clause de variabilité du capital.

Remarque n° 2 : Délégation

Dans la SA, l'AGE est seule compétente pour décider une augmentation de capital. Cependant, l'AGE peut déléguer cette compétence au conseil d'administration ou au directoire. En cas de délégation de la compétence de l'augmentation de capital, l'AGE fixe la durée, qui ne peut excéder 26 mois, durant laquelle cette délégation peut être utilisée, et le plafond global de cette augmentation. Dans la limite de la délégation donnée par l'AGE, le conseil d'administration ou le directoire dispose des pouvoirs nécessaires pour fixer les conditions d'émission, constater la réalisation de l'augmentation de capital qui en résulte et procéder à la modification corrélative des statuts (art. L. 225-129, et L. 225-129-2, C. com.).

Remarque n° 3 : Concernant les sociétés cotées

Dans les SA dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le conseil d'administration peut, dans les limites qu'il aura préalablement fixées, subdéléguer au directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués, le pouvoir de décider la réalisation de l'émission. Il en va de même du directoire qui peut déléguer à son président ou, en accord avec celui-ci, à l'un de ses membres le pouvoir de décider la réalisation de l'émission (art. L. 225-129-4, C. com.)¹⁸. Ces délégations obligent le Conseil d'administration ou le directoire à établir un rapport complémentaire à l'AGO suivante (art. L. 225-129-5, C. com.).

b. Les modalités de l'augmentation de capital

Les modalités des augmentations de capital diffèrent selon que des apports nouveaux sont réalisés ou que des sommes déjà détenues par la société sont intégrées dans le capital social. Les apports nouveaux peuvent correspondre à du numéraire ou à un actif (immeuble, brevet, etc.).

17. Il ne faut pas confondre le délai de 26 mois durant lequel la délégation d'augmenter le capital peut être utilisée et celui de 5 ans pour la réalisation effective de l'opération.

18. Le texte s'applique également aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations (dit « **SMN organisé** »).

➡ *L'augmentation de capital par apports nouveaux en numéraire*

Cette augmentation est généralement plus avantageuse que le recours à des emprunts car elle augmente les fonds propres et permet de ne pas verser des intérêts.

Conditions de l'opération

Le capital doit être entièrement libéré avant toute émission d'actions nouvelles.

Si une augmentation de capital par offre au public est réalisée moins de 2 ans après la constitution de la société, il est procédé à une vérification de l'actif et du passif ainsi que, le cas échéant, des avantages particuliers (art. L. 225-131, C. com.).

Modalités de l'émission

Les modalités de l'augmentation sont fixées par l'AGE elle-même.

L'AGE détermine notamment le **montant de l'émission** et par voie de conséquence le nombre d'actions nouvelles qui doivent être émises. Les titres de capitaux nouveaux sont émis soit à un montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission.

REMARQUE

Prime d'émission

La prime d'émission correspond généralement à la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle des actions, et tient donc compte des plus-values latentes et des réserves accumulées. C'est une sorte de droit d'entrée, destinée à compenser la différence de valeur avant et après l'augmentation. La prime d'émission doit être intégralement payée dès la souscription (art. L. 225-144, C. com.).

EXEMPLE

Une société au capital de 1 000 000 € divisé en 10 000 actions de 100 €. Les réserves constituées sont évaluées à 500 000 €.

La valeur vénale de chaque action avant toute augmentation de capital est de :
 $(1\,000\,000 + 500\,000) / 10\,000 = 150 \text{ €}$

Si l'augmentation du capital est de 1 000 000 €, celle-ci correspondrait à 10 000 actions de 100 €.

La valeur vénale de chaque action après l'augmentation sera de :
 $(1\,000\,000 \text{ €} + 500\,000 \text{ €} + 1\,000\,000 \text{ €}) / 20\,000 = 125 \text{ €}$

Dans ce cas de figure, les anciens actionnaires perdraient 25 € par action.

Le versement d'une prime d'émission de 50 € permettra d'égaliser les droits des actionnaires car la valeur théorique des actions après augmentation sera de :
 $(1\,000\,000 + 500\,000 + 1\,000\,000 + (10\,000 \times 50 \text{ €})) / 20\,000 = 150 \text{ €}$

Droit préférentiel de souscription (DPS) (art. L. 225-132, C. com.)

Toute augmentation de capital en numéraire ouvre aux anciens actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, un DPS des actions nouvelles. Ils peuvent ainsi conserver leur niveau de participation, voire l'accroître si d'autres actionnaires n'exercent pas leurs droits. Ce droit permet de maintenir l'équilibre entre les anciens actionnaires, du moment que ceux-ci entendent souscrire à l'augmentation.

REMARQUES

Remarque n° 1 : DPS dans une SARL

Dans une SARL, un DPS ne peut résulter au profit des associés que d'une stipulation statutaire ou d'une décision particulière de l'assemblée.

Remarque n° 2 : DPS et actions de préférence

Les **actions de préférence sans droit de vote** sont privées de DPS pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires statutaires (art. L. 228-11, C. com.). En revanche, les titulaires d'actions de préférence **avec** droit de vote bénéficient du DPS (lettre Min. jus. au président de la CNCC : Bull. CNCC, n° 166, p. 304).

Le DPS est représenté par un coupon, qui sera détaché du titre au moment de la souscription. Il a une valeur propre et il est négociable comme une valeur mobilière.

Les actionnaires doivent exercer leur DPS dans un délai d'au moins 5 jours de Bourse à partir de l'ouverture de la souscription (art. L. 225-141, C. com.).

Si certains actionnaires n'exercent pas leur droit et ne souscrivent pas, l'assemblée peut prévoir une souscription à titre réductible, où les volontaires se partagent les titres non souscrits (art. L. 225-133, C. com.).

L'assemblée qui décide ou autorise une augmentation de capital peut **supprimer le DPS** pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation. Elle statue sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire (art. L. 225-135 C. com.). Tel est le cas lorsqu'un créancier important accepte de convertir sa créance en actions. L'Assemblée peut aussi supprimer le DPS pour réserver l'émission à une personne dénommée (des investisseurs acceptent de renflouer la société) ou des catégories de personnes répondant à des caractéristiques déterminées (une catégorie de salariés, d'investisseurs, d'actionnaires)¹⁹. Si les personnes nommément désignées sont déjà actionnaires, il leur est interdit de participer au vote.

Augmentation de capital réservée aux salariés (art. L. 225-129-6, C. com.)

Lors de toute décision d'augmentation du capital par rapport en numéraire (sauf si elle résulte d'une émission au préalable de valeur mobilière donnant accès au capital), l'AGE doit se prononcer sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés.

Par ailleurs, tous les 3 ans (ou 5 ans), une AGE est convoquée pour se prononcer sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux salariés si les actions détenues par le personnel de la société et des sociétés liées représentent moins de 3 % du capital.

Réalisation de l'augmentation

Deux hypothèses sont envisagées :

- **si toutes les actions émises ont été souscrites ou si un établissement de crédit garantit la bonne fin de l'opération**, aucune difficulté ne se présente ;
- **dans le cas contraire (souscription partielle)**, le conseil d'administration (ou le directoire) peut, sauf décision contraire de l'assemblée (art. L. 225-134, C. com.) :
 - soit limiter le montant de l'augmentation de capital au moment des souscriptions, sans que celui-ci ne puisse être inférieur au 3/4 de l'augmentation décidée,
 - soit répartir les actions non souscrites, en totalité ou en partie,
 - soit offrir au public les actions non souscrites, en totalité ou en partie.

19. Le texte prévoit trois types d'émission :

- les émissions en faveur d'une ou plusieurs personnes nommément désignées ou d'une catégorie de personnes répondant à des caractéristiques déterminées (dites « **émissions réservées** ») ;
- les émissions sans DPS par « **offre au public** » ;
- les émissions sans DPS **par placement privé** : il s'agit des offres de titres à des investisseurs qualifiés, à des gestionnaires de compte de tiers ou à un cercle restreint d'investisseurs (art. L. 411-2, C. mon. fin.). Les émissions sont limitées à 20 % du capital social par an.

Toutefois, le conseil d'administration (ou le directoire) peut, d'office et dans tous les cas, limiter l'augmentation de capital au montant atteint lorsque les actions non souscrites représentent moins de 3 % de l'augmentation de capital.

Pour l'augmentation de capital en numéraire, les règles applicables lors de la constitution sont adoptées avec la possibilité de ne libérer les apports que **du quart** (et non de la moitié pour la constitution) à la souscription, le reste devant être appelé dans un délai maximum de 5 ans (art. L. 225-144, al. 1^{er}, C. com.). La libération d'actions est possible par compensation de créances liquides et exigibles sur la société. Elle est constatée par un certificat du CAC (ou d'un notaire) (art. L. 225-146, C. com.).

Les actions non entièrement libérées doivent demeurer nominatives.

L'augmentation est considérée comme réalisée :

- à la date du certificat établi par le dépositaire des fonds ;
- ou à la signature d'un engagement de la part du syndicat bancaire se proposant de placer les titres dans le public (pour les sociétés faisant offre au public).

La réalisation de l'augmentation du capital permet de modifier les statuts et d'accomplir les formalités de publicité.

➡ **L'augmentation de capital par apports nouveaux en nature**

Le but de l'opération n'est pas le même que celui exposé précédemment. Il ne s'agit plus seulement d'augmenter les capacités financières de la société, mais surtout de faire entrer dans le patrimoine social un bien déterminé, tel un fonds de commerce, un brevet d'invention ou un immeuble.

Conditions de l'opération

Il n'est pas nécessaire que le capital soit intégralement libéré pour procéder à une augmentation de capital par apport en nature.

Étapes

Les apporteurs signent dans un premier temps un « *traité d'apport* » précisant la consistance du ou des biens apportés, son évaluation, le nombre d'actions à émettre, la prime d'apport (c'est la prime d'émission) et des avantages particuliers éventuellement prévus. Le traité d'apport doit être autorisé par le conseil d'administration (ou le directoire), mais la société n'est engagée que sous réserve de l'approbation du traité d'apport par l'AGE.

Pour procéder à cette augmentation, trois délibérations de l'AGE sont nécessaires :

- la décision d'augmenter le capital (art. L. 225-129, C. com.) ;
- l'approbation de l'évaluation (art. L. 225-147, C. com.) ;
- la constatation de l'augmentation de capital (art. L. 225-147, C. com.).

Évaluation du bien apporté

À la demande du président du conseil d'administration (ou du directoire), un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par le président du tribunal de commerce aux fins d'apprécier la valeur des apports en nature et les avantages particuliers pouvant être accordés.

REMARQUE

Dispense de procédure d'évaluation

La procédure d'évaluation n'est pas nécessaire lorsqu'il existe une évaluation récente et fiable du bien concerné **ou** que l'apport en nature est constitué de valeurs mobilières ou d'instruments de marché monétaire. La décision de dispense d'évaluation est prise par le conseil d'administration (ou le directoire).

L'initiative de réévaluation peut être prise par le conseil d'administration (ou le directoire) lorsque des circonstances exceptionnelles ou nouvelles ont modifié ou peuvent modifier

sensiblement la valeur du bien apporté. En outre, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins de 5 % du capital à la date de la décision d'augmenter le capital (ou une association d'actionnaires) ont la faculté de demander une réévaluation de l'apport en nature composé d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou instruments de marché monétaire (art. L. 225-147-1, C. com.).

Réalisation de l'augmentation

- Si l'assemblée approuve l'évaluation proposée, elle réalise l'augmentation de capital.
- Si l'assemblée décide de réduire cette évaluation, l'approbation expresse des modifications par le ou les apporteurs est indispensable à la validité de l'augmentation de capital.

S'il est actionnaire, l'apporteur en nature ne peut prendre part au vote sur l'évaluation du bien qu'il apporte et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité.

Les titres de capital émis en rémunération d'un apport en nature sont intégralement libérés dès leur émission (art. L. 225-147, al. 5, C. com.).

▀ L'augmentation de capital par conversion ou incorporation

Ces augmentations ne procurent pas à la société des ressources nouvelles.

L'augmentation de capital résultant de l'exercice de droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital

Les valeurs mobilières en question sont essentiellement :

- les obligations convertibles en actions (OCA) ;
- les obligations à bons de souscription d'actions (OBSA) ;
- les obligations remboursables en actions (ORA) ;
- les obligations convertibles ou échangeables en actions nouvelles ou existantes (OCEANE).

La décision d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital emporte également renonciation des actionnaires à leur DPS aux titres de capital auxquels les valeurs mobilières émises donnent droit.

L'augmentation de capital résultant de l'exercice de droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital n'est pas soumise aux formalités habituelles des augmentations. Cette augmentation est définitivement réalisée du seul fait de l'exercice des droits et, le cas échéant, des versements correspondants. À tout moment de l'exercice en cours et au plus tard lors de la première réunion suivant la clôture de celui-ci, le conseil d'administration (ou le directoire) constate s'il y a bien le nombre et le montant nominal des actions créées au profit des titulaires des droits au cours de l'exercice écoulé et apporte les modifications nécessaires aux clauses des statuts relatives au montant du capital social et au nombre des titres qui le composent (art. L. 225-149, C. com.).

L'augmentation de capital par incorporation de créances

L'opération consiste pour le souscripteur à renoncer par cet acte au recouvrement de sa créance en échange d'une attribution d'actions. Il faut que la créance soit certaine, liquide et exigible.

REMARQUE

Incorporation de dividendes à distribuer (paiement de dividende en actions)

Si les statuts de la société le prévoient, l'assemblée qui statue sur les comptes peut offrir aux actionnaires, pour tout ou partie du dividende mis en distribution ou des acomptes sur dividendes, une option entre un paiement en numéraire ou un paiement en actions (art. L. 232-18, C. com.). Afin d'inciter les actionnaires à investir leur dividende, le prix de souscription fixé par l'assemblée est généralement inférieur à la valeur de vénale ou boursière de l'action.

L'augmentation de capital par incorporation de réserves

L'augmentation de capital par incorporation des réserves consiste en une modification de la nature juridique de certaines sommes figurant dans les comptes de réserves. C'est un jeu d'écriture qui se réalise par un virement au compte « *capital* » de sommes prélevées sur les comptes de réserves.

Elle ne se traduit pas par un accroissement du patrimoine de la société car les fonds propres demeurent inchangés. L'incorporation peut se traduire :

- soit par une élévation du nominal des actions ;
- soit par une distribution d'actions gratuites qui augmente le nombre d'actions détenues par chaque actionnaire.

L'opération concerne toutes les réserves comptabilisées : réserves facultatives, statutaires voire même la réserve légale à condition de la reconstituer ultérieurement.

Elle est décidée par l'AGE aux conditions de quorum et de majorité prévues par les AGO (art. L. 225-130, al. 1^{er}, C. com.).

c. Les sanctions des irrégularités de l'opération d'augmentation de capital (art. L. 225-149-3, C. com.)

Le principe est la **nullité facultative** : le juge n'est pas tenu de prononcer la nullité ; par ailleurs, en fonction des circonstances, il apprécie les effets de la nullité.

En outre, **certain manquement ne sont pas sanctionnés par la nullité**. Il s'agit des violations des règles relatives à l'augmentation de capital résultant de l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital, aux modalités de libération des actions nouvelles, à la suppression du DPS, etc.

La **nullité est automatiquement prononcée** dans des cas limitativement prévus par la loi, tels que, par exemple, la violation de la compétence de l'AG, de l'exigence de libération intégrale du capital avant toute augmentation de capital en numéraire, de l'augmentation de capital réservée aux salariés, des règles d'adoption des résolutions pour les décisions d'augmentation de capital par incorporation de réserves.

Certaines violations peuvent donner lieu à une **injonction de faire**.

2. La fiscalité de l'augmentation de capital (droits d'enregistrement)

Les apports faits en cours de société à l'occasion d'une augmentation de capital sont soumis au même régime fiscal que les apports faits lors de la formation de la société, sous réserve du droit fixe qui demeure applicable.

Les apports purs et simples réalisés en cours de vie de la société sont soumis aux droits fixes de 375 ou 500 € (le montant de 375 € porté à 500 € pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 €).

Lorsque les biens apportés sont des immeubles, fonds de commerce, clientèle ou droit au bail, le droit fixe de 375 ou 500 € est applicable si l'apporteur prend l'engagement de conserver pendant 3 ans les titres remis en contrepartie de son apport.

Les apports à titre onéreux sont en principe soumis aux droits de mutation à titre onéreux. Les tarifs des droits de mutation à titre onéreux sont différents en fonction de la nature des biens. Concernant les immeubles ou droits immobiliers, le taux global est de 5 %. Concernant les fonds de commerce, les taux globaux varient entre 0 % et 5 %. Concernant les droits sociaux dans une autre société, le taux est en général de 0, 10 %, 3 % ou 5 %. Concernant autres biens meubles, un droit fixe de 125 € est exigible. Concernant les matériels, les droits de mutation progressifs sont exigibles si l'ATO de matériel est corrélatif à l'apport de la clientèle du fonds de commerce.

Le droit fixe de 375 ou 500 € se substitue aux droits proportionnels pour les apports d'immeubles entrant dans le champ d'application de la TVA (art. 810, IV, CGI).

Lorsqu'une société augmente son capital au moyen de l'incorporation de réserves, de bénéfices ou de provisions, un droit fixe de 375 (ou 500 € si le capital social est égal ou supérieur à 225 000 €) est applicable.

B. LA RÉDUCTION DE CAPITAL DANS LES SA

1. L'aspect juridique de la réduction de capital

L'AGE est seule compétente pour autoriser ou décider la réduction du capital social. Elle peut également déléguer au conseil d'administration (ou au directoire), selon le cas, tous les pouvoirs pour la réaliser.

Un rapport établi par les CAC sur l'opération envisagée est communiqué aux actionnaires de la société. Ce rapport précise les causes et les conditions de la réduction.

Le capital ne peut être réduit au-dessous du minimum légal (37 000 € pour les sociétés par actions) que sous la condition suspensive de le porter ultérieurement à un montant au moins égal à ce minimum, ou d'une transformation de la société en société d'une autre forme (art. L. 224-2, C. com.).

a. Les motivations de la réduction de capital

■ La réduction de capital motivée par des pertes (réduction-assainissement)

Les pertes viennent en diminution des capitaux propres. Pour les faire disparaître, on peut les imputer sur les réserves, y compris sur la réserve légale²⁰. Mais, lorsque les réserves sont épuisées et les pertes demeurent dans le « *haut de bilan* », les capitaux propres deviennent inférieurs au montant du capital et pour faire concorder les deux, il convient de procéder à une réduction de ce dernier.

Les actionnaires doivent être traités de façon égale. En réalité, il s'agit de respecter une égalité entre les actions de même catégorie (art. L. 225-204, C. com.).

Cependant, si la réduction est votée par l'AG des actionnaires au vu d'une information loyale et complète, elle peut être suivie d'une augmentation réservée à certains actionnaires. Elle est souvent utilisée pour préparer l'arrivée d'un nouvel actionnaire qui reprend l'entreprise en difficulté en consentant à lui apporter de l'argent frais. Elle réduit alors la part des anciens actionnaires. C'est ce qu'on appelle le « *coup d'accordéon* » :

- **dans un premier temps**, les pertes sont imputées sur le capital ; la réduction du capital à zéro ou à un montant déterminé entraînera une annulation des actions existantes ou d'un certain nombre d'entre elles ;
- **dans un second temps**, le capital est augmenté par émission d'actions nouvelles en numéraire réservées à un nouveau partenaire.

EXEMPLE

Une SA au capital de 500 000 €. Du fait des pertes, l'actif net est réduit à 300 000 €.

A détient 60 %, B 30 %, C 10 %.

Le capital est réduit à 300 000 € et augmenté à 600 000 € au profit de C. La nouvelle répartition est : C : 55 % ; A : 30 % ; B : 15 %.

La réduction du capital peut être obligatoire lorsque les capitaux propres deviennent **inférieurs à la moitié** du capital social à la suite de pertes.

■ La réduction de capital non motivée par des pertes

Dans les sociétés prospères, la réduction de capital est rare. Mais lorsque le capital social est reconnu trop important par rapport au volume d'activités ou aux besoins de trésorerie, il peut être envisagé de le réduire.

La réduction de capital peut intervenir dans le but de réduire le capital flottant et de consolider la position de certains actionnaires et ce, par le rachat par la société de ses propres actions pour les annuler (art. L. 225-206 et s., C. com.).

20. L'imputation des pertes sur les réserves relèverait simplement de la compétence de l'AGO, puisqu'il n'y a pas alors modification du capital social.

La réduction de capital peut être utilisée pour **augmenter le dividende distribué** (c'est-à-dire qu'on distribue à un ou plusieurs actionnaires une partie de l'actif contre diminution en corrélation du nominal de leurs actions) lors d'un exercice.

La réduction de capital peut être utilisée pour « **descendre de la dette** » (on réduit le capital et la société emprunte pour payer le dividende versé).

La réduction de capital peut également résulter de l'**application d'une clause d'agrément**. Lorsque les statuts d'une société contiennent une clause d'agrément et que la société refuse d'agréer le cessionnaire proposé à l'occasion d'une cession d'actions, le conseil d'administration (ou le directoire) est tenu, dans le délai de 3 mois, à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital (art. L. 228-24, C. com.).

Le texte prévoit le rachat d'actions en vue de **favoriser la liquidité des titres de la société cotée**. Ainsi, l'AG d'une société cotée peut autoriser le conseil d'administration (ou le directoire) à acheter un nombre d'actions représentant jusqu'à 10 % du capital de la société. Ces actions peuvent être annulées dans la limite de 10 % du capital de la société par périodes de 24 mois. En cas d'annulation des actions achetées, la réduction de capital est autorisée ou décidée par l'AGE qui peut déléguer au conseil d'administration (ou au directoire) tous pouvoirs pour la réaliser (art. L. 225-209, C. com.).

b. Les modalités et effets de la réduction de capital

La réduction de capital s'opère soit par réduction de la valeur nominale des actions, soit par diminution de leur nombre.

En cas de réduction de son capital motivée par des pertes et réalisée par la diminution du montant nominal ou du nombre des titres composant le capital, les droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital sont réduits en conséquence, comme s'ils les avaient exercés avant la date à laquelle la réduction de capital est devenue définitive (art. L. 228-98, der. al., C. com.). Les AG des titulaires de ces valeurs mobilières sont appelées à autoriser toutes modifications au contrat d'émission et à statuer sur toute décision touchant aux conditions de souscription ou d'attribution de titres de capital déterminées au moment de l'émission. Les délibérations ou stipulations prises en violation de cette obligation sont nulles.

Lorsque l'assemblée approuve un projet de réduction de capital **non motivée par des pertes**, le représentant de la masse des obligataires et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction dans les 20 jours (art. L. 225-205, C. com.). La réduction ne se réalisera que si la ou les oppositions sont levées. La mainlevée est accordée :

- soit parce que la société offre des garanties de paiement suffisantes ;
- soit parce qu'elle constitue à ce moment de telles garanties (sûretés réelles, cautionnement) ;
- soit parce qu'elle paie immédiatement les opposants.

2. La fiscalité de la réduction de capital

a. L'impôt sur les bénéfices

Lorsque la réduction de capital ne se traduit par aucune répartition au profit des associés, l'opération ne donne lieu à aucune imposition.

Pour l'associé de la société qui procède à la réduction de capital **non motivée par des pertes**, la distribution constitue un revenu distribué (et/ou une plus-value) qui est imposable et un remboursement d'apports non imposable :

- La partie de la distribution constitutive d'un remboursement d'apports n'est pas imposable (art. 112, 1, CGI).
- La partie constitutive d'un revenu (à la fois au titre de revenu distribué et de plus-value) est imposable :
 - Pour les **associés personnes physiques**, les **revenus distribués** sont soumis au barème progressif de l'IR. On peut opter pour le prélèvement forfaitaire libératoire au taux de 21 %

(art. 117 quater, CGI) (il convient d'y ajouter des prélèvements sociaux au taux de 15,5 % à compter du 1^{er} juillet 2012). Le montant de revenu distribué est égal à la différence entre le montant du remboursement des titres annulés et le montant des apports compris dans les titres concernés. Mais, lorsque le prix d'acquisition des titres (au cours de l'existence de la société) est supérieur au montant de l'apport, le montant de revenu distribué est l'excédent du remboursement des titres annulés sur le prix d'acquisition (art. 161, CGI).

- Toujours pour les **associés personnes physiques**, les **plus-values** sont imposables au barème progressif de l'IR. En outre, il sera impossible d'imputer d'éventuelles moins-values sur ce revenu (CE, 31 juil. 2009, n° 296052). Le montant de la plus-value éventuelle est égal à la différence entre le montant de remboursement des titres annulés et leur prix d'acquisition ou de souscription. Par ailleurs, dans le cadre d'une réduction de capital non motivée par pertes, le montant de la plus-value est minoré du revenu distribué.

Exemples :

1. Les 100 titres de M. Dupont ont été rachetés par la société pour une réduction de capital non motivée par pertes.

Prix unitaire de rachat : 100 €

Montant unitaire des apports : 50 €

Prix unitaire d'acquisition des titres au cours de l'existence de la société : 80 €

Montant de revenu distribué est : $(100 - 80) = 20$ € (2 000 € imposable au barème progressif ou soumis à un prélèvement libératoire)

Montant de plus-value est : $(100 - 80) - 20 = 0$ €

2. Les 100 titres de M. Dupont ont été rachetés par la société pour une réduction de capital non motivée par pertes.

Prix unitaire de rachat : 100 €

Montant unitaire des apports : 80 €

Prix unitaire de souscription : 50 €

Montant de revenu distribué est : $(100 - 80) = 20$ € (2 000 € imposable au barème progressif ou soumis à un prélèvement libératoire)

Montant de plus-value est : $(100 - 50) - 20 = 30$ € (3 000 € imposable au barème progressif)

- Quand l'associé concerné est une **personne morale passible de l'IS**, le revenu distribué et les plus-values sont inclus dans le résultat taxable au taux de droit commun avec une application éventuelle du régime des sociétés mères aux revenus distribués.

REMARQUE

Coup d'accordéon

L'opération de coup d'accordéon n'emporte, en lui-même, pas de conséquence sur l'imposition des associés. En revanche, lorsqu'ils cèdent leur participation, une plus ou moins-value peut apparaître. Un arrêt du Conseil d'État (22 janv. 2010, n° 311339) a opéré une ventilation entre le court terme et le long terme pour les plus ou moins-values apparaissant en cas de cession des titres postérieurement à une telle opération. En l'espèce, la société Prédica avait acquis 40 % des titres de la société Ticino en septembre 1990. En juin 1991 et en juillet 1992, cette dernière avait procédé à deux coups d'accordéon successifs. La participation de la société Prédica dans la société Ticino était restée égale à 40 %. La société Prédica avait cédé en novembre 1992 la totalité de sa participation. Cette cession a généré des moins-values. La question était de savoir si celles-ci étaient à long terme ou à court terme.

Le Conseil d'État a jugé que dès lors que le taux de participation d'une société dans le capital de sa filiale reste inchangé à l'issue de chacune des opérations de coup d'accordéon, la cession des titres doit être regardée comme portant à la fois sur des titres détenus depuis plus de 2 ans (dont la cession relève du régime des plus-values à long terme) et sur des titres détenus depuis moins de 2 ans (dont la cession relève du régime des plus-values à court terme), à proportion des rapports existant entre les apports versés lors des souscriptions intervenues respectivement plus et moins de 2 ans avant la cession des titres et le prix de revient total.

b. Les droits d'enregistrement

Lorsque la réduction du capital est motivée par les pertes, la réduction de capital donne lieu au paiement des droits d'enregistrement des actes innommés de 125 € (art. 680, CGI).

Lorsque la réduction du capital est opérée par répartition d'une fraction des biens sociaux aux associés ou à certains d'entre eux (soit remboursement numéraire soit attribution en nature de biens sociaux), il ne s'agit pas d'un partage assujéti au droit de partage. Les réductions de capital de société contre annulation ou réduction du nominal ou du nombre de titres sont assujetties au droit fixe de 375 €, porté à 500 € pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 € (art. 814 C, CGI).

La même règle s'applique lorsqu'une société achète ses propres actions et que le rachat est suivi d'une réduction du capital.

REMARQUE**Amortissement de capital dans les SA (art. L. 225-198 et s., C. com.)**

L'amortissement du capital est l'opération qui consiste au remboursement anticipé des apports sans que cela n'entraîne une réduction de capital.

Les actions intégralement amorties sont dites « *actions de jouissance* ». Qu'elles soient intégralement ou partiellement amorties, ces actions perdent, à concurrence du montant remboursé, le droit au premier dividende et au remboursement de leur valeur nominale. Mais, elles conservent tous leurs autres droits.

L'amortissement du capital est très rare en pratique car la nécessité d'augmenter les sources de financement des sociétés pour renforcer leur potentiel économique est peu compatible avec la distribution à titre d'amortissement de capital d'autant plus que les sommes distribuées sont traitées fiscalement comme revenus imposables.

II. LES RÈGLES JURIDIQUES PARTICULIÈRES AUX OPÉRATIONS SUR LE CAPITAL DANS LES SOCIÉTÉS AUTRES QUE LES SA

A. DANS LA SAS

Dans la SAS, les décisions relatives à l'augmentation, la réduction et l'amortissement de capital sont prises collectivement par les associés.

Les dispositions relatives aux augmentations de capital dans les SA, sont applicables aux SAS. Il en est de même des articles concernant la réduction du capital.

B. DANS LA SARL**1. Le principe**

Dans la SARL, l'augmentation ou la réduction du capital social est décidée par des associés dans les conditions de majorité et de quorum prévues pour les modifications statutaires (art. L. 223-30, al. 2, L. 223-34 et L. 223-42, C. com.).

Lorsque les statuts le prévoient, les décisions des associés peuvent être prises par consultation écrite.

2. Les exceptions

Cette règle ne s'applique pas :

- aux incorporations de réserves ou de bénéfices au capital qui peuvent être prises par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales (art. L. 223-30, al. 6, C. com.) ;
- au cas d'augmentation de capital en numéraire par élévation de la valeur nominale des parts qui exige l'unanimité des associés (en outre, lorsque l'augmentation est réalisée avec le

concours de tiers étrangers à la société, ces nouveaux associés doivent être agréés en cette qualité comme si leur entrée dans la société résultait d'une cession de parts) ;

- en cas de réduction du capital social qui porte atteinte à l'égalité des associés (art. L. 223-34, al. 1^{er}, C. com.) et qui suppose alors l'unanimité des associés.

C. DANS LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES (PAR EXEMPLE, SNC OU SOCIÉTÉ CIVILE)

L'augmentation ou la réduction du capital, qui constitue une modification des statuts, doit généralement être prise à l'unanimité, sauf si les statuts décident qu'une certaine majorité suffit.

SECTION 2. LES PACTES D'ACTIONNAIRES

Le droit des SA a été critiqué pour sa rigidité et sa complexité. C'est pourquoi on assiste depuis quelques années au développement de formes sociétaires dans lesquelles les associés peuvent créer sur mesure des statuts organisant leurs relations (ex. : SAS). On relève également un certain assouplissement par petites touches de la législation relative aux sociétés commerciales et surtout le développement de conventions ou pactes extrastatutaires d'actionnaires dont l'objectif est l'harmonisation des relations entre actionnaires ou entre certains d'entre eux.

Ces pactes constituent des conventions dans lesquelles est laissée une certaine latitude aux actionnaires pour organiser leurs rapports au sein de la société tant sur le plan politique que financier. Ils sont d'une grande variété et font appel à des techniques diverses (telles que les promesses unilatérales de vente ou d'achat, les promesses de porte-fort, les clauses pénales, les astreintes conventionnelles, etc.).

REMARQUES

Remarque n° 1 : La qualification juridique des pactes d'actionnaires

Les pactes d'actionnaires sont avant tout des contrats, donc en principe, ils sont soumis au droit commun des contrats. Leur interprétation suit les règles prévues dans le Code civil :

- D'une part, étant une convention, le pacte engage les parties contractantes. Le pacte ne peut être modifié qu'avec l'accord unanime des contractants. Toute violation du pacte peut engager la responsabilité contractuelle de son auteur. La victime peut alors réclamer l'exécution forcée, la réparation du préjudice subie ou les deux.
- D'autre part, les pactes d'actionnaires n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. De sorte qu'un pacte d'actionnaires ne peut profiter à la société mère, aux sociétés sœurs ou filiales du même groupe. Par ailleurs, une cession d'actions n'entraîne pas le transfert de plein droit d'un pacte d'actionnaires.

En outre, le pacte est opposable aux tiers, c'est-à-dire qu'un pacte crée une situation juridique et factuelle qui s'impose aux tiers. À titre d'exemple, lorsqu'une cession de titres a été réalisée au mépris d'un droit de préemption, la nullité de l'opération peut être demandée dès lors qu'est démontrée la collusion frauduleuse entre le cédant et le tiers acheteur. Dans ce cas, les bénéficiaires de la clause de préemption peuvent être substitués au tiers et acquérir à sa place les actions pactées. En revanche, si le cessionnaire est de bonne foi, il conserve les actions achetées et le bénéficiaire de la clause de préemption n'a droit qu'à des dommages-intérêts.

Remarque n° 2 : Pacte extrastatutaire et statuts de la société

Les pactes d'actionnaires ne peuvent être contraires aux statuts et doivent respecter l'intérêt social de la société. Lorsqu'une décision de la société est conforme aux statuts de la société mais non-conforme au pacte d'actionnaires, le pacte étant inférieur aux statuts, la décision ne saurait être annulée de ce fait.

Remarque n° 3 : Pacte à durée déterminée et indéterminée

Le pacte d'actionnaires, comme tout engagement, peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée.

La question est de savoir si le pacte qui a une durée égale à la vie de la société est affecté d'un terme ou à durée indéterminée. La référence à la durée de la société conduit à envisager que le pacte n'est conclu que pour la durée initiale de la convention de société. Le pacte serait alors à durée déterminée. Néanmoins, la durée de la société pouvant être prorogée par ses actionnaires, on peut comprendre que le pacte lie ses cocontractants aussi longtemps que dure dans la société la situation d'actionnaire. Dans ce cas, le pacte serait à durée indéterminée.

La conséquence pratique est importante dans la mesure où, dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, chaque partie peut résilier le pacte à tout moment (alors que, dans le cas d'un pacte à durée déterminée, une telle résiliation est impossible).

Remarque n° 4 : Publicité de pacte d'actionnaires

En principe, un pacte d'actionnaires est secret. Cependant, le texte impose une publicité lorsque la convention prévoit des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions cotées et porte sur au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote de la société émettrice. La convention doit être transmise dans un délai de 5 jours de bourse à compter de sa signature, à la société et à l'AMF. À défaut de transmission, les effets de cette convention sont suspendus. La société et l'AMF doivent également être informées de la date à laquelle la convention prend fin. Ces informations sont portées à la connaissance du public (art. L. 233-11, C. com.). La publicité est obligatoire que les signataires soient ou non actionnaires de la société émettrice.

Remarque n° 5 : Sanction de la violation d'un pacte d'actionnaires

L'exécution forcée en nature n'est pas systématiquement prononcée. Lorsqu'elle est prononcée, elle l'est sous des conditions strictes. Cette solution nuit à l'efficacité des pactes d'actionnaires. En pratique, il est prudent de stipuler une clause d'exécution forcée dans le pacte.

La partie 7 de ce cours étant relative au financement, l'étude des pactes d'actionnaires va se limiter à ceux relatifs au capital social qui régulent l'entrée de nouveaux associés (I), figent l'actionnariat (II) ou organisent la sortie de certains associés (III).

I. LES PACTES D'ACTIONNAIRES CONTRÔLANT L'ENTRÉE DE NOUVEAUX ACTIONNAIRES

Ce sont des pactes qui comportent des clauses destinées à contrôler l'entrée de nouveaux associés soit en l'absence de toute variation du capital (A) soit à l'occasion d'une augmentation de celui-ci (B).

A. LE CONTRÔLE EN L'ABSENCE DE TOUTE VARIATION DU CAPITAL

Alors que la **clause de préemption** (ou de préférence) a pour finalité de permettre à tous les actionnaires, ou à certains d'entre eux, d'acquérir par priorité les actions de la société mises en vente, la **clause d'agrément** (voir la série 4) permet de se prémunir contre l'intrusion de tiers indésirables. Nous étudierons les clauses de préemption qui font naître des options d'achat au profit de personnes connues.

1. Les modalités de mise en œuvre des clauses de préemption

La clause de préemption impose au cédant de manifester son intention d'aliéner ses titres. Elle doit fixer les modalités de sa mise en œuvre, notamment les modes de notification, les délais à respecter et les modalités de répartition des actions entre les bénéficiaires de la préemption, si tous veulent acquérir les titres.

2. Les effets des clauses de préemption

Dans les relations entre promettant et bénéficiaire, la clause de préemption a un effet obligatoire. Le promettant qui ne respecte pas la clause engage sa responsabilité contractuelle envers le bénéficiaire.

REMARQUES

Remarque n° 1 : Interprétation stricte des pactes d'actionnaires

Le juge interprète de façon stricte les pactes de préemption. Par exemple, les sociétés A et B ont conclu un pacte de préemption portant sur les titres qu'elles détiennent dans le capital de la société C et dont elles sont seules actionnaires. Ce pacte stipule que le droit de préemption s'applique à toutes les aliénations par quelque mode que ce soit. Les actionnaires de la société A décident de céder la totalité des actions du capital dans cette dernière. La société B demande alors la nullité de cession en se fondant sur le pacte de préemption. Mais, pour le juge du fond, la cession contestée ne porte que sur les titres émis par la société A, et non sur ceux émis par la société C. En conséquence, la demande de mise en œuvre du droit de préemption statutaire ne peut être accueillie (Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-11627).

Remarque n° 2 : Exécution forcée

La question est de savoir s'il est possible de concevoir la substitution au tiers acquéreur du bénéficiaire du pacte, c'est-à-dire de savoir si le juge peut prononcer la vente forcée des titres au profit de ce dernier. Le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Cass. 3^e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21814). Si la condition n'est pas satisfaite, le bénéficiaire devrait se contenter de dommages-intérêts s'il rapporte la preuve d'un préjudice.

Remarque n° 3 : Autres clauses

On pourrait évoquer les **clauses de rachat à prix plancher**, clause de rachat de droits sociaux stipulée à un prix « *déterminé à l'avance* ». Ces promesses d'achat ont pour objet d'assurer l'équilibre des engagements en garantissant aux bénéficiaires, qui sont généralement des bailleurs de fonds, le remboursement de l'investissement auquel ils n'auraient pas consenti sans lesdites promesses. La Cour de cassation a confirmé qu'il ne s'agissait pas de clauses lésives prohibées par l'article 1844-1 du Code civil. (Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-12359).

La **clause « buy or sell »** (ou d'**offre alternative**) : chaque signataire a le droit de proposer à l'autre de lui racheter ses titres à un prix déterminé, le destinataire de l'offre a le choix entre racheter les titres au prix proposé ou au contraire renvoyer l'offre à l'initiateur pour que ce dernier lui rachète tous ses titres au prix proposé.

La **clause d'entraînement** : lorsque le majoritaire cède ses titres, les minoritaires sont obligés de céder les titres au profit du même acquéreur et au même prix.

B. LE CONTRÔLE À L'OCCASION D'UNE AUGMENTATION DU CAPITAL

Ces clauses permettent d'assurer aux investisseurs que les variations du capital ne bouleversent pas les équilibres à partir desquels ceux-ci ont calculé leurs risques.

Dans le cas d'une augmentation de capital social, des difficultés sont susceptibles d'apparaître nécessitant la rédaction d'un certain nombre de clauses :

- certains actionnaires peuvent ne pas souhaiter réduire leur participation dans la société, c'est l'objet de la clause antidilution (1) ;
- une partie du capital peut avoir été réservée à un tiers sans que les actionnaires actuels puissent s'y opposer, c'est l'objet des pactes de préférence (2) ;
- certains associés peuvent souhaiter bénéficier des mêmes avantages que les autres, c'est l'objet des clauses de l'associé le plus favorisé (3).

1. La clause antidilution

La clause antidilution permet à un actionnaire d'obtenir l'engagement des autres actionnaires de lui céder le nombre d'actions nécessaire pour maintenir son pourcentage de capital détenu antérieurement à l'opération. Elle a pour objectif d'éviter que le pourcentage de participation d'un actionnaire ne soit réduit à la suite d'une augmentation de capital ou d'une fusion. La clause s'analyse en une promesse unilatérale de vente sous condition suspensive d'un événement déterminé (ex. : augmentation de capital, fusion).

Cette clause est souvent cumulée avec la **clause de garantie de valeur**, dite « **clause de ratchet** » qui permet de prémunir les actionnaires contre une baisse de valorisation de la société. Concrètement, la clause de ratchet permet d'ajuster automatiquement à la hausse le pourcentage de détention du capital détenu, et ce, proportionnellement à la baisse de valorisation de la société. Ainsi, en cas d'opération sur le capital intervenant à une valorisation inférieure à celle établie lors de l'entrée de l'investisseur dans la société, un système de compensation permet de ramener la valeur d'acquisition de ses titres à la nouvelle valeur proposée. Il s'agit de conserver l'équilibre initial, non pas en considération du pourcentage de titres détenus, mais de leur valeur. Les clauses de ratchet risquent d'être remises en cause au regard de la prohibition des clauses léonines.

2. Les pactes de préférence

Les pactes de préférence comportent des clauses extrastatutaires par lesquelles les promettants s'engagent, si des besoins en fonds propres ou quasi propres se font sentir, à laisser au bénéficiaire (un minoritaire en général) un droit prioritaire de participer à ce financement. Le recours à des financements procurés par des tiers n'interviendra que dans l'hypothèse où le bénéficiaire aurait renoncé à exercer son droit de préférence. Dans ce cas, le minoritaire jouit d'une priorité sur tout recours à des financements extérieurs.

REMARQUE

Action de préférence

Lors de la constitution ou au cours de l'existence d'une société par actions, on peut créer des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent.

Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, plus du quart du capital social. Toute émission ayant pour effet de porter la proportion au-delà de cette limite peut être annulée (art. L. 228-11, C. com.).

3. Les clauses de l'associé le plus favorisé

Les pactes peuvent comporter des clauses par lesquelles les majoritaires s'engagent, à étendre, par avance, à certains actionnaires minoritaires, signataires du pacte, tous avantages qu'ils pourraient accorder dans le futur à un nouvel entrant dans la société.

Les avantages en question peuvent consister, par exemple, en des dividendes prioritaires, des droits supplémentaires en termes d'information ou de contrôle, des droits de sortie, de retrait, de rachat, etc.

REMARQUE

Clause de traitement légal

En cas de nouvelle émission de titres réservée à un investisseur, le nouvel entrant ne peut bénéficier d'aucun avantage supplémentaire autre que ceux qui ont bénéficié aux signataires du pacte. Cette clause permet d'aligner les conditions des éventuelles nouvelles augmentations sur celles consenties au bénéficiaire du pacte.

II. LES PACTES SERVANT À RENFORCER LA COHÉSION ET LA STABILITÉ DE L'ACTIONNARIAT

Ces pactes sont destinés à éviter une évolution incontrôlée de l'actionnariat. C'est la raison pour laquelle on rencontre dans ces pactes des clauses d'inaliénabilité (A) et celles plafonnant les participations afin de maintenir l'équilibre au sein de la société (B).

A. LES PACTES D'INTERDICTION D'ALIÉNER

Pour certaines sociétés, la considération de la personne des fondateurs peut être déterminante dans la prise d'une décision de prise de participation. C'est pourquoi certains pactes prévoient une clause selon laquelle le ou les actionnaires fondateurs s'engagent à ne pas céder tout ou partie des titres détenus ou à les détenir tant que l'investisseur demeure actionnaire. La clause d'inaliénabilité peut également permettre d'éviter des prises de contrôle internes qui ne seraient pas opportunes.

Aucun texte ne fixe le régime général des clauses d'inaliénabilité dans les SA (2) contrairement aux SAS (1).

1. Dans les SAS

Le texte prévoit que :

- les statuts de la société permettent de prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas 10 ans ;
- toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle et ce même en l'absence de collusion frauduleuse entre les parties et même si le tiers cessionnaire n'avait pas connaissance de la clause ;
- les clauses en question ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés ;
- les statuts pourront aménager cette clause de plusieurs façons. Ils peuvent ainsi prévoir :
 - une inaliénabilité totale pendant un certain temps, suivie d'une possibilité de cession mais seulement à un autre associé, pendant une autre période,
 - que la clause concernera toute opération d'inaliénabilité (cession, apport, échange, etc.) ou certaines d'entre elles et qu'elle ne vaudra qu'à l'égard de certaines personnes déterminées (tiers, concurrent et/ou à tout ou partie des actionnaires),
 - que la clause concernera toutes les actions émises ou certaines d'entre elles (appartenant à certains actionnaires) ou encore une certaine proportion des actions détenues par chaque actionnaire (l'autre proportion étant librement cessible),
 - la levée de l'interdiction d'aliéner lorsqu'un dirigeant actionnaire est révoqué ou démissionnaire de ses fonctions.

2. Dans les SA

Malgré l'absence de texte, la clause d'inaliénabilité est valable dans les SA **à condition d'être temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime** (Cass. 1^{re} civ., 31 oct. 2007, n° 05-14238). Elle est utile, par exemple, pour assurer à des minoritaires le maintien dans la société d'un actionnaire majoritaire. On rencontre notamment des stipulations d'inaliénabilité dans les opérations de capital-risque pour garantir l'investisseur contre le risque de sortie anticipée de l'entrepreneur.

B. LES CLAUSES DE PLAFONNEMENT DES PARTICIPATIONS

Ces clauses ont été précédemment évoquées. Dans les SAS où la personnalité de l'actionnariat est essentielle, la loi autorise expressément l'introduction des clauses antidilution, qui serait le résultat soit d'une augmentation de capital soit en conséquence d'une fusion.

Ces clauses visent à garantir au bénéficiaire le maintien de la quote-part de sa participation (droit de vote et/ou droit aux bénéfices) dans la société, compte tenu des valeurs mobilières donnant droit de façon immédiate ou de manière différée à une quote-part du capital et/ou des droits de vote.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une augmentation de capital, l'actionnaire peut ne pas être intéressé par cette augmentation ou celle-ci peut avoir été réservée à un tiers sans que l'intéressé puisse s'y opposer. Une clause peut imposer à l'actionnaire majoritaire de maintenir le capital actuellement détenu par l'actionnaire minoritaire ou de lui céder le nombre d'actions nécessaire pour un prix égal au prix d'émission des nouveaux titres.

REMARQUE

Autres clauses

- **Pacte interdisant l'augmentation de sa participation** : un pacte comporte des clauses d'interdiction faite à un actionnaire majoritaire d'augmenter sa participation dans le capital, soit directement, soit indirectement, pendant toute la durée de l'investissement, sauf accord préalable d'un actionnaire dénommé.
- **Clause de maintien de la répartition du capital.**
- **Clause de *standstill* (ou de non-agression)** : cette clause interdit aux actionnaires de céder ou d'acquérir des titres de la société pendant une durée déterminée ou jusqu'à la réalisation d'un événement prédéterminé.
- **Clause d'égalisation** : cette clause oblige les actionnaires à maintenir la répartition de leurs participations dans la société, tout en rétrocédant certains titres le cas échéant.

III. LES PACTES ORGANISANT LA SORTIE

Les pactes d'actionnaires ou les statuts dans certains types de société peuvent prévoir un certain nombre de clauses telles que les clauses d'exclusion (A), de sortie conjointe (B) ou de retrait (C).

A. LES CLAUSES D'EXCLUSION

Dans les SAS, la loi autorise expressément ce type de clause (1). Dans le silence des textes, la question s'est posée de savoir s'il est possible de **prévoir dans les statuts des autres sociétés (2) une faculté d'exclusion** au profit de l'assemblée générale, voire d'un autre organe social, ou encore du tribunal saisi par les associés.

1. La clause d'exclusion dans la SAS (art. L. 227-16 et s., C. com.)

Dans les SAS, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils devront alors :

- définir les notifications de l'exclusion : mésentente entre associés sur la gestion de la SAS affectant sérieusement la poursuite de l'activité sociale, exercice par un actionnaire d'une activité concurrente à celle de la SAS, ou encore manquement par un associé à une obligation statutaire ;
- déterminer l'organe compétent pour décider l'exclusion ;
- prévoir les conditions du rachat des actions de l'associé exclu ;
- prévoir la suspension des droits non pécuniaires de l'actionnaire à exclure tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession.

La clause d'exclusion ne peut être adoptée ou modifiée qu'à l'unanimité des associés.

À défaut de prévision statutaire, le prix est fixé par accord des parties ou déterminé par un expert.

Si les actions sont rachetées par la société, elle doit soit les annuler, soit les céder dans un délai de 6 mois.

REMARQUE**Droit de vote de l'associé dont l'exclusion est proposée**

En matière de droit de vote, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter ; les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi. Il a été jugé que le texte n'autorise pas les statuts à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition (Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16537). La clause statutaire privant l'associé en cause du droit de vote étant réputée non écrite, la délibération doit être annulée.

La question suivante est de savoir comment on peut régulariser la clause d'exclusion privant les droits de vote de l'associé dont l'exclusion est proposée. Cela nécessite l'accord unanime des associés. De sorte qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du président de la société de la modifier à sa guise (Cass. com., 9 juil. 2013, n° 11-27235). En outre, il n'entre pas non plus dans les pouvoirs du juge de se substituer aux organes de la société en ordonnant la modification d'une clause statutaire au motif que celle-ci serait contraire aux dispositions légales impératives applicables (Cass. com., 9 juil. 2013, n° 12-21238).

2. La clause d'exclusion dans les autres sociétés

La validité de la clause **statutaire** d'exclusion a été reconnue, de façon implicite mais incontestable (Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17692). La clause devra préciser les motifs qui justifient sa mise en œuvre, la procédure d'exclusion et l'indemnisation de l'associé. Ces motifs doivent respecter l'égalité entre les associés et ne devraient pas laisser place à l'arbitraire ou à la subjectivité ni être édictés en vue de faire obstacle à l'exercice par un associé de ses droits fondamentaux.

En revanche, une convention **extrastatutaire** ne peut se substituer aux statuts pour retirer la qualité d'associé à certains signataires, car la qualité d'associé est née pour chaque associé signataire du contrat de société (Cass. com., 8 févr. 1982, n° 79-12174).

REMARQUE

En pratique, des promesses unilatérales de vente sont adoptées sous condition suspensive. Elles permettent aux bénéficiaires de la promesse de déclencher le rachat forcé des titres lorsque certains événements se produisent (par exemple, devenir dirigeant ou salarié de la société).

B. LES CLAUSES DE SORTIE CONJOINTE

Il s'agit de la clause par laquelle un actionnaire, normalement majoritaire, s'engage à faire acquérir par le cessionnaire de ses actions, les titres détenus par un ou plusieurs autres actionnaires, normalement minoritaires. Cette clause permet aux coassociés d'un associé cédant de céder concomitamment leurs titres au même cessionnaire. La cession des titres de l'actionnaire qui bénéficie de la clause se fait généralement aux mêmes conditions financières que la cession des actions de l'actionnaire majoritaire.

Les coassociés bénéficiaires de la clause disposent d'une option :

- soit céder leurs titres au cessionnaire et sortir de la société ;
- soit rester dans la société.

La clause devra prévoir :

- l'événement déclenchant l'application de la clause : l'intention de céder ou l'offre d'un tiers ;
- la notification, sa forme et le délai de préavis ;
- le délai dans lequel les coassociés peuvent lever l'option ;
- la forme de l'option.

REMARQUE

Une **clause d'entraînement** peut également être prévue : elle permet à des actionnaires qui ont une participation majoritaire ou significative de répondre à une offre portant sur l'intégralité des titres de la société car ils peuvent forcer les autres actionnaires à céder leurs titres au candidat acquéreur, à des conditions identiques.

C. LA CLAUSES DE RETRAIT

Elle permet à l'actionnaire de se retirer quand il le souhaite en obtenant que la société ou ses coassociés lui remboursent la valeur de ses droits sociaux. Il n'est donc pas tenu de trouver un acquéreur. Cette faculté de retrait ne doit cependant pas être discrétionnaire : les modalités de fixation et de paiement du prix de retrait seront donc prévues.

Ce type de clauses se rencontre dans le cas d'opérations financières modifiant la répartition et le contrôle de la société.

Ces clauses sont le plus souvent insérées dans des pactes extrastatutaires et se présentent sous forme de promesse d'achat sous conditions suspensives.

REMARQUES

Clause de cession forcée : une telle clause permet aux actionnaires majoritaires d'obliger les minoritaires à vendre la totalité de leurs droits sociaux en cas de projet de cession intégrale.

Clause de liquidité : par cette clause, les actionnaires sont tenus de faire inscrire les titres de la société sur un marché réglementé pour que les investisseurs bénéficient de la possibilité de revendre leurs titres. Il s'agit d'une obligation de moyens.

CHAPITRE 2. LE FINANCEMENT PAR L'EMPRUNT NON BANCAIRE

Un premier outil de financement peut résulter d'une avance, faite sous forme de prêt, par un ou plusieurs associés. C'est la technique très répandue de l'apport en compte courant d'associé (section 1). La technique sociétaire permet également d'avoir recours à l'emprunt obligataire (section 2).

SECTION 1. LE FINANCEMENT PAR COMPTE COURANT D'ASSOCIÉ

En complément de leur apport, le compte courant d'associé permet aux associés de financer leur société. On parle dans la pratique d'**avances en compte courant**, voire d'**apports en compte courant**. Il est pratiqué aussi bien dans les groupes de sociétés pour en générer la trésorerie que dans les petites sociétés pour remédier à l'insuffisance des fonds propres.

REMARQUE**Dénomination d'« apport en compte courant »**

Cette dénomination est impropre. En effet :

- il n'y a pas d'apport dans la mesure où la contrepartie de la remise d'argent n'est pas constituée par des droits sociaux. Il s'agit d'un prêt rémunéré par des intérêts. On le qualifie de « *quasi-apport* » ;
- il n'y a pas de « *compte courant* » au sens bancaire du terme puisque l'associé et la société ne conviennent pas nécessairement de porter sur un compte l'intégralité des créances qui pourraient naître entre eux. La société obtient de ses associés la mise à disposition de fonds dans le cadre d'un compte : le solde créditeur représente une avance au profit de la

..... personne morale. L'associé est alors créancier sur le fondement du contrat de prêt. D'ailleurs, dans les sociétés de capitaux, le compte d'associé ne peut devenir débiteur alors que cette faculté est de l'essence du compte courant bancaire.

Les fonds avancés peuvent provenir de différentes origines :

- **alimentation externe** : l'associé peut transférer des fonds lui appartenant sur son compte ouvert dans les livres de la société. Il peut même emprunter et souscrire un emprunt bancaire dans le but de contourner les difficultés rencontrées par l'entreprise pour emprunter directement en son nom ;
- **alimentation interne** : l'associé peut utiliser son compte courant pour recueillir des sommes que la société lui doit (des dividendes ou des jetons de présence, etc.).

La jurisprudence les soumet au droit commun des obligations et donc aux principes qui gouvernent le contrat de prêt, tels qu'il résulte du Code civil. En tout cas, l'avance en compte courant n'est pas soumise aux règles que le droit des sociétés réserve aux apports : **il y a un principe d'indépendance entre la qualité d'associé et la qualité de prêteur.**

L'étude des aspects juridiques des comptes courants (I) précédera celle de leur traitement fiscal (II).

I. LES ASPECTS JURIDIQUES DES COMPTES COURANTS D'ASSOCIÉ

A. L'OCTROI DE L'AVANCE EN COMPTE COURANT D'ASSOCIÉ

1. La formation de l'avance en compte courant d'associé

Cet instrument présente une grande souplesse de fonctionnement : l'octroi de ces avances se fait sans formalités particulières et peut même résulter d'une convention verbale. Ces avances peuvent aussi être librement modifiées au cours de la vie de la société par accord des parties. Ces prêts peuvent être conclus à titre onéreux ou gratuit.

Deux particularités seront étudiées :

a. Le compte courant d'associé et le monopole bancaire

Les comptes courants d'associés sont utilisés par les sociétés pour recevoir une épargne que les banques ont traditionnellement vocation à recueillir. Ils permettent aux associés d'effectuer des prêts, opérations réservées aux banques qui bénéficient d'un monopole.

La législation bancaire permet l'utilisation des comptes courants d'associés lorsqu'il existe des liens étroits entre l'associé et la société. La réception des fonds par la société n'est en effet pas considérée comme étant une « *remise de fonds du public* » qui relève du monopole bancaire, notamment quand l'associé occupe des fonctions de direction au sein de la société, lorsqu'il est membre d'une société de personnes ou lorsque sa participation dans une société de capitaux atteint un certain seuil²¹. Par ailleurs, le monopole bancaire ne fait pas obstacle à ce que les **conventions de trésorerie** au sein d'un groupe de sociétés se réalisent par la voie de comptes courants d'associés.

21. L'article L. 312-2 du Code monétaire et financier dispose que : « [...] Toutefois, ne sont pas considérés comme fonds reçus du public : 1. Les fonds reçus ou laissés en compte par **les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 % du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs** ; 2. Les fonds qu'une entreprise reçoit de **ses salariés** sous réserve que leur montant n'excède pas 10 % de ses capitaux propres. [...] »

b. Le contrôle social

En effet :

- dans les **sociétés de personnes**, il appartient aux associés de déterminer dans les statuts le régime des comptes courants ;
- dans **celles où le risque est limité** (SA et SARL notamment), le compte courant d'associé est une convention conclue entre la société et l'associé et relève de ce fait du **contrôle des conventions réglementées**.

2. Le principe de l'interdiction de compte courant d'associé débiteur²²

a. Le principe de l'interdiction de compte courant d'associé débiteur

Le compte courant d'associé est l'instrument par lequel les associés personnes physiques ou morales mettent des fonds à la disposition de l'entreprise. Mais, il arrive qu'au cours du fonctionnement du compte, les associés sollicitent des découverts auprès de la société. Lorsque le titulaire est une personne physique, de tels découverts sont nécessairement sollicités pour satisfaire des besoins personnels. Le compte est alors détourné de sa finalité et il n'est plus un instrument de financement de l'entreprise.

C'est pourquoi, **dans les SARL**, le texte interdit aux gérants, aux représentants légaux des personnes morales associées et aux associés autres que les personnes morales, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte ou autrement. L'interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes physiques citées ainsi qu'à toute personne interposée (art. L. 223-21, C. com.).

Les mêmes opérations sont interdites **dans les SA** aux personnes physiques administrateurs, directeurs, membres du conseil de surveillance ainsi qu'aux représentants des personnes morales (art. L. 225-43 et L. 225-91, C. com.).

b. Les exceptions au principe

Les exceptions au principe de l'interdiction de compte courant débiteur sont au nombre de deux.

➡ Les découverts consentis par un établissement financier

Si la société exploite un établissement bancaire ou financier, l'interdiction de compte courant débiteur ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales. Il serait en effet paradoxal qu'on interdise à un établissement bancaire ou financier d'effectuer des opérations qui entrent dans son objet social aux conditions du marché avec ses propres associés alors qu'il est autorisé à les passer avec des tiers.

➡ Les découverts consentis par la société aux associés personnes morales

Lorsque le titulaire du compte est une personne morale, les découverts en compte courant d'associé peuvent être sollicités pour des raisons commerciales ou financières. Le compte peut, dans ce cas, être utilisé comme un instrument de financement réciproque entre sociétés liées.

c. Les sanctions du non-respect du principe d'interdiction

➡ Les sanctions pénales

Un compte courant d'associé débiteur peut être constitutif d'**abus de biens et de crédit de la société** s'il y a une intention coupable. Cette intention consiste dans la conscience d'accomplir,

22. **L'étude est limitée aux SARL et aux SA.** Pour les SAS et SCA, les articles L. 226-10 et L. 227-12 instituent sensiblement le même régime que celui adopté pour les SA.

à des fins personnelles, un acte contraire à l'intérêt social de la société. La seule position débitrice d'un compte suffit à caractériser le délit.

En outre, lorsque la société est en état de cessation de paiement, le compte courant d'associé débiteur peut constituer une augmentation frauduleuse du passif et le dirigeant peut être poursuivi pour **banqueroute**.

■ Les sanctions civiles

Le texte sanctionne de la nullité les conventions de comptes courants débiteurs. C'est une **nullité absolue** qui peut être demandée par tout intéressé.

Le dirigeant et/ou l'associé intéressé peuvent en outre engager leur **responsabilité** lorsque la société a subi un préjudice.

B. L'EXTINCTION DU COMPTE COURANT D'ASSOCIÉ

Comme tout prêt, l'avance en compte courant est destinée à être remboursée.

1. Les modalités de remboursement

Le remboursement de la créance de l'associé peut être réalisé de plusieurs façons :

- soit **par compensation** : auquel cas la créance de remboursement de l'avance en compte courant peut se compenser avec diverses obligations que le contrat de société fait peser sur l'associé ;
- soit **par dation en paiement** : le solde peut être réglé par l'attribution à l'associé d'un bien autre qu'une somme d'argent ;
- soit **par confusion** : le solde du compte courant peut s'éteindre par confusion. Cette situation se rencontre à l'occasion d'une augmentation du capital dans laquelle l'associé titulaire du compte courant apporte le solde créancier de celui-ci.

2. Le principe de remboursement à tout moment

La possibilité pour l'associé de récupérer effectivement les fonds avancés est fonction de la situation financière de l'entreprise emprunteuse.

a. Dans l'hypothèse où la société est solvable

L'avance consentie, en l'absence de terme spécifié, est un contrat à durée indéterminée : chacune des parties dispose de la faculté de le rompre à tout moment. La caractéristique essentielle du compte courant d'associé, en l'absence de convention particulière ou statutaire le régissant, est d'être remboursable à tout moment. La possibilité pour le juge de fixer un terme pour la restitution des prêts n'est pas applicable en la matière (Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-18749). La faculté de restitution à tout moment est un avantage, puisqu'ils peuvent constituer des placements à court terme leur permettant de financer leur société sans immobiliser leurs fonds.

Différentes techniques ont été élaborées en pratique pour pallier le risque de remboursement brutal (**convention de blocage des fonds pour une durée déterminée** par exemple). En outre, le remboursement d'un compte courant peut être déclaré inopposable aux créanciers sociaux en cas de **fraude paulienne** (art. 1167, C. civ.). Enfin, le juge peut différer la restitution du solde exigible en exerçant le pouvoir modérateur (prononcer un **délai de grâce** dans la limite de 2 ans compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier) (art. 1244-1, C. civ.).

b. Dans l'hypothèse où la société est en difficulté financière

Le statut de l'associé prêteur au titre d'une avance en compte courant est ambigu : il peut solliciter la restitution de son avance mais cela risque de provoquer une dégradation de la situation économique de la société, ce qui est contraire à l'*affectio societatis* qui doit l'animer. La demande en remboursement formulée par l'associé pourrait amener la société, dans certains cas, à faire

l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. L'associé titulaire d'un compte courant créditeur, en tant que créancier social, peut solliciter l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société (voir série 4). Mais, pris en sa qualité d'associé, le titulaire du compte sera tenu de contribuer aux pertes de la société.

REMARQUE

Les avances en compte courant sont-elles constitutives d'un passif exigible ?

Dans un acte de cession de titres de la société FPI en date du 21 janvier 2002, les cédants avaient précisé que la société FPI n'était pas en état de cessation des paiements. Un mois plus tard, une procédure de redressement judiciaire mise en œuvre à l'égard de la société FPI avait fixé la date de cessation des paiements au 24 janvier 2002. Le cessionnaire a demandé la nullité de la cession de titres pour dol. La cour d'appel a considéré que le paiement du solde d'un compte courant d'associé étant immédiatement exigible, il devait figurer dans le passif exigible. Cependant, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt en considérant qu'il fallait rechercher si les avances n'étaient pas bloquées ou si leur remboursement avait été demandé (Cass. com., 10 janv. 2012, n° 11-10018).

II. LES ASPECTS FISCAUX DES COMPTES COURANTS D'ASSOCIÉS

A. POUR LA SOCIÉTÉ

Les intérêts constituent des charges déductibles des résultats imposables. Il s'agit d'un avantage évident du prêt par rapport aux apports. En effet, les dividendes versés aux associés ou actionnaires ne sont pas déductibles des résultats imposables.

Afin d'éviter les abus, le droit fiscal soumet la déductibilité des intérêts aux conditions suivantes (art. 39, 1, 3°, CGI) :

- la déduction est subordonnée à la libération intégrale du capital ;
- le taux des intérêts déductibles est plafonné en fonction des taux pratiqués par les établissements de crédit. Le taux maximum déductible est égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à 2 ans²³. Par exemple, au cours du 3^e trimestre 2012, le taux maximum est de 3,07 %.

En outre, il convient de citer deux restrictions suivantes :

- les sommes prêtées dans le cadre d'un compte courant d'associé par une entreprise liée sont susceptibles de tomber dans le champ d'application des règles de lutte contre la sous-capitalisation (art. 212, CGI, voir partie 8) ;
- pour les sociétés soumises à l'IS, le texte prévoit un plafonnement général de déductibilité égal à un pourcentage du montant des charges financières nettes. Ce pourcentage est de 85 % pour les exercices clos au 31 décembre 2012 et en 2013, puis ramené à 75 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2014. La mesure ne s'applique pas lorsque le montant total des charges financières nettes est inférieur à 3 millions d'€.

B. POUR LES ASSOCIÉS QUI ONT AVANCÉ DES FONDS

Ils sont imposables à raison des intérêts perçus.

Jusqu'au 31 décembre 2012, les **associés personnes physiques** peuvent opter pour un prélèvement libératoire plus de contributions sociales (de 32,5 % en 2011 ; de 37,5 % et puis de 39,5 % en 2012) dans la limite d'un plafond de 46 000 €.

23. Ces taux moyens sont régulièrement publiés au Journal officiel dans la 2^e quinzaine du dernier mois de chaque trimestre civil.

La loi de finances pour 2013 a instauré le principe d'un assujettissement des intérêts au barème progressif de l'IR et a réservé la faculté d'opter pour un prélèvement libératoire aux contribuables ne percevant pas plus de 2 000 € d'intérêts par an. En outre, à compter de 2013, un acompte de 24 % (imputable sur l'IR) sera prélevé à la source sur les intérêts (art. 125 A, CGI).

Le prélèvement s'applique au montant brut des intérêts. Le débiteur du prélèvement est l'établissement payeur.

Toutefois, les personnes physiques appartenant à un foyer fiscal dont le revenu fiscal de référence de l'avant-dernière année est inférieur à un certain montant peuvent demander **à être dispensées** de ce prélèvement.

SECTION 2. L'EMPRUNT OBLIGATAIRE

Les obligations sont des titres négociables constatant une créance à long terme sur une entité. Elles confèrent à leurs titulaires les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale (art. L. 225-38, C. com.).

I. L'ÉMISSION DE L'EMPRUNT OBLIGATAIRE

A. LES CONDITIONS DE L'ÉMISSION

1. Les entités autorisées à émettre des obligations

La possibilité d'émettre des obligations est offerte :

- aux **sociétés par actions** (art. L. 228-35, al. 1^{er}, C. com.) ;
- aux **GIE composés exclusivement de sociétés par actions** (art. L. 251-7, C. com.) ;
- aux **associations qui exercent une activité économique** (loi, 11 juill. 1985) ;
- aux **SARL importantes** : les SARL peuvent émettre des obligations nominatives à condition qu'elles ne procèdent pas à une offre au public et si elles répondent aux deux critères suivants (art. L. 223-11, al. 1^{er}, C. com.) :
 - être tenues de nommer un CAC²⁴,
 - avoir approuvé les comptes des 3 derniers exercices de 12 mois ;
- à l'**État** et aux **personnes morales de droit public**.

2. L'exigence de la libération du capital (art. L. 228-39, C. com.)

L'émission n'est possible que si le capital est complètement libéré, car la non-libération complète du capital fait que la société dispose de créances à l'égard de ses actionnaires et il est normal que la société s'adresse d'abord à ceux-ci avant d'emprunter auprès de tiers.

Le texte prévoit une exception à cette exigence : l'émission est possible, bien que le capital n'ait pas été intégralement libéré, si les actions non libérées ont été réservées aux salariés au titre de l'actionnariat ou d'un plan d'épargne d'entreprise ou si l'émission est faite en vue de l'attribution aux salariés des obligations émises au titre de leur participation aux fruits de l'expansion de l'entreprise.

3. La décision d'émission

En principe, l'obligation n'est pas un titre représentatif d'une quote-part du capital. Dès lors, l'intervention de l'AGE n'est pas requise par la loi. Le conseil d'administration (ou le directoire) dispose de la qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations, sauf si les statuts réservent ce pouvoir à l'AG ou si celle-ci décide de l'exercer (art. L. 228-40, al. 1^{er}, C. com.).

24. Les SARL sont tenues d'avoir un CAC à raison du dépassement de deux au moins des trois seuils (1 550 000 € de total du bilan, 3 100 000 € de CA HT, 50 salariés).

REMARQUE**Délégation**

Le conseil d'administration peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres, au directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués et, dans les établissements de crédit, à toute personne de son choix, les pouvoirs nécessaires pour réaliser, dans un délai d'un an, l'émission d'obligations et en arrêter les modalités. Les personnes désignées rendent compte au conseil d'administration de l'exécution de leur mission.

Afin d'informer les actionnaires, le rapport de gestion doit comprendre une analyse de l'évolution de la situation financière de la société, et spécialement de son endettement.

B. LA RÉALISATION DE L'ÉMISSION**1. Les modalités de l'émission**

Il peut être procédé à l'émission d'obligations de deux façons :

- **Sans offre au public** : il s'agit alors d'une émission privée, auquel cas l'entité émettrice n'est soumise à aucune formalité de publicité. Mais, tout tiers a le droit d'obtenir de la société débitrice l'indication du nombre des obligations et des titres non encore remboursés (art. L. 228-77, C. com.).
- **Avec offre au public** : dans ce cas, la société émettrice fait placer les titres par l'intermédiaire des banques, des établissements financiers ou des prestataires de services d'investissement. Mais, avant le début des opérations de souscription et préalablement à toute mesure de publicité, elle doit publier une « **notice** » **qui constitue le contrat d'emprunt** dont les souscripteurs pourront se prévaloir vis-à-vis de la société. Cette notice est publiée au Balo et doit contenir en particulier le montant de l'émission, la valeur nominale des actions, le taux d'intérêt, les modalités de paiement, etc. (art. R. 228-57, C. com.).

La société émettrice doit également publier une **note d'information revêtue du visa de l'AMF** destinée à l'information du public et portant sur son organisation, sa situation financière et les modalités de l'émission envisagée (art. R. 228-59, C. com.).

2. Le prix d'émission

La valeur d'émission des obligations est librement fixée par l'émetteur. Celui-ci peut émettre les obligations au pair, c'est-à-dire à la valeur nominale qui correspond au rapport entre le montant de l'emprunt. Il peut également, dans le but d'attirer les épargnants et faciliter la souscription, émettre son emprunt à une valeur inférieure à la valeur nominale. La différence constitue la prime d'émission.

La loi ne fixe aucune règle concernant le versement des fonds et les moyens de paiement. Généralement, la libération est immédiate et se fait par tous moyens de paiement.

C. LES OBLIGATIONS DONNANT ACCÈS AU CAPITAL

L'émission de titres donnant accès au capital doit être autorisée par l'AGE. Les règles prévues pour les augmentations du capital par émission d'actions s'appliquent.

Les actionnaires de la société émettrice de titres donnant accès au capital, ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit préférentiel de souscription à la souscription de ces titres (art. L. 228-91, C. com.).

Certains titres sont même à durée indéterminée. Par exemple, **les titres subordonnés ou titres d'avant-dernier rang** ne seront remboursés qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion ou y compris des titulaires de prêts participatifs et de titres participatifs (art. L. 228-97, C. com.).

II. LES DROITS DES OBLIGATAIRES

L'obligataire a droit, selon les modalités précisées dans le contrat d'émission, au paiement des intérêts et au remboursement du capital prêté (A). Il bénéficie en outre d'une protection collective le cas échéant (B).

A. LES DROITS FINANCIERS

1. Le droit aux intérêts

L'obligataire perçoit un intérêt pendant la durée de l'emprunt. Le taux d'intérêt est établi au moment de l'émission de l'emprunt. Il est généralement fixe, mais il est possible de prévoir un intérêt variant en fonction de divers paramètres tenant à l'activité de la société, au résultat ou au chiffre d'affaires.

L'intérêt est payé périodiquement (chaque année ou chaque trimestre). Il peut également n'être versé qu'à l'échéance de l'emprunt. Tel est le cas des obligations « *zéro coupon* ». Dans ce cas, le prêteur reçoit en bloc les intérêts et le capital.

2. Le droit au remboursement du capital

Le remboursement de la somme prêtée peut avoir lieu :

- en une seule fois au terme de la durée prévue ;
- ou en plusieurs fois par remboursements périodiques d'une partie des titres, au tirage au sort ; c'est le remboursement par amortissement, deux modalités sont pratiquées :
 - soit la société rembourse un nombre égal d'obligations chaque année,
 - soit par annuités constantes : elle consacre la même somme chaque année au service de l'emprunt (amortissement et intérêts) ;
- pour les obligations cotées, la société peut toujours les faire amortir en procédant à leur rachat en Bourse, suivi de leur annulation (art. L. 228-74, C. com.).

3. Le droit de céder ses obligations

B. LES DROITS POLITIQUES : LA MASSE DES OBLIGATAIRES

N'ayant pas la qualité d'associé ou d'actionnaire, l'obligataire ne participe pas aux assemblées d'associés ou d'actionnaires. Cependant, il fait partie de la masse des obligataires qui assure une protection collective de chaque catégorie d'obligataire (art. L. 228-46 et s., C. com.).

L'ensemble des obligataires d'une même émission est constitué en « *une masse* » dotée de la personnalité morale et représentée par un ou plusieurs mandataires (maximum 3) élus par l'assemblée générale des obligataires.

Le représentant de la masse, généralement une banque, assiste aux assemblées générales des actionnaires, mais en qualité d'observateur auquel doivent être communiqués les mêmes documents qu'aux actionnaires.

Si la société envisage un changement de structure, elle doit consulter la masse et si elle passe outre l'avis négatif de celle-ci, elle doit offrir le remboursement aux obligataires qui en font la demande.

L'AG des titulaires de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital est appelée à autoriser toutes modifications au contrat d'émission et à statuer sur toute décision touchant aux conditions de souscription ou d'attribution de titres de capital déterminées au moment de l'émission. Les délibérations prises en violation de cette règle sont nulles (art. L. 228-103 et L. 228-104, C. com. ; Cass. com., 10 juil. 2012, n° 11-22898).

CHAPITRE 3. LE FINANCEMENT BANCAIRE

L'entreprise peut recourir également pour son développement à un financement bancaire. Ce contrat réalise une opération de crédit défini comme « *tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne [...]* ». Il s'agit plus précisément du prêt à intérêt, puisque le contrat de financement est, en pratique, conclu à titre onéreux.

Il existe une variété de contrats de financement. Nous étudierons d'abord les règles communes aux opérations de crédit (section 1), puis les règles en matière de crédit avec ou sans mobilisation de créances (section 2 et 3), et enfin les garanties du crédit (section 4).

SECTION 1. LES RÈGLES COMMUNES AUX OPÉRATIONS DE CRÉDIT

Sont étudiés successivement l'octroi (I), le coût (II) et la rupture du crédit (III).

I. L'OCTROI DU CRÉDIT

Les opérations de crédit, très variées (A), obéissent aux conditions de validité du droit commun des contrats avec quelques particularités (B).

A. LES VARIÉTÉS DES OPÉRATIONS DE CRÉDIT

Les opérations de crédit sont classées selon la durée (1), la destination (2) et la technique juridique utilisées (3).

1. La classification selon la durée du crédit

Le crédit à **court terme**, qui ne dépasse pas un délai de remboursement de 2 ans, est destiné à faire face à une insuffisance momentanée de trésorerie ou à anticiper des résultats provenant de la réalisation de son activité.

Le crédit à **moyen terme** a une durée de 2 à 7 ans tandis que le crédit à **long terme** est d'une durée supérieure à 10 ans. Ces crédits sont essentiellement employés pour financer les investissements des entreprises et les achats importants des ménages (biens d'équipement, automobile, immobilier, etc.).

2. La classification selon la destination du crédit

On parle de **crédits liés (ou affectés)** lorsqu'ils ont pour but une opération déterminée. Par exemple, les crédits relais concernant les entreprises qui sont dans l'attente d'une rentrée précise et exceptionnelle.

En revanche, les **crédits non affectés** servent aux besoins généraux de leur bénéficiaire (par exemple, le crédit global d'exploitation est ainsi un crédit de trésorerie destiné à couvrir l'ensemble des besoins nés du cycle d'exploitation).

3. La classification selon la technique juridique utilisée

Tous ces crédits peuvent se réaliser par la voie du prêt ou être fondés sur un transfert de créances.

Le prêt peut prendre plusieurs formes :

- La **facilité de caisse** est destinée à donner à la trésorerie une certaine élasticité dans son fonctionnement. C'est un crédit occasionnel (et non permanent), ce qui n'exclut pas qu'elle puisse être renouvelée.

- Le **découvert** est une ligne de crédit destinée à financer en tout ou partie le besoin en fonds de roulement de l'entreprise. Il ne constitue ni une aide structurelle permanente à la trésorerie, ni un crédit occasionnel destiné à résoudre des difficultés passagères de l'entreprise. Il présente l'avantage d'une très grande souplesse. L'entreprise est totalement libre de l'utilisation des fonds, elle n'a pas à en justifier l'utilisation.
- Les entreprises peuvent **mobiliser leurs créances** auprès de leur banquier. En contrepartie, ce dernier avance immédiatement le montant de la créance, qui lui est ensuite transmise par un procédé juridique opérant transfert de celle-ci (escompte d'effets de commerce, cession de créances professionnelles, subrogation²⁵). Elle sera ensuite recouvrée auprès du tiers cédé.

B. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CONVENTION DE CRÉDIT

Les conventions bancaires ne sont en principe soumises à aucune condition de forme particulière (1). Elles sont soumises aux conditions de validité de droit commun, avec cependant quelques particularités (2).

1. La forme de la convention de crédit

Le contrat consenti par un professionnel du crédit est un **contrat consensuel**²⁶, et il est donc conclu en principe par le seul échange des consentements. Un **certain formalisme** gouverne cependant aujourd'hui la forme du contrat de prêt pour certains types de crédit, comme le crédit à la consommation ou le crédit immobilier. En outre, le taux d'intérêt d'un prêt ou d'un crédit doit être fixé par écrit (art. 1907, C. civ.).

2. Les conditions de validité de la convention de crédit

Parce qu'il repose sur la confiance et que l'opération de crédit est empreinte d'un fort *intuitu personae*, la liberté du banquier de refuser l'octroi d'un crédit a toujours été affirmée. La banque procédera à une appréciation du risque, de façon à déterminer si elle peut donner suite à la demande de concours et en fixer les conditions.

La convention de crédit est naturellement soumise au droit commun des obligations : capacité, consentement, objet et cause.

3. La responsabilité du banquier

La jurisprudence impose aux banquiers une **obligation d'information, de conseil et de mise en garde**. L'objectif est d'assurer un consentement éclairé et exempt de vices de la part de l'emprunteur. La notion d'emprunteur « *averti* » ou « *non averti* » est déterminante. En effet, lorsqu'un emprunteur est averti, la banque n'est tenue à aucune de ces obligations sous réserve de l'hypothèse où la banque aurait eu sur l'état financier de l'emprunteur des informations que celui-ci aurait ignorées²⁷. Dans le cas contraire, la banque est tenue de mettre en garde l'emprunteur sur les aspects négatifs d'une l'opération.

Le banquier doit consentir à ses clients des financements compatibles avec le niveau et l'évolution de leur chiffre d'affaires, la rentabilité de leur activité et leurs résultats. Il doit agir avec prudence et diligence. Le principe de la responsabilité civile délictuelle permet de condamner le banquier à réparer le préjudice causé à une entreprise, aux créanciers et aux cautions de celle-ci, par l'octroi d'un **crédit inopportun (inapproprié)**.

25. La subrogation est l'opération qui substitue une personne ou une chose à une autre, le sujet ou l'objet obéissant au même régime juridique que l'élément qu'il remplace (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^e édition, p. 525).

26. Lorsqu'un prêt est consenti soit entre deux particuliers soit entre deux professionnels à titre isolé ou comme accessoire d'une activité commerciale principale, le contrat de prêt est un **contrat réel**.

27. Cass. com., 11 avr. 2012, n° 11-15429 ; - 13 mars 2012, n° 10-28296.

EXEMPLE

Dans un arrêt concernant l'octroi d'un crédit à une société nouvellement créée, la responsabilité du banquier est engagée. En l'espèce, le prêt sollicité, avant toute activité de la société, pour en permettre le démarrage, avait été accordé par le banquier sans que lui fussent présentés des éléments comptables prévisionnels. Les juges ont considéré que la banque n'était pas en mesure d'apprécier l'adaptation de ce crédit aux capacités financières de la société (Cass. com., 11 avr. 2012, n° 10-25904).

Lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, le principe est l'irresponsabilité du banquier, sauf en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci (art. L. 650-1, C. com.).

En principe, le droit au crédit n'est pas reconnu car le contrat de prêt repose sur la confiance. Cependant, le **refus injustifié** de l'octroi d'un crédit, le refus de crédit discrétionnaire ou le refus de l'octroi d'un crédit ne respectant pas les exigences légales sont sanctionnés.

II. LE COÛT DU CRÉDIT

Le coût du crédit dépend naturellement du montant de la somme prêtée, du taux d'intérêt et de la durée du prêt. Mais, la rémunération du concours consenti ne se limite pas à la perception d'intérêts et prend en compte d'autres composantes. Diverses perceptions forfaitaires, appelées « *commissions* » constituent le prix de services rendus par la banque.

Les taux d'intérêts débiteurs, ainsi que les commissions et dates de valeur sont **libres**. Il n'y a pas de fixation autoritaire des conditions. La liberté dans la fixation de l'intérêt trouve cependant une limite dans la nécessité de l'écrit (A) et dans l'interdiction de l'usure (B).

A. LA FIXATION PAR ÉCRIT DE LA STIPULATION D'INTÉRÊT

1. La nécessité d'un écrit

Que le prêt soit ou non constaté dans un écrit, la fixation de son taux doit être écrite (art. 1907, C. civ.). Le formalisme porte non sur la convention d'intérêt elle-même mais sur la fixation de son taux. Il ne s'agit pas seulement d'une règle de preuve. L'indication dans un écrit du TEG est une mention substantielle.

a. Le contenu de l'écrit

Tout contrat de crédit doit mentionner le **taux conventionnel** et le **taux effectif global (TEG)**²⁸ :

- le **taux conventionnel**, dit aussi nominal, est le taux vu du côté du banquier, dont il est à la fois l'instrument de travail et la mesure de la rémunération ; il lui permet d'élaborer le tableau d'amortissement ou de faire fonctionner le compte ;
- le **TEG** est le taux vu du côté du client, car il intègre en principe, en plus du taux conventionnel, l'incidence de l'ensemble des frais afférents au crédit, qui diminuent le capital emprunté ou majorent les échéances. L'indication du TEG permet au consommateur de connaître, au-delà du remboursement du capital emprunté, le coût global du prêt propose, frais annexes compris, et ainsi d'apprécier l'effort financier qu'il aura à consentir.

b. Les composantes du TEG

Les différentes composantes du TEG sont :

- le taux d'intérêt du prêt ;

28. Le TEG est dénommé TAEG (taux annuel effectif global) lorsqu'il s'applique aux crédits à la consommation.

- les frais, commissions et rémunérations de toute nature, directs ou indirects, quelle que soit leur qualification, qui comprend notamment les frais de dossier, les frais relatifs à des actes notariés²⁹ ;
- les primes d'assurance lorsqu'un contrat d'assurance lié à un prêt est souscrit par l'emprunteur **ou** exigé par le prêteur.

Il convient donc d'apprécier le TEG d'un prêt **au moment de l'octroi de celui-ci**, ce qui a pour conséquence d'exclure du calcul des éléments postérieurs, extérieurs à la volonté du prêteur, qui viendraient en accroître le coût, tels que des perceptions supplémentaires liées, par exemple, au jeu d'une clause d'indexation ou à la défaillance de l'emprunteur.

2. Les sanctions du non-respect du formalisme

Le **défaut de mention du TEG** est punissable :

- d'une **amende** de 4 500 € ;
- **et** d'une **sanction civile** : la **nullité de la fixation du taux** auquel sera substitué le taux d'intérêt légal³⁰, à compter de la date du prêt. Cette nullité, relative, se prescrit par 5 ans à compter du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le TEG (c'est-à-dire à compter de la date de la convention) (Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-17397).

B. LE PLAFONNEMENT LÉGAL DU TEG

L'usure est sévèrement sanctionnée (1). Cependant, le champ d'application de ce dispositif est réduit (2).

1. La prohibition de l'usure

Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un TEG qui excède, au moment où il est consenti, de **plus du tiers**, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues (art. L. 313-3, C. consom.).

L'usure est sanctionnée à un double titre :

- **Au niveau pénal** : des peines correctionnelles sont encourues par le prêteur et par toute personne ayant apporté son concours à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt usuraire (art. L. 313-5, C. consom.). Elles peuvent aller jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et/ou une amende de 45 000 €. Des peines complémentaires (telles que la publicité de la condamnation ou la fermeture de l'établissement) sont prévues.
- **Au niveau civil** : par la restitution à l'emprunteur des sommes que le prêteur a perçues au-delà du taux d'usure, soit en les imputant sur les intérêts normaux ou sur le capital dû, soit directement, si l'emprunteur a fini de rembourser son prêt, en les majorant des intérêts calculés au taux d'intérêt légal (art. L. 313-5-2, C. mon. fin.).

2. La réduction du champ d'application de la prohibition de l'usure

D'abord, la loi du 1^{er} août 2003 a supprimé le délit d'usure pour les **prêts consentis à des personnes morales** exerçant une activité commerciale, industrielle ou financière, artisanale, agricole ou professionnelle. **Seule demeure la sanction civile pour les découverts en compte qui leur sont consentis** (art. L. 313-5 et L. 313-5-1, C. mon. fin.)³¹.

Puis, la loi du 2 août 2005 a étendu ces règles aux **personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels** (« *entrepreneurs individuels* ») (art. L. 313-3, C. consom.).

29. Les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat.

30. Le taux d'intérêt légal applicable au cours de l'année 2013 est de 0,04 % (D. n° 2013-178, 27 févr. 2013).

31. De sorte qu'aucune sanction pénale n'est encourue en cas de dépassement du taux d'usure pour un découvert accordé à une personne morale exerçant l'une des activités citées ci-dessus. Seule la sanction civile demeure dans ce cas.

III. LA RUPTURE DU CRÉDIT (ART. L. 313-12, C. MON. FIN.)

Conformément au droit commun, un crédit à durée déterminée prend fin à l'échéance convenue, sauf clause de tacite reconduction.

De nombreux crédits sont cependant consentis à durée indéterminée. Chacune des parties devrait pouvoir y mettre fin unilatéralement par une simple notification au contractant. Cependant, la loi bancaire, en faisant du respect du préavis un principe, a privilégié les intérêts de l'entreprise qui peut courir un risque grave en cas de rupture brutale des crédits.

Nous examinerons le régime de la rupture des concours (A) avant d'en mesurer les effets (B).

A. LE RÉGIME DE LA RUPTURE DES CONCOURS BANCAIRES

Le texte pose une **obligation légale de préavis** pour les concours bancaires consentis aux entreprises, sauf circonstances particulières justifiant une rupture brutale.

1. Le champ d'application du texte

La rupture résulte de la révocation, de la réduction du concours ou du non-respect de la promesse de crédit. Il ne s'agit pas du rejet de certaines créances comme l'autorise la convention d'escompte, ni du refus de renouveler des crédits antérieurement accordés, ni de celui d'accroître l'encours du crédit consenti.

L'obligation de préavis est générale et s'applique à tout concours à durée indéterminée (quelle que soit la nature du concours consenti).

Les « *concours à durée indéterminée autres qu'occasionnels* » doivent donc être permanents, sans toutefois être nécessairement expressément consentis. Il peut s'agir d'un découvert, du crédit résultant d'une cession Dailly ou d'un contrat d'affacturage. Une facilité de caisse ponctuelle n'entre pas dans le champ d'application de cette disposition mais un découvert, même tacitement consenti sur plusieurs années, acquiert un caractère permanent qui lui permettra de bénéficier de la protection légale.

2. Les conditions de la rupture justifiée

Pour être régulière, la rupture doit être notifiée par écrit et un délai de préavis doit être respecté.

a. Le principe de notification écrite et de préavis

Pour protéger le client contre les effets néfastes d'une rupture brutale, il est nécessaire qu'un délai de préavis convenable soit respecté, à compter de la notification écrite, de façon à ce qu'il soit en mesure de trouver un autre banquier. Le délai de préavis minimal est de 60 jours, délai d'ordre public auquel il est impossible de renoncer par avance.

REMARQUE

Motivation de la rupture

Le texte n'exige pas que soit mentionné le motif de la rupture. En pratique, toutefois, ce dernier est généralement précisé. En outre, si l'entreprise en fait la demande, l'établissement de crédit doit lui fournir les motivations de la rupture. Par ailleurs, est posée la règle de confidentialité de cette information à l'égard des tiers.

b. La dispense de préavis

Si le bénéficiaire du crédit adopte un comportement gravement répréhensible ou si la situation de ce dernier s'avère irrémédiablement compromise, l'établissement de crédit n'est plus tenu de respecter le délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée. Ces deux exceptions à l'obligation de préavis ne dispensent cependant pas d'une notification de l'interruption du concours.

► *Un comportement gravement répréhensible*

Ont été jugés comme tels, la remise d'effets de complaisance (Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-20348), le dépassement du découvert autorisé ou encore le manquement brutal d'une association à sa promesse de céder à une banque, en contrepartie des crédits consentis, une dotation mensuelle de 400 000 francs (Cass. com., 5 nov. 2002, n° 00-17261).

► *Une situation irrémédiablement compromise*

Le banquier ne pourrait rompre brutalement le crédit que si la situation de l'entreprise est exsangue, sans espoir de redressement. Il est donc tenu de maintenir son crédit plus longtemps, puisqu'il ne peut rompre sans préavis que si la liquidation judiciaire est inéluctable.

B. LES EFFETS DE LA RUPTURE DU CRÉDIT

1. Les effets de la rupture justifiée

La rupture prend effet à l'expiration du délai de préavis, durant lequel, le banquier maintient son engagement. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai.

La rupture prend effet à la date de la réception de la notification de la rupture si elle a eu lieu sans préavis.

2. Les effets de la rupture abusive

La loi prévoit la nullité de la rupture lorsque le délai de préavis est inférieur au délai imposé par le texte.

La méconnaissance, par la banque, de ces dispositions est source de responsabilité dès lors que la victime de l'interruption justifie que cet événement lui a causé un préjudice. La responsabilité de la banque peut être engagée à l'égard de l'emprunteur comme elle peut l'être à l'égard des tiers, créanciers, porteur d'un chèque impayé, cautions, la difficulté résidant pour eux dans la nécessité d'établir un lien de causalité entre la rupture fautive et le préjudice subi. La caution pourra soutenir, par exemple, que la rupture abusive a précipité le dépôt de bilan et aggravé par conséquent son engagement.

SECTION 2. LES CRÉDITS AVEC MOBILISATION DES CRÉANCES

L'entreprise peut mobiliser ses créances auprès de ses banquiers qui, en contrepartie, lui accordent un crédit d'un montant équivalent, sous déduction de frais et commissions. Ce sont des crédits à court terme destinés à permettre à l'entreprise de faire face à une insuffisance de trésorerie. Il convient de distinguer la mobilisation économique des créances (I) de la mobilisation juridique des créances (II).

I. LA MOBILISATION ÉCONOMIQUE DES CRÉANCES

La mobilisation économique des créances réside dans le crédit de mobilisation de créances commerciales (CMCC). Le client qui a diverses créances regroupe celles-ci dans un document matérialisé par un billet à ordre qui est remis au banquier. En contrepartie de cette remise, ce dernier inscrit le montant du billet au compte du client. La remise du billet n'implique pas un transfert des créances. Juridiquement, il s'agit d'un prêt. Pour le banquier, ce mécanisme ne lui offre pas de garanties suffisantes.

II. LA MOBILISATION JURIDIQUE DES CRÉANCES

La mobilisation juridique des créances s'analyse en un **transfert de propriété (ou à titre de gage) des créances**. Ce transfert garantit le crédit consenti par le banquier.

La technique la plus classique de mobilisation des créances est l'escompte des effets de commerce (A).

L'affacturage (B), pratiqué par des établissements de crédit spécialisés, permet à l'entreprise d'obtenir un financement en cédant les créances à court terme dont elle dispose sur ses clients, généralement par la voie de la subrogation, mais aussi de leur confier la gestion et le recouvrement de ces créances.

Instituée par la loi du 2 janvier 1981, la cession de créances professionnelles a permis d'élargir le champ de la mobilisation. Grâce à cette technique, le banquier peut financer de manière simplifiée et relativement sûre une ou plusieurs créances représentées par un titre nouveau : le bordereau (C).

A. L'ESCOMPTE

Les délais de paiement pratiqués en France peuvent conduire l'entreprise à souhaiter financer ce décalage entre les ventes et leur règlement. À cette fin, elle peut utiliser l'escompte, **technique de crédit à court terme** qui consiste à transférer à une banque une ou plusieurs des créances dont elle dispose sur ses clients moyennant le paiement d'une somme d'argent.

L'escompte fait donc intervenir trois parties : l'entreprise bénéficiaire de l'escompte (appelée le **cédant ou le remettant**), le débiteur de l'effet (appelé le **cédé**) et le banquier qui est, lui, le **cessionnaire**.

Cette opération porte sur **les effets de commerce**³² (essentiellement les lettres de change ou traites).

1. La description de l'opération

La convention d'escompte fixe le **plafond d'encours**, les commissions applicables, la durée maximale et minimale qui peut s'écouler entre la création de l'effet et l'échéance. Le banquier s'engage à prendre à l'escompte les effets de commerce remis par l'entreprise jusqu'au montant de la ligne d'escompte, qui correspond à l'encours maximum que l'entreprise peut utiliser.

En principe, du fait de la promesse consentie, **la banque ne peut plus refuser** d'escompter un titre remis par le client. Elle ne peut rejeter un effet que si l'opération est ponctuelle et qu'elle considère qu'il est de mauvaise qualité, c'est-à-dire que la créance n'offre pas toutes les garanties requises pour une opération d'escompte. Cependant, même dans le cadre du crédit d'escompte, il n'est pas abusif de refuser des effets dès lors que le bénéficiaire n'a pas fourni les renseignements sollicités par le banquier. La banque doit aussi s'assurer de la licéité de l'effet afin notamment d'éviter les opérations d'escompte d'effets de complaisance ne correspondant à aucune prestation.

Le crédit d'escompte est dit « *revolving* » : il se renouvelle à partir du moment où les effets escomptés sont payés. Les banques exigent également l'ouverture d'un compte « *retenue de garantie* » alimenté par un pourcentage des remises à l'escompte (5 % en général). Ce compte ainsi approvisionné sert à couvrir les éventuels impayés.

32. L'effet de commerce est un titre négociable qui constate l'existence ou profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement (*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^e éd.).

2. Les effets de l'opération

Le banquier dispose des droits du porteur de l'effet de commerce : il pourra présenter le titre à l'acceptation du débiteur ou procéder à la notification de ce dernier. En cas d'escompte, le banquier bénéficie, en premier lieu, de la transmission de la créance : il devient propriétaire de la créance matérialisée par l'effet de commerce. Ensuite, il pourra se prévaloir de la solidarité des signataires : le porteur peut réclamer le paiement de l'effet à tous ceux qui y ont apposé leur signature. Enfin, il pourra invoquer le jeu de l'irrévocabilité des exceptions : le débiteur de l'effet ne peut opposer au porteur les moyens de défense issus de ses relations avec le créancier.

À l'échéance, le banquier escompteur doit recevoir le montant des titres. Dans le cas contraire, il donne avis du défaut de paiement au remettant. **Le banquier dispose d'un double recours** :

- le premier est fondé sur le titre escompté ;
- le second sur le contrat d'escompte lui-même. Il peut sur ce fondement solliciter du remettant le remboursement de l'avance consentie, ce qui présente un intérêt si le banquier ne peut exercer d'action cambiaire parce qu'il tombe sous le coup des délais de prescription ou parce qu'il est un porteur négligent. Ce recours résulte de la nature du contrat d'escompte, une opération de crédit.

REMARQUE

Avantages et inconvénients de la formule

- Avantages :
 - L'escompte permet à une entreprise d'assurer la liquidité d'une partie de ses créances à un coût, en principe, moins élevé que le découvert.
 - Pour les banques, le transfert des créances garantit le crédit consenti. Les mécanismes du droit cambiaire ou les modes de protection attachés à la cession des créances professionnelles renforcent la situation du banquier.
- Inconvénients :
 - La procédure est lourde et onéreuse pour les effets de faible montant.
 - La formule n'est pas très souple, parce que les banquiers exigent que les effets soient acceptés.

B. L'AFFACTURAGE

L'affacturage (aussi appelé factoring) est la convention par laquelle un organisme spécialisé, appelé l'**affactureur** (ou le factor) accepte de régler les créances à court terme dont une entreprise, dénommée l'**adhérent** (ou le **fournisseur**), dispose sur ses clients. En contrepartie, outre le versement d'une rémunération, ces créances lui sont transférées, généralement par la voie de la subrogation conventionnelle.

1. Les caractéristiques de l'affacturage

Le factor paie l'entreprise de manière anticipée et se charge de l'encaissement des créances en se retournant, lorsqu'elles parviennent à échéance, contre les débiteurs, pour en obtenir paiement. Généralement, l'affactureur garantit sans recours la bonne fin du recouvrement, ce qui signifie qu'il prend à sa charge l'insolvabilité éventuelle du débiteur et le risque de non-paiement à l'échéance.

Ainsi, l'affacturage offre un **procédé de gestion**, qui permet à l'entreprise d'être délivrée de toutes les charges liées au recouvrement des créances (relance, contentieux). Il confère l'**assurance d'un paiement sûr et rapide et une couverture du risque d'insolvabilité**.

Dans la pratique, ces différents types de service varient en fonction des contrats, ils peuvent être ainsi classés en plusieurs formules :

- la gestion doublée d'une couverture du risque d'insolvabilité, formule minimale ;
- la gestion doublée d'un financement des créances ;
- la gestion avec couverture du risque d'insolvabilité et financement de créances, qui constitue la formule la plus complète et la plus courante.

En aucun cas, l'affacturage ne peut être utilisé pour financer des besoins à moyen ou long terme.

2. Les rapports entre les parties

Le contrat de factoring se passe en **deux temps** : l'adhérent transmet ses créances au factor qui les met en compte, ensuite le factor se charge de les recouvrir.

Même si le contrat d'affacturage ne lie que deux personnes, une troisième entre dans la relation par le transfert de cette créance.

a. Les rapports entre l'affactureur et l'adhérent

Les rapports entre le factor et l'adhérent sont régis par la convention-cadre qui fixe les relations entre les parties.

Lorsqu'elle décide de recourir aux services d'une société d'affacturage, l'entreprise doit présenter à celle-ci l'ensemble de ses créances, et non simplement celles dont le recouvrement s'annonce délicat.

La convention d'affacturage prévoit généralement que les factures présentées doivent être accompagnées de **pièces justificatives** et que le factor dispose d'un droit de contrôle qui lui permet de se faire communiquer tous documents commerciaux, administratifs ou comptables. Le factor est libre de refuser ou d'accepter celles-ci mais sur des critères justifiables. S'il accepte d'acquiescer les créances, le factor devra en régler le montant à l'adhérent.

L'adhérent garantit l'existence effective de la créance et met à la disposition du factor toutes les informations qui peuvent lui être utiles. Il doit honorer son obligation de globalité et de continuité des transferts de créances.

Contrairement au cessionnaire Dailly ou au banquier escompteur, le factor ne dispose d'aucun recours contre l'adhérent, à moins que la créance ne soit inexistante ou que l'adhérent ne soit pas conforme aux stipulations de la convention. En effet, dans ce dernier cas, le factor révoquera son paiement en contrepassant la somme au débit du compte courant.

Il convient d'ajouter que le factor a pu aussi choisir de ne pas acquiescer toutes les créances, mais seulement certaines d'entre elles, parce qu'il a estimé qu'elles ne présentaient pas toutes les qualités requises. Dans cette hypothèse, le factor peut tout de même accepter d'assurer le recouvrement des créances non approuvées, en simple qualité de mandataire de l'entreprise, laquelle supportera alors le risque de l'insolvabilité du débiteur.

b. Les rapports entre l'affactureur et le débiteur cédé

Le transfert des créances de l'adhérent au factor se matérialise par la transmission des factures détenues sur les clients, lesquelles sont regroupées sur un bordereau dénommé « **quittance subrogative** », attestant le transfert des créances et la subrogation du factor. Ce dernier se trouve alors subrogé dans les droits de l'adhérent. Il devient, par substitution, créancier des clients débiteurs, à la place de ce dernier. Il peut donc de ce fait exercer à l'encontre de ces débiteurs tous les droits dont l'adhérent était titulaire au moment du transfert. Les conditions de la subrogation conventionnelle posées par le Code civil sont réunies par l'établissement de cette quittance subrogative concomitante au paiement. La subrogation ne nécessite pas de publicité particulière en principe. **La souplesse de ce mode de transfert des créances présente des avantages indéniables, notamment sur la cession des créances par bordereau Dailly.**

Toutefois, la **notification** au débiteur concerné est réellement utile. Certes, le factor peut exercer à l'encontre des débiteurs des créances cédées les différents droits dont il est investi en vertu de la subrogation, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'accord préalable des débiteurs ou même de leur notifier l'existence de la subrogation. En pratique cependant, il est fortement recommandé aux adhérents d'informer leurs clients débiteurs de l'existence de la subrogation, en utilisant la formule expresse suivante : « *règlement à ordre [de la société d'affacturage] à lui adresser directement* ». Cette notification permet en effet d'empêcher le débiteur de payer sa dette entre les mains d'une autre personne que le factor. Sans cette précaution, le paiement direct fait par le débiteur à l'adhérent (son créancier d'origine) ou à un autre créancier est libératoire, et donc opposable au factor. En revanche, après notification, un tel paiement ne serait plus libératoire, et le débiteur pourrait être condamné à payer une seconde fois, mais au profit du factor, la même somme majorée des intérêts.

REMARQUE**Avantages et inconvénients de la formule**

- Avantages :
L'affacturage propose une gestion intégrale des factures remises et le recouvrement tout en assurant la garantie du paiement à 100 %.
- Inconvénients :
 - L'affacturage peut induire une image négative vis-à-vis des clients de l'entreprise adhérente : en effet, il y a dépersonnalisation de la relation avec le client (les dossiers des clients de l'entreprise repris par la société d'affacturage sont traités de la même manière). De même, la gestion du recouvrement des créances ou des retards de paiement est parfois plus brutale que celle que l'entreprise appliquerait directement, ce qui peut nuire aux bonnes relations commerciales entre l'entreprise adhérente et ses clients.
 - Le factor dispose d'un droit de contrôle sur les factures qui lui sont proposées et peut exiger les justificatifs (bons de commande, bons de livraison) nécessaires au recouvrement.
 - La formule est onéreuse.

C. LE BORDEREAU DE CESSION DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES

Le bordereau dit « *Dailly* » est un **instrument de crédit** ayant l'objet de faciliter le crédit aux entreprises, en **simplifiant les modes de cession des créances professionnelles**. Il s'agissait de rénover le cadre de la mobilisation des créances. Pour les banques, la cession Dailly peut remplir plusieurs fonctions :

- La cession peut être faite **sur le fondement de l'escompte** : elle opère alors transfert de la propriété des créances au banquier avec mise à disposition immédiate au profit du cédant des sommes correspondant à la mobilisation. Elle permet le regroupement d'un nombre important de créances dans un même bordereau. Ce traitement informatisé et global des créances abaisse le coût de l'opération.
- Ensuite, la cession peut être **faite à titre de garantie** : elle a alors pour objet de conférer au banquier un procédé de remboursement de l'avance consentie qui ne correspond pas nécessairement au montant des créances cédées. Celles-ci sont affectées à la garantie des concours de toute nature que le banquier peut accorder au client.

Nous étudierons exclusivement le cas des cessions de créances professionnelles.

- Enfin, le bordereau Dailly peut aussi être utilisé par les banques comme technique de refinancement.

1. Les conditions de la cession des créances professionnelles

La loi prévoit l'emploi de ce procédé à l'occasion de certaines opérations et pour la transmission de certaines créances. Ce sont les conditions de fond de la cession. La réunion des conditions de forme dont dépend l'efficacité de la cession rappelle le formalisme qui entoure les effets de commerce.

a. Les conditions de fond**▀ Les conditions relatives aux parties concernées**

Le **cédant** peut être une personne physique, qui agit dans le cadre de son activité professionnelle ou une personne morale, de droit privé ou de droit public. Pour ces dernières, il n'est pas nécessaire de vérifier que les créances sont nées de leur activité professionnelle.

Ensuite, le bordereau ne peut être cédé qu'à un **établissement de crédit (cessionnaire)**, qui consent un concours au cédant.

Quant au **tiers cédé**, il peut être une personne morale de droit public ou de droit privé, ou une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle.

► Les conditions relatives aux créances concernées

Ces conditions sont particulièrement **souples**. Il est en effet possible de céder des créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés. Il est donc possible de céder des créances futures si elles sont suffisamment identifiables. Naturellement, la cession ne peut porter sur des créances éteintes ou inexistantes, sous peine pour le cédant d'être poursuivi pour escroquerie.

À cet égard, le champ d'application de la loi est large, puisqu'il concerne **l'ensemble des créances professionnelles**. Ainsi seules peuvent être cédées les créances nées dans le cadre d'une activité professionnelle, au moins lorsque la créance est détenue par une personne physique. Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

Sont exclues les créances détenues sur un consommateur.

b. Les conditions de forme

Le bordereau est soumis à un strict formalisme.

► Les mentions obligatoires (art. L. 313-23, C. com.)

Le bordereau doit comporter les énonciations suivantes :

- la **dénomination**, selon le cas, d'« *acte de cession (ou de nantissement) de créances professionnelles* » ;
- la mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier ;
- le **nom** ou la **dénomination sociale** de l'établissement de crédit bénéficiaire ;
- la **désignation** ou l'**individualisation**³³ des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance³⁴.

La jurisprudence fait preuve d'une grande rigueur dans l'appréciation du contenu de chacune de ces mentions.

Le titre dans lequel l'une des mentions fait défaut ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles. La cession est valable entre les parties mais n'est pas opposable aux tiers. Le cessionnaire ne pourra rien exiger du débiteur cédé³⁵.

► La date du bordereau et la signature du cédant (art. L. 313-25, C. com.)

La date doit être apposée par le cessionnaire. Son importance est grande car elle détermine la prise d'effet de la cession des créances entre les parties et son **opposabilité aux tiers**.

La signature du cédant doit être apposée sur le bordereau. La signature est apposée soit à la main, soit par tout procédé non manuscrit.

33. La désignation du débiteur cédé n'est pas une mention obligatoire. De sorte que si le nom du débiteur cédé n'a pas été indiqué, ce dernier ne peut refuser de payer (Cass. com., 1 févr. 2011, n° 10-13595).

34. Lorsque la transmission des créances cédées ou données en nantissement est effectuée par un procédé informatique permettant de les identifier, le bordereau peut se borner à indiquer, outre les trois premières mentions indiquées ci-dessus, le moyen par lequel elles sont transmises, leur nombre et leur montant global. En cas de contestation portant sur l'existence ou sur la transmission d'une de ces créances, le cessionnaire pourra prouver, par tous moyens, que la créance objet de la contestation est comprise dans le montant global porté sur le bordereau.

35. En outre, les formalités de l'article 1690 du Code civil qui rendent opposable la cession de créances civiles n'étant généralement pas remplies, l'efficacité de la cession est limitée au rapport entre les parties.

2. Les effets de la cession de créances professionnelles

Il convient de distinguer les rapports entre le cédant et le cessionnaire de ceux du cessionnaire avec le débiteur cédé.

a. Les rapports entre le cédant et le cessionnaire

Préalablement à toute mobilisation Dailly, le banquier signe avec son client une convention-cadre dans laquelle seront définies les conditions de mobilisation, d'utilisation et de recouvrement des créances. Généralement, la convention prévoit que le recouvrement des créances professionnelles est assuré par le cédant pour le compte du cessionnaire, qui joue un rôle purement financier. Cette convention de crédit est soumise aux règles gouvernant l'octroi ou la rupture du crédit.

L'opération transfère de plein droit au cessionnaire la propriété de la créance cédée. Le moment où s'opère ce transfert est la date apposée sur le bordereau lors de la remise de celui-ci.

Plusieurs conséquences en découlent :

- En premier lieu, le cédant ne peut plus modifier les droits attachés aux créances transmises sans accord exprès et préalable du cessionnaire. Il ne peut plus accorder ou supprimer des sûretés, ni octroyer des remises de dettes ni céder cette créance qui ne lui appartient plus.
- Ensuite, ce transfert comprend les créances mais aussi les sûretés, garanties et accessoires attachées à chaque créance.
- Sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession est garant solidaire du paiement des créances cédées ; par conséquent, le cessionnaire pourra le poursuivre sans avoir à recourir auparavant contre le débiteur cédé. Par ailleurs, le cédant est garant de l'existence de la créance (Cass. com., 1 févr. 2011, n° 09-73000).
- Sortie du patrimoine du cédant, le paiement de la créance cédée n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant postérieurement à cette date (Cass. com., 7 déc. 2004, n° 02-20732).

b. Les rapports entre le cessionnaire et le débiteur cédé

Contrairement au droit commun de la cession de créances, la cession est opposable au débiteur sans formalité, ni signification, ni acceptation. Le débiteur est engagé alors même qu'il peut tout ignorer de la cession. Afin d'éviter d'avoir à procéder au recouvrement des créances cédées, il est généralement convenu que le cédant assure celui-ci pour le compte du cessionnaire.

Le banquier encourt alors principalement deux risques :

- En premier lieu, le débiteur cédé pourra lui opposer les exceptions issues de ses relations avec le cédant. La loi l'autorise cependant à solliciter l'acceptation du débiteur cédé afin qu'il ne puisse plus lui opposer ces moyens de défense.
- En second lieu, le banquier peut se heurter à l'insolvabilité du cédant. Le cessionnaire a la possibilité de notifier la cession au débiteur cédé, qui ne se libérera alors valablement qu'entre ses mains.

Nous examinerons quelles sont les exceptions que le débiteur cédé peut opposer au banquier avant de mesurer la portée des modes de protection dont dispose ce dernier.

▀ Les exceptions que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire

En principe, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant. Le transfert de la créance n'emporte pas purge des exceptions : elle est transmise avec ses accessoires et ses vices.

Parmi les exceptions opposables, on peut citer la nullité ou l'inexécution du contrat qui a fait naître la créance entre le cédant et le débiteur cédé ou le délai de paiement accordé, avant la date apposée sur le bordereau Dailly par le cédant ou encore, si certaines conditions sont réunies, la compensation née des rapports du débiteur cédé et du cédant.

➡ Les modes de protection du banquier cessionnaire

Pour renforcer ses droits, le banquier a la possibilité de procéder à une notification de la cession ou de solliciter l'acceptation du débiteur cédé.

Notification (art. L. 313-28, C. mon. fin.)

Le banquier peut, à tout moment, interdire par la notification au débiteur de la créance cédée de payer entre les mains du cédant. Elle fait ainsi tomber le mandat de recouvrement donné au cédant. Elle n'est soumise à aucune condition de forme particulière, mais la charge de la preuve de la notification pèse sur le cessionnaire qui procédera généralement par lettre recommandée.

À compter de la notification, le débiteur ne se libère valablement qu'auprès du banquier.

Acceptation (art. L. 313-29, C. mon. fin.)

L'acceptation est un engagement de payer souscrit par le débiteur à la demande du bénéficiaire. C'est un engagement formel, qui se manifeste, à peine de nullité, dans un écrit intitulé « *acte d'acceptation de la cession des créances professionnelles* ».

Ses effets sont importants. En effet, à compter de son acceptation, le débiteur ne peut opposer au banquier les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, à moins que le banquier, en acquérant les créances, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur. Les effets de l'acceptation sont par conséquent similaires à ceux de l'acceptation d'une lettre de change. Il s'agit d'un engagement autonome, qui purge la créance de ses vices. Elle peut être assortie de réserves, permettant par exemple au débiteur cédé de la subordonner à l'existence de la créance cédée.

REMARQUE

Avantages et inconvénients de la formule

- Avantages :
 - Pour l'entreprise, c'est une procédure de mobilisation rapide qui facilite l'accès au crédit. Il évite les lourdeurs de l'escompte des lettres de change classiques.
 - La mobilisation de ces créances ne présente pas une image de marque négative vis-à-vis des clients. Le recours ponctuel demeure possible et l'entreprise n'a pas à justifier à l'établissement bancaire le bien-fondé de la créance (la banque se contente de la facture).
 - Le bordereau Dailly permet de regrouper sur un même document plusieurs créances, l'usage de ce seul titre permettant de céder (ou de nantir) de nombreuses créances à la fois sans qu'il ne soit nécessaire d'endosser chacune d'elles.
- Inconvénients :
 - La cession de créances par bordereau Dailly aggrave la difficulté de maîtriser le suivi du poste clients.
 - Contrairement à l'escompte classique, ce n'est pas un moyen de recouvrement et le bénéficiaire du crédit doit continuer à suivre le recouvrement de ses créances.
 - Contrairement à l'affacturage, la cession de créances par bordereau Dailly n'offre pas de garantie du paiement à 100 %. Sauf convention contraire, le cédant est garant solidaire du paiement des créances cédées. Les créances remises en Dailly pourront être débitées par le banquier en cas de non-paiement par le client.

Malgré des avantages indéniables, cette formule n'a cependant pas résolu toutes les difficultés et n'assure pas une sécurité totale aux banquiers, dans la mesure où les garanties conférées par l'acceptation et la notification ne sont pas systématiquement mises en œuvre.

SECTION 3. LES CRÉDITS SANS MOBILISATION DES CRÉANCES

Toutes les opérations de crédit permettant une mise à disposition immédiate des fonds ne reposent pas sur un transfert des créances dont dispose l'entreprise. Le prêt (I) est aussi un instrument privilégié du crédit de trésorerie. Le crédit-bail (II), technique destinée au financement à moyen ou long terme, est une technique majeure de financement des investissements de l'entreprise.

I. LE PRÊT BANCAIRE

A. LA MISE À DISPOSITION DES FONDS

Le **prêt** correspond à une mise à disposition immédiate des fonds. Il peut être précédé d'une **ouverture de crédit**, qui se caractérise par une **mise à disposition future des sommes promises**.

L'**ouverture de crédit** est la convention par laquelle un établissement de crédit s'engage à mettre un certain crédit, pour une certaine durée, à la disposition de l'un de ses clients qui l'utilisera selon ses besoins. Lorsqu'elle prend la forme d'un prêt d'argent, l'ouverture de crédit constitue une simple promesse de prêt, l'utilisation du crédit réalisant le prêt. Elle peut aussi avoir un objet beaucoup plus large qu'une simple somme d'argent : le contrat peut consister dans une promesse de crédit d'escompte, ou dans une autorisation de découvert en compte courant. L'ouverture de crédit peut en effet être expresse ou tacite³⁶.

B. LA RESTITUTION DES FONDS

L'emprunteur est propriétaire des fonds dès leur remise, et devra les restituer selon les modalités prévues dans la convention, parfois de façon anticipée.

Le mode de remboursement d'un crédit varie en fonction de la technique de crédit adoptée. Dans les crédits fondés sur un transfert de créances, comme l'escompte, le remboursement de la banque est assuré par le recouvrement de la créance escomptée. Dans le cas des découverts, le remboursement se fera par le mécanisme du compte. Les prêts ou autres avances peuvent être remboursés en une seule fois ou par échéances successives.

1. Le remboursement intervenu à l'initiative de l'emprunteur

La restitution doit, en principe, intervenir au lieu et au terme convenu.

a. Le lieu de paiement

Le paiement se fera généralement au lieu où le compte bancaire est tenu.

b. Le terme de paiement

Généralement, le débiteur a la possibilité de rembourser avant le terme, mais une indemnité devra alors être versée à la banque, qui ne constitue pas une clause pénale (Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1993, n° 91-16150).

À l'inverse, l'emprunteur peut tenter d'obtenir un report des échéances, qui sera accordé ou non par le prêteur. Le juge peut accorder un délai de grâce. Le report ou l'échelonnement des sommes dues ne peut excéder 2 ans. L'octroi de ce délai suspend les procédures d'exécution que le créancier aurait pu engager. Si l'entreprise débitrice est dans une situation financière délicate, elle peut utiliser la procédure de sauvegarde ou de conciliation (art. L. 611-4, C. com.).

36. La preuve de l'ouverture de crédit résultera de la perception d'une commission d'engagement, de la constitution de sûretés ou tout simplement de la fréquence des découverts octroyés, qui démontre que le banquier n'a pas simplement accordé une tolérance occasionnelle.

2. Le remboursement indépendant de la volonté de l'emprunteur

En pratique, le prêteur ne peut pas redemander les choses prêtées avant le terme convenu (art. 1899, C. civ.).

Deux types de sanctions peuvent aboutir cependant à une restitution anticipée des fonds :

a. Les clauses de déchéance conventionnelle

Elles prévoient que le **défaut de paiement d'une échéance** emporte la déchéance du terme, rendant ainsi le remboursement du prêt immédiatement exigible.

Les contrats de prêt rédigés sur un modèle anglo-saxon prévoient fréquemment la possibilité pour le prêteur de demander le remboursement anticipé du prêt dans toute une série d'hypothèses, telles que les déclarations de l'emprunteur avérées fausses, un contrôle fiscal, le non-respect de certains ratios, etc. Une telle clause est nulle dans le cadre de contrats liant un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel (cette clause est jugée abusive : Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2008, n° 07-15226). En revanche, elle est a priori valable dans un contrat de financement conclu entre les professionnels dans la mesure où elle n'est pas contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs (Cass. com., 22 mars 2005, n° 01-01677).

REMARQUE

Aucune clause de déchéance ne peut résulter de l'ouverture d'une procédure collective, ni de la procédure de sauvegarde, ni du redressement judiciaire de l'entreprise.

b. La déchéance du terme prévue par la loi

Ainsi, par exemple la liquidation judiciaire de l'entreprise rend exigibles les créances non échues (art. L. 643-1, C. com.).

II. LE CRÉDIT-BAIL

Une part importante de l'investissement en biens d'équipement est aujourd'hui financée sous forme de crédit-bail.

Les sociétés pratiquant le crédit-bail sont des établissements de crédit spécialisés bénéficiant d'un agrément.

Constitue une opération de crédit-bail, la location de biens d'équipement, de matériels ou de biens immobiliers à usage professionnel, achetés en vue de cette location pour des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque les opérations donnent au locataire la faculté d'acquérir tout ou partie des biens, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers (art. L. 313-7, C. mon. fin.).

La convention peut porter sur des équipements et matériels de nature mobilière (A) ou immobilière (B). Ces opérations donnent lieu au paiement de loyers fiscalement déductibles (C).

A. LE CRÉDIT-BAIL MOBILIER

1. La présentation de la convention

a. Les éléments de qualification de la convention

Trois éléments fondamentaux et liés caractérisent le contrat. Il s'agit d'une opération de location, assise en général sur la durée d'utilisation économique du bien. Elle concerne un bien – mobilier (ou immobilier) – à usage professionnel, et elle est assortie d'une promesse unilatérale de vente.

Le preneur doit avoir le choix entre trois options à l'issue du contrat :

- soit le rachat du bien pour un montant fixé dès l'origine par le contrat (valeur résiduelle, qui doit aux termes du Code monétaire et financier tenir compte au moins pour partie des versements effectués à titres de loyers) ;
- soit la poursuite de la location ;
- soit, enfin, la restitution du bien à son propriétaire, c'est-à-dire le bailleur.

Il faut que le matériel soit d'un usage durable, identifiable, amortissable. La liste des matériels est très diversifiée.

b. Les intérêts de la formule

Pour le crédit-bailleur, la garantie est tout à fait fondamentale : en effet, jusqu'à la levée effective de l'option d'achat, le crédit-bailleur demeure le seul et unique propriétaire. C'est parce qu'il conserve la propriété du matériel (ou de l'immeuble) que l'établissement de crédit-bail est en mesure d'accorder plus facilement un financement, dans la mesure où il peut prendre des risques plus importants que s'il ne disposait que d'un droit personnel à l'encontre de l'utilisateur du bien. La propriété joue le rôle d'une sûreté qui, si les formalités de publicité sont effectuées, met le bailleur à l'abri de la défaillance financière de son client. Le crédit-bailleur est même dispensé, dans la procédure collective de son client, de revendiquer son bien et pourra le récupérer si le contrat n'est pas continué (art. L. 624-10, C. com.).

Pour l'entreprise utilisatrice, le crédit-bail offre l'atout majeur d'un financement total de l'investissement sans aucun apport initial, sans immobilisation de capitaux. Il est ainsi source d'optimisation financière : le crédit-bail permet de préserver la trésorerie de l'entreprise qui conserve les fonds propres nécessaires au financement des besoins de son exploitation.

2. Le déroulement de l'opération de crédit-bail

a. La conclusion du contrat

On distingue en effet dans ce contrat :

- un contrat de vente entre la société de crédit-bail et le fournisseur, mais c'est un contrat particulier car c'est le locataire qui choisit le bien acheté et qui va retirer le matériel acheté et établir avec le vendeur un procès-verbal de livraison ou de prise en charge ;
- la conclusion d'un contrat de location précisant les obligations réciproques pendant la période de location et au terme de cette dernière ; la durée du contrat correspond à la durée de vie économique du matériel (3 à 10 ans) ;
- la mention de l'option d'achat qui doit figurer au contrat ; à défaut, il ne s'agirait pas d'un contrat de crédit-bail.

Le propriétaire bailleur joue un rôle purement financier dans la vente et laisse, au locataire, par le biais d'un mandat, de nombreuses prérogatives. Le bailleur lui donne généralement mandat de choisir le fournisseur, le matériel et de retirer le bien loué, au moment où il le souhaite. La société de crédit-bail, au vu du certificat de réception du matériel, en versera le prix au fournisseur.

Le contrat de vente obéit aux conditions de validité du droit commun des contrats. Le prix a ici une grande importance, parce qu'il constitue la base locative de l'opération. L'impératif majeur du bailleur est d'amortir le capital investi sous la forme de l'achat du matériel et de le rentabiliser sur la durée du contrat de louage.

La convention prévoit généralement que la vente n'est parfaite que si le vendeur produit un procès-verbal de livraison et réception. Il protège le crédit-bailleur du paiement qu'il pourrait effectuer sans objet du fait du défaut de délivrance du bien acheté. Il est aussi le point de départ de la location. La convention prévoit généralement que 8 jours après réception par le locataire du matériel qui fait l'objet du contrat de location sans protestation constatée dans un procès-verbal de difficultés, le bailleur peut considérer que l'obligation de délivrance est exécutée et qu'il peut par conséquent payer le prix.

b. Les droits et obligations des parties

➡ Les droits et obligations de la société de crédit-bail

La société de crédit-bail met le bien à la disposition de l'entreprise utilisatrice, et leurs relations vont être régies par le droit commun du contrat de louage. Cependant, ce schéma traditionnel est généralement bouleversé : les stipulations du contrat de crédit-bail aboutissent généralement à ce que le bailleur s'exonère des obligations qui lui incombent normalement, notamment dans l'exécution de son obligation de garantie.

L'analyse des droits du preneur montre qu'il est dans une situation dérogatoire au regard du droit commun du contrat de bail. Du fait du mandat dont il est investi pour déterminer librement les caractéristiques du bien loué, le locataire va pouvoir agir au lieu et place du bailleur notamment à l'égard du vendeur.

En principe, le locataire est assuré, sauf accord avec la société de crédit-bail de disposer du bien pendant une période minimum irrévocable (de 3 à 8 ans en général).

Des incidents peuvent survenir, soit que la livraison ait lieu avec retard, soit que des vices cachés rendent le matériel impropre à sa destination. Or, selon le droit commun, le bailleur doit garantir au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêche l'usage. Le locataire devrait normalement former un recours contre la société de crédit-bail qui se retournerait alors contre le vendeur. Parce qu'il est évidemment plus simple que le preneur s'adresse directement au fournisseur, les parties conviennent que le locataire exercera pour le compte du bailleur les actions contre le vendeur. À cet effet, la société de crédit-bail fait signer au fournisseur une acceptation de l'exercice direct des actions en garanties par l'utilisateur. Ce transfert des actions en garantie contre le fournisseur au locataire permet aux sociétés de crédit-bail de s'exonérer de leur garantie. L'existence de ce mandat reçu du crédit-bailleur permet aussi au locataire d'exercer un recours contre le vendeur en résolution de la vente pour manquement à son obligation de délivrance.

La Cour de cassation a décidé que la résolution du contrat de vente du bien loué impliquait la résiliation du contrat de crédit-bail sous réserve des clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation (Cass. com., 12 oct. 1993, n° 91-17.621) : le preneur est dispensé du paiement des loyers à compter de sa demande judiciaire en résolution de la vente.

➡ Les obligations du preneur

S'agissant des obligations du preneur, celui-ci doit payer un loyer qui couvre le prix de la location, l'amortissement du bien et la marge bénéficiaire de la société de crédit-bail. La société de crédit-bail demande diverses garanties, comme le cautionnement des dirigeants, et le versement d'un dépôt de garantie. Sont également souvent insérées dans les conventions des clauses pénales qui sont très rigoureuses (par exemple, sera prévue la résiliation expresse du contrat en cas de non-paiement du loyer à l'une des échéances, ou une clause imposant au locataire, outre la restitution du matériel, le versement d'un pourcentage plus ou moins élevé des loyers restant à courir, parfois même l'intégralité des loyers).

Outre l'obligation de prise en charge du matériel, le preneur se voit imposer une obligation d'entretien du bien. Il s'y ajoute souvent une obligation d'information du bailleur sur tous les incidents de fonctionnement du matériel loué et une obligation de coopération avec le bailleur. Il lui est généralement imposé d'assurer le matériel.

3. La fin du contrat de crédit-bail

a. Les règles générales

L'entreprise utilisatrice dispose d'une option, acquérir le bien loué ou le restituer. L'acquisition se produit au prix stipulé lors de la conclusion du contrat, qui sera en général inférieur à la valeur marchande du bien, puisqu'il tient compte des sommes payées sous forme de loyers.

b. En cas de difficulté

Si l'entreprise est soumise à une procédure de sauvegarde, l'administrateur peut exiger la poursuite du contrat en s'acquittant des loyers échus postérieurement au jugement d'ouverture et ce quel que soit le défaut d'exécution par le locataire d'engagements antérieurs (art. L. 622-13, C. com.). Il peut aussi décider de mettre fin au contrat de crédit-bail et les loyers échus entre le jugement d'ouverture et l'option de l'administrateur bénéficieront du privilège des créances postérieures.

En cas de cession de l'entreprise, le tribunal détermine les contrats de crédit-bail nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des cocontractants du débiteur transmises au mandataire. Le jugement qui arrête le plan emporte cession de ce contrat. Il doit être exécuté aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire (art. L. 642-7, C. com.).

En outre, en cas de cession du contrat de crédit-bail, le crédit-preneur ne peut lever l'option d'achat qu'en cas de paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession.

B. LE CRÉDIT-BAIL IMMOBILIER

Le crédit-bail peut être utilisé au sein de divers montages. On en distingue trois :

- **La société de crédit-bail** achète le bien immobilier. Le mécanisme est alors le même que pour le crédit-bail mobilier : le crédit-bailleur consent au preneur une location assortie d'une option d'achat.
- **Une SCI** est constituée entre la société de crédit-bail et le crédit preneur. Le bail est consenti par la SCI alors même que c'est la société de crédit-bail qui accorde au crédit preneur une option d'achat sur les parts qu'elle détient dans cette SCI. À l'issue de la période de location, le crédit preneur peut lever l'option, demander le prolongement du bail ou restituer l'immeuble à la SCI.
- **Le crédit preneur** peut être le propriétaire du terrain et souhaite le conserver. Il en conclut avec la société de crédit-bail un bail à long terme (bail emphytéotique), ce qui permettra à cette dernière de faire édifier l'immeuble qui sera donné en location au crédit preneur. À l'issue de celui-ci, le crédit preneur devient de plein droit propriétaire des constructions par voie d'accession (art. 555, C. civ.). Dans cette hypothèse, l'option, caractéristique du contrat de crédit-bail, a disparu.

C. LA DÉDUCTION DES LOYERS

La déductibilité des loyers diffère selon qu'il s'agit d'un crédit-bail portant sur des véhicules de tourisme (1), d'un crédit-bail mobilier (2) ou immobilier (3).

1. Le crédit-bail portant sur des voitures de tourisme

La déductibilité des loyers est plafonnée de façon analogue à l'amortissement des véhicules dont les entreprises sont propriétaires.

2. Le crédit-bail mobilier

Les loyers versés sont, en principe, intégralement déductibles du résultat imposable. La déductibilité n'est remise en cause que si le contrat est requalifié en vente ou si le prix de levée de l'option est considéré par l'administration comme anormalement bas.

Les biens acquis à l'échéance du contrat sont inscrits pour le prix convenu pour la levée de l'option, majoré, s'il y a lieu, du prix d'acquisition du contrat. Ils sont amortissables sur la durée d'utilisation appréciée à la date de la levée de l'option.

3. Le crédit-bail immobilier

Les loyers sont intégralement déductibles.

Cependant, lorsque le prix d'acquisition, par le locataire, de l'immeuble pris en location par un contrat de crédit-bail conclu avec une société immobilière est inférieur à la différence existant entre la valeur de l'immeuble lors de la signature du contrat et le montant total des amortissements que le locataire aurait pu pratiquer s'il avait été propriétaire du bien depuis cette date, le locataire acquéreur est tenu de réintégrer, dans les résultats de son entreprise afférents à l'exercice en cours au moment de la cession, la fraction des loyers versés pendant la période au cours de laquelle l'intéressé a été titulaire du contrat et correspondant à ladite différence diminuée du prix de cession de l'immeuble (art. 239 sexies, CGI).

SECTION 4. LES GARANTIES DU CRÉDIT

Les garanties ou sûretés sont classées en deux grandes catégories : les sûretés personnelles (I) et les sûretés réelles (II).

I. LES SÛRETÉS PERSONNELLES

Elles consistent en l'engagement d'une ou plusieurs personnes aux côtés du débiteur. Ce sont des garanties liées à la personne même du garant. Il existe deux types de sûretés personnelles : le cautionnement ainsi que ses dérivés (A) et les assurances (B).

A. LE CAUTIONNEMENT ET SES DÉRIVÉS

1. Le cautionnement

a. La définition et les caractéristiques

Le cautionnement est un **contrat unilatéral** par lequel la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation au cas où le débiteur ne le ferait pas.

S'agissant d'un **contrat accessoire**, il n'a pas d'existence autonome. Son existence et son étendue dépendent de l'obligation principale. Le cautionnement n'est possible que si l'obligation principale est valable. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (art. 2290, C. civ.).

Le cautionnement est marqué par un fort intuitu personae.

EXEMPLE

M. X. s'était rendu caution envers l'Européenne de banque, à l'occasion de l'octroi d'un crédit consenti par la banque à la société Le Val d'Orge. Ultérieurement, la Barclays Bank Plc avait absorbé l'Européenne de banque. La société Le Val d'Orge avait été mise en liquidation judiciaire. La banque avait déclaré sa créance et avait fait assigner M. X. en exécution de ses engagements. La Cour de cassation a fait prévaloir le caractère *intuitu personae* du cautionnement et a jugé que (Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-10719) :

« En cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante. »

La date qui compte dans ce cas est le jour de la publication de la fusion (Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16611).

b. Les conditions de validité

Il faut réunir des conditions de validité d'un contrat :

- **Conditions de fond** : consentement exempt de vice, capacité, cause et objet.
- **Conditions de forme** : écrit, mention manuscrite.

EXEMPLES

1. La dissimulation d'informations relatives à la situation d'un débiteur au moment de la conclusion d'un engagement de caution est susceptible de caractériser une **manœuvre dolosive** entraînant la nullité du contrat de caution.

2. Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, **manifestement disproportionné** à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation (art. L. 341-4, C. consomm.). Le caractère « *averti* » de la caution est indifférent sur le point de savoir si l'engagement de la caution n'était pas manifestement disproportionné à ses capacités financières (Cass. com., 10 juil. 2012, n° 11-16355).

3. Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la **mention manuscrite** suivante, et uniquement de celle-ci : « *En me portant caution de X., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X. n'y satisfait pas lui-même* » (art. L. 341-2, C. consomm. ; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009, n° 07-21506).

REMARQUES**Remarque n° 1 : Cautionnement consenti par le président du CA d'une SA**

Le président du conseil d'administration d'une SA ne peut donner la caution de la société sans y avoir été préalablement autorisé par le conseil d'administration. L'acte non autorisé est inopposable à la société. La société n'est nullement tenue de l'exécuter.

Remarque n° 2 : Cautionnement consenti par une société

La sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social (Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24438 ; 3^e civ., 12 sept. 2012, n° 11-17948). Cependant, le cautionnement qui n'entre pas directement dans l'objet social et pris sans l'accord exprès des associés peut être valable s'il existe une communauté d'intérêts entre la caution et le débiteur principal (Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-26968).

c. Les effets du cautionnement**Entre la caution et le créancier****REMARQUE****Devoir d'information**

Une obligation pèse sur les établissements de crédit (art. L. 313-22, C. mon. fin.) vis-à-vis des cautions ou de leurs héritiers. C'est le **devoir d'information** sur l'existence du cautionnement, son terme, sa révocabilité et le montant de la dette garantie. Le défaut d'information emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette.

En l'absence de solidarité entre la caution et le débiteur principal ou entre plusieurs cautions

Le bien du débiteur principal doit être discuté (saisi et vendu) avant que la caution ne soit obligée de payer (art. 2298, C. civ.).

Quand il y a plusieurs cautions, le créancier doit diviser son action et la réduire à la part de chacune des cautions (art. 2303, C. civ.).

En présence de solidarité entre la caution et le débiteur principal ou entre plusieurs cautions

La caution est privée des bénéfices de discussion et de division.

La solidarité est présumée si le cautionnement est commercial.

➡ *Entre la caution et le débiteur*

La caution qui a payé à la place du débiteur dispose de deux recours en remboursement des sommes avancées :

- un **recours personnel** : la caution peut réclamer au débiteur le remboursement des sommes qu'elle a payées ;
- un **recours subrogatoire** : la caution va bénéficier de tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur et notamment des sûretés dont il disposait.

EXEMPLE

Après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance, soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance (Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-13430).

d. *L'extinction du cautionnement*

➡ *L'extinction accessoire*

Puisque le cautionnement est un contrat accessoire, la caution peut opposer au créancier l'exception d'extinction de la dette principale. Toutes les causes d'extinction sont à envisager, paiement, nullité, remise de dette, compensation et prescription.

➡ *L'extinction par voie principale*

Le bénéfice de subrogation permet à la caution d'être désengagée si le créancier a, par sa faute, perdu les sûretés attachées à la créance.

EXEMPLE

Le créancier n'a pas déclaré sa créance dans les délais requis à la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur principal. Cette absence de déclaration constitue une omission fautive du créancier entraînant l'impossibilité pour la caution de bénéficier d'un recours subrogatoire à l'égard du débiteur principal. La caution doit être déchargée (Cass. civ. 1^{re}, 3 juil. 2013, n° 12-21126).

2. Les dérivés du cautionnement

a. *Les garanties autonomes ou indépendantes*

Il s'agit d'un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme, soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Ce mode de garantie n'est pas applicable aux crédits relevant du Code de la consommation (art. 2321, C. civ.).

Les garanties autonomes sont émises dans la majorité des cas sous forme de **lettre de garantie** (garantie à première demande ou garantie indépendante)³⁷.

Les garanties à première demande se font remarquer par le caractère immédiat de son paiement. Seuls l'appel irrégulier et l'appel manifestement abusif ou frauduleux bloquent le paiement.

Le critère de la distinction entre un cautionnement et une garantie à première demande ne repose pas sur le seul intitulé de l'acte et il réside dans l'objet de l'obligation. S'agissant d'une garantie autonome, celui-ci est indépendant du contrat de base tandis que le cautionnement porte sur l'obligation du débiteur principal.

b. La lettre d'intention

La **lettre d'intention** (d'apaisement, de confort, de bonne foi) (art. 2322, C. civ.) est un engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier. Selon les termes utilisés dans ces lettres, il est possible d'y voir des **obligations de résultat ou de moyens**. Ces engagements sont courants dans les groupes de sociétés, lorsque la société mère s'engage pour le compte d'une des filiales.

EXEMPLE

Une société s'était engagée à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tout moment vis-à-vis de la banque, à mettre à disposition de cette filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin. Il s'agissait d'une **obligation de résultat** (Cass. com., 17 mai 2011, n° 09-16186).

c. Le cautionnement réel

Le **cautionnement réel** est une sûreté consentie par un tiers qui affecte un bien en garantie de la dette d'autrui. Le régime applicable est celui des sûretés réelles.

B. LES ASSURANCES

L'assurance peut aussi constituer une arme efficace. Les particuliers utilisent généralement l'assurance-vie, en particulier pour les crédits immobiliers. Les entreprises peuvent utiliser l'assurance crédit-insolvabilité, qui laisse toutefois au souscripteur la charge d'une partie du non-paiement. Enfin, l'assurance du capital-risque assure les risques pris par les banques à l'occasion de leur participation aux fonds propres des petites entreprises.

II. LES SÛRETÉS RÉELLES

Ce sont des droits réels accessoires qui confèrent à leur titulaire un **droit de préférence**³⁸, voire, pour certains, un **droit de suite**³⁹ ou un **droit de rétention**⁴⁰.

37. Les garanties autonomes sont également émises sous la forme de lettre de crédit *stand-by*. La lettre de crédit *stand-by* se rapproche du crédit documentaire du fait de la remise obligatoire de documents conformes pour qu'elle se réalise et de la garantie sur demande par le fait qu'elle n'est levée qu'en cas de défaillance de paiement de l'acheteur. Mais, il ne faut pas confondre la lettre de crédit *stand-by* avec la garantie sur demande car elles ne remplissent pas les mêmes fonctions. Elle n'est pas un mécanisme de paiement, mais un outil de protection contre le risque de non-paiement.

38. Le droit de préférence est le droit de certains créanciers d'obtenir, par préférence aux autres créanciers, paiement sur le produit de la vente du bien saisi (Lexique des termes juridiques, 13^e édition, Dalloz).

39. Le droit de suite est le droit permettant au créancier de saisir l'immeuble garantissant le paiement de la dette en quelque main qu'il se trouve, même entre les mains d'un tiers acquéreur (Lexique des termes juridiques, 13^e édition, Dalloz).

40. Le droit de rétention est le droit du créancier qui a en sa détention ou possession un bien appartenant au débiteur de refuser de s'en dessaisir tant qu'il n'est pas payé (Lexique des termes juridiques, 13^e édition, Dalloz).

Il convient de distinguer le **gage** (A), le **nantissement** (B), le **gage immobilier** (C), l'**hypothèque** (D) et les **privilèges** généraux et spéciaux (E). Le législateur a consacré la **fiducie-sûreté** par la loi du 19 février 2007 (F).

A. LE GAGE

Le gage est le contrat par lequel une personne remet un **bien meuble** à son créancier en garantie de sa dette. Il se caractérise par la dépossession du propriétaire (1). Il existe cependant de nombreux gages sans dépossession (2).

1. Le gage classique (avec dépossession)

a. La définition du gage

Le gage étant un **contrat réel**, la remise du bien est une condition de validité. La restitution de ce dernier entraînerait extinction du gage. La remise du bien peut se faire entre les mains du créancier ou d'un tiers (on parle dans ce cas d'**entiercement**).

b. Les effets du gage

Avant l'échéance, le bien sera retenu dans son intégralité jusqu'au complet paiement de la dette (principe de l'indivisibilité du gage). Le créancier gagiste ne peut utiliser le bien, mais peut percevoir les fruits et les impute sur les intérêts ou à défaut sur le capital de la dette. La convention contraire est autorisée. Le créancier gagiste doit faire le nécessaire pour assurer la conservation du bien gagé.

À l'échéance, si la dette est payée, le créancier restitue le bien gagé. Dans le cas contraire, il dispose d'une option :

- soit faire vendre le bien et se faire payer sur le prix ;
- soit obtenir l'attribution du gage ;
- le **pacte comissoire** est autorisé. Ainsi, l'article 2348 du Code civil prévoit que :

« Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.

La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

2. Le gage sans dépossession

La réforme de 2006 a reconnu de façon générale le gage sans dépossession. La dépossession est remplacée par la déclaration ou l'inscription du gage. Le texte prévoit désormais deux types de gages sans dépossession :

- le premier se trouvant dans le Code civil (le gage sans dépossession de droit commun et le gage portant sur un véhicule automobile) ;
- le second prévu dans le Code de commerce (ex. : le gage sans dépossession des stocks).

Le gage sans dépossession peut porter sur des biens meubles présents et futurs.

Lorsque le gage sans dépossession porte sur des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes (art. 2342, C. civ.). Cette règle est applicable au gage sur stocks.

Le texte reconnaît au créancier bénéficiant d'un gage sans possession le droit de détention (fictif) (art. 2286, 4°, C. civ.).

a. Le gage portant sur un véhicule automobile

Lorsqu'il porte sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculés, le gage est opposable aux tiers par la déclaration qui en est faite à l'autorité administrative (art. 2351, C. civ.).

b. Le gage sans dépossession portant sur le mobilier : le warrant**■ Le warrant hôtelier (art. L. 523-1 et s., C. com.)**

Tout exploitant d'hôtel peut emprunter sur le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à son exploitation, même devenus immeubles par destination, tout en conservant la garde dans les locaux de l'hôtel.

■ Le warrant pétrolier (art. L. 524-1 et s., C. com.)

Les opérateurs, détenteurs de stocks de pétrole brut ou de produits pétroliers peuvent warranter des stocks en garantie de leurs emprunts, tout en conservant la garde dans leurs usines ou dépôts.

c. Le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (art. L. 525-1 et s., C. com.)

Le paiement du prix d'acquisition de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel peut être garanti, **soit vis-à-vis du vendeur, soit vis-à-vis du prêteur qui avance les fonds nécessaires au paiement du vendeur**, par un nantissement restreint à l'outillage ou au matériel ainsi acquis.

À peine de nullité, le nantissement doit être conclu au plus tard dans le délai de 2 mois à compter du jour de la livraison du matériel d'équipement sur les lieux où il doit être installé.

À peine de nullité également, le nantissement doit être inscrit dans un délai de 15 jours à compter de la date de l'acte constitutif du nantissement.

Le privilège du créancier nanti s'exerce sur les biens grevés par préférence à tous autres privilèges, à l'exception :

- du privilège des frais de justice ;
- du privilège des frais faits pour la conservation de la chose ;
- du privilège accordé aux salariés.

Il s'exerce, notamment, à l'encontre de tout créancier hypothécaire et par préférence au privilège du Trésor, au privilège de la Sécurité sociale, au privilège du vendeur du fonds de commerce à l'exploitation duquel est affecté le bien grevé, ainsi qu'au privilège du créancier nanti sur l'ensemble dudit fonds. À cette fin, le bénéficiaire du nantissement doit signifier aux créanciers cités ci-devant, par acte extrajudiciaire, une copie de l'acte constatant le nantissement. Cette signification doit, à peine de nullité, être faite dans les 2 mois de la conclusion du nantissement.

L'inscription conserve le privilège pendant 5 années à compter de sa régularisation définitive.

Elle garantit le principal ainsi que 2 années d'intérêts. Elle cesse d'avoir effet si elle n'a pas été renouvelée avant l'expiration du délai ; elle peut être renouvelée deux fois.

d. Le gage des stocks (art. L. 527-1 et s., C. com.)

Tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle peut être garanti par un gage sans dépossession des stocks détenus par cette personne.

Est réputée non écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur (s'agissant du pacte comissoire).

Le gage des stocks ne produit effet que s'il est inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile. L'inscription doit être prise, à peine de nullité du gage, dans le délai de 15 jours à compter de la formation de l'acte constitutif.

Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leur inscription. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence.

Le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués (droit de rétention fictif).

REMARQUE

En matière de gage des stocks, le formalisme est renforcé (mentions obligatoires et inscription au registre) et le pacte comissoire est interdit.

La pratique soumet souvent un gage des stocks au régime de droit commun du gage de meubles sans dépossession afin de remédier les deux limites.

Mais dans l'arrêt du 19 février 2013 (n° 11-21763), il a été jugé que s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession.

Les conséquences sont importantes. D'une part, certains gages peuvent être annulés en raison du non-respect du formalisme renforcé et, d'autre part, le pacte comissoire doit être réputé non écrit.

B. LE NANTISSEMENT

Le nantissement est un gage sur les **meubles incorporels**. Il existe plusieurs nantissements :

1. Le nantissement de fonds de commerce

Le Code de commerce institue deux sûretés réelles portant sur un fonds de commerce : le privilège du vendeur d'un fonds de commerce et le nantissement du fonds de commerce.

a. Le privilège du vendeur d'un fonds de commerce (art. L. 141-5 et s., C. com.)

Le privilège confère au vendeur d'un fonds de commerce un droit de préférence lors de la distribution du prix entre les divers créanciers. Il ne porte que sur les éléments du fonds de commerce énumérés dans la vente et dans l'inscription.

Le privilège du vendeur est soumis à deux conditions cumulatives :

- la vente doit être constatée par écrit (acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré) ;
- dans les 15 jours de la vente, le privilège doit être inscrit sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce.

b. Le nantissement du fonds de commerce (art. L. 142-1 et s., C. com.)

Le nantissement du fonds de commerce consiste pour un commerçant à affecter, sans en perdre la possession, son fonds de commerce à la garantie d'une ou plusieurs dettes au profit d'un ou de plusieurs créanciers, cette garantie conférant aux créanciers nantis un droit de préférence sur le prix du fonds de commerce.

Le nantissement peut être de source conventionnelle ou judiciaire :

- le nantissement conventionnel est rendu opposable aux tiers par une inscription ;
- le nantissement judiciaire est ordonné par jugement du tribunal afin de garantir une créance que menace l'insolvabilité du débiteur.

Le nantissement judiciaire se réalise en deux temps. D'abord, inscription provisoire et ensuite inscription définitive.

2. Le nantissement de créances

On peut nantir des effets de commerce (endossement pignoratif des effets de commerce) et des marchés (information au maître de l'ouvrage concernant le marché privé, remise au comptable public d'un exemplaire unique du marché concernant les marchés publics).

3. Le nantissement de compte d'instruments financiers (actions ou obligations) (art. L. 211-20, C. mon. fin.)

Le nantissement d'un compte-titres est réalisé par une déclaration signée par le titulaire du compte. Les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti sont compris dans l'assiette du nantissement.

Le compte nanti prend la forme d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par un intermédiaire, un dépositaire central ou, le cas échéant, l'émetteur.

Le créancier nanti définit avec le titulaire du compte-titres les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti. Le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti.

L'intérêt est que les valeurs peuvent faire l'objet de ventes et d'achats.

4. Le nantissement de droits de propriété industrielle (brevets d'invention, marques de fabrique) (art. L. 614-14, C. prop. Intell.)

C. LE GAGE IMMOBILIER

Le gage immobilier porte sur un immeuble. Il emporte dépossession de celui qui la constitue (art. 2387, C. civ.). Il présente un certain nombre de règles communes avec l'hypothèque, mais sa valeur juridique en droit français est plus faible que celle de l'hypothèque.

Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette.

Il est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette. Il peut à tout moment se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire.

Le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même.

Le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de sa dette.

D. L'HYPOTHÈQUE

L'hypothèque est un **droit réel immobilier**, accessoire, assorti d'un droit de préférence et d'un droit de suite et n'entraîne pas la dépossession du débiteur.

On distingue l'hypothèque légale (1) de l'hypothèque judiciaire (2) et l'hypothèque conventionnelle (3).

1. L'hypothèque légale

Par exemple, l'hypothèque légale des époux garantissant les droits et créances d'un époux sur les biens de l'autre, l'hypothèque légale des mineurs ou des majeurs sous tutelle garantissant leurs droits et créances sur les biens immeubles du tuteur ou de l'administrateur légal, l'hypothèque des collectivités publiques sur les biens des receveurs, comptables du Trésor et de la Sécurité sociale.

2. L'hypothèque judiciaire

Elle résulte des jugements. Elle doit être publiée (Cass. com., 12 mai 2009, n° 08-11421).

3. L'hypothèque conventionnelle

Elle est la plus fréquente.

a. La constitution de l'hypothèque conventionnelle

➡ Les conditions de fond

L'hypothèque ne peut être constituée que par une personne ayant la capacité de faire des actes de disposition.

Seuls les biens immobiliers (et l'usufruit de ces biens) sont susceptibles d'hypothèque.

La créance garantie est une créance présente ou future, mais dans ce dernier cas, la créance doit être déterminable.

➡ Les conditions de forme

Le contrat d'hypothèque doit être dressé par un acte authentique. L'acte doit mentionner le montant de la créance garantie et chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie.

Pour son opposabilité aux tiers, l'hypothèque doit être publiée à la conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble. La date de l'inscription est très importante. Elle détermine l'ordre des paiements entre plusieurs créanciers hypothécaires. Lorsque deux inscriptions sont prises le même jour, ce sont les dates des actes constitutifs des hypothèques qui déterminent leur rang. Si les actes constitutifs ont eu lieu le même jour, les créanciers sont de même rang.

La durée de validité de l'inscription est fixée par le créancier mais ne peut excéder 50 ans.

b. Les effets de l'hypothèque conventionnelle

➡ Entre le créancier et le propriétaire constituant

Avant la demande en paiement, le débiteur conserve tous ses droits sur le bien immobilier, mais ne doit pas faire des actes susceptibles de diminuer sa valeur sous peine de déchéance du terme.

Si le paiement est effectué, l'hypothèque s'éteint. Le débiteur peut obtenir la radiation à la suite de la mainlevée.

Si le débiteur ne paie pas, le créancier adresse un commandement de payer qui sera inscrit au bureau de conservation des hypothèques. Cette inscription rend l'immeuble indisponible et les fruits immobilisés.

Le créancier hypothécaire est primé par le privilège des frais de justice, des salaires et le privilège du vendeur d'immeuble.

➡ Entre le créancier et un tiers acquéreur

Le créancier bénéficie d'un droit de suite. Il peut saisir l'immeuble passé dans les mains d'un tiers. Il signifie au débiteur un commandement de payer et au tiers une sommation de payer ou de délaisser l'immeuble.

Ce dernier peut :

- opposer au créancier des exceptions (nullité de l'hypothèque, par exemple) ;
- discuter avec le créancier ;
- purger l'hypothèque : payer une somme égale à la valeur de l'immeuble ;
- payer la dette du débiteur : il se trouve subrogé dans les droits du créancier ;
- délaisser l'immeuble.

c. L'extinction de l'hypothèque conventionnelle

L'hypothèque peut s'éteindre soit à titre accessoire, soit à titre principal.

▀▀ *L'extinction à titre accessoire*

L'hypothèque s'éteint :

- lorsque la dette est payée ;
- lorsque la dette est prescrite ;
- lorsque le contrat principal est résolu ou résilié ;
- par la perte de l'immeuble.

▀▀ *L'extinction à titre principal*

À titre principal, l'hypothèque s'éteint par :

- la purge ;
- la prescription ;
- la renonciation du créancier à l'hypothèque.

E. LES PRIVILÈGES

Le privilège est une sûreté légale qui accorde au créancier un droit de préférence et un droit de suite (exclusivement pour les privilèges spéciaux immobiliers) lui permettant d'être payé avant les autres créanciers du débiteur.

On distingue les privilèges généraux (1) et les privilèges spéciaux (2).

1. Les privilèges généraux

Les privilèges généraux portent sur le patrimoine mobilier. Ils peuvent porter sur tout le patrimoine (biens mobiliers et immobiliers) si le prix de vente des meubles est insuffisant pour désintéresser les créanciers. On distingue deux types de privilèges généraux : les privilèges du Code civil et les autres privilèges.

a. Les privilèges du Code civil

▀▀ *Les privilèges portant sur les meubles (art. 2331, C. civ.)*

Ce sont :

- les frais de justice ;
- les frais funéraires ;
- les frais de dernière maladie ;
- les salaires des 6 derniers mois ;
- la fourniture de subsistance faite au débiteur et à sa famille pendant la dernière année, etc.

▀▀ *Les privilèges portant sur les immeubles (art. 2375, C. civ.)*

Ce sont principalement :

- les frais de justice ;
- les salaires des 6 derniers mois.

b. Les autres privilèges

▀▀ *Le privilège du Trésor*

Ce privilège couvre le paiement de l'impôt et les pénalités éventuelles. Il porte sur les meubles du contribuable, voire sur le matériel d'exploitation. Il prime tous les privilèges généraux du Code civil à l'exception de celui des frais de justice et le droit du créancier nanti.

▀▀ *Le privilège de la Sécurité sociale et des caisses de retraite et de prévoyance*

L'Urssaf bénéficie d'un privilège portant sur les meubles du débiteur. Il doit être publié au greffe du tribunal de commerce. Il a le même rang que le privilège des salaires (rang 4).

➡ *Les privilèges liés aux procédures collectives*

Le superprivilège des salariés garantit le paiement des 60 derniers jours de salaire dans la limite de deux fois le plafond de la Sécurité sociale. Il porte sur les meubles et immeubles et prime tous autres privilèges.

Le privilège de l'article L. 622-17 du Code de commerce protège les créances nées après le jugement d'ouverture (c'est-à-dire pendant la période d'observation). Dans le cas de continuation ou de cession de l'entreprise, elles passent après le superprivilège des salariés.

Dans le cas d'une liquidation, ces créances passent après le superprivilège des salariés, les frais de justice et les sûretés immobilières ou spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées par un nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement.

2. Les privilèges spéciaux

Ces privilèges portent sur des biens isolés ayant un rapport avec la relation contractuelle existant entre le débiteur et le créancier bénéficiaire. Ils portent sur les biens mobiliers et immobiliers.

a. Les privilèges spéciaux mobiliers

Ces privilèges s'expliquent par la finalité de l'opération génératrice de la créance :

- garantie de paiement d'une prestation ;
- garantie de paiement de la conservation d'un bien ;
- garantie de paiement du prix d'un bien ayant augmenté le patrimoine.

➡ *Les privilèges spéciaux garantissant le paiement d'une prestation*

Ce sont :

- le privilège du bailleur d'immeuble sur « *les meubles meublant* » le local loué⁴¹. Il garantit le paiement des loyers échus ;
- le privilège du transporteur : porte sur les marchandises transportées ;
- le privilège de l'hôtelier : porte sur les bagages du client.

➡ *Les privilèges spéciaux garantissant le paiement de la conservation d'un bien*

Ces privilèges profitent au réparateur et portent sur le bien réparé (ex. : garagiste, vétérinaire...).

➡ *Le privilège spécial garantissant le paiement du prix d'un bien ayant augmenté le patrimoine*

C'est le privilège du vendeur de meubles. Il porte sur le bien vendu.

b. Les privilèges spéciaux immobiliers (art. 2375, C. civ.)

Ces privilèges confèrent un droit de préférence et un droit de suite sur le bien en question. Ils sont publiés à la conservation des hypothèques. S'ils sont publiés dans les deux mois de l'acte duquel ils découlent (vente de l'immeuble, par exemple), ils priment les hypothèques, même inscrites antérieurement.

Ce sont :

- le privilège du vendeur d'immeuble pour le paiement du prix ;
- le privilège du prêteur de deniers ;
- le privilège des architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers « *employés pour édifier, reconstruire ou réparer les bâtiments* ».

41. Par un arrêt en date du 24 juin 2009, la Cour de cassation a rappelé que le privilège du bailleur d'immeuble porte sur tous les meubles garnissant le local loué, même s'ils appartiennent à un tiers, sauf s'il est établi que le bailleur connaissait l'origine de ces meubles lorsqu'ils ont été introduits dans ce local (n° 08-14.537).

F. LA FIDUCIE-SÛRETÉ (ART. 2372-1 ET S. ; ART. 2488-1 ET S., C. CIV.)

La propriété d'un bien mobilier ou immobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie en vertu d'un contrat de fiducie. À défaut de paiement de la dette garantie, le créancier acquiert la libre disposition du bien cédé à titre de garantie.

La fiducie-sûreté peut être rechargeable, c'est-à-dire qu'elle peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnée par l'acte constitutif.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.

TITRE 2. LE RECOURS À DES INVESTISSEURS ANONYMES

L'offre au public de titres financiers ou l'admission sur le marché boursier offrent des opportunités de financement importantes pour la société.

Corrélativement, elles emportent basculement de la société dans une réglementation très contraignante qui vise à assurer la transparence à l'égard des investisseurs et leur sécurité. En outre, la réglementation, très technique, emporte des règles particulières aux augmentations de capital, des règles particulières à la convocation des assemblées, où les associations d'actionnaires jouent un rôle spécifique, ou encore une réglementation spécifique et très lourde en cas de manquement aux règles de confidentialité (ex. : délit d'initié).

Nous étudierons les modalités du recours aux investisseurs anonymes (chapitre 1) et le contrôle exercé par l'AMF (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES MODALITÉS DU RECOURS À DES INVESTISSEURS ANONYMES

Nous définirons dans un premier temps l'offre au public de titres financiers (section 1) et puis nous étudierons l'admission à la cotation sur un marché (section 2).

SECTION 1. L'OFFRE AU PUBLIC DE TITRES FINANCIERS

Les sociétés qui peuvent avoir recours à des investisseurs anonymes sont :

- Les **sociétés de capitaux**, c'est-à-dire la SA et la SCA⁴².
- Les **sociétés civiles de placement immobilier** (SCPI) (art. L. 214-51, C. mon. fin.).

La protection de l'épargne est l'enjeu fondamental de la réglementation financière. Elle transparaît des règles qui gouvernent le domaine de l'offre au public (I), et la constitution de sociétés avec offre de titres financiers au public (II).

42. La **SAS** reçoit cependant un traitement particulier. Elle ne peut pas procéder à une offre au public de titres financiers ou faire admettre ses actions aux négociations sur un marché réglementé. Elle peut cependant faire admettre aux négociations sur un marché réglementé des titres autres que ses actions (par exemple des titres de créances). Au surplus, elle est autorisée à recourir aux placements privés.

I. LA DÉFINITION DE L'OFFRE AU PUBLIC DE TITRES FINANCIERS

La définition de l'« offre au public de titres financiers » est prévue par le texte proposant une définition positive (1) et une définition négative (2).

A. LA DÉFINITION POSITIVE (ART. L. 411-1, C. MON. FIN.)

L'offre au public de titres financiers est :

« Une **communication** adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure d'acheter ou de souscrire ces titres financiers. »

Le texte ajoute que l'offre au public de titres est également constituée par « *un placement de titres financiers par un intermédiaire financier* ». Le placement est présenté comme le fait de rechercher des souscripteurs pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers.

B. LA DÉFINITION NÉGATIVE (ART. L. 411-2 ET L. 411-3, C. MON. FIN.)

D'abord, certaines offres en raison de leur volume ne sont pas considérées comme des offres publiques. Formulé autrement, **les offres d'une envergure limitée ou les offres très importantes faites à un bénéficiaire ne sont pas considérées par le législateur comme des offres publiques.**

C'est ainsi qu'en premier lieu, les offres dont le montant total est inférieur à un montant fixé par le règlement général de l'AMF ou à un montant et une quotité de capital de l'émetteur fixé par le même règlement général, ne constituent pas des offres publiques au sens de l'article L. 411-1 (art. 211-1, Règ. Gén. AMF). Il en est de même lorsque les bénéficiaires de l'offre acquièrent ces titres financiers pour un montant total par investisseur et par offre distincte supérieur à un montant fixé par le règlement général de l'AMF ou lorsque la valeur nominale de chacun de ces titres financiers est supérieure à un montant toujours fixé par ce même règlement général.

Ensuite, il est toujours possible d'offrir des titres financiers à un certain nombre d'acteurs soit parce qu'ils sont peu nombreux soit parce qu'ils sont considérés comme avertis, sans qu'ils bénéficient de la protection qu'implique le mécanisme de l'offre au public de titres. Ne constituent pas des offres aux publics de titres financiers les offres qui s'adressent aux personnes fournissant le service d'investissement de gestion de portefeuille pour le compte de tiers, aux investisseurs qualifiés et à un cercle restreint d'investisseurs (moins de 100 investisseurs).

Enfin, l'offre ou l'admission de titres émis par un certain nombre d'entités publiques, nationales ou internationales ne sont pas soumises au droit des offres au public de titres.

II. LES SOCIÉTÉS FAISANT OFFRE AU PUBLIC DE TITRES FINANCIERS

A. LA CONSTITUTION DE CES SOCIÉTÉS

1. Les formalités préalables (art. L. 225-2 et s., R 225-1 et s., C. com.)

a. Le projet de statuts

Le projet de statuts d'une SA avec offre au public est établi sur papier libre et signé par un ou plusieurs fondateurs, qui déposent un exemplaire au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social. Il est communiqué à tout requérant qui peut en prendre connaissance ou obtenir, à ses frais, la délivrance d'une copie.

b. La notice

Les fondateurs publient une notice au Balo, avant le début des opérations de souscription et préalablement à toute mesure de publicité.

La notice contient les indications, telles que la dénomination sociale de la société à constituer, sa forme, le montant du capital social à souscrire, le siège social, l'objet social, la durée de la société, etc.

La notice est signée par les fondateurs, qui indiquent soit leur nom, prénom usuel, domicile et nationalité, soit leur dénomination, leur forme, leur siège social et le montant de leur capital social.

c. Les prospectus et documents destinés à l'information du public

Les prospectus et documents informant le public reproduisent les énonciations de la notice et contiennent la mention de l'insertion de cette notice au Balo. Ils exposent en outre sommairement les projets des fondateurs quant à l'emploi des fonds provenant de la libération des actions souscrites.

d. Les annonces dans les journaux

Les annonces dans les journaux reproduisent les mêmes énonciations ou au moins un extrait de ces énonciations, avec référence à la notice et indication du numéro du Balo dans lequel elle a été publiée.

2. Le capital social

Le texte n'impose pas de capital minimum spécifiquement applicable aux sociétés cotées.

Le capital social d'une SA faisant une offre au public de titres doit être intégralement souscrit et représenté uniquement par des apports en numéraire et en nature ; aucun apport en industrie ne peut être effectué.

La souscription des actions de numéraire est constituée par un bulletin de souscription daté et signé par le souscripteur ou son mandataire. Les souscriptions et les versements sont constatés par un certificat du dépositaire, établi sur présentation des bulletins de souscription.

Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directoire selon le cas, dans un délai qui ne peut excéder 5 ans à compter de l'immatriculation de la société au RCS.

3. L'assemblée générale constitutive

Après la délivrance du certificat du dépositaire, les fondateurs convoquent les souscripteurs en assemblée générale constitutive, au lieu indiqué par la notice publiée.

L'avis de convocation est inséré au Balo et dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social, 8 jours au moins avant la date de l'assemblée.

Cette assemblée constate que le capital est entièrement souscrit et que les actions sont libérées du montant exigible. Elle se prononce sur l'adoption des statuts qui ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs, nomme les premiers administrateurs ou membres du conseil de surveillance, désigne un ou plusieurs CAC.

L'AG constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Elle ne peut les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs. À défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers, mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée.

L'AG constitutive délibère aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les AGE.

B. LE FONCTIONNEMENT DE CES SOCIÉTÉS

1. La convocation des assemblées

L'avis de convocation des assemblées est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social et en outre, si les actions sont cotées ou si toutes les actions ne revêtent pas la forme nominative, au Balo.

Si toutes les actions de la société sont nominatives, les insertions prévues précédemment peuvent être remplacées par une convocation faite, aux frais de la société, par lettre simple ou recommandée adressée à chaque actionnaire. Cette convocation peut également être transmise par un moyen électronique de télécommunication.

Les actionnaires titulaires de titres nominatifs depuis un mois au moins à la date de l'insertion de l'avis de convocation sont convoqués à toute assemblée par lettre ordinaire.

Le délai entre la date soit de l'insertion ou de la dernière des insertions contenant un avis de convocation, soit de l'envoi des lettres, soit de la transmission de la convocation par télécommunication électronique, et la date de l'assemblée est au moins de 15 jours sur première convocation et de 10 jours sur convocation suivante (art. R. 225-67 et s., C. com.).

2. L'association d'actionnaires

En général, dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins 2 ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote peuvent se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société (art. L. 225-120, C. com.)⁴³. Pour exercer les droits qui leur sont reconnus, ces associations doivent avoir communiqué leur statut à la société et à l'AMF.

SECTION 2. L'ACCÈS AUX MARCHÉS

I. LES MARCHÉS

Il existe deux types de marchés : les marchés réglementés (A) et les marchés non réglementés (B).

A. LES MARCHÉS RÉGLEMENTÉS

Le terme de « *marché réglementé* » signifie que la mise en place et le fonctionnement d'un marché sont encadrés par des règles.

Un marché réglementé d'instruments financiers est un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, d'une manière qui aboutisse à la conclusion de contrats portant sur les instruments financiers admis à la négociation dans le cadre des règles et systèmes de ce marché, et qui fonctionne régulièrement conformément aux dispositions qui lui sont applicables (art. L. 421-1, C. mon. fin.).

Il en résulte qu'il **est indispensable qu'une entreprise de marché gère les marchés**.

Deux types de marchés réglementés sont gérés par NYSE Euronext :

- les **marchés de titres** (marchés d'action, d'obligations, de warrants, de Trackers, de fonds structurés et de certificats), aussi dénommés « *marchés Cash* » ;
- les **marchés dérivés** (marchés d'option, de contrats à terme fermes, de swaps...), aussi dénommés les « *marchés Liffe* ».

43. Lorsque le capital de la société est supérieur à 750 000 €, la part des droits de vote à représenter est, selon l'importance des droits de vote afférent au capital, réduite.

Depuis le 18 février 2005, le marché Bourse de Paris est rebaptisé « *Eurolist* » composé de :

- **compartiment A** regroupant les valeurs dont la capitalisation est supérieure à 1 milliard d'€ ;
- **compartiment B** regroupant les valeurs dont les capitalisations sont comprises entre 150 millions et 1 milliard d'€ ;
- **compartiment C** regroupant les valeurs dont la capitalisation est inférieure à 150 millions d'€.

Ce marché est destiné aux entreprises dont le chiffre d'affaires minimum est de 20 millions d'€.

B. LES MARCHÉS NON RÉGLEMENTÉS

Il convient de distinguer le marché libre (1) du marché organisé (2), même si, tous les deux, sont des marchés non réglementés.

1. Les négociations libres

Dès septembre 1996, a été créé le marché libre destiné à remplacer le marché hors-cote.

Le marché libre est normalement destiné à des entreprises d'envergure limitée. Ce sont des PME françaises et étrangères qui souhaitent venir en bourse, sans pour autant satisfaire aux critères d'admission des autres marchés de NYSE Euronext.

Les émetteurs du marché libre ne sont pas tenus par les obligations découlant de l'admission aux négociations sur un marché réglementé. Ainsi, il n'est pas imposé de pourcentage minimal de diffusion des titres dans le public et l'obligation d'avoir un historique de 2 ans de comptes n'est exigée que si leur ancienneté le permet.

Le marché libre est un marché non réglementé géré par NYSE Euronext. Ainsi, ses principes généraux de fonctionnement sont fixés par une note d'organisation édictée par NYSE Euronext, disponible sur son site. Mais, il est considéré en tant que marché libre, dans la mesure où ses règles d'organisation n'ont pas été approuvées par l'AMF (alors que les règles d'Alternext ont été approuvées par l'AMF).

2. Les négociations organisées

Pour les PME (entreprises dont le chiffre d'affaires minimum recommandé est de 4,5 millions d'€), un marché baptisé « *Alternext* » a été créé en mai 2005. Les modalités d'admission et de cotation sont plus souples⁴⁴. Les règles d'Alternext ont été supprimées par l'AMF.

REMARQUE

Transfert de cotation

La loi organise une procédure de transfert de cotation pour les PME qui souhaiteraient se retirer de la cote de NYSE Euronext (plus contraignante) et demander leur admission sur le marché non réglementé Alternext (plus souple). Le texte maintient pendant 3 années des obligations d'information relatives aux franchissements de seuils et le régime des offres publiques vis-à-vis de ces entreprises.

II. L'ACCÈS AUX MARCHÉS

L'accès au marché boursier impose à une société une série de contraintes. Nous étudierons les conditions générales d'admission (A), avant de voir comment se déroule l'admission à la cote (B).

44. Le seuil constitutif d'une offre au public de titres financiers s'élève à 2,5 millions d'euros.

A. LES CONDITIONS GÉNÉRALES D'ADMISSION

1. La demande d'admission

Quel que soit le marché réglementé concerné, la demande d'admission d'un instrument financier (plus particulièrement les actions) doit être adressée à NYSE Euronext, avec le concours d'un ou plusieurs intermédiaires financiers responsables des opérations d'introduction.

À l'appui de sa demande, l'entité dépose un dossier auprès de NYSE Euronext. Le dossier est préparé avec le concours d'un ou plusieurs intermédiaires financiers.

L'entreprise de marché peut toujours demander à l'entité des informations supplémentaires qu'elle juge nécessaires à l'instruction du dossier ou subordonner l'admission à toute condition particulière.

2. Les engagements de la société demandeuse

La société demandeuse doit prendre un certain nombre d'engagements parmi lesquels figurent :

- l'obligation d'assurer, sans frais pour les porteurs, le service des titres et le paiement des dividendes et celle d'informer NYSE Euronext de toute modification statutaire susceptible d'entraîner une variation significative des cours de Bourse ;
- l'engagement d'adresser à NYSE Euronext le compte rendu de toutes AG ;
- l'obligation de tenir informée NYSE Euronext des modifications qui seraient apportées à ses statuts, ainsi que des mesures prises par ses instances de décisions concernant ses titres.

B. L'INTRODUCTION À LA COTE

La durée de validité d'une décision d'admission est, en principe, de 3 mois. L'admission elle-même est annoncée par un avis publié par l'entreprise de marché, précisant la date de la première cotation, la procédure d'introduction choisie, les conditions de négociation et, le cas échéant, le compartiment.

L'introduction à la cote suit l'admission. C'est la procédure par laquelle les investisseurs se voient offrir la possibilité d'acheter une partie des titres dont l'admission vient d'être décidée.

Elle peut s'effectuer par l'une des procédures de marché centralisé par elle :

- l'offre à prix minimal (OPM) : mise à la disposition du marché d'un nombre précis de titres à un prix de vente minimal auquel les actionnaires dirigeants de la société et leurs intermédiaires financiers sont disposés à les céder ;
- l'offre à prix ferme (OPF) ;
- l'offre à prix ouvert (OPO) (par la fixation d'une fourchette de prix) : les ordres doivent être limités à un prix compris dans cette fourchette, bornes incluses ;
- la cotation directe rarement utilisée ;
- le placement garanti qui permet aux intermédiaires, chargés de l'introduction, de placer les titres dans leur réseau et sous leur responsabilité.

CHAPITRE 2. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR L'AMF

SECTION 1. LA PRÉSENTATION ET L'ORGANISATION DE L'AMF

L'organe de régulation, l'Autorité des marchés financiers (AMF), a pour vocation d'améliorer la transparence de l'intégralité du marché.

I. UNE AUTORITÉ PUBLIQUE INDÉPENDANTE

C'est une autorité publique indépendante, dotée de la personnalité morale (et donc d'un patrimoine propre, d'un budget qui lui permet d'assurer ses missions).

Elle a pour **mission** de veiller, à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et les actifs donnant lieu à une offre au public de titres financiers, ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public..., à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. En outre, pour tenir compte de la mondialisation, elle doit apporter son concours à la régularisation de ces marchés aux échelons européen et international.

II. LA COMPOSITION (ART. L. 621-2, C. MON. FIN.)

L'AMF est principalement composée de deux entités, totalement distinctes, placées sur un pied d'égalité et indépendantes l'une de l'autre :

- les attributions confiées à l'AMF sont exercées par un **collège** composé de 16 membres dont le Président est nommé par décret pour un mandat de 5 ans, non renouvelable (le mandat de 5 ans des autres membres est renouvelable une fois) ;
- une commission a l'exclusivité du pouvoir de sanction. Les fonctions de membre de la **commission des sanctions** sont incompatibles avec celles de membre du collège. Cette commission comprend 12 membres. La durée de leur mandat est de 5 ans, renouvelable une fois.

L'AMF comprend également des **commissions spécialisées** et des **commissions consultatives**.

SECTION 2. LES POUVOIRS ET MOYENS JURIDIQUES D'INTERVENTION DE L'AMF

L'AMF dispose des pouvoirs **réglementaires** (I) et **juridictionnels** (II). En outre, elle est dotée d'autres compétences (III).

I. LES POUVOIRS RÉGLEMENTAIRES

A. L'ÉDICTION D'UN RÈGLEMENT GÉNÉRAL (ART. L. 621-6 ET S., C. MON. FIN.)

Pour l'exécution de ses missions, l'AMF a pris un règlement général⁴⁵ publié au JO, après homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie.

B. LA PRISE DE DÉCISIONS DE PORTÉE INDIVIDUELLE

L'AMF peut, pour l'application de son règlement général et l'exercice de ses autres compétences, prendre des décisions de portée individuelle. Elle peut par exemple, accorder son visa au « *prospectus* », document établi par une société dans le cadre d'une introduction en bourse, d'une émission ou d'une cession de titres au public. Ce visa signifie que les éléments essentiels qu'un épargnant doit connaître pour décider s'il participe ou non à une opération sont contenus dans le prospectus. Il n'est pas un label de qualité et ne comporte pas d'appréciation sur l'intérêt de l'opération pour le souscripteur.

C. LA PUBLICATION DES INSTRUCTIONS ET DES RECOMMANDATIONS

L'AMF peut également publier des instructions et des recommandations aux fins de préciser l'interprétation du règlement général.

45. Le règlement général de l'AMF détermine notamment les règles de pratique professionnelle, les règles relatives aux offres publiques d'acquisition et les règles de bonne conduite.

D. L'AUTORISATION DE CERTAINES OPÉRATIONS PORTANT SUR DES INSTRUMENTS FINANCIERS (ART. L. 621-8, C. MON. FIN.)

E. LA RÉCEPTION DE DÉCLARATION D'OPÉRATIONS SUSPECTES QUI POURRAIENT CONSTITUER UNE OPÉRATION D'INITIÉ OU UNE MANIPULATION DE COURS (ART. L. 621-17-2, C. MON. FIN.)

II. LES POUVOIRS QUASI-JURIDICTIONNELS

A. LES POUVOIRS DE CONTRÔLE ET D'ENQUÊTE (ART. L. 621-9 ET S., C. MON. FIN.)

Les pouvoirs de surveillance de l'AMF s'effectuent grâce à des **contrôles et enquêtes**.

Les enquêteurs habilités peuvent se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support, et en obtenir copie, convoquer et entendre toutes personnes susceptibles de leur fournir des informations, accéder aux locaux à usage professionnel. Dans ce cadre, le secret professionnel ne peut être opposé aux agents de l'AMF.

En outre, pour la recherche des infractions d'initié, etc., le juge des libertés et de la détention du TGI dans le ressort duquel sont situés les locaux à visiter peut autoriser par ordonnance les enquêteurs de l'Autorité à effectuer des visites en tous lieux ainsi qu'à procéder à la saisie de documents.

L'AMF peut demander à un CAC ou un expert de procéder à toute analyse complémentaire ou vérification qui lui paraîtrait nécessaire afin de compléter ses informations.

B. LES POUVOIRS D'INJONCTION, DE NOMMER UN ADMINISTRATEUR PROVISoire, DE MESURE D'URGENCE ET DE SANCTIONS (ART. L. 621-13 ET S., C. MON. FIN.)

L'AMF est dotée d'un **pouvoir d'injonction**. Le collège peut ordonner qu'il soit mis fin aux manquements. Ces décisions peuvent être rendues publiques.

L'AMF peut désigner un **administrateur provisoire** auprès d'une société de gestion d'organisme de placements collectifs.

L'AMF peut demander au président du TGI de prononcer la mise sous séquestre des fonds, valeurs, titres appartenant aux personnes mises en cause, l'interdiction temporaire de l'activité professionnelle ou encore ordonner qu'une personne mise en cause soit astreinte à consigner une somme d'argent. Il s'agit des **mesures urgentes**.

L'AMF dispose d'un **pouvoir de sanction pécuniaire et disciplinaire** renforcé. Si le collège décide d'ouvrir une procédure de sanction, il notifie les griefs aux personnes concernées et transmet la notification des griefs à la commission des sanctions. Cette dernière peut, après une procédure contradictoire, prononcer elle-même une sanction. Par exemple, les sanctions pécuniaires encourues par les auteurs de manquements disciplinaires ou administratifs peuvent atteindre 100 millions d'€. L'AMF peut également ordonner la publication de sa décision.

REMARQUE

Composition administrative

Lorsque le rapport d'enquête ou de contrôle établi par les services de l'AMF fait état de manquements commis par une personne, le collège peut – en même temps qu'il notifie les griefs à la commission des sanctions – lui adresser une proposition d'entrée en voie de **composition administrative**. La personne peut, dans le cadre d'un accord, s'engager à verser au Trésor public une somme dont le montant maximum est celui de la sanction pécuniaire encourue. L'accord est soumis au collège puis, s'il est validé par celui-ci, à la commission des sanctions qui peut décider de l'homologuer. L'accord ainsi homologué est rendu public.

C. LE MONOPOLE DE DÉCLENCHEMENT DES POURSUITES PÉNALES

L'AMF dispose, devant les juridictions pénales, d'un **quasi-monopole pour le déclenchement des poursuites** dans les matières financières et boursières soumises à son contrôle. Le collège transmet immédiatement le rapport d'enquête ou de contrôle au procureur de la République près le TGI de Paris. Lorsque ce dernier décide de mettre en mouvement l'action publique sur les faits, objets de la transmission, il en informe sans délai l'AMF (art. L. 621-15-1, C. mon. fin.).

Lorsque des poursuites sont engagées, l'AMF peut exercer les droits de la partie civile⁴⁶ (art. L. 621-16-1, C. mon. fin.).

III. AUTRES COMPÉTENCES (ART. L. 621-18 ET S., C. MON. FIN.)

Par exemple, l'AMF assure que les publications prévues par les dispositions législatives ou réglementaires sont régulièrement effectuées par les émetteurs.

REMARQUE

Recours contre les décisions de l'AMF

L'examen de recours formés contre les décisions individuelles de l'AMF, y compris les sanctions prononcées à leur rencontre, est de la compétence du juge judiciaire. Ces recours n'ont pas d'effet suspensif sauf si la juridiction en décide autrement (art. L. 621-30, C. mon. fin.).

➡ Pour vous entraîner, faites les exercices autocorrigés en fin de série.

Synthèse de la partie 7

I. Recours à des investisseurs identifiés

Les investisseurs identifiés sont les associés (existants ou nouveaux) de la société, les obligataires et les établissements de crédit ou de financement.

Les associés, outre leur apport initial, financent leur société, soit en souscrivant à des **augmentations de capital**, soit par des **avances en compte courant d'associé**.

Les opérations ayant trait au capital social sont essentiellement :

- **L'augmentation de capital** : il convient de connaître les conditions préalables (libération totale du capital initialement souscrit, etc.), le processus de décision (organe social compétent, quorum et majorité requis, etc.) et les modalités de réalisation (par apports nouveaux en numéraire ou en nature, par conversion ou incorporation).

Dans les sociétés **par actions**, les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs titres, un **DPS** des actions en numéraire nouvellement émises. Évidemment, ils ne sont pas obligés de souscrire aux nouvelles actions et peuvent décider de céder leurs DPS à d'autres personnes, renoncer à titre individuel à leur DPS ou encore décider de ne rien faire. Le DPS peut être supprimé.

En matière de **droits d'enregistrement**, les apports faits à l'occasion d'une augmentation de capital sont soumis au même régime que les apports faits lors de la formation de la société.

- **La réduction de capital** : elle est souvent motivée par des difficultés financières (réduction dite « *coup d'accordéon* »). Elle est obligatoire lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social à la suite de pertes. La réduction du capital peut ne pas être motivée par pertes (pour abaisser le nominal de l'action, augmenter le dividende

46. Toutefois, elle ne peut à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits concurremment exercer les pouvoirs de sanction qu'elle tient du présent code et les droits de la partie civile.

distribué, appliquer la clause d'agrément ou encore racheter ses propres actions afin de les annuler). Il faut connaître le processus et les mesures de protection des actionnaires, obligataires et créanciers lors d'une telle opération.

Concernant l'**impôt sur les bénéfices** :

- l'opération de réduction de capital non motivée par des pertes est sans incidence sur le résultat imposable de la société dont le capital a été réduit ;
- du côté des actionnaires, lorsque la réduction de capital ne se traduit par aucune répartition au profit des associés, la réduction de capital ne donne lieu à aucune imposition ; lorsque la réduction de capital se traduit par une répartition au profit des associés, cette opération est susceptible d'entraîner une taxation des actionnaires.

En matière de **droits d'enregistrement**, la réduction de capital motivée par les pertes est enregistrée moyennant le paiement du droit fixe des actes innomés (125 €). La réduction de capital, opérée par répartition d'une fraction des biens sociaux aux associés ou à certains d'entre eux, est enregistrée moyennant le paiement du droit fixe de 375 ou 500 €.

Les **avances en compte courant d'associé** sont des prêts consentis par les associés à leur société. Juridiquement, c'est la **liberté contractuelle** qui les régit. En l'absence de clause particulière de remboursement, les associés peuvent demander le remboursement à tout moment (cependant, il existe des limitations conventionnelles ou légales). Les conventions de compte courant sont soumises à la procédure d'information ou de contrôle prévue à l'égard des **conventions réglementées**. Fiscalement, les intérêts rémunérant les avances constituent des charges déductibles des résultats imposables sous réserve :

- de la libération intégrale du capital social ;
- du taux maximum égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à 2 ans ;
- des règles relatives à la lutte contre la sous-capitalisation ;
- de la limitation générale de déductibilité des charges financières nettes.

Les associés ayant avancé des fonds sont imposables à raison des intérêts perçus.

Les actionnaires organisent parfois leurs relations avec un **pacte d'actionnaires extrastatutaire**, ayant une valeur juridique inférieure à celle des statuts. Les pactes d'actionnaires sont soumis au droit commun des contrats : ils engagent les parties contractantes et sont opposables aux tiers. Les pactes d'actionnaires peuvent avoir pour objet le contrôle de l'entrée de nouveaux associés, le renforcement de la cohésion et de la stabilité de l'actionnariat ou encore l'organisation de la sortie. La question d'exécution forcée se pose régulièrement.

L'**obligation** est une sorte de prêt à long terme, toutefois avec les particularités suivantes : i) la plupart des obligations sont négociées sur les marchés financiers ; ii) il existe de nombreuses formes d'obligations (obligations donnant accès au capital, titres d'avant-dernier rang, etc.) ; iii) les obligataires bénéficient d'une protection collective (masse des obligataires).

Les **établissements de crédit ou de financement** proposent aux entreprises des moyens de financement très variés (à court, long et moyen termes). Leur responsabilité à l'égard des entreprises peut être engagée lors de l'octroi du crédit (devoir de mise en garde à l'égard des emprunteurs non avertis, octroi d'un crédit inopportun ou soutien abusif) ou lors de la rupture abusive du crédit ou du refus injustifié de l'octroi d'un crédit. Le financement peut également prendre la forme d'une location avec option d'achat (crédit-bail mobilier ou immobilier). Les entreprises peuvent mobiliser leurs créances. La mobilisation juridique des créances s'analyse en un transfert de propriété ou à titre de garantie des créances. Il convient de distinguer :

- **l'escompte** : un banquier verse à son client une somme d'argent en contrepartie de la remise par celui-ci d'effets de commerce ou de tout autre titre de créance dans lesquels les signataires se sont engagés à payer à l'échéance ;

- **l'affacturage** : un client (adhérent) transmet ses créances à une société d'affacturage (factor) qui, moyennant rémunération, se charge d'en opérer le recouvrement, d'en garantir la bonne fin même en cas de défaillance du débiteur (débiteur cédé) et de régler par anticipation tout ou partie des créances transférées ;
- **la cession des créances professionnelles** : les créances sont cédées par bordereau Dailly.

Les garanties (ou sûretés) du crédit sont classées en deux grandes catégories :

- les **garanties personnelles** : le **cautionnement** et ses dérivés (lettre d'intention, etc.) d'une part, les **assurances** d'autre part ;
- les **garanties réelles** : il convient de distinguer le **gage**, le **nantissement**, le **gage immobilier**, l'**hypothèque**, les **privilèges** généraux et spéciaux et la **fiducie**.

Il est important de connaître les **modalités de constitution** de ces différentes garanties (conditions de fond et de forme), également, les **conséquences** de leur mise en œuvre.

II. Recours à des investisseurs anonymes

Il s'agit du recours aux marchés financiers. Les marchés peuvent être réglementés ou non réglementés (libres ou organisés). Le législateur a créé une procédure de transfert de cotation pour les sociétés de taille moyenne qui souhaiteraient demander leur retrait de la cote d'Euronext NYSE et leur admission corrélative sur le marché non réglementé Alternext.

Les sociétés faisant offre au public de titres financiers doivent respecter des conditions particulières lors de leur constitution et tout au long de leur vie.

L'AMF veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers, à ce que les entreprises soumises à son contrôle mettent en œuvre les moyens adaptés pour se conformer aux codes de conduite. Pour cela, elle dispose d'importants **pouvoirs** (pouvoir réglementaire, de décision, d'autorisation de certaines opérations, de contrôles et d'enquêtes, d'injonctions et de mesures d'urgence, et enfin, de sanctions). Le montant des **sanctions pécuniaires** est très élevé. Une procédure de **composition administrative** a été récemment créée.

DE L'ENTREPRISE AU GROUPE

Partie rédigée par Jacques VERNET et Haiying WANG-FOUCHER

Il n'existe pas de définition générale de la notion de « *groupe de sociétés* ». Il s'agit d'un mode d'organisation entre plusieurs sociétés qui met en présence une société dite « *dominante* » (encore appelée « *société mère* ») et une ou plusieurs autres sociétés (appelées « *filiales* »). Ces sociétés sont unies entre elles par des liens divers, notamment économiques et financiers.

Le groupe de sociétés n'est pas identifié en tant que tel et **n'a donc pas de personnalité juridique** : il n'est pas immatriculé au RCS et n'a pas de dénomination sociale ni de siège social ni de nationalité. Il n'a pas davantage de patrimoine propre et ne bénéficie donc d'aucun actif social. Par ailleurs, cette absence de personnalité morale interdit au groupe de souscrire le moindre engagement contractuel, que ce soit en qualité de créancier ou de débiteur. De ce fait, le groupe de sociétés ne peut pas agir en justice ni, à l'inverse, être poursuivi ou faire l'objet d'une procédure collective.

Chacune des sociétés composant le groupe conserve une personnalité morale propre, de sorte que les contrats conclus par un membre d'un groupe ne produisent des effets qu'entre ce membre et son cocontractant. Cependant, le cocontractant de la filiale peut engager la responsabilité de la société mère relativement à un contrat signé par la filiale si **l'immixtion de la société mère est de nature à créer pour sa filiale une apparence trompeuse (théorie de l'apparence) propre à lui permettre de croire légitimement que cette société est aussi son cocontractant** (Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-16109).

En outre, la réalité économique et l'architecture de prise de décisions dans le groupe imposent cependant de reconnaître explicitement l'existence du groupe. À défaut de personnalité juridique, le groupe acquiert une **consistance juridique** emportant certaines conséquences :

- le droit de la concurrence apprécie les atteintes au libre jeu de la concurrence en considérant l'existence du groupe ;
- le droit des sociétés organise le régime des participations, des conventions réglementées, de la consolidation des comptes ;
- le droit fiscal offre la possibilité d'opter pour le régime de l'intégration fiscale ;
- le droit social impose l'institution du comité de groupe, l'extension de certaines garanties au personnel de l'ensemble des sociétés « *groupées* », les obligations de reclassement, etc. ;
- le droit pénal des affaires prend en compte l'intérêt du groupe dans la détermination de l'ABS ;
- le droit bancaire autorise la société à mettre à disposition d'une autre société du même groupe ses excédents de trésorerie. Une telle opération, qui relève a priori du monopole bancaire, est néanmoins autorisée lorsque les prêts sont réalisés entre des sociétés entre lesquelles existe un lien de capital et lorsque l'une d'elles dispose d'un pouvoir de contrôle effectif sur les autres.

Il n'existe pas en droit français de dispositions décrivant et organisant les groupes de sociétés. Dans le Code de commerce, seules des dispositions éparses ont trait au **groupe de sociétés** en tant que tel. Le Code de commerce définit les notions de « *contrôle* » et de « *filiale* ».

Notion de « *contrôle* »

Une société peut, en effet, chercher à :

- effectuer un simple placement financier (l'objectif est de tirer des revenus de l'achat des titres sans chercher à intervenir dans le fonctionnement de la société émettrice) ;
- prendre une **participation** dans la société émettrice (l'objectif peut être de créer des liens durables avec la société dont les titres sont achetés dans son propre intérêt, sécuriser un approvisionnement en un produit donné ou bien encore obtenir une prestation de services particulière) ;

- prendre le contrôle d'une autre société (l'objectif poursuivi est alors d'exercer une influence déterminante sur la gestion de la société émettrice des titres acquis).

Le **contrôle** est une notion qui donne des informations à propos de l'objectif poursuivi par une société qui achète ou souscrit des actions ou des parts d'une autre société.

Le Code de commerce n'a pas donné une définition unique de « *contrôle* ». Ainsi, pour l'application des dispositions relatives aux notifications et informations ainsi qu'aux participations significatives, la définition de contrôle est donnée à l'article L. 233-3 alors que concernant l'application des dispositions relatives aux comptes consolidés, la définition de contrôle est donnée à l'article L. 233-16.

En vertu des dispositions de l'article L. 233-3, I, une société est considérée comme en contrôlant une autre :

- lorsqu'elle détient, directement ou indirectement, une fraction du capital qui lui confère la **majorité des droits de vote** dans les AG de cette société ;
- lorsqu'elle bénéficie d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui a pour objet ou pour effet de lui permettre de disposer seul de la **majorité des droits de vote** ;
- lorsqu'elle **détermine en fait**, par les droits de vote dont elle dispose, **les décisions dans les AG** de cette société ;
- lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du **pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance** de cette société.

Un contrôle est **présumé** lorsque la société contrôlante dispose, directement ou indirectement, d'une **fraction des droits de vote supérieure à 40 %** et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

En vertu des dispositions de l'article L. 233-16, le contrôle résulte :

- soit de la détention directe ou indirecte de la **majorité des droits de vote** dans une autre entreprise ;
- soit de la désignation, pendant 2 exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ; cette situation est **présumée** lorsque la société contrôlante a disposé, au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une **fraction des droits de vote supérieure à 40 %** et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne ;
- soit du droit d'exercer une **influence dominante** sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires ;
- soit du fait qu'elle exerce une **influence notable** sur une autre entreprise ; l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au 1/5 des droits de vote de cette entreprise.

REMARQUES

Remarque n° 1 : Droits de vote

La situation de contrôle doit être appréciée **en fonction des droits de vote**, et non pas simplement en considérant la participation au capital. Dès lors, les actions particulières, telles que les actions de préférence assorties de droits de vote double, peuvent avoir une grande importance pour déterminer une situation de contrôle (au contraire, il ne sera pas tenu compte des actions sans droit de vote).

Remarque n° 2 : Droits particuliers

Dans un arrêt, la société Bricoried avait conclu avec la société M. Bricolage un contrat dénommé « Charte de l'adhérent à l'enseigne M. Bricolage » en vue de l'exploitation d'un magasin. Ce contrat prévoyait un droit de préférence et de préemption au profit de la société M. Bricolage en cas de cession de parts sociales ou actions assurant le contrôle de la personne morale exploitant le magasin concerné. Ultérieurement, les deux uniques associés de la société Bricoried avaient apporté les actions qu'ils détenaient dans le capital de celle-ci à la société Men Finances. Plus tard, la société Men Finances avait cédé 49 % des actions de la société Bricoried

à la société Bricorama. La société M. Bricolage a soutenu que cette cession était intervenue en violation de son droit de préférence et de préemption. La question se pose sur la définition de contrôle. La société M. Bricolage a soutenu que bien que la cession ait porté sur 49 % du capital de la société Bricoried, les statuts de celle-ci, transformée en SAS, avaient été simultanément modifiés de manière à conférer à la société Bricorama des prérogatives exorbitantes, telles que le pouvoir de révoquer à sa seule discrétion le président de la société, celui de s'opposer par sa seule absence aux AG à toute délibération de cet organe, le quorum étant fixé à 100 %, ainsi qu'un droit de veto sur toute les décisions de gestions importantes de la société. La société M. Bricolage en a conclu que la société Bricorama avait acquis le contrôle de la société Bricoried. Mais, la Cour de cassation a refusé cet argument en jugeant que cette situation ne représente pas une cession de contrôle de la société Bricoried car elle ne porte pas sur plus de 50 % du capital (Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-13721 ; - 14 févr. 2013).

Notion de « filiale »

La notion de « **filiale** » met davantage en avant l'importance de la participation prise par une société dans le capital d'une autre société. Lorsqu'une société **possède plus de la moitié du capital d'une autre société**, la seconde est considérée comme filiale de la première (art. L. 233-1, C. com.)⁴⁷. En revanche, lorsque la part détenue dans le capital de la société émettrice est comprise entre **10 % et 50 %**, il y a simple « **participation** » de la part de la société qui a acquis les titres (art. L. 233-2, C. com.).

TITRE 1. LES IMPLICATIONS JURIDIQUES, FISCALES ET SOCIALES DE L'EXISTENCE D'UN GROUPE

CHAPITRE 1. LE DROIT DES SOCIÉTÉS APPLICABLE AUX PRISES DE PARTICIPATIONS ET À LA DÉTENTION DE PARTICIPATIONS DANS LE CAPITAL D'AUTRES SOCIÉTÉS OU GROUPEMENTS

La **prise de participation** est une opération consistant à créer des liens durables avec la société dont les titres sont souscrits ou achetés afin d'exercer une influence sur celle-ci. Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 % et 50 %, la première est considérée comme ayant une participation dans la seconde (art. L. 233-2, C. com.).

SECTION 1. LES MODALITÉS DE DÉTENTION DE PARTICIPATIONS DANS LE CAPITAL D'AUTRES SOCIÉTÉS OU GROUPEMENTS

Il convient d'étudier les différentes modalités de participations : détention de la prise de participation (I), la convention de portage (II), la fiducie (III), la holding (IV).

47. Pour calculer le pourcentage de détention du capital nécessaire, il n'est pas tenu compte de la fraction du capital qui correspond, le cas échéant, à des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote (art. L. 228-35-11, C. com.).

I. LA PRISE DE PARTICIPATION

La prise de participation d'une société dans une autre peut se réaliser de différentes manières :

- la **constitution d'une société** : la société mère prend l'initiative de constituer une société en faisant appel à des associés ;
- l'**apport partiel d'actif** : une société peut faire l'apport d'une partie de ses actifs à la société cible et, grâce aux actions ou parts sociales qui lui ont été attribuées en rémunération de l'apport, prendre le contrôle de la société cible ;
- la **souscription à une augmentation de capital en numéraire** : généralement, la société qui envisage de prendre le contrôle est la bénéficiaire de l'augmentation de capital effectuée par la société cible (les actionnaires de la société cible renoncent, en principe, à leurs DPS) ;
- l'**achat d'actions ou de parts sociales** : l'acquisition de titres peut être réalisée de gré à gré avec les actionnaires majoritaires de la société cible.

II. LES OPÉRATIONS DE PORTAGE

L'**opération de portage** est une modalité de prise de participation **temporaire**. Le portage est une convention par laquelle un organisme financier convient avec une personne physique ou morale qu'il souscrira ou achètera des actions pour le compte de celle-ci, à charge pour elle de les lui racheter au terme d'une période déterminée et moyennant un prix convenu d'avance.

Plusieurs raisons peuvent motiver l'opération de portage :

- dissimuler l'identité des acquéreurs réels des actions pendant une période déterminée (portage-acquisition) ;
- faire financer l'acquisition des actions par un organisme financier qui les détient ainsi en garantie jusqu'au remboursement du prix (portage-prêt) ;
- permettre au donneur d'ordre, après l'acquisition d'un bloc d'actions important, de les « *geler* » momentanément en vue de leur reclassement ultérieur.

Cette convention de portage ne constitue pas un contrat nommé.

La convention de portage n'est pas un prêt rémunéré (Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-15652).

La convention de portage revêt le plus souvent la forme d'une promesse unilatérale d'achat par le donneur d'ordre, assortie parfois d'une promesse unilatérale de vente du porteur, sous réserve de certaines précautions pour que les promesses ne puissent être considérées comme des promesses synallagmatiques définitives valant vente définitive.

La convention de portage :

- Est licite lorsqu'elle ne constitue pas une fraude à la loi par la voie d'une interposition de personnes. D'ailleurs, au regard du droit des sociétés, la convention de portage ne peut pas entraîner la nullité de la société pour défaut d'*affectio societatis* du porteur au motif qu'il ne détiendrait pas les actions avec la volonté d'être associé (l'absence d'*affectio societatis* n'est pas une cause de nullité dans les SA).
- Ne peut pas constituer une clause léonine prohibée au motif que le prix de rachat des actions est fixé de telle manière que le porteur est à l'abri de tout risque de contribution aux pertes sociales.
- N'entraîne pas l'obligation d'inclure la participation du porteur dans les comptes consolidés puisque cette participation est détenue en vue d'une cession ultérieure. En revanche, chez le donneur d'ordres, l'engagement de rachat doit être signalé dès lors qu'il revêt une importance significative.
- Oblige le donneur d'ordres à payer le prix convenu même si les actions ont, à l'issue du portage, perdu toute valeur (et à la condition que la perte ne soit pas imputable à une faute du porteur).

Lorsque les actions concernées sont admises aux **négociations sur un marché réglementé** :

- les actions « *portées* » sont à prendre en compte par le donneur d'ordre pour établir les franchissements de seuils dont la loi impose la déclaration ;
- la convention de portage constitue une « *action de concert* » ;
- toute convention de portage (comme les pactes) de 0,5 % au moins du capital ou des droits de vote doit être transmise à l'AMF à fin de publicité.

III. LES FIDUCIES (ART. 2011, ET S., C. CIV.)

La **fiducie** est une disposition juridique qui permet à une personne (le disposant) de **transférer** de manière légale à **un tiers** (le fiduciaire) **un bien** que ce dernier doit gérer et **rendre au bout d'un temps convenu** et dans des conditions déterminées. La fiducie est donc un **transfert temporaire de propriété**⁴⁸.

La fiducie permet, par exemple, à un débiteur (le garant) de transférer à un créancier (le garanti) un bien que ce dernier devra restituer au garant quand celui-ci ne sera plus débiteur. Cela permet au créancier de se constituer une sécurité et d'éviter ainsi d'entrer en concurrence avec d'autres créanciers.

Avec la souplesse juridique qu'elle offre, la fiducie permet aux groupes internationaux et aux grosses fortunes, à travers la création de sociétés coquilles implantées dans des paradis fiscaux, de garantir la confidentialité de leurs opérations, de limiter leurs responsabilités ou d'échapper aux fiscalités nationales ou aux droits de succession.

La loi du 19 février 2007 permet d'utiliser la fiducie aux mêmes fins que les conventions de portage : une personne morale soumise à l'IS peut transférer la propriété de titres à un tiers fiduciaire, à charge pour celui-ci de les restituer dans un délai.

REMARQUE

On peut douter de l'efficacité du recours à la fiducie par rapport à l'utilisation de promesses unilatérales. En revanche, les droits du constituant (donneur d'ordres) sur les titres mis en fiducie ne seront plus menacés au cas de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires du fiduciaire. En effet, l'ouverture d'une procédure collective au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire (art. 2024, C. civ.).

IV. LES HOLDINGS

Un groupe peut se constituer par la mise en place d'une « *structure faîtière* » (appelée également **holding par le haut**) ou par la filialisation de départements d'une entreprise (**holding par le bas**). En dehors de ces techniques usuelles de prise de participation, les prises de participation importantes (voire les reprises d'entreprises) sont fréquemment réalisées par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés holdings (**holdings de rachat**).

REMARQUE

Pour financer l'opération, le repreneur peut utiliser les actifs ou le crédit de la société cible : il peut faire garantir par la société cible les emprunts contractés pour la prise de contrôle, la surfacturation de prestations de services, les rémunérations excessives versées aux nouveaux dirigeants, etc. Ces moyens peuvent avoir de lourdes conséquences sur le plan fiscal ainsi que se heurter à de nombreuses interdictions, notamment au regard des abus de biens sociaux.

De même, une société par actions ne peut pas avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers (art. L. 225-216, C. com.).

Par ailleurs, le remboursement des emprunts contractés par la société holding et par les membres de celle-ci pour financer le rachat de la cible ne peut être assuré que si cette dernière procède à des distributions substantielles et éventuellement à des distributions de réserves.

48. La fiducie existe dans le droit anglo-saxon sous le terme de **trust**, ainsi que, par exemple, dans le droit allemand et arabo-musulman.

SECTION 2. LE RÉGIME DES PRISES DE PARTICIPATION ET LEURS CONSÉQUENCES JURIDIQUES

I. LA RÉGLEMENTATION DES PARTICIPATIONS RÉCIPROQUES (OU CROISÉES)

Les participations réciproques mises en place par certaines sociétés font l'objet d'une réglementation dès lors que la mise en place de ces mécanismes peut être à l'origine de différents abus :

- elles peuvent permettre d'augmenter, de manière artificielle, la valeur de l'actif apparent des sociétés concernées, dans la mesure où chaque société est propriétaire (indirectement, par l'intermédiaire d'une autre société) de ses propres titres ;
- elles permettent de verrouiller la direction des sociétés concernées, en rendant les dirigeants sociaux quasiment irrévocables, dès lors que chacune des sociétés détient dans le capital de l'autre une participation suffisante pour en avoir le contrôle.

Il convient d'étudier l'interdiction des participations réciproques (A) et la réglementation en matière d'autocontrôle (B).

A. L'INTERDICTION DES PARTICIPATIONS RÉCIPROQUES

1. La distinction entre les participations réciproques existant entre sociétés par actions et les participations réciproques entre une société par action et une autre société

a. Les participations réciproques entre sociétés par actions (art. L. 233-29, C. com.)

La réglementation n'est applicable qu'aux sociétés établies en France.

Une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 %.

À défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement dans le délai d'un an. Si les investissements réciproques sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10 % du capital de l'autre.

b. Les participations réciproques entre une société par actions et une autre société (art. L. 233-30, C. com.)

Il convient de distinguer deux situations interdites :

- soit la société par actions A détient une fraction **égale ou inférieure à 10 %** du capital de l'autre société B qui n'est pas une société par actions : dans ce cas, la société B ne peut posséder qu'une fraction égale ou inférieure à 10 % des actions de la société A ;
- soit la société par actions A détient une fraction **supérieure à 10 %** du capital de l'autre société B qui n'est pas une société par actions : dans ce cas, la société B ne peut posséder aucune action de la société A.

La fraction excédentaire des actions doit être aliénée dans un délai d'un an à compter de l'acquisition.

2. Les sanctions

Sur le **plan pénal**, une amende de 18 000 € peut être infligée aux présidents, aux administrateurs, aux membres du directoire, aux directeurs généraux ou aux gérants de sociétés qui contreviennent aux dispositions relatives à l'interdiction des participations croisées (art. L. 247-3, C. com.).

Sur le **plan civil**, la cession conduisant à une participation croisée ou directe n'est pas nulle et l'acquéreur ne peut invoquer cet argument pour refuser de payer le prix (Cass. com., 3 janv. 1996, n° 93-20406). Toutefois, les dirigeants peuvent engager leur responsabilité civile sur le fondement du non-respect d'une obligation légale. Par ailleurs, les actions sont **privées du droit de vote**.

B. LA RÉGLEMENTATION DE L'AUTOCONTRÔLE (ART. L. 233-31, C. COM.)

On dit qu'il y a autocontrôle lorsqu'une société peut exercer le contrôle de sa propre activité par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dont elle détient elle-même directement ou indirectement le contrôle. La société par actions ne doit pas pouvoir s'autocontrôler par l'intermédiaire des votes des sociétés qu'elle contrôle.

1. Le champ d'application

La réglementation ne concerne que les sociétés par actions. Ce mécanisme s'applique donc aux SA, aux SCA, aux SAS ou aux sociétés européennes. Il intéresse aussi bien les sociétés dont les actions sont négociées sur un marché réglementé que les sociétés fermées.

Les sociétés par l'intermédiaire desquelles la société par actions met en place un autocontrôle peuvent être de toute forme ou de toute nationalité.

2. Les sanctions

La **sanction pénale** du non-respect de la réglementation de l'autocontrôle est une amende de 18 000 €, prononcée à l'encontre des présidents, administrateurs, membres du directoire, directeurs généraux, directeurs généraux délégués ou gérants (art. L. 248-1, L. 247-3, C. com.).

Au **plan civil**, les droits de vote ne sont pas exercés à l'AG de cette société et pris en compte pour le calcul du quorum. Mais, tous les autres droits qui sont attachés à ces actions subsistent.

Aucune obligation de les vendre n'est imposée, seuls ses effets considérés comme nocifs sont écartés. Les **actionnaires minoritaires** peuvent demander en justice des **dommages-intérêts** lorsqu'une décision, prise en violation de la réglementation de l'autocontrôle, leur cause un préjudice (en application des règles de droit commun).

II. LES OBLIGATIONS DÉCOULANT DES PRISES DE PARTICIPATION

A. LES OBLIGATIONS D'INFORMATION

1. L'obligation de déclaration des franchissements de seuil de participation

L'obligation d'information imposée en matière de groupe de sociétés s'effectue à quatre niveaux :

- information des sociétés (pour celles qui prennent des participations significatives dans des sociétés admises sur des marchés réglementés ainsi que pour celles qui sont contrôlées) ;
- information des associés ;
- information des salariés ;
- information du public.

a. L'information des sociétés

⇒ En cas de prise de participations significatives

La loi impose l'obligation de déclaration du franchissement du seuil de participation (voir série 2).

⇒ Notifications à la charge des sociétés contrôlées (art. L. 233-12, C. com.)

Afin d'éviter une contravention avec la réglementation d'autocontrôle, le législateur impose aux sociétés contrôlées directement ou indirectement par une société par actions de notifier à cette dernière ainsi qu'à chacune des sociétés participant au contrôle le montant des participations qu'elle détient directement ou indirectement dans leur capital respectif. Cette notification est également requise en cas de variation de ces participations.

Les notifications doivent être faites dans le délai d'un mois à compter :

- du jour où la prise de contrôle a été connue de la société pour les titres qu'elle détenait avant cette date ;
- ou du jour de l'opération pour les acquisitions ultérieures.

b. L'information des associés

Le régime

Les règles relatives à l'information des associés sont applicables à toutes les sociétés commerciales dotées de la personnalité morale dès l'instant où la participation dépasse 5 % du capital d'une autre société. Cette information est renforcée lorsque la participation excède 50 %.

L'information des associés est assurée à travers le rapport de gestion présenté à l'AG annuelle par le conseil d'administration, le directoire ou le gérant. Le **rapport de gestion** fait le point sur (art. L. 233-6, C. com.) :

- les prises de participations et les prises de contrôle intervenues au cours de l'exercice et représentant plus du **vingtième**, du **dixième**, du **cinquième**, du **tiers**, de la **moitié** ou des **deux tiers** du capital ou des droits de vote de cette société ou de toute prise de contrôle d'une telle société (art. L. 247-1, I, 1°, C. com.) ;
- les activités et les résultats des sociétés contrôlées : la présentation est faite distinctement par branche d'activité mais au niveau de l'ensemble du groupe et non société par société ;
- la suppression des participations croisées : les associés sont informés des aliénations effectuées en vue de mettre un terme aux participations croisées illicites (art. R. 233-19, al. 2, C. com.) ;
- l'identité des titulaires de participations significatives (art. L. 233-13, C. com.).

Le **rapport du CAC** doit mentionner les prises de participations significatives dans d'autres sociétés ou leur prise de contrôle et, s'il s'agit d'une société par actions, les renseignements relatifs à la répartition du capital social et à l'autocontrôle (art. L. 233-6, al. 1 et L. 233-13, C. com.), sauf lorsque l'information figure déjà dans le rapport de gestion des dirigeants.

Le conseil d'administration, le directoire ou le gérant doit **annexer au bilan un tableau faisant apparaître la situation des filiales et des participations** (art. L. 233-15 et R. 123-197, 2°, C. com.).

Les sanctions pénales

Les présidents, les administrateurs (ou membres du directoire), les directeurs généraux, les gérants ou les directeurs généraux adjoints de toute société s'exposent à un emprisonnement de 2 ans et une amende de 9 000 € (art. L. 247-1, C. com.) dès lors :

- qu'ils n'auront pas fait mention, dans le rapport annuel présenté aux associés sur les opérations de l'exercice, d'une prise de participation dans une société établie en France dépassant les seuils fixés par la loi (le CAC peut être concerné par cette sanction) ;
- qu'ils n'auront pas, dans le même rapport, rendu compte de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société et des filiales qu'elle contrôle, par branche d'activité ;
- qu'ils n'auront pas annexé au bilan de la société le tableau faisant apparaître la situation des filiales et des participations.

c. L'information des salariés

L'information des salariés est essentiellement assurée via le **comité d'entreprise**.

Le comité d'entreprise

Le régime

Le comité d'entreprise doit être informé et consulté sur les **modifications de l'organisation juridique de l'entreprise**, notamment en cas de fusion, de cession ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales. Les dirigeants doivent lui indiquer les motifs des modifications

projetées et le consulter sur les mesures envisagées à l'égard des salariés au cas où l'opération projetée aurait des conséquences pour eux (art. L. 2323-19, C. trav.).

Les dirigeants sociaux doivent également consulter le comité d'entreprise lorsque la société prend une **participation** dans une autre société et l'informe d'une prise de participation dont la société est l'objet lorsqu'ils en ont connaissance.

Dans le rapport d'ensemble remis chaque année au comité d'entreprise (art. L. 2323-55, C. trav.), les dirigeants sociaux doivent mentionner les **transferts de capitaux importants entre la société mère et les filiales** (art. R. 2323-11, C. trav.).

Enfin, **un mois après chaque élection du comité d'entreprise** (donc tous les 4 ans, sauf dérogation par voie d'accord de branche, de groupe ou d'entreprise), les dirigeants de la société doivent fournir au comité d'entreprise une **documentation économique et financière** précisant notamment la position de l'entreprise au sein du groupe et, compte tenu des informations dont dispose la société, la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital (art. L. 2323-7, C. com.).

Les sanctions

Le manquement de la part des dirigeants à ces obligations les expose aux sanctions pénales du délit d'entrave, à savoir un emprisonnement d'un an et une amende de 3 750 € ou à l'une de ces deux peines seulement (art. L. 2328-1, C. trav.).

➡ Le comité de groupe ou le comité d'entreprise européen

L'information des salariés s'effectue également, lorsqu'ils existent, par le biais du **comité de groupe** et, pour les groupes à dimension communautaire, du **comité d'entreprise européen**.

d. L'information du public

L'information du public est assurée par plusieurs moyens :

- publication au Balo des comptes consolidés de certaines sociétés admises sur les marchés réglementés ;
- dépôt au greffe de l'inventaire des valeurs mobilières détenues à la clôture de l'exercice par les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur le marché Euronext NYSE ;
- déclaration auprès de l'AMF du franchissement de seuils dans un délai ;
- mise à disposition du public d'informations spécifiques sur les filiales et participations que les sociétés qui procèdent à une offre au public font figurer (après visa de l'AMF) dans le prospectus.

2. L'obligation de déclaration d'intention (voir série 2)

B. L'OBLIGATION D'INFORMATION COMPTABLE

Dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence dominante ou notable sur celles-ci, les sociétés commerciales placées à la tête d'un groupe doivent, indépendamment de leurs comptes annuels, chaque année, selon le cas, établir et publier des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe (art. L. 233-16, C. com.).

REMARQUE

Dispense d'établissement des comptes consolidés

Une société n'est plus tenue, **depuis le 24 mars 2012**, d'établir des comptes consolidés, ni le rapport sur la gestion du groupe, lorsque toutes les entreprises qu'elle contrôle ou dans lesquelles elle exerce une influence notable présentent, tant individuellement que collectivement, un intérêt négligeable (art. L. 233-17-1, C. com.).

Les **comptes consolidés** sont établis selon les principes comptables et les règles d'évaluation prévus pour les comptes annuels. Ils doivent être certifiés par deux CAC et publiés au greffe du tribunal de commerce.

C. LA CONFORMITÉ AVEC LA LIBRE CONCURRENCE

La création d'un groupe de sociétés par prise de participations peut constituer une entente ou conduire à un abus de position dominante prohibée, lorsque le jeu normal de la concurrence se trouve faussé (voir série 2).

CHAPITRE 2. LES RÉGIMES FISCAUX DU GROUPE

En principe, un groupe de sociétés n'ayant pas de personnalité juridique propre, chaque société membre de ce groupe doit être imposée sur le résultat qu'elle réalise, sans qu'il soit tenu compte de son appartenance au groupe. Cependant, afin notamment d'éliminer les risques de double imposition, le législateur a créé des régimes particuliers qui permettent d'imposer les résultats des sociétés membres d'un même groupe, en tenant compte des relations économiques qui existent entre lesdites sociétés. Il s'agit du régime des sociétés mères et filiales (section 1) et du régime de l'intégration fiscale (section 2).

REMARQUE

Le régime des **sociétés de personnes** permet une **intégration « de fait » du résultat**. En effet, les résultats des sociétés du groupe constituées sous la forme de sociétés de personnes (et qui n'ont pas exercé une option pour l'IS) sont imposés au nom des associés, chacun pour la part qui lui revient dans la filiale ; les pertes subies par ces mêmes sociétés sont déduites immédiatement du résultat des entreprises membres.

La déduction des intérêts afférents à des prêts pratiqués entre entreprises liées est soumise à des conditions spécifiques (section 3).

Une centralisation au niveau de TVA est prévue (section 4).

SECTION 1. LE RÉGIME DES SOCIÉTÉS MÈRES ET FILIALES

L'intérêt de ce régime est d'éviter que les résultats réalisés par une société filiale d'un groupe soient imposés deux fois : une première fois au niveau de l'entreprise elle-même au titre de l'IS et une seconde fois au niveau de la société mère, pour la partie de ces résultats éventuellement distribuée.

I. LE CHAMP D'APPLICATION

Pour bénéficier de ce régime, les titres détenus par une société mère doivent remplir les conditions suivantes relatives aux participations (art. 145, CGI) :

- les participations doivent revêtir la **forme nominative** ou être déposées dans un établissement désigné par l'administration ;
- les participations doivent représenter **au moins 5 % du capital de la société émettrice** (ce pourcentage s'apprécie à la date de mise en paiement des produits de la participation). Ces participations doivent être détenues en pleine propriété (CE, 20 févr. 2012, n° 321224). Les dividendes touchés à raison d'actions de préférence privées de droit de vote pouvaient bénéficier du régime des sociétés mères, à condition que l'actionnaire dispose par ailleurs d'une participation représentant au moins 5 % du capital ;
- les **titres de participation doivent avoir été conservés pendant un délai de 2 ans** (en cas de non-respect du délai de conservation, la société participante est tenue de verser au Trésor, dans les 3 mois qui suivent la cession, une somme égale au montant de l'impôt dont elle a été exonérée indûment, majoré de l'intérêt de retard).

REMARQUE**Remarque n° 1 : Régime mère-fille et abus de droit**

L'administration fiscale s'est fondée sur la procédure d'abus de droit afin de remettre en cause l'option exercée par une société mère pour le régime mère-fille concernant la distribution de dividendes par une filiale récemment acquise n'ayant plus d'autre activité que la gestion de sa trésorerie mais dotée de liquidités significatives. La CAA de Paris (29 juil. 2011) et le Comité de l'abus de droit fiscal ont écarté la qualification d'abus de droit au motif que le schéma n'avait pas pour objet de contourner l'objectif du législateur qui est d'éviter que les résultats réalisés par une filiale d'un groupe soient imposés deux fois. Cependant, le CE a confirmé l'existence d'un abus de droit (CE, 17 juil. 2013, n° 352989, 360706 et 356523).

Remarque n° 2 : Comparaison avec le régime d'intégration fiscale

Si la portée du régime mère-fille peut être considérée comme plus limitée que celle de l'intégration fiscale, l'application du premier régime est plus ouverte que celle du second dès lors que le niveau de participation exigé d'une société pour bénéficier du régime des sociétés mères et filiales est beaucoup moins important que celui qui est exigé pour bénéficier du régime d'intégration fiscale (95 % au moins).

II. LE RÉGIME

Ce régime est un **dispositif optionnel** qui permet à la société mère, soumise à l'IS au taux normal, sur tout ou partie de son activité (de plein droit ou sur option), d'être exonérée d'IS pour les revenus perçus de **filiales françaises ou étrangères** pour le calcul de l'IS dû au titre de cet exercice. Les produits nets des actions ou des parts de la filiale qui sont versés à la société mère au cours d'un exercice sont déduits extracomptablement du bénéfice net total de la société mère. Une quote-part de frais et charges, fixée à 5 % du produit total des participations (crédits d'impôts étrangers inclus), est réintégrée extracomptablement au bénéfice de la société mère, quel que soit le montant réel des frais et charges exposés par la société mère (art. 216, CGI).

SECTION 2. LE RÉGIME DE L'INTÉGRATION FISCALE

Dans le cadre de ce régime, la société mère, dite « *tête de groupe* » devient l'unique redevable de l'IS pour l'ensemble du groupe qu'elle forme avec ses filiales. Ce régime est applicable au groupe **sur option**. Cette option, exercée par la société mère pour une durée de 5 ans (période renouvelable par tacite reconduction), doit être adressée aux services de l'administration fiscale, au plus tard à la date limite de dépôt de la déclaration des résultats de l'exercice qui précède l'exercice dont les résultats seront soumis au régime d'intégration.

Il convient d'étudier le périmètre du groupe (I), la détermination du résultat d'ensemble (II), le paiement de l'IS dû (III), les cas de sortie ou de cessation du groupe (IV) et, enfin, les avantages et inconvénients du régime (V).

I. LA DÉTERMINATION DU PÉRIMÈTRE DU GROUPE INTÉGRÉ**A. LES CONDITIONS D'ACCÈS AU RÉGIME (ART. 223 A, CGI)**

Le régime de l'intégration fiscale est applicable sous certaines conditions :

- la société mère doit détenir 95 % au moins du capital des sociétés du groupe d'intégration fiscale ;
- les sociétés membres du périmètre doivent être soumises à l'IS en France, de plein droit ou sur option ;
- toutes les sociétés membres du périmètre doivent avoir la même date de clôture d'exercice ;
- le régime de l'intégration fiscale étant optionnel, la mère doit formuler une option pour l'intégration fiscale, valable pour 5 ans, et les filles du périmètre doivent attester leur accord.

REMARQUE

L'**établissement stable français d'une société étrangère** est en droit de se constituer tête d'un groupe intégré ou de devenir membre d'un tel groupe mais, les **sociétés étrangères ne peuvent pas bénéficier du régime d'intégration fiscale** (CJCE, 25 févr. 2010, C-377/08).

Toutefois, une **société mère française détenue par une société étrangère** a le droit d'opter pour le régime fiscal de groupe si les filiales donnent leur consentement préalable à l'intégration.

Les **filiales françaises** peuvent être intégrées au groupe fiscal lorsqu'elles sont détenues par la société mère, par l'intermédiaire d'une société étrangère (elle-même détenue à 95 % au moins par la société mère directement ou indirectement) dont le siège social est situé dans l'UE ou dans un État partie à l'EEE ayant conclu une convention fiscale avec la France en vue de lutter contre l'évasion fiscale (Norvège et Islande)⁴⁹. La société étrangère intermédiaire devra donner son accord à l'intégration de la filiale française dans le groupe fiscal (CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-418/07, qui a donné lieu à des modifications de l'article 223 A du CGI).

B. LA DÉTERMINATION DES SOCIÉTÉS ÉLIGIBLES

La société mère détermine librement le périmètre d'intégration fiscale du groupe pour chaque exercice, et peut n'y inclure que certaines de ses filiales. Les filiales doivent donner leur accord à l'intégration et peuvent décider de quitter ce groupe au cours de la période de validité de l'option.

REMARQUE

La détention de 95 % au moins du capital d'une société s'entend de la détention en pleine propriété de 95 % au moins des droits à dividendes et de 95 % au moins des droits de vote attachés aux titres émis par cette société (art. 46 quater-0 ZF, al. 1^{er}, ann. III, CGI).

1. Les conditions pour être société mère (art. 223 A, al. 1 à 4, CGI)

La société mère doit avoir au moins une filiale intégrée et son capital ne doit pas être détenu (directement ou indirectement) à 95 % au moins, par une autre société soumise à l'IS dans les conditions de droit commun.

Le capital de la société mère peut toutefois être détenu indirectement à 95 % au moins par une personne morale soumise à l'IS, sans que soit remise en cause l'application du régime fiscal d'intégration, lorsque ce seuil est atteint en raison de l'interposition d'une ou plusieurs autres personnes morales non soumises à l'IS (exemple : société étrangère).

En cas de dépassement temporaire du seuil de 95 %, c'est-à-dire lorsque 95 % au moins du capital de la société mère vient à être détenu en cours de période d'application du régime d'intégration par une personne soumise à l'IS dans les conditions de droit commun, l'application du régime d'intégration est maintenue si le pourcentage de participation redevient inférieur à 95 % à la clôture de l'exercice au cours duquel a été dépassé ledit seuil. Si le dépassement est permanent, le groupe cesse à compter de la clôture de l'exercice de dépassement.

2. Les conditions pour être filiale

Le capital de la filiale doit être détenu à **95 % au moins** (directement ou indirectement), par la société mère, de manière continue au cours de l'exercice.

49. Ce maillon européen peut être un simple établissement stable.

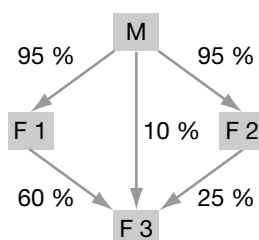
REMARQUE**Remarque n° 1 : Détention indirecte**

On parle de « *détention indirecte* » lorsque des droits sont détenus par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés, dans une « *chaîne de participations* ». Le pourcentage de détention est calculé en multipliant entre eux les taux de détention successifs dans la chaîne des participations.

La détention à « 95 % au moins » est assimilée à une détention à 100 % (art. 46 quater-0 ZF, al. 2, ann. III, CGI). L'administration considère, cependant, que cette règle ne s'applique pas pour le calcul du niveau de détention indirecte de la société mère⁵⁰.

Lorsqu'une filiale est détenue par deux ou plusieurs sociétés intermédiaires, ces participations s'additionnent.

Pour apprécier le niveau de participation au capital des filiales, la détention indirecte ne peut être prise en compte que dans les cas où les sociétés intermédiaires sont elles-mêmes membres du groupe.



Si F1 et F2 sont effectivement intégrées (détention de 95 % de leur capital par M), F3 est considérée comme détenue par M :

- directement à : 10 % ;
- indirectement à : $60 \% \times 100 \%$ (et non 95 %) = 60 % et à $25 \% \times 100 \%$ (et non 95 %) = 25 %, soit un total de 95 % ; F3 peut donc être intégrée.

Remarque n° 2 : Filiales françaises détenues par l'intermédiaire de sociétés étrangères

L'application du régime des groupes est étendue aux filiales françaises soumises à l'IS que la société mère détient indirectement par l'intermédiaire de sociétés ou d'établissements stables :

- qui ont donné leur accord ;
- dont les résultats sont soumis à un impôt équivalent à l'IS ;
- situés dans un État de l'UE ou dans un autre État de l'EEE ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ;
- et clôturant leur exercice à la même date que les autres sociétés du groupe.

La présence de ces « *sociétés intermédiaires* » ne rompt plus la chaîne de participations mais celles-ci ne peuvent elles-mêmes être membres du groupe (CJCE, 27 nov. 2008, aff. C 418/07 ; BOI-IS-GPE-10-30-30).

3. Les titres non pris en compte dans la détermination du pourcentage de détention

L'**attribution d'actions aux salariés** dans le cadre d'un achat ou d'une souscription d'actions, d'une attribution gratuite d'actions ou d'une augmentation de capital réservée aux adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise, n'est pas prise en compte, dans la limite de 10 % du capital de la société, dans le calcul du taux de détention du capital de 95 %.

50. La société mère peut, dès lors, dans certains cas, choisir entre le statut de tête de groupe ou celui de filiale (Instr. 4 H-2-08 n° 12, 2 avril 2008).

EXEMPLES

1. Le capital d'une société intégrée F est composé et détenu de la manière suivante :

- 1 000 actions ordinaires dont 890 sont détenues par la société mère M. Le solde, soit 110 actions, est détenu par les salariés de la société F à la suite de l'exercice d'options de souscription d'actions ;
- 20 actions à droit de vote double : elles sont détenues par une autre société Y, sans lien avec M ;
- 10 actions de préférence sans droit de vote détenues par une personne physique.

Il faut neutraliser la part des titres attribués aux salariés et exclure du calcul dans la limite de 10 % du capital.

S'agissant des droits de vote, l'exclusion à hauteur de 10 % porte sur 1 000 titres à droit de vote simple et sur 20 titres à droit de vote double, soit $[1\,000 + (20 \times 2)] \times 10\%$, soit 104 titres.

S'agissant des droits à dividende, l'exclusion concerne $[1\,000 + 20 + 10] \times 10\%$, soit 103 titres. Ici, seuls les titres donnant droit à dividende sont retenus, indépendamment du droit de vote qu'ils confèrent.

La société mère M détient ainsi :

- les droits de vote de la société F à hauteur de 890 titres sur un total de 1 000 titres à droit de vote simple et de 20 titres à droit de vote double (soit 1 040 titres), déduction faite des 104 titres à droit de vote simple attribués aux salariés : $[890/(1\,040 - 104)]$, soit 95,08 % ;
- les droits à dividende de la société F à hauteur de $[890/(1\,030 - 103)]$, soit 96 %.

La société F, détenue à plus de 95 % par la société M (tant pour les droits de vote que pour les droits à dividende), peut donc faire partie du groupe fiscalement intégré formé par la société mère M.

2. Le capital d'une société M est composé et détenu de la manière suivante :

- 1 000 actions ordinaires dont 800 actions sont détenues par une société X soumise à l'IS dans les conditions de droit commun. Le solde, soit 200 actions, est détenu par les salariés de la société M à la suite de l'exercice d'options de souscription d'actions ;
- 50 actions à droits de vote double détenues par une société Y sans lien avec la société X ;
- 10 actions de préférence sans droit de vote détenues par une personne physique.

Selon le même principe que dans l'exemple précédent :

- S'agissant des droits de vote, l'exclusion à hauteur de 10 % porte sur : $[1\,000 + (50 \times 2)] \times 10\%$, soit 110 titres.
- S'agissant des droits à dividendes, l'exclusion à hauteur de 10 % porte sur : $[1\,000 + 50 + 10] \times 10\%$, soit 106 titres.

La société X détient ainsi :

- les droits de vote de la société M à hauteur de $[800/(1\,100 - 110)]$, soit 80,8 % ;
- les droits à dividende de la société M à hauteur de $[800/(1\,060 - 106)]$, soit 83,8 %.

La société M n'étant pas détenue à plus de 95 % par une autre société soumise à l'IS, elle peut donc être société mère d'un groupe fiscalement intégré.

II. LA DÉTERMINATION DU RÉSULTAT D'ENSEMBLE DU GROUPE

La détermination du résultat du groupe s'opère en deux étapes : la détermination du résultat individuel de chaque société membre du groupe (A) et la détermination du résultat d'ensemble (B).

A. LA DÉTERMINATION PAR CHAQUE SOCIÉTÉ DU GROUPE DE SON RÉSULTAT FISCAL

Chaque société intégrée, y compris la société mère, est tenue de déterminer son propre résultat fiscal comme si elle était imposée séparément.

B. LA DÉTERMINATION DU RÉSULTAT D'ENSEMBLE DU GROUPE

Le résultat d'ensemble du groupe est déterminé par la société mère. Il correspond à la somme algébrique des résultats fiscaux des sociétés intégrées du groupe, ainsi que des plus ou moins-values nettes à long terme de ces sociétés, et des rectifications, positives ou négatives, qui doivent leur être apportées.

1. Les rectifications

Ces rectifications ont pour objet de **neutraliser les opérations entre les sociétés membres du groupe** de manière à pouvoir dégager un résultat pour l'ensemble du groupe ne tenant pas compte des profits et des pertes internes à ce groupe.

Les neutralisations qui sont éventuellement opérées au niveau du résultat du groupe (neutralisations des subventions et abandons de créances par exemple) peuvent être remises en cause ultérieurement, notamment en cas de sortie du groupe de la société qui est à l'origine de l'opération neutralisée (ou bien en cas de cessation du groupe).

a. Les déficits antérieurs à l'entrée dans le groupe (art. 223 I, 1.a), CGI)

Les déficits et moins-values nettes à long terme subis par les sociétés du groupe **pendant l'intégration**, étant pris en compte par la société mère pour la détermination du résultat (ou de la plus-value nette à long terme) d'ensemble, ne peuvent plus être reportés sur leurs propres résultats⁵¹.

La situation est inverse pour les déficits et moins-values à long terme subis par les sociétés du groupe au titre d'exercices **antérieurs à leur entrée dans le groupe**. Ces déficits et moins-values ne sont imputables que sur leur bénéfice propre et non sur le résultat d'ensemble.

En principe, selon l'administration, les déficits ne sont imputables qu'après déduction des amortissements de l'exercice (BOI-IS-DEF-10-30, § 100)⁵².

Par ailleurs, les sociétés ne peuvent pas utiliser la totalité de leur bénéfice pour l'imputation des déficits antérieurs à l'intégration. Le bénéfice d'imputation est en effet retraits, notamment diminué des profits ou plus-values donnant lieu à neutralisation au niveau du résultat d'ensemble, plus-values de réévaluation libre d'éléments d'actif, etc. Il s'agit en fait de neutraliser les opérations qui auraient pour effet d'accroître artificiellement le bénéfice de la société afin d'augmenter ses capacités d'imputation des déficits antérieurs.

b. La quote-part des frais et charges sur dividendes intragroupes ouvrant droit au régime mère-fille (art. 223 B, al. 2, CGI)

Le résultat d'ensemble est diminué de la quote-part de frais et charges (5 % du dividende) afférente aux produits de participation perçus par une société du groupe de la part d'une société membre du groupe depuis plus d'un exercice et ouvrant droit au régime mère-fille.

Toutefois, la neutralisation n'est pas effectuée au titre du premier exercice d'intégration puisque la distribution porte sur des dividendes afférents à l'exercice précédent, c'est-à-dire antérieur à l'entrée dans le groupe.

51. Sauf cas particulier des sorties liées à une procédure collective (dans ce cas, la fille retrouve la disposition de la fraction du déficit ou de la moins-value nette à long terme d'ensemble encore reportables qu'elle a transmises au groupe pendant l'intégration).

52. Allant à l'encontre de la doctrine administrative, le tribunal administratif de Montreuil juge qu'une société peut déterminer son résultat individuel en imputant ses déficits antérieurs à l'intégration avant de déduire les amortissements de l'exercice (TA Montreuil, 22 sept. 2011, n° 1008403). Toutefois, cette jurisprudence a été remise en cause par une décision de la CAA de Versailles (CAA Versailles, 4 avr. 2013, n° 11VE03914) qui considère que la loi n'offre pas la possibilité d'imputer les déficits antérieurs à l'entrée du groupe avant les amortissements de l'exercice.

c. Les dividendes intragroupes n'ouvrant pas droit au régime mère-fille (art. 223 B, al. 3, CGI)

Le résultat d'ensemble est diminué des dividendes intragroupes ne répondant pas aux conditions pour ouvrir droit au régime mère-fille, c'est-à-dire des dividendes qui n'ont pas subi de retraitement extra-comptable à ce titre.

Toutefois, la neutralisation n'est pas effectuée au titre du premier exercice d'intégration puisque la distribution porte sur des dividendes afférents à l'exercice précédent, c'est-à-dire antérieur à l'entrée dans le groupe.

Les dividendes intragroupes éligibles au régime mère-fille pour lesquels l'option pour le régime mère-fille n'a pas été prise n'ont pas à être soustraits du résultat d'ensemble.

d. Les dotations et reprises de provisions intragroupes (art. 223 B, al. 4, CGI)

Le résultat déterminé au niveau du groupe doit être augmenté du montant des **provisions** constituées par chaque société membre de ce groupe après son entrée dans le groupe, dès lors que ces **provisions concernent des créances intragroupe**. Les reprises ultérieures de ces dotations seront déductibles du résultat d'ensemble si les sociétés concernées (la société créancière et la société débitrice) font encore partie du groupe au moment de la reprise.

De même, le résultat du groupe doit être augmenté des provisions qui sont pratiquées par la société après son entrée dans le groupe pour faire face à la dépréciation d'éléments d'actif acquis auprès d'autres sociétés du groupe (à concurrence de la fraction du montant de ces provisions qui correspond à la plus-value nette antérieurement neutralisée lors de la cession à l'intérieur du groupe) (art. 223 D, al. 6, CGI). Les reprises ultérieures de ces dotations doivent être déduites du résultat d'ensemble, quel que soit le motif de la reprise (ex. : modification de l'évaluation du bien, cession à une société membre ou à une société n'appartenant pas au groupe).

EXEMPLE

Seules les dotations constatées au cours de la période d'intégration doivent être prises en compte : une dotation constituée en N par la société A et relative à une créance douteuse de la société F2, membre d'un groupe dont la tête est la société M, ne doit pas être réintégrée au résultat de groupe si A n'entre dans le périmètre qu'en N+1.

À l'inverse, les reprises ultérieures de ces provisions ou dépréciations sont déduites du résultat d'ensemble, dès lors que les sociétés en cause soient toujours membres du périmètre au moment de la reprise.

e. Les jetons de présence et tantièmes distribués par les sociétés membres du groupe (art. 223 B, al. 6, CGI)

Le montant des jetons de présence et tantièmes déduits du résultat des sociétés filiales du groupe est ajouté au résultat d'ensemble.

Ne sont donc pas réintégrés ni les jetons de présence et tantièmes versés par la société mère ni la partie non déductible fiscalement⁵³.

f. Les abandons de créance à caractère commercial et subventions internes

Ils ne sont pas pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe de l'exercice au titre duquel ils sont consentis (art. 223 B, al. 6, CGI).

Le résultat d'ensemble est donc :

- **majoré** du montant des abandons compris dans les charges déductibles de la société qui les a consentis ;
- **minoré** du montant des abandons inclus dans les produits imposables de la société qui a bénéficié de ces avantages.

53. La fraction déductible des jetons de présence est limitée à 5 % de la moyenne des rémunérations des 5 ou 10 salariés les mieux rémunérés, limite multipliée par le nombre d'administrateurs.

Néanmoins, la neutralisation de l'abandon de créance consenti entre deux sociétés membres d'un groupe intégré est limitée à la valeur d'inscription de la créance à l'actif du bilan de la société qui abandonne la créance. Cette situation vise les sociétés qui, avant leur entrée dans le groupe, ont acquis auprès d'une société membre du groupe une créance pour un prix inférieur à sa valeur nominale, et qui, par la suite, abandonnent cette créance.

EXEMPLE

La société A consent un prêt de 5 000 € à la société B. Cette dernière appartient à un groupe intégré dont ne fait pas partie la société A. La société A cède ensuite sa créance sur B à un prix très inférieur à sa valeur nominale (1 000 €) à la société C, membre du même groupe que la société débitrice B. Par la suite, C abandonne intégralement la créance inscrite à son bilan pour une valeur de 1 000 €.

Au titre de l'exercice de cession de la créance de A à C, la société A constate une perte de 4 000 € (5 000 – 1 000) qu'elle déduit de ses résultats imposables.

Au titre de l'exercice de l'abandon de créance de C au profit de B, la société C, nouvelle créancière annule, au niveau de son résultat individuel, sa créance de 1 000 €, ce qui se traduit comptablement par l'enregistrement d'une perte de même montant. Parallèlement, B annule sa dette de 5 000 € et comptabilise, dans son résultat individuel, un profit équivalent.

Le résultat d'ensemble est alors majoré de 1 000 € qui correspond à la neutralisation de la perte comptable enregistrée par la société créancière C, puis il est minoré de 1 000 € qui correspond à la neutralisation du produit comptable de la société bénéficiaire de l'abandon B, cette dernière correction étant limitée à la valeur d'inscription de la créance à l'actif du bilan de la société C qui a consenti l'abandon.

Ainsi, le résultat d'ensemble du groupe comprend un profit imposable de 4 000 € dont le montant est équivalent à la perte qui a été constatée par la société A.

En cas d'abandon partiel, ce dispositif n'a pas vocation à s'appliquer dès lors que le montant abandonné est inférieur au montant de la créance figurant à l'actif de la société créancière.

REMARQUE

Les pertes consécutives à des abandons de créances à **caractère commercial** sont déductibles en totalité du résultat imposable de l'entreprise qui les a consentis. La charge doit être constatée au titre de l'exercice au cours duquel l'abandon est intervenu.

Les neutralisations des subventions et abandons de créances opérées au niveau du résultat d'ensemble ne sont pas définitives. Elles peuvent être remises en cause en cas de sortie du groupe de la société qui a consenti l'aide ou de celle qui l'a reçue ou bien en cas de cessation du groupe.

g. Les cessions d'immobilisations ou de titres intragroupes (art. 223 F, CGI)

Les plus-values ou moins-values engagées par la cession entre sociétés membres d'un même groupe d'immobilisations ou de titres, doivent être neutralisées pour le calcul du résultat de l'ensemble du groupe. Sont concernées toutes les opérations de cession qui portent sur les **immobilisations ou les titres de portefeuille exclus du régime des plus-values à long terme (PVLТ)**.

Aucune neutralisation n'est à opérer à raison des PVLТ afférentes aux titres de participation (et assimilés) dès lors que ces plus-values sont exonérées.

La **neutralisation** est opérée par la déduction de cette plus-value du résultat du groupe (dans le cas d'une plus-value à court terme) ou de la plus-value nette d'ensemble (dans le cas d'une PVLТ).

S'il s'agit d'une moins-value, elle est réintégrée au résultat ou à la plus-value nette à long terme du groupe pour l'exercice de cession du bien ou du titre.

Le montant à neutraliser est la fraction de la plus-value ou de la moins-value acquise depuis la date d'inscription de l'immobilisation au bilan de la société du groupe qui a effectué la première cession à une autre société du groupe.

Concernant les **immobilisations amortissables**, la société cessionnaire peut les amortir sur la valeur d'acquisition inscrite au bilan ; doit être réintégrée au résultat d'ensemble de chaque exercice la dotation en amortissement supplémentaire correspondant⁵⁴.

EXEMPLE

Deux sociétés, A et B, appartiennent à un même groupe.

Le bien acquis pour 200 € par A est amorti pour 100 € au bout de 5 ans (bien amortissable sur 10 ans) et il est vendu pour 200 € à B. B amortit le bien sur les 5 ans restants, à raison de 40 € par an.

Dans cet exemple, la plus-value de 100 € est comprise dans le résultat de la société A et déduite du résultat d'ensemble. Corrélativement, l'amortissement supplémentaire de 20 € déduit par la société B doit être réintégré au résultat d'ensemble de chaque exercice.

h. Les retraitements des opérations réalisées avec des sociétés intermédiaires

Lorsqu'un groupe incorpore dans son périmètre d'intégration une ou plusieurs sous-filiales françaises détenues via une société intermédiaire, le résultat d'ensemble doit également être retraité des opérations réalisées par la société intermédiaire dès lors qu'il est établi que ces opérations ont bien été réalisées avec des sociétés du groupe (art. 223 B et 223 D, CGI).

2. La limitation de la déductibilité fiscale des charges financières

a. La limitation de la déduction des charges financières afférentes à l'acquisition de titres de participation (art. 209, IX, CGI)

Une fraction des **charges financières afférentes à l'acquisition de titres de participation** est susceptible d'être réintégrée lorsque l'ensemble des titres de participation détenus par la société acquéreuse est **au moins égal à 1 million d'euros**.

Pour échapper à cette réintégration, la société doit apporter la preuve, par tous moyens, qu'elle-même ou une société établie en France qui est sa société-mère ou une société-sœur, d'une part, prend effectivement les décisions relatives aux titres de participation acquis et, d'autre part, exerce le contrôle ou une influence sur la société dont les titres sont acquis. À défaut, une quote-part forfaitaire des charges financières est réintégrée au titre de l'exercice au cours duquel cette preuve doit être apportée et jusqu'au terme de la 8^e année suivant celle de l'acquisition. Cette fraction est égale au rapport du prix d'acquisition de ces titres au montant moyen des dettes de l'entreprise au cours de chaque exercice.

Le dispositif ne s'applique pas non plus lorsque la société apporte la preuve que l'acquisition n'a pas été financée par un emprunt ou bien que le ratio d'endettement du groupe auquel elle appartient est au moins égal à son propre ratio d'endettement.

Ces dispositions s'appliquent pour la détermination des résultats des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2012, soit aux acquisitions de titres intervenues au cours des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2012 ou bien de l'un des 8 exercices précédant l'exercice ouvert à compter du 1^{er} janvier 2012.

b. La réintégration de la quote-part des charges financières (art. 223 B bis, CGI)

Pour les exercices clos depuis le 31 décembre 2012, un plafonnement général de déductibilité des charges financières nettes des produits financiers est instauré dès lors que le montant de ces

54. Ce qui correspond à une reprise de la plus-value de cession étalée sur la durée d'amortissement du bien.

charges excède 3 millions d'€ (pour les groupes fiscaux, ce seuil est apprécié au niveau du groupe) et que ces charges résultent d'opérations réalisées avec des sociétés hors d'un groupe fiscalement intégré. La réintégration s'effectue au niveau du résultat d'ensemble et elle est égale à :

- 15 % du montant des charges financières nettes du groupe pour les exercices 2012 et 2013 ;
- 25 % du montant des charges financières nettes du groupe à compter de 2014.

Sauf pour l'appréciation du seuil de 3 millions d'€, le montant des charges financières à prendre en compte est diminué des charges non déductibles en application du dispositif de lutte contre la sous-capitalisation et de celui prévu pour les charges financières liées à l'acquisition de titres de participation de sociétés non contrôlées.

Enfin, le plafond ne s'applique pas aux charges financières générées dans le cadre de certains contrats publics déjà signés (délégation de service public, concession de travaux publics, partenariat public/privé, bail emphytéotique administratif).

c. La limitation de la déduction de certaines charges financières (art. 223 B, al. 7, CGI) (hypothèse dite de « l'amendement Charasse »)

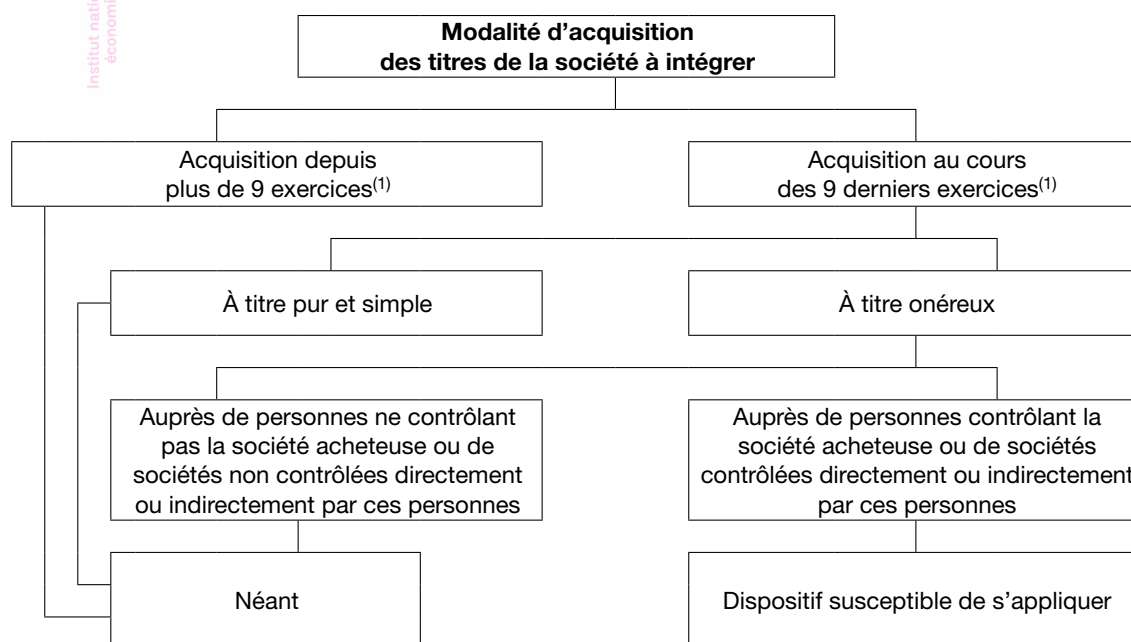
Il s'agit du cas des charges financières liées à l'achat d'une société afin de l'intégrer dans un groupe.

➡ **Le champ d'application du dispositif de l'amendement Charasse**

Sont concernées les acquisitions à titre onéreux de titres de sociétés auprès de personnes qui contrôlent directement ou indirectement l'acheteur ou auprès de sociétés qui sont contrôlées directement ou indirectement par ces personnes. Ce dispositif a pour objet de limiter la déduction des charges financières en cas d'acquisition par une société du groupe, auprès des actionnaires qui la contrôlent, de titres d'une société qui devient elle-même membre du même groupe. Ce dispositif aux conséquences très sévères vise à dissuader les opérations de « rachat à soi-même » conduisant à une augmentation de l'endettement du groupe.

La question de l'application de l'amendement Charasse doit toujours se poser avant toute entrée de société dans l'intégration, qu'il s'agisse d'une intégration commençant ou en cours.

L'arbre de réponses possible est présenté ci-après :



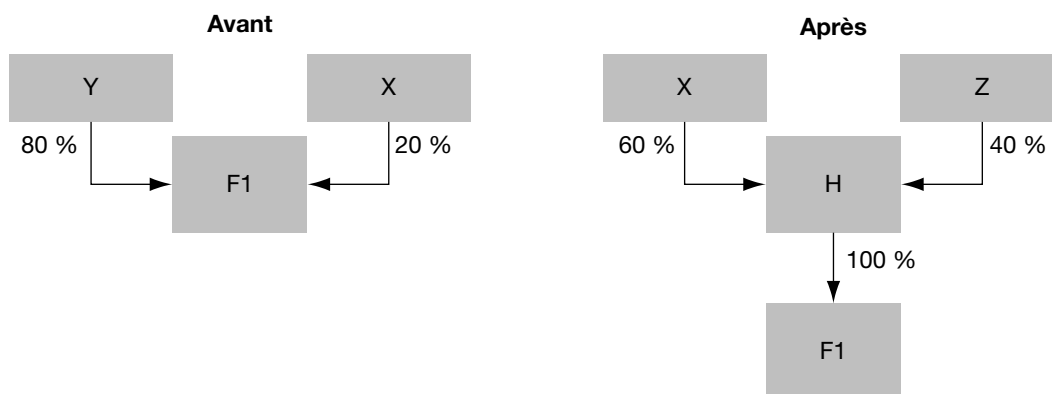
(1) Ou 14 exercices si le rachat à soi-même de titres a été réalisé au cours d'un exercice ouvert avant le 01/01/1997.

Les dispositions de l'amendement Charasse ne s'appliquent pas :

- si la cession est opérée entre sociétés membres du même groupe ;
- au titre des exercices au cours desquels la société directement ou indirectement rachetée n'est plus membre du groupe, sous réserve que sa sortie du groupe ne résulte pas d'une fusion avec une autre société du groupe ;
- si les titres cédés à la société membre du groupe ont été acquis, directement ou par l'intermédiaire de l'acquisition d'une société qui contrôle, directement ou indirectement, la société rachetée au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, immédiatement auparavant, auprès de personnes autres que celles mentionnées ci-dessus (associés ou actionnaires qui contrôlent le groupe ou sociétés contrôlées par ces associés), et en vue de rétrocession ;
- au titre des exercices au cours desquels la société qui détient les titres de la société rachetée n'est plus contrôlée par les personnes qui contrôlaient la société cessionnaire au moment de l'acquisition de la société cible.

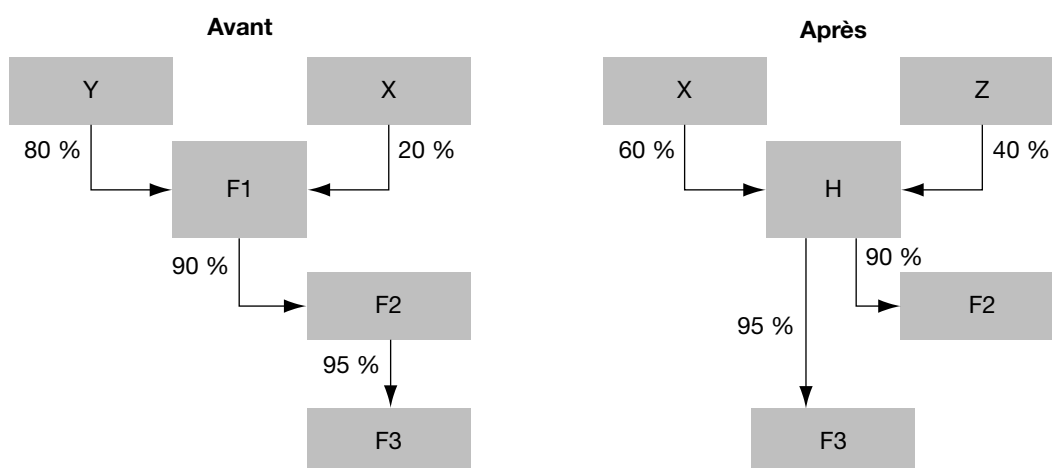
EXEMPLE

1. La société **X** cède des titres de la fille **F1** à la société **H**.



Le dispositif de l'amendement Charasse est susceptible de s'appliquer à cette cession car la société X qui cède les titres à la société H contrôle la société H. À l'inverse, la cession réalisée par la société Y n'est pas visée par le dispositif puisque la société Y ne contrôle pas la société H.

2. En prenant l'exemple d'une acquisition de titres auprès de sociétés qui sont contrôlées, directement ou indirectement par les personnes qui contrôlent l'acheteur.



Le dispositif de l'amendement Charasse peut s'appliquer à la cession des titres de la société F3 par la société F2 à la société H car la société F2 est contrôlée directement ou indirectement par la société X qui contrôle également la société H, acquéreuse des titres.

➡ Le régime

L'amendement Charasse prévoit la réintégration dans le résultat d'ensemble d'une fraction forfaitaire des charges financières dégagées par les sociétés du groupe intégré pendant une certaine période. La fraction des charges financières à réintégrer est déterminée de manière globale en appliquant chaque exercice la formule décrite ci-après. Ce caractère « *global* » signifie que, même en l'absence d'un emprunt dédié à l'acquisition de titres, un montant de charges financières devra très souvent être réintégré.

- Pour les acquisitions réalisées au cours des exercices **ouverts jusqu'au 31 décembre 2006**, la réintégration s'applique pendant l'exercice d'acquisition des titres et les 14 exercices suivants.
- Pour les acquisitions réalisées au cours des exercices **ouverts à compter du 1^{er} janvier 2007**, la réintégration s'applique pendant l'exercice d'acquisition des titres et les 8 exercices suivants).

Le calcul s'effectue de la manière suivante :

$$\text{Réintégration (exercice N)} = \frac{\text{Charges financières déduites par toutes les sociétés du groupe}}{\text{Prix d'acquisition des titres}} \times \frac{\text{Montant moyen des dettes du groupe au titre de l'exercice N}}{\text{Montant moyen des dettes du groupe au titre de l'exercice N}}$$

L'arrêt du dispositif intervient au titre de l'exercice constatant la perte du contrôle. En revanche, le dispositif redémarre, par la suite, pour la durée restant à courir d'origine si le contrôle est à nouveau satisfait par la même personne.

d. Les intérêts des prêts entre entreprises liées (art. 212, CGI)

La déduction des **intérêts versés par une société soumise à l'IS sous-capitalisée** à des entreprises liées fait l'objet d'une deuxième limitation qui s'ajoute à celle relative au taux d'intérêt déductible « *TMPV*⁵⁵ » versé aux associés : les intérêts qui respectent le taux maximum (c'est-à-dire la fraction des intérêts a priori déductible) doivent être réintégrés en cas de constatation d'une « *sous-capitalisation* » (voir section 3).

REMARQUE

Les différentes limitations de charges financières s'appliquent selon un ordre précis tant au niveau des membres que du groupe (BOI-IS-BASE-35-10).

3. La synthèse

a. La détermination et l'imposition du résultat d'ensemble

Le résultat d'ensemble du groupe est égal à :

- la somme algébrique des résultats fiscaux déterminés au niveau de chacune des sociétés appartenant au groupe d'intégration fiscale...

➡ ... diminuée :

- de la quote-part de 5 % des dividendes reçus d'une société du groupe, quote-part réintégrée en application du régime fiscal des sociétés mères ;
- des dividendes reçus d'une société du groupe s'ils n'ouvrent pas droit au régime des sociétés mères ;
- des plus-values nettes de cessions à court terme entre sociétés du groupe ;
- des abandons de créances à caractère commercial entre sociétés du groupe, imposés chez la filiale débitrice.

55. Il s'agit du taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises d'une durée initiale supérieure à 2 ans.

➡ ... et majorée :

- des dotations moins les reprises sur dépréciations des créances entre sociétés du groupe et sur provisions pour risques encourus du fait d'une autre société du groupe ;
- des dotations moins les reprises sur dépréciations des éléments d'actif (autres que les titres de participation relevant des plus-values à long terme) qui avaient été cédés entre sociétés du groupe, dans la limite des plus-values nettes résultant de ces cessions ;
- des moins-values nettes de cessions à court terme entre sociétés du groupe ;
- des jetons de présence distribués et déduits par les filiales du groupe ;
- des suppléments d'amortissements pratiqués par la société cessionnaire, à la suite de la cession d'un élément amortissable entre sociétés du groupe ;
- des abandons de créance à caractère commercial entre sociétés du groupe, déduits chez la société mère créancière ;
- des charges financières liées à certaines acquisitions de sociétés (amendement charasse).

EXEMPLE

Un groupe d'intégration fiscale est constitué de trois sociétés : la société mère M, la filiale F1 dont M détient 95 % du capital et la filiale F2 dont M détient 100 % du capital. Le tableau ci-après résume le calcul du résultat fiscal individuel de chacune des sociétés pour l'exercice N.

	M	F1	F2
Produits divers	6 750	4 050	1 080
Dividendes reçus de F1 (régime des sociétés mères)	500		
Charges diverses (dont amortissements)	- 5 130	- 3 510	- 1 755
Jetons de présence versés		- 135	- 68
Dotations aux dépréciations des créances sur F2	- 338		
Résultat comptable avant impôt	1 782	405	- 743
À réintégrer			
Quote-part de 5 % des dividendes reçus (régime des sociétés mères)	25		
À déduire			
Dividendes reçus (régime des sociétés mères)	- 500		
Résultat fiscal	1 307	405	- 743

Par ailleurs, la société F2 avait acquis un immeuble le 01/01/N-5, pour un coût de 3 000. La construction était amortie linéairement sur 20 ans, soit des annuités d'amortissement de 150.

La société F2 a cédé l'immeuble (construction amortissable et le terrain), début N-1, à la société F1. À la date de cession, la construction était donc amortie de 600 et sa valeur nette comptable s'élevait à 2 550. Le prix de cession de la construction s'est élevé à 2 800. La société F1 amortit cette construction sur les 16 années restantes à partir de N-1. Les annuités d'amortissement sont égales à $2\,800/16 = 175$.

Le calcul du résultat fiscal d'ensemble se présente comme suit :

Résultat fiscal M	1 307
Résultat fiscal F1	405
Résultat fiscal F2	- 743
Somme algébrique des résultats fiscaux	969
À déduire	
Quote-part de 5 % des dividendes (régime des sociétés mères)	- 25
À réintégrer	
Dotations aux dépréciations des créances entre sociétés du groupe	+ 338
Supplément d'amortissement à la suite d'une cession entre sociétés du groupe (175 - 150)	+ 25
Jetons de présence versés (135 + 68)	+ 203
Résultat d'ensemble	1 510

La société M paiera un impôt égal à $1\,510 \times 33 \frac{1}{3} \% = 503$.

La société F1 ne paiera pas d'impôt.

La société F2 ne pourra pas reporter son déficit puisqu'il a été transféré au résultat d'ensemble.

b. La détermination et régime fiscal des plus ou moins-values d'ensemble

La plus-value ou la moins-value nette à long terme d'ensemble est égal à :

- la **somme algébrique** des plus ou moins-values nettes à long terme des sociétés du groupe ...
- **... diminuée :**
 - des plus-values nettes de cessions à **long terme** entre sociétés du groupe ;
- **et majorée :**
 - des dotations moins les reprises sur dépréciations des titres de participation entre sociétés du groupe ;
 - des dotations moins les reprises sur dépréciations des titres de participation qui avaient été cédés entre sociétés du groupe (dépréciations effectuées après la cession), dans la limite des plus-values nettes résultant de ces cessions ;
 - des moins-values nettes de cessions à long terme entre sociétés du groupe.

La plus-value nette à long terme d'ensemble est imposée aux taux de 0 %, 16,5 %, 19 % ou 15 % suivant la nature des biens sur lesquels les plus-values ont été réalisées. Une quote-part de 12 % représentative de frais et charges, calculée sur le montant brut des plus-values exonérées sur titres de participation réalisées par les entreprises soumises à l'IS (c'est-à-dire avant imputation des éventuelles moins-values⁵⁶), doit être réintégrée au résultat d'ensemble.

EXEMPLE

La SA Lendrier est une société établie en France et soumise à l'IS. Elle est la société mère d'un groupe fiscalement intégré comprenant, dans son périmètre d'intégration, les filles F1, F2 et F3. La fille F4 de la SA Lendrier ne fait pas partie du périmètre d'intégration.

Au cours de l'exercice N, on a relevé que le résultat fiscal de groupe des sociétés intégrées hors F1 s'élevait à 55 000 € dont 5 000 € au titre des PVLT « *hors groupe* ». Aucune opération intragroupe n'a été effectuée par ces sociétés.

Concernant la fille intégrée F1, on a relevé les éléments suivants :

- Produits : 100 000 € ;
- Charges : 40 000 € ;
- PVCT : 23 000 € dont 15 000 € suite à une cession d'un bien à la fille F4 et 8 000 € suite à une cession d'un bien à la fille F2 ;
- MVCT : 13 000 € dont 6 000 € suite à une cession d'un bien à la fille F4 et 7 000 € suite à une cession d'un bien à la fille F3 ;
- PVLT : 16 000 € dont 12 000 € suite à une cession d'un bien à la fille F4 et 4 000 € suite à une cession d'un bien à la fille F2 ;
- MVLT : 12 000 € dont 3 000 € suite à une cession d'un bien à la fille F4 et 9 000 € suite à une cession d'un bien à la mère SA Lendrier.

Aucune opération hors celles relatives aux plus et moins-values, le cas échéant, n'a donné lieu à des retraitements extracomptables chez la fille F1.

56. On rappelle que lorsque la cession de titres de participation exonérés dégage une plus-value à long terme, celle-ci n'est pas imposée et que lorsqu'elle dégage une moins-value à long terme, celle-ci n'est pas fiscalement déductible (principe de symétrie fiscale).

Calcul du résultat fiscal d'ensemble :

Au niveau de la société intégrée		IS TAUX NORMAL		LONG TERME
Produits		100 000		
Charges		- 40 000		
PVCT		23 000		
dont PVCT « hors groupe » : 15 000				
dont PVCT « intragroupe » : 8 000				
MVCT		- 13 000		
dont MVCT « hors groupe » : - 6 000				
dont MVCT « intragroupe » : - 7 000				
PVLT		16 000		
dont PVLT « hors groupe » : 12 000				
dont PVLT « intragroupe » : 4 000				
MVLT		- 12 000		
dont MVLT « hors groupe » : - 3 000				
dont MVLT « intragroupe » : - 9 000				
Résultat comptable individuel de F1		74 000		
Réintégrations fiscales				
	MVLT	12 000	⇒	- 12 000
Déductions fiscales				
	PVLT	- 16 000	⇒	16 000
Résultat fiscal individuel		70 000		4 000

Au niveau du résultat du groupe		IS TAUX NORMAL		LONG TERME
Résultat des sociétés intégrées hors F1		50 000		5 000
Résultat de la fille F1		70 000		4 000
Neutralisation des opérations intragroupes				
PVCT « intragroupe »		- 8 000		
MVCT « intragroupe »		7 000		
PLVT « intragroupe »				- 4 000
MVLT « intragroupe »				9 000
Résultat d'ensemble (IS taux normal)		119 000		
PMVLT d'ensemble (IS taux réduit)				14 000

III. LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DÛ PAR LE GROUPE INTÉGRÉ

A. LE PAIEMENT DE L'IMPÔT DÛ PAR LE GROUPE INTÉGRÉ

1. Le taux applicable et l'imputation des déficits

Plusieurs cas de figure peuvent être envisagés :

- Le **groupe présente un résultat bénéficiaire** : les déficits d'ensemble qui peuvent être reportés s'imputent sur ce résultat ; le solde bénéficiaire est soumis à l'IS au nom de la société mère. Le taux applicable est le taux normal de 33,1/3 %, sauf si le groupe remplit les conditions d'imposition de son résultat au taux de 15 % prévu en faveur des PME.
- Lorsque le **groupe présente un résultat déficitaire**, la société mère peut :
 - Soit **reporter en avant ses déficits**, sans limite de temps, dans la limite de 1 M€ majoré de 50 %⁵⁷ du montant correspondant au bénéfice imposable dudit exercice excédant ce premier montant. Autrement dit, si le montant des bénéfices excède 1 M€, quel que soit le montant de ses déficits, la société reste redevable de l'IS sur 50 % de la fraction de son bénéfice excédant 1 M€.

57. La fraction du bénéfice ajoutée à 1M pour calculer le bénéfice d'imputation en avant a été ramenée de 60 % à 50 % à compter du 1^{er} janvier 2013 (art. 209, I, al. 3, CGI).

Remarque : Les déficits constatés par les filiales **antérieurement à leur entrée dans le groupe** ne sont imputables que sur leur bénéfice propre (retraité de certains correctifs) et dans la limite de 1 M€, majoré de 50 % du bénéfice de l'exercice excédant ce seuil.

- Soit opter pour le **report en arrière** du déficit d'ensemble sur les bénéfices dégagés au cours de l'exercice précédent, dans la limite de 1 M€ (l'imputation « *en arrière* » de ce déficit peut être opérée sur le bénéfice d'ensemble dégagé par l'ensemble du groupe, ou sur le bénéfice propre de la société mère réalisé avant l'intégration). Les filiales du groupe ne peuvent pas exercer l'option pour le report en arrière de leur déficit (art. 2, loi, 19 sept. 2011).

Les **plus ou moins-values nettes à long terme** rectifiées de chaque société sont cumulées, pour fournir la plus ou moins-value à long terme d'ensemble avant toute imputation. Lorsqu'une plus-value à long terme est dégagée au niveau du groupe (« **plus-value à long terme d'ensemble** »), la société tête de groupe peut imputer sur ces plus-values les moins-values antérieures d'ensemble, pratiquer une compensation euro pour euro entre le déficit d'ensemble (constitué au cours de l'exercice ou reportés à partir de précédents exercices) et la plus-value nette à long terme d'ensemble. La plus-value nette à long terme d'ensemble est soumise au taux réduit d'IS de 15 %⁵⁸.

2. La responsabilité de chaque société membre

La société mère est seule redevable pour l'ensemble du groupe :

- de l'IS dû sur le résultat d'ensemble (et la plus-value nette à long terme d'ensemble),
- de la contribution sociale de 3,3 % sur l'IS (avant imputation des crédits d'impôt) lorsque la somme des chiffres d'affaires de toutes les sociétés du groupe excède 7,63 M€⁵⁹,
- de la contribution exceptionnelle de 5 % due sur l'IS aux taux normal et réduits (avant imputation des crédits d'impôt) des exercices clos entre le 31/12/2011 et le 30/12/2013, lorsque la somme des chiffres d'affaires de toutes les sociétés du groupe excède 250 M€,
- de l'IFA due par les sociétés du groupe qui y sont assujetties (celles dont le CA HT excède 15 M€).

La société impute sur le résultat d'ensemble la somme des différents crédits d'impôt et réductions d'impôt calculés non pas au niveau du groupe mais au niveau de chaque société membre (et donc dans les limites et conditions qui leur sont propres).

Chaque filiale est solidaire du paiement de l'IS et de l'IFA⁶⁰ à hauteur du montant de l'impôt qu'elle devrait acquitter si elle n'était pas membre du groupe. Chaque société du groupe acquitte l'IFA dont elle est redevable au titre de l'année au cours de laquelle elle est entrée dans le groupe (art. 223 M, CGI).

L'IFA étant une charge déductible du résultat par les sociétés qui y sont assujetties, la mère intégrante peut déduire leur montant total de son résultat individuel, étant précisé que cette IFA peut être répercutée aux filiales intégrées par l'effet d'une convention d'intégration.

B. LES CONVENTIONS D'INTÉGRATION

Les textes sont muets sur les modalités de répartition de l'imposition d'ensemble entre les différentes sociétés du groupe. C'est donc par voie conventionnelle que les sociétés du groupe peuvent régler leurs contributions respectives aux différentes impositions d'ensemble. Les

58. Ou de 19 % pour les titres de participation dans les sociétés immobilières cotées pour les exercices clos à compter du 1^{er} janvier 2009.

59. Les filiales sont dispensées du paiement de la contribution dès leur premier exercice d'intégration mais doivent l'acquitter au titre de l'exercice de sortie. Par ailleurs, même lorsque leur chiffre d'affaires est inférieur à 7,63M, l'exonération de contribution sociale n'est accordée qu'aux sociétés dont le capital est entièrement libéré et détenu de manière continue pour 75 % au moins soit par des personnes physiques soit par une société dont le capital est également détenu, pour 75 % au moins, par des personnes physiques.

60. Ainsi que des intérêts de retard, majorations et amendes dont sont éventuellement assortis ces impôts.

sociétés disposent d'une certaine latitude dans la conception de leur convention (choix dans les méthodes de répartition de l'impôt...), sous réserve que celle-ci ne porte atteinte à l'intérêt social de chaque société ni conduise à léser les droits des actionnaires minoritaires ni à vider de sa substance l'une des sociétés (BOI-IS-GPE-30-30-10, § 250).

EXEMPLE

Un groupe avait décidé de répartir l'impôt global au prorata des résultats bénéficiaires individuels de ses filiales par rapport au résultat d'ensemble, d'un montant supérieur, dont chacune des sociétés bénéficiaires aurait été redevable si elle avait été imposée individuellement. Cette convention aboutissait à une mutualisation de l'économie d'impôt créée par les filiales déficitaires. L'administration fiscale y avait vu une subvention indirecte. Il a été jugé que, dans le silence de la loi, les groupes sont libres d'organiser comme ils l'entendent la répartition de la charge de l'impôt global pourvu que soit respecté l'intérêt social des entités mises à contribution (CE, 12 mars 2010, n° 328424).

Le conseil d'État a récemment reconnu la validité des conventions d'intégration fiscale aux termes desquelles la société mère supporte toutes les charges d'impôt sans demander aucune contribution aux filiales (CE, 5 juill. 2013, n° 351874 et 356781).

REMARQUE

Clause d'indemnisation

Lors de leur sortie du groupe, les filiales sont susceptibles de subir des préjudices financiers. Aussi, pour éviter cette situation, les conventions contiennent, en général, des **clauses d'indemnisation** visant généralement à indemniser la filiale au titre des déficits transmis pendant l'intégration et qu'elle ne pourra pas imputer sur ses propres résultats. L'administration y voyait une subvention indirecte déductible chez la société et imposable chez la filiale. Le Conseil d'État a estimé que n'était pas constitutif d'une subvention le versement immédiat d'une telle indemnité en application de la convention d'intégration fiscale (CE, 11 déc. 2009, n° 301341 ; – 24 nov. 2011, n° 334032).

IV. LES CAS DE SORTIE OU DE CESSATION DU GROUPE

A. LA SORTIE D'UNE SOCIÉTÉ DU GROUPE INTÉGRÉ

1. Les cas de sortie d'une société du groupe intégré

Une société filiale sort du groupe lorsqu'elle ne remplit plus les conditions d'accès au régime de l'intégration. Il en est ainsi, notamment, en cas de :

- détention d'une part de son capital inférieure à 95 % par la société mère⁶¹ ;
- modification de la date de clôture de l'exercice ;
- modification de son régime fiscal ;
- décision de la société mère de ne plus la retenir dans le périmètre d'intégration ;
- dissolution ;
- transfert du siège social à l'étranger ;
- transformation ayant pour conséquence la création d'une personne morale nouvelle ;
- absorption par fusion, même si la société absorbante est une société du même groupe.

61. Lorsqu'une société membre d'un groupe fiscal cesse d'être détenue à 95 % à la suite d'une augmentation de son capital souscrite par une société extérieure au groupe, elle peut constituer immédiatement un nouveau groupe d'intégration en tant que tête du groupe avec ses filiales, l'ensemble de ces opérations étant réalisées le 1^{er} jour de l'exercice de constitution du groupe (Rescrit n° 2009/34, 19 mai 2009). La filiale dont les titres sont, en tout ou partie, cédés le dernier jour de l'exercice peut être maintenue dans le groupe au titre de cet exercice (Rescrit n° 2012/20, 27 mars 2012).

2. Les conséquences de la sortie d'une société du groupe intégré

a. Le périmètre du groupe

La sortie d'une filiale entraîne la sortie des filiales détenues par son intermédiaire (sauf si les titres détenus par cette filiale sont repris par d'autres sociétés du groupe).

b. Le résultat du groupe

Lorsqu'une société **cesse d'appartenir au groupe**, ses résultats cessent d'être pris en compte pour le calcul du résultat d'ensemble établi au titre de l'exercice au cours duquel cette société a quitté le groupe. La filiale sortante ne peut plus déduire les **déficits et moins-values à long terme subis pendant l'intégration** de ses résultats ultérieurs. Néanmoins, les déficits antérieurs à l'intégration et non encore imputés restent reportables dans les conditions de droit commun.

Par ailleurs, certaines neutralisations opérées au titre des opérations intragroupe sont remises en cause. Ainsi, la société mère doit réintégrer (ou déduire) dans le résultat d'ensemble de l'exercice de sortie (art. 223 R, CGI ; BOI-IS-GPE-40-20-30) :

- les **plus-values ou moins-values de cession** intervenues entre sociétés membres du groupe, et qui avaient été antérieurement neutralisées ;
- les **subventions et abandons de créances** déduits au cours des 5 exercices qui ont précédé la sortie de la société.
- les **provisions pour dépréciation** constituées à l'occasion de la cession d'un bien à l'intérieur du groupe, lors de la sortie de la société cédante ou de la société cessionnaire.

B. LA CESSATION DU GROUPE INTÉGRÉ

1. Les événements entraînant la cessation du groupe

La cessation intervient :

- lorsque la société mère ne répond plus aux conditions d'éligibilité : lorsque la société mère est absorbée par une autre société (y compris par une société membre du groupe), ou rachetée à 95 % au moins par une autre société passible de l'IS, lors des événements et opérations suivants affectant la société mère : dissolution, transformation entraînant la création d'une personne morale nouvelle, transfert du siège ou d'un établissement à l'étranger, modification de la date de clôture de l'exercice, changement de régime fiscal ;
- lorsque la société mère ne renouvelle pas son option à l'issue de la période d'option (5 exercices) ;
- ou lorsque, au cours de la période couverte par l'option, la société mère reste seule membre du groupe (art. 223 S, al. 2, CGI).

2. Les conséquences fiscales de la cessation du groupe

La cessation du groupe prend effet au **premier jour de l'exercice de l'événement** qui la motive.

La cessation du groupe entraîne les mêmes réintégrations qu'en cas de sortie d'une filiale. Cependant, les réintégrations concernent la totalité du groupe et sont constituées par la somme des réintégrations à effectuer au titre de chaque société du groupe ; la société tête de groupe reprend dans ses propres résultats, présentés pour l'exercice de fin du groupe, les réintégrations d'ensemble.

Le **déficit d'ensemble (ou la moins-value nette à long terme d'ensemble) subi par le groupe pendant la période d'intégration** et encore reportable à l'ouverture de l'exercice de sortie est imputable par l'ancienne société mère, sur ses résultats propres, dans les conditions de droit commun (art. 223 S, al. 5, CGI).

Lorsque la cessation du groupe résulte de la prise de contrôle à 95 % (ou de l'absorption) de la société mère par une autre société qui crée elle-même un groupe fiscal, le déficit d'ensemble du groupe qui cesse peut être reporté sur les résultats du nouveau groupe.

3. La déneutrialisation des titres de participation

Dans le cas de cessions de titres de participation entre sociétés d'un même groupe fiscal, la plus ou moins-value en résultant n'est pas retenue pour le calcul de la plus ou moins-value à long terme d'ensemble.

De plus, la quote-part de frais et charges (5 % avant 2011 et 10 % en 2011 et 12 % depuis 2012) afférente à la plus-value de cession neutralisée est déduite du résultat d'ensemble au titre de l'exercice de cession intragroupe des titres.

Ces mêmes dispositions prévoient qu'en cas de **cession des titres hors du groupe** ou bien lors de la **sortie du groupe** de la société cédante ou cessionnaire, la quote-part de frais et charges doit être « *déneutrialisée* » au titre de l'exercice de cession ou de sortie du groupe.

EXEMPLE

Hypothèse :

- Les sociétés F1 et F2 sont membres du même groupe fiscal. Au cours de l'exercice 2007, F1 cède des titres de participation, acquis 100 000 €, à F2, pour un montant de 200 000 €.

Au cours de l'exercice 2011, F2 cède les titres acquis en 2007 à une personne ne faisant pas partie du groupe, pour un montant de 250 000 €.

Solution :

- Au titre de l'exercice 2007, la plus-value de 100 000 € réalisée par F1 est neutralisée pour la détermination de la plus-value nette d'ensemble du groupe, étant rappelé qu'en pratique aucune rectification ne doit être opérée, puisque la plus-value relève du taux de 0 %. Par ailleurs, la quote-part de 5 % (taux applicable avant 2011) afférente à cette plus-value, soit 5 000 €, est également neutralisée pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe.
- Au titre de l'exercice 2011, F2 constate dans son résultat individuel une plus-value de 50 000 €, qui relève fiscalement du taux de 0 %. Une quote-part de frais et charges égale à 10 % (taux applicable à compter de 2011) de cette plus-value, soit 5 000 €, est réintégrée au résultat individuel de F2 imposable au taux de droit commun, et ne fait l'objet d'aucune neutralisation s'agissant d'une cession hors groupe.

Par ailleurs, la plus-value de 100 000 € réalisée en 2007 est « *déneutrialisée* », cette « *déneutrialisation* » étant sans impact sur la plus-value nette d'ensemble du groupe, puisque relevant du taux de 0 %. En outre, une quote-part de frais et charges de 10 000 € ($100\,000 \times 10\%$) est réintégrée au résultat d'ensemble du groupe pour être imposée au taux de droit commun.

V. LES AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DU RÉGIME DE L'INTÉGRATION FISCALE

A. LES AVANTAGES

L'effet le plus évident est la compensation des déficits réalisés par une filiale et des bénéfices des autres sociétés du groupe intégré :

- L'intérêt d'opter pour le régime d'intégration fiscale est certain lorsqu'on est en présence d'une société mère bénéficiaire et d'une filiale qui génère des pertes et dont on n'attend pas des résultats positifs dans l'immédiat. C'est également le cas lorsque l'on veut filialiser une nouvelle branche d'activité qui va engendrer des pertes pendant les premières années.
- L'option est à envisager si la société mère est déficitaire et une ou ses filiales bénéficiaires. C'est notamment le cas d'un holding créé pour l'acquisition d'une société par un repreneur. Ce holding emprunte auprès d'une banque une partie du montant nécessaire pour racheter les titres de la société cible ; ce prêt est ensuite remboursé au moyen des dividendes versés par la filiale au holding. Le déficit fiscal du holding, lié aux frais financiers et à l'amortissement des frais d'acquisition qu'il supporte, peut être imputé sur le bénéfice de la société cible et réduire ainsi la charge d'impôt globale. Ce bénéfice peut remonter au holding sans aucune déperdition fiscale.

Les dividendes sont totalement exonérés. La nouvelle taxe de 3 % n'est pas due par la société distributrice et le revenu est exonéré chez son actionnaire⁶².

Lorsque les sociétés sont bénéficiaires, l'option permet de neutraliser fiscalement les opérations intragroupes (avances sans intérêt, prix préférentiels, etc.).

Lorsque l'IS versé au titre du résultat d'ensemble est inférieur à la somme des impôts que chaque société aurait dû payer, la société mère réalise une économie d'impôt. Ce profit n'est pas imposable, la société mère peut en disposer à sa convenance. Toutefois, un accord entre les sociétés du groupe peut répartir entre elles cette économie d'impôt.

B. LES INCONVÉNIENTS DE L'INTÉGRATION FISCALE

1. Le franchissement des seuils pour certaines impositions

Certains seuils susceptibles de faire tomber le groupe dans le champ d'application de dispositions contraignantes sont appréciés au niveau du groupe, de sorte que ces seuils sont facilement franchis. Il en est ainsi, par exemple :

- de la contribution sociale des sociétés de 3,3 % qui s'applique lorsque la somme des chiffres d'affaires de toutes les sociétés du groupe excède 7,63 M€ ;
- du seuil de 250 M€ fixé pour l'assujettissement à la contribution exceptionnelle de 5 % sur l'IS⁶³ qui peut être atteint plus facilement puisqu'il s'entend de la somme des chiffres d'affaires de chacune des sociétés membres du groupe au titre de l'exercice ou de la période d'imposition considéré ;
- du seuil de limitation de déductibilité des charges financières nettes (3 M€) qui s'applique et s'apprécie au niveau du résultat d'ensemble et non au niveau du résultat propre des sociétés membres de ce groupe.

EXEMPLE

Soit quatre sociétés (A, B, C et D) membres d'un groupe fiscal et dont la société A est tête de groupe.

Données 1 : Le montant de charges financières nettes est respectivement de 1 M€ pour la société A, 800 000 € pour la société B, 750 000 € pour la société C et 650 000 € pour la société D.

Le montant des charges financières nettes du groupe étant supérieur à 3 M€, le dispositif de limitation de la déduction des charges financières nettes trouve donc à s'appliquer.

Données 2 : Le montant de charges financières nettes est respectivement de 8 M€ pour la société A et 4 M€ pour la société B. Les sociétés C et D enregistrent des produits financiers nets pour respectivement 7 M€ et 3 M€.

Le montant des charges financières nettes du groupe étant de 2 M€, soit inférieur au seuil, le dispositif de limitation de la déduction des charges financières nettes ne s'applique pas.

62. Depuis le 18 août 2012, toute société passible de l'IS en France est en principe assujettie à une contribution égale à 3 % des sommes qu'elle distribue par prélèvement sur ses bénéfices taxés ou exonérés. Cette contribution constitue une charge pour la société distributrice et n'est pas admise à s'imputer sur les impositions dues par l'actionnaire (art. 235 ter ZCA, CGI). Par exception prévue par la loi, les distributions entre sociétés d'un même groupe au sens de l'article 223 A du CGI sont exonérées. Mais, cette exonération ne s'étend pas aux distributions profitant aux actionnaires extérieurs au groupe, ce qui conduira les sociétés intégrées à acquitter personnellement la contribution sur ces répartitions (la loi n'en met pas le paiement à la charge de la société mère, contrairement à ce qui se passe pour l'IS).

63. Il s'agit d'une contribution exceptionnelle temporaire qui s'applique, sous certaines conditions, pour chaque exercice clos à compter du 31 décembre 2011 et jusqu'au 30 décembre 2015, quelle que soit la durée de l'exercice.

2. L'amendement Charasse

Par cet amendement, les charges financières supportées par le holding de rachat ne sont pas déductibles fiscalement (voir ci-avant).

3. La sortie anticipée du groupe

La sortie anticipée d'une société du groupe entraîne les conséquences suivantes :

- la quote-part pour frais et charges afférente aux dividendes versés entre sociétés du groupe doit être réintégrée au résultat d'ensemble en cas de sortie du groupe de la société distributrice, quel que soit le temps de présence dans le groupe, mais seulement dans la mesure où ces dividendes proviennent de résultats réalisés avant son intégration ;
- les subventions indirectes provenant de la cession d'immobilisations pour un prix différent de leur valeur réelle doivent être rapportées au résultat d'ensemble de l'exercice de sortie de groupe de la société qui a bénéficié ou qui a accordé la subvention ;
- les autres subventions directes ou indirectes, comme les abandons de créance, ne sont rapportées au résultat d'ensemble de l'exercice de sortie que dans la mesure où elles ont été consenties au cours des 5 derniers exercices précédant l'exercice de sortie. Dans un cas comme dans l'autre, ne sont pris en compte que les subventions et les abandons de créances déduits du résultat d'ensemble des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 1992.

SECTION 3. LES INTÉRÊTS DES PRÊTS ENTRE ENTREPRISES LIÉES (ART. 212, CGI)

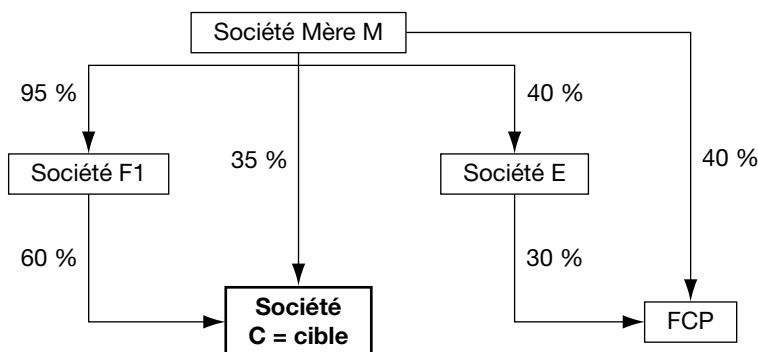
I. LE CHAMP D'APPLICATION

A. LES LIENS DE DÉPENDANCE

Les **liens de dépendance** sont réputés exister lorsqu'une entreprise détient, directement ou par personne interposée, la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ou encore si les deux entreprises sont placées sous le contrôle d'une même entreprise tierce.

EXEMPLES

1.



Si par hypothèse, le FCP (fonds commun de placement) prête des sommes à la société cible C, ces avances seront soumises aux dispositions de l'article 212, dès lors que la société C et le FCP sont tous deux détenus directement ou indirectement par M au sens du 12 de l'article 39. En effet, la société mère M détient indirectement 92 % du capital de la société C : $[35 \% + (95 \% \times 60 \%)]$ et 52 % des parts du FCP $[40 \% + (30 \% \times 40 \%)]$.

2. Soit un FCP et une société cible C détenus par un même groupe d'actionnaires composé de deux sociétés A et B détenant respectivement :

- pour A, 40 % des parts du FCP et 35 % des droits de vote de la société C ;
- pour B, 30 % des parts du FCP et 40 % des droits de vote de la société C.

Ce groupe d'actionnaires majoritaires (A et B contrôlent ensemble 70 % des parts du FCP et 75 % des droits de vote de la société C) détient le pouvoir de décision dans la société C, mais également dans le FCP compte tenu de l'influence que leur confère sur la société de gestion du fonds leur participation dans ce dernier. Dans ces conditions, la société C et le FCP doivent être considérés comme liés au sens du 12 de l'article 39. Ainsi, les sommes que le FCP pourrait mettre à disposition de la société C entreraient dans le champ d'application de l'article 12.

B. LA SOUS-CAPITALISATION

Une entreprise est présumée **sous-capitalisée** si le montant global des intérêts versés à l'ensemble des entreprises liées excède simultanément les trois limites suivantes :

- le produit correspondant au montant desdits intérêts multiplié par le rapport existant entre, d'une part, **une fois et demie le montant des capitaux propres**, appréciés au choix de l'entreprise à l'ouverture ou à la clôture de l'exercice (il est préférable pour l'entreprise de toujours retenir le montant le plus élevé) et, d'autre part, le montant moyen des sommes mises ou laissées à disposition de l'entreprise par l'ensemble des entreprises liées (**ratio d'endettement**) ;
- **25 % du résultat courant** avant impôt préalablement majoré desdits intérêts, des amortissements pris en compte pour la détermination de ce même résultat et de la quote-part de loyers de crédit-bail prise en compte pour la détermination du prix de cession du bien à l'issue du contrat (ratio de couverture d'intérêts) ;
- le montant des **intérêts servis** à cette entreprise par des entreprises liées (**ratio d'intérêts servis par des entreprises liées**).

C. LES INTÉRÊTS CONCERNÉS

Ce dispositif s'applique non seulement aux intérêts servis à une entreprise liée, mais aussi aux intérêts qui rémunèrent des sommes laissées ou mises à disposition dont le remboursement est garanti par une sûreté accordée par une entreprise liée au débiteur, sous réserve de certaines exceptions.

II. LE RÉGIME

A. DANS LE CADRE DES « ENTREPRISES LIÉES »

D'abord, les intérêts versés étant déductibles à hauteur du taux de marché (par exemple, 3,39 % en 2012), la fraction excédentaire des intérêts n'est pas déductible fiscalement et doit être réintégrée extracomptablement. Ensuite, la fraction des intérêts, inférieurs au taux du marché mais qui excèdent la plus élevée de ces trois limites (limites d'endettement, de couverture ou d'intérêts servis), est rapportée au résultat fiscal.

Cependant, aucune réintégration ne doit être effectuée si cette fraction excédentaire est inférieure à **150 000 €** ou si l'entreprise démontre que son endettement global est inférieur ou égal à celui du groupe auquel elle appartient. Le dispositif de lutte contre la sous-capitalisation ne s'applique pas si l'entreprise apporte la preuve que le ratio d'endettement du groupe auquel elle appartient est supérieur ou égal à son propre ratio d'endettement au titre de l'exercice concerné. Dans le cas où la société a des capitaux propres positifs alors que ceux du groupe sont négatifs, la preuve exigée est considérée comme apportée (Rép. min. Bouvard, JOAN, 6 juill. 2010, n° 67614).

La fraction des intérêts réintégrés peut être déduite au titre des exercices suivants dans la limite du seuil de 25 % du résultat courant avant impôts corrigé (c'est-à-dire la 2^e limite légale), diminuée du montant des intérêts admis en déduction au titre de l'exercice. À compter de la 2^e année de report, une **décote annuelle de 5 %** s'applique à la fraction des intérêts reportables.

EXEMPLE

La société Alpha dont l'exercice coïncide avec l'année civile, a perçu des avances de la société Bêta qui lui est liée.

1. La SA Alpha est une société tête de groupe dans lequel sont intégrées les filles SA Bêta et SA Gamma. Le capital de ces trois sociétés est intégralement libéré.

Les opérations de financement interne au groupe font ressortir les opérations suivantes :

Pour la période du 01/01/N au 30/09/N, la SA Alpha a prêté 96 000 000 € à la SA Bêta au taux de 4 % et a porté ce montant à 144 000 000 € jusqu'au 31/12/N ;

Pour la période du 01/01/N au 31/12/N, la SA Gamma a prêté 72 000 000 € à la SA Alpha au taux de 4,5 %.

Par hypothèse, le taux du marché est fixé à 5 % en N : en conséquence, la limite de déductibilité des intérêts versés n'est pas atteinte. Cependant, s'agissant d'entreprises liées, il faut vérifier la présomption de sous-capitalisation.

L'examen des liasses fiscales de ces sociétés partenaires a permis de relever les montants suivants (pour N) :

	SA Alpha	SA Bêta	SA Gamma
Capitaux propres	36 000 000 €	14 400 000 €	9 600 000 €
Résultat courant avant impôts	2 400 000 €	- 33 600 000 €	1 800 000 €
Dotations aux amortissements	1 200 000 €	34 800 000 €	900 000 €

1^{re} limite : ratio d'endettement

Chez SA Alpha :

Intérêts versés = 72 000 000 × 4,5 % = 3 240 000

$$\text{Limite de déduction des intérêts} = 3\,240\,000 \times \frac{1,5 \times 36\,000\,000}{72\,000\,000} = 2\,430\,000$$

La 1^{re} limite est donc franchie : 3 240 000 > 2 430 000

Chez SA Bêta :

Intérêts versés = [(96 000 000 × 9/12) + (144 000 000 × 3/12)] × 4 % = 4 320 000

Limite de déduction des intérêts =

$$4\,320\,000 \times \frac{1,5 \times 14\,400\,000}{[(96\,000\,000 \times 9/12) + (144\,000\,000 \times 3/12)]} = 864\,000$$

La 1^{re} limite est donc franchie : 4 320 000 > 864 000

2^e limite : ratio de couverture des intérêts

Chez SA Alpha :

- Intérêts versés = 3 240 000
- Résultat courant retraité = 25 % × (2 400 000 + 3 240 000 + 1 200 000) = 1 710 000
- La 2^e limite est franchie : 3 240 000 > 1 710 000

Chez SA Bêta :

Intérêts versés = 4 320 000

Résultat courant retraité = 25 % × (- 33 600 000 + 4 320 000 + 34 800 000) = 1 380 000

La 2^e limite est franchie : 4 320 000 > 1 380 000

3^e limite : ratio d'intérêts servis par des sociétés liées

Chez Alpha :

Intérêts dus (par la SA Alpha) : 3 240 000

Intérêts reçus de la part des entreprises liées : 4 320 000 (de Bêta).

La 3^e limite n'est donc pas franchie : $3\,240\,000 < 4\,320\,000$

Chez Bêta :

Intérêts dus (par la SA Bêta) : 4 320 000

Intérêts reçus de la part des entreprises liées : 0

La 3^e limite est franchie : $4\,320\,000 > 0$

En conséquence, seule la SA Bêta est présumée être en situation de sous-capitalisation.

2. Par hypothèse, la SA Bêta n'a pas pu renverser la présomption de sous-capitalisation. Par ailleurs, en N+1, pour la SA Bêta, la 2^e limite légale de déduction des intérêts est de 1 800 000 € alors que le montant des intérêts versés à des entreprises liées pour cette année s'élève à 1 440 000 €.

Le plafond des intérêts déductibles de N est établi d'après la limite la plus favorable des trois ratios :

- 1^{re} limite = 864 000
- 2^e limite = 1 710 000
- 3^e limite = 0

L'excédent à reporter est égal au total des intérêts versés par la SA Bêta aux entreprises liées (soit 4 320 000) diminué des intérêts déductibles, en retenant la limite la plus favorable (1 710 000) : $4\,320\,000 - 1\,710\,000 = 2\,610\,000$ €.

Cet excédent est supérieur à 150 000 €.

Le report de la fraction excédentaire au titre de N sur les résultats de N+1 oblige à distinguer, en N+1 :

- les intérêts de N-1 reportés en N+1 et qui supportent une décote de 5 % ;
- les intérêts de N reportés en N+1 ;
- les intérêts servis en N+1.

La société Bêta déduira en N+1 :

Intérêts servis en N (d'après l'énoncé)	1 440 000
Fraction des intérêts reportables de N ($1\,800\,000 - 1\,440\,000$)	360 000
Maximum déductible (d'après l'énoncé)	1 800 000

Au titre de N+2 seront reportables :

Report des intérêts de N ($2\,610\,000 - 360\,000$)	2 250 000
Décote de 5 % (sur 2 250 000)	- 112 500
Intérêts reportés après décote	2 137 500

B. DANS LE CADRE DE L'INTÉGRATION FISCALE : NEUTRALISATION DES INTÉRÊTS DIFFÉRÉS

Le montant des intérêts rapportés au résultat individuel des sociétés membres sous-capitalisées (comme pour les entreprises liées) qui est transféré à la mère intégrante au titre d'un exercice est déductible du résultat d'ensemble pour la fraction excédant la différence entre :

- le montant des intérêts versés par les filiales à des sociétés liées non intégrées, majoré des intérêts différés antérieurs à l'intégration imputés sur les résultats individuels de l'exercice ;
- et 25 % de la somme des résultats courants avant impôts de l'ensemble des sociétés membres corrigée de certains postes.

Le solde des intérêts non neutralisés pourra dans certaines conditions être déduit du résultat d'ensemble au titre des exercices suivants, après application d'une décote de 5 % à compter de la deuxième année de report.

SECTION 4. LE GROUPE TVA

Les **groupes de sociétés** remplissant les conditions exposées ci-après peuvent opter pour la **centralisation**, au niveau de la société tête de groupe, du **paiement de la TVA et des taxes assimilées** dues par l'ensemble (ou seulement certaines) des sociétés membres du groupe ou, le cas échéant, du remboursement par l'administration des crédits de taxe déductible dont celles-ci bénéficient (art. 1693, CGI).

I. L'EXERCICE DE L'OPTION

L'option pour le régime de consolidation ne s'applique qu'à compter du premier jour du premier exercice comptable suivant. L'option couvre obligatoirement une période initiale de 2 exercices comptables.

II. LES CONDITIONS DE L'EXERCICE DE L'OPTION

Peuvent opter pour le régime de la consolidation du paiement de la TVA, les groupes remplissant les **conditions suivantes** :

- la société tête de groupe doit détenir, directement ou indirectement, plus de 50 % du capital ou des droits de vote des filiales (la détention doit être continue sur toute la période couverte par l'option) ;
- les membres du groupe doivent, d'une part, être soumis à l'obligation de transmission de leurs déclarations de résultats par voie électronique auprès de la Direction des grandes entreprises, d'autre part, ouvrir et clôturer leurs exercices comptables aux mêmes dates et, enfin, relever du régime réel normal d'imposition en matière de TVA.

CHAPITRE 3. LE DROIT DU TRAVAIL APPLIQUÉ AUX GROUPES DE SOCIÉTÉS

Les groupes de sociétés sont soumis à des procédures spécifiques en vue de garantir le respect des dispositions du droit du travail. Ces procédures concernent principalement la représentation du personnel (section 1) et la négociation collective au sein du groupe (section 2). Enfin, il est intéressant d'aborder l'incidence de la réunion des sociétés au sein d'un groupe sur la relation individuelle au travail (section 3).

SECTION 1. LA REPRÉSENTATION DES SALARIÉS AU SEIN DU GROUPE

Les procédures d'information et de consultation des salariés au sein des groupes sont mises en œuvre grâce à des entités spécifiques de représentation du personnel, que sont le **comité de groupe** pour les groupes de dimension française (I) et le **comité d'entreprise européen** à l'échelon communautaire (II).

I. LE COMITÉ DE GROUPE (ART. L. 2331-1 ET S., C. TRAV.)

On rappelle que, pour ces dispositions, le « *groupe* » est constitué par l'ensemble formé par une société dominante dont le siège social est sur le territoire français et par les autres sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement ou bien sur laquelle elle exerce une influence dominante.

Est considérée comme « **entreprise dominante** », pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

L'existence d'une **influence dominante** est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;
- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;
- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise. (art. L. 2331-1, II, C. trav.)

A. LES MISSIONS DU COMITÉ DE GROUPE

REMARQUE

Le comité de groupe **n'a pas vocation à se substituer aux comités d'entreprise** pouvant exister par ailleurs dans chacune des sociétés du groupe.

Le comité de groupe a pour mission d'assurer aux représentants du personnel une information à un niveau supérieur à celui de la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions.

Le comité de groupe centralise les informations sur l'activité, la situation financière et les prévisions d'emploi dans le groupe et dans chacune des entreprises qui composent ce groupe. Le comité de groupe reçoit communication des comptes du bilan consolidés (lorsque de tels comptes sont établis) et du rapport du CAC correspondant.

Le comité de groupe possède la personnalité civile qui lui permet **d'agir en justice pour la défense des intérêts dont il a la charge**.

B. L'OBLIGATION DE LA CONSTITUTION DU COMITÉ DE GROUPE

Le fait de ne pas constituer et réunir pour la première fois un comité de groupe, ou le fait d'apporter une entrave soit à la désignation des membres d'un comité de groupe, soit au fonctionnement régulier de ce comité, sont punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 € (art. L. 2335-1, C. trav.).

Les litiges concernant la création du comité de groupe relèvent de la compétence du TGI du siège social de la société dominante (art. L. 2331-3, C. trav.).

C. LA COMPOSITION DU COMITÉ DE GROUPE

Le comité de groupe est composé, d'une part, du chef de l'entreprise dominante ou de son représentant, assisté de deux personnes de son choix ayant voix consultative et, d'autre part, de représentants du personnel des entreprises constituant le groupe (art. L. 2333-1, C. trav.).

La représentation du personnel au comité de groupe comprend 30 membres au plus ; lorsque moins de 15 entreprises du groupe sont dotées d'un comité d'entreprise, le nombre de membres du comité de groupe ne peut être supérieur au double du nombre de ces entreprises (art. D. 2332-2, C. trav.).

D. LE FONCTIONNEMENT DU COMITÉ DE GROUPE

Le comité de groupe peut se faire assister par un expert-comptable rémunéré par l'entreprise dominante du groupe, cet expert-comptable ayant accès aux mêmes documents que les CAC des entreprises constitutives du groupe (art. L. 2334-4, C. trav.) et notamment aux informations relatives à toutes les entreprises comprises dans la consolidation, y compris les entreprises étrangères.

II. LE COMITÉ D'ENTREPRISE EUROPÉEN (ART. L. 2341-1 ET S., C. TRAV.)

Dans les groupes de dimension communautaire, est obligatoire la mise en place d'un **comité d'entreprise européen** ou d'une procédure d'information, de consultation, d'échange de vues et de dialogue avec les travailleurs.

Les dispositions du Code du travail concernant le comité d'entreprise européen sont articulées autour de la notion d'« *entreprise de dimension communautaire* ». Est ainsi désigné l'entreprise ou l'organisme qui emploie 1 000 salariés ou plus dans les États membres de l'UE ou de l'Espace économique européen (EEE). Cette entreprise ou cet organisme doit comporter au moins un établissement employant 150 salariés ou plus dans au moins deux de ces États.

REMARQUE

Les groupes d'entreprises ayant mis en place un comité d'entreprise européen peuvent décider, par accord passé au sein du groupe (ou au sein du groupe spécial de négociation), et sous réserve d'un vote favorable du comité de groupe, d'aménager les conditions de fonctionnement du comité de groupe ou même de supprimer ce comité en transférant ses attributions au comité d'entreprise européen (art. L. 2343-19 et L. 2345-2, C. trav.).

SECTION 2. LA NÉGOCIATION COLLECTIVE AU SEIN DU GROUPE

Le droit à la négociation collective est un droit fondamental des salariés. L'exercice de ce droit se traduit par la conclusion d'accords ou conventions collectives entre les partenaires sociaux.

Les conventions ou accords conclus au niveau d'un groupe sont soumis aux mêmes règles que les conventions et accords conclus au niveau d'un établissement (art. L. 2232-16, C. trav.).

Il convient de traiter successivement les parties à l'accord de groupe (I), puis les conditions de validité (II) et enfin les effets de l'accord de groupe (III).

I. LES PARTIES À L'ACCORD DE GROUPE

La convention ou l'accord de groupe est négocié et conclu entre d'une part, l'**employeur de l'entreprise dominante** (ou un ou plusieurs représentants, mandatés à cet effet), les employeurs des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord et, d'autre part, les **organisations syndicales de salariés représentatives**⁶⁴ dans le groupe ou dans l'ensemble des entreprises concernées par le champ de la convention ou de l'accord (art. L. 2232-31, C. trav.).

Pour la négociation, les organisations syndicales de salariés représentatives peuvent désigner un ou des coordinateurs syndicaux de groupe choisis parmi les délégués syndicaux du groupe habilités à négocier et à signer la convention ou l'accord de groupe (art. L. 2232-32, C. trav.).

64. Les règles de représentativité des syndicats sont décrites aux articles L. 2122-4 et suivants du Code du travail. Cette représentativité s'apprécie différemment selon que les élections professionnelles ont eu lieu ou non avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008.

II. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE L'ACCORD DE GROUPE

En ce qui concerne la validité des conventions et accords de groupe :

- les accords conclus **jusqu'au 31 décembre 2008** sont soumis à des conditions fixées par l'accord collectif de branche étendu applicable aux entreprises du groupe⁶⁵. L'accord étendu peut stipuler que l'accord de groupe est validé soit par la signature d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives, soit par l'absence d'opposition majoritaire exprimée par ces organisations syndicales ;
- pour les accords conclus **depuis le 1^{er} janvier 2009**, les conditions de validité sont fixées par la loi (et non plus par l'accord de branche étendu). Le texte pose deux conditions cumulatives à la validité de l'accord (art. L. 2232-34, C. trav.) :
 - la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli dans les entreprises comprises dans le périmètre de cet accord au moins 30 % des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections des titulaires des comités d'entreprise ou de la délégation unique du personnel ou, à défaut, des délégués du personnel (quel que soit le nombre de votants),
 - **et** à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli dans le même périmètre la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants (l'éventuelle opposition doit être exprimée dans un délai de 8 jours à compter de la date de notification de cet accord).

III. LES EFFETS DE L'ACCORD DE GROUPE

La convention ou l'accord de groupe ont les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise (art. L. 2232-33, C. trav.). Le champ d'application de la convention ou de l'accord de groupe est fixé dans ladite convention ou ledit accord et couvre tout ou partie des entreprises constitutives du groupe (art. L. 2232-30, C. trav.). Un accord de groupe pourra ainsi être applicable aux salariés d'une entreprise entrant dans son champ d'application même si celle-ci est dépourvue de délégué syndical.

Les accords de groupe n'ont pas vocation à faire obstacle à la négociation d'entreprise. L'accord de groupe ne peut se substituer à la convention de branche. Les accords de groupe et d'entreprise ont vocation à être complémentaires : les accords de groupe traitant les sujets présentant un intérêt général (c'est-à-dire pour l'ensemble des salariés du groupe), les accords d'entreprise se limitant aux sujets propres à chaque entité du groupe. Cependant, l'accord de groupe peut contenir des clauses plus favorables aux salariés que les dispositions de l'accord de branche.

Il est en revanche impossible d'insérer dans la convention ou l'accord de groupe des dispositions dérogatoires à celles applicables en vertu de conventions de branche ou d'accords professionnels dont relèvent les entreprises ou établissements appartenant à ce groupe, sauf disposition expresse en ce sens de ces conventions de branche ou accords professionnels (art. L. 2232-35, C. trav.).

65. Les pouvoirs publics peuvent décider que le contenu d'une convention ou d'un accord mérite d'être appliqué à des entreprises non-signataires, du même secteur géographique ou de la même profession. Le contenu de cette convention ou de cet accord peut être rendu obligatoire par un arrêté d'extension ou d'élargissement pris par le ministère chargé du travail. L'extension rend la convention ou l'accord applicable dans toutes les entreprises de la profession concernée (ou de la zone géographique concernée, si le texte concerne toutes les professions d'un département ou d'une région).

SECTION 3. LA RELATION INDIVIDUELLE DE TRAVAIL AU SEIN DU GROUPE

Les mouvements de personnel sont fréquents à l'intérieur des groupes de sociétés⁶⁶. L'intérêt, de déterminer le véritable employeur d'un salarié, est alors de savoir qui est débiteur des obligations nées du contrat de travail (I).

Ainsi, dans les groupes de sociétés, il est fréquent qu'un salarié soit détaché auprès d'une filiale afin de la diriger et des règles particulières existent pour la mise en œuvre du détachement d'un salarié auprès d'une société du groupe située à l'étranger (II).

Le licenciement au sein d'un groupe est soumis à des conditions spécifiques (III).

I. LA DÉTERMINATION DE L'EMPLOYEUR

A. LE PRINCIPE

Le contrat de travail est caractérisé par le **lien de subordination** unissant le salarié et l'employeur. Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. La société employeur est la société vis-à-vis de laquelle le salarié est placé dans un état de subordination.

Un salarié ne peut avoir pour employeur un groupe. En effet, les sociétés membres d'un groupe conservent chacune une personnalité juridique propre, et donc concluent des contrats en leur seul nom. Par ailleurs, le groupe de sociétés, en tant qu'entité, n'a pas de personnalité juridique.

EXEMPLE

Lorsqu'un salarié est titulaire d'un contrat de travail avec une société qui appartient à un groupe, la clause de non-concurrence insérée dans ce contrat lie uniquement les parties audit contrat. Cette clause n'a aucune incidence sur les rapports qui peuvent exister entre ce salarié et les autres sociétés du groupe (Cass. soc., 17 déc. 1997, n° 95-42862).

Le salarié placé dans un état de subordination vis-à-vis d'une filiale ne peut se prétendre salarié de la société mère s'il ne démontre pas qu'il recevait des instructions des dirigeants de cette société mère ou qu'il devait rendre des comptes à la société mère (Cass. soc., 15 déc. 1971, n° 70-40584).

B. LE CO-EMPLOI DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

Une société mère peut être considérée comme co-employeur de salariés liés conventionnellement à une de ses filiales. Pour cela, il convient de rappeler que le fait que le juge reconnaisse qu'il existe une unité économique et sociale entre différentes sociétés n'a pas pour conséquence automatique que ces sociétés sont co-employeurs des salariés (Cass. soc., 12 juil. 2006, n° 04.40331). En outre, la condition de la qualification de co-employeur de la société mère est la triple confusion : **confusion d'intérêts, d'activités et de direction** entre la société mère et la filiale.

66. Un salarié ne peut accepter par avance un changement d'employeur. De sorte que la clause de mobilité par laquelle le salarié lié par contrat de travail à une société s'est engagé à accepter toute mutation dans une autre société, alors même que cette société appartiendrait au même groupe ou à la même unité économique et sociale, est nulle (Cass. soc., 23 sept. 2009, n° 07-44200).

EXEMPLE

La société Métaleurop Nord était une filiale à 99 % de la société Métaleurop SA. La décision de restructuration de la filiale avait été prise au niveau de la direction de la société mère. Les deux sociétés étaient dotées de dirigeants communs. La trésorerie de la filiale était gérée par la société mère. La société mère assurait le recrutement des cadres de sa filiale et la gestion de leur carrière. La société mère s'était directement chargée de négocier un moratoire à la place et pour le compte de la filiale. Les cadres dirigeants de la filiale étaient recrutés par la société mère et placés sous la dépendance hiérarchique directe d'un dirigeant de la société mère, à qui ils devaient rendre compte régulièrement de leur gestion. La société mère décidait unilatéralement de l'attribution de primes aux cadres de direction de la filiale. La Cour de cassation a estimé qu'il résultait de ces faits une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés, qui se manifestait notamment par une immixtion dans la gestion du personnel de la filiale. La société mère a été déclarée co-employeur du personnel de sa filiale (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10.12278 ; voir également 20 févr. 2013, n° 11-19305)⁶⁷.

Pour faire face à ces difficultés, certains groupes transfèrent les salariés (difficilement affectables) à telle ou telle entité (dans une unique entité), qui vendra des prestations de services aux entités des groupes.

II. LE DÉTACHEMENT D'UN SALARIÉ AUPRÈS D'UNE FILIALE

A. LE PRÊT DE MAIN-D'ŒUVRE

Il n'existe pas dans le Code du travail de dispositions spécifiques concernant le prêt ou le détachement de salariés entre sociétés d'un même groupe, de sorte que les règles de droit commun qui organisent le prêt de main-d'œuvre s'appliquent.

Doivent dès lors être respectées :

- **l'interdiction de marchandage** : le marchandage est défini comme « *toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application de dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail* » (art. L. 8231-1, C. trav.)⁶⁸ ;
- **l'interdiction de toute opération à but lucratif** ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre⁶⁹ (art. L. 8241-1, C. trav.) : une opération de prêt de main-d'œuvre ne poursuit pas de but lucratif lorsque l'entreprise prêteuse ne facture à l'entreprise utilisatrice, pendant la mise à disposition, que les salaires versés au salarié, les charges sociales afférentes et les frais professionnels remboursés à l'intéressé au titre de la mise à disposition.

L'accord du salarié doit être recueilli si l'opération a pour effet une modification de son contrat, autrement dit, si l'opération porte atteinte à un élément jugé essentiel par le salarié et l'employeur au moment de la signature du contrat de travail (rémunération, durée du travail, lieu de travail, qualification professionnelle...).

67. Sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés de la filiale à l'égard de la société mère.

68. Un exemple dans lequel le délit de marchandage est constitué : une filiale suisse a pour seul objet de mettre son personnel à la disposition de la société mère française dès lors que ladite société suisse ne possède ni le matériel ni les produits nécessaires à l'activité des salariés ainsi subordonnés à la société mère. Le préjudice causé aux salariés prêtés est établi dès lors que ces salariés ont été privés des avantages sociaux (salaire minimum, assurance chômage, congés payés) dont ils auraient bénéficié s'ils avaient été embauchés par la société mère (Cass. crim., 12 mai 1998, n° 96-86479).

69. Cependant, ne sont pas concernées par cette interdiction les opérations qui s'inscrivent dans le cadre de la réglementation du travail temporaire, du partage salarial, des entreprises de travail à temps partagé ou de l'exploitation d'une agence de mannequin, etc.

La mise à disposition d'un salarié n'entraîne pas en soi une modification de son contrat de travail. Dans ce cas, le refus du salarié de continuer ou de reprendre le travail constitue une faute qui justifie son licenciement.

B. L'EXERCICE D'UN MANDAT SOCIAL EN EXÉCUTION D'UN CONTRAT DE TRAVAIL

La société mère d'un groupe peut engager par contrat de travail une personne qui sera chargée d'exercer un mandat social au sein d'une filiale.

Le lien de subordination est établi entre la société mère et le mandataire social responsable de la filiale. Il est caractérisé par le fait que le mandataire-salarié est rémunéré par la société mère, et qu'il exerce les fonctions pour lesquelles la société mère l'a engagé.

EXEMPLES

1. Exemple positif

« **L'exercice d'un mandat social n'est pas exclusif d'un lien de subordination juridique ;** [...] une société mère avait conservé à l'égard de son salarié, dont elle avait fixé la rémunération, les prérogatives de l'employeur [...], ce salarié se trouvait dans une situation de subordination juridique [...] malgré le mandat social exercé au sein d'une filiale, l'intéressé était resté le salarié de la société mère. » (Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-40813)

2. Exemple négatif

Le seul fait d'être mandataire social d'une société contrôlée directement ou indirectement par une autre société ne donne pas à l'intéressé la qualité de salarié de la société mère, dès lors qu'il n'est pas établi une subordination directe à la société mère ; l'intéressé avait été nommé mandataire social directement par la filiale, et n'établissait pas sa situation de subordination juridique vis-à-vis de la société mère (Cass. soc., 28 juin 2001, n° 99-43364).

C. LE DÉTACHEMENT À L'ÉTRANGER AUPRÈS D'UNE SOCIÉTÉ DU GROUPE

L'employeur d'un salarié détaché auprès d'une filiale située à l'étranger a l'obligation légale d'assurer le **reclassement de ce salarié** à l'issue du détachement dans ladite filiale. En effet, lorsqu'un salarié, mis à la disposition d'une filiale étrangère par la société mère qui l'a engagé, est licencié par cette filiale, la société mère doit assurer son rapatriement et doit lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions (art. L. 1231-5, C. trav.).

III. LE LICENCIEMENT AU SEIN DU GROUPE DE SOCIÉTÉS

A. LE CO-EMPLOI

Les salariés d'une société peuvent demander le versement des indemnités qui leur sont dues pour rupture de leur contrat de travail à une ou plusieurs autres sociétés s'il résulte des circonstances de fait (confusion des actionnaires, dirigeants communs, versement des salaires par l'une ou l'autre des sociétés, etc.) que les intéressés se trouvaient sous la subordination commune desdites sociétés.

B. LE LICENCIEMENT POUR MOTIF ÉCONOMIQUE

En cas de licenciement pour motif économique, les difficultés économiques, comme les menaces sur la compétitivité de l'entreprise doivent s'apprécier dans le **seul secteur d'activité** du groupe auquel appartient l'entreprise concernée et non dans l'ensemble du groupe. Dans les groupes internationaux, doivent être prises en compte les sociétés du secteur d'activité **situées à l'étranger**.

REMARQUE**Amélioration de rentabilité et réalisation des économies**

Pour réaliser des économies et améliorer sa propre rentabilité, un groupe avait décidé de fermer une filiale détenue à 100 % qui ne connaissait pas de difficultés économiques. Les licenciements opérés à la suite de la fermeture ont été jugés dépourvus de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 10-30045 à 10-30048).

C. LE RECLASSEMENT DE SALARIÉS

Les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe auquel l'entreprise appartient (art. L. 1233-4, C. trav.), parmi les entreprises dont les activités, l'organisation et le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel (Cass. soc. 24 juin 2008, n° 06-45870).

REMARQUE**Reclassement à l'étranger**

À la suite d'un conflit social chez le fabricant de pneumatiques Continental, les salariés, licenciés dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, se sont vus proposer en 2009 des postes au sein du groupe en Tunisie à 137 € par mois.

Afin d'éviter de telles difficultés, l'article L. 1233-4-1 du Code du travail prévoit que :

« Lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préalablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation.

Le salarié manifeste son accord, assorti le cas échéant des restrictions susmentionnées, pour recevoir de telles offres dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition de l'employeur. L'absence de réponse vaut refus.

Les offres de reclassement hors du territoire national, qui sont écrites et précises, ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste libre de refuser ces offres. Le salarié auquel aucune offre n'est adressée est informé de l'absence d'offres correspondant à celles qu'il a accepté de recevoir. »

CHAPITRE 4. LES RÈGLES JURIDIQUES, FISCALES ET SOCIALES DES GIE, GEIE, LOCATION-GÉRANCE ET CONTRATS D'INTÉRÊTS COMMUNS

SECTION 1. LES RÉGIMES JURIDIQUE ET FISCAL DU GIE

I. LE RÉGIME JURIDIQUE (ART. L. 251-1 ET S., C. COM.)

Un groupement d'intérêt économique (GIE) permet à ses membres de mettre en commun certaines de leurs activités afin de faciliter ou développer leurs activités, ou d'améliorer ou d'accroître les résultats de ces activités et ceci, tout en conservant leur individualité.

Le choix du GIE dans le cadre d'un projet doit se faire avec précaution. Il limite les possibilités de diversification et de plus, les coûts d'une éventuelle transformation en société commerciale seront généralement prohibitifs au plan fiscal.

A. LES CARACTÉRISTIQUES D'UN GIE

Les principales caractéristiques du GIE sont les suivantes :

- le GIE peut agir dans tous les secteurs d'activité mais il ne peut avoir pour objet que le **prolongement de l'activité économique de ses membres** ;
- le GIE jouit de la **personnalité morale** et de la pleine capacité juridique ;
- le GIE, en principe, ne donne pas lieu, pour lui-même, à **recherche et partage de bénéfices** mais il ne lui est pas interdit d'en réaliser et, dans ce cas, de les partager entre ses membres (de même, lors de la liquidation du GIE, les membres peuvent se partager le boni s'il en existe) ;
- le GIE présente l'avantage d'être soumis à des règles juridiques très souples, notamment en ce qui concerne son capital social (un GIE peut être constitué avec ou sans capital), son objet ou ses modalités d'organisation ;
- les membres du GIE sont **indéfiniment et solidairement responsables** des dettes du groupement, c'est-à-dire que chaque membre est responsable sur l'ensemble de son patrimoine personnel de toutes les dettes du groupement, qu'elles soient de son fait ou non. Néanmoins, le contrat de groupement peut prévoir une clause exonératoire des dettes nées antérieurement à l'entrée des futurs membres dans le groupement ;
- le groupement peut avoir un objet civil ou commercial : la nature civile ou commerciale des activités principales est déclarée au RCS ;
- le GIE est composé de deux membres au moins (il n'y a pas de maximum fixé par la loi). Les membres peuvent être des personnes physiques ou morales. Ils peuvent être français ou étrangers. Ils n'ont pas la qualité de commerçant ;
- tout membre du groupement peut se retirer dans les conditions prévues par le contrat ; lorsque les statuts du GIE ne contiennent aucune disposition réglementant les conditions du retrait de ses membres, ceux-ci peuvent s'en retirer sans délai (art. L. 251-9, C. com., Cass. com., 20 mars 2012, n° 11-11097).

REMARQUE

Responsabilité des membres d'un GIE

- Concernant les **nouveaux membres**, le nouvel adhérent est responsable non seulement des dettes du groupement qui naîtront postérieurement à son entrée mais aussi de celles qui existent à la date de son adhésion. Toutefois, le nouveau membre peut être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le GIE à condition que le contrat de groupement le permette expressément et que la décision d'exonération soit publiée.
- Concernant les **anciens membres**, l'adhérent qui se retire est responsable de toutes les dettes contractées par le groupement jusqu'à l'inscription modificative au RCS constatant son retrait. La responsabilité de l'ancien membre peut donc être recherchée pour des dettes exigibles après la sortie du GIE dès lors que l'obligation qui a fait naître ces dettes est antérieure à la sortie.
- Concernant les **obligations des membres les uns envers les autres**, dans le silence des textes, la contribution de chaque membre du groupement au paiement des dettes de celui-ci incomberait dans la proportion de ses droits au partage des bénéfices ou, à défaut de précision sur ce point, par part virile (en principe, le contrat constitutif de groupement contient une clause précise sur ce point).

B. LA CONSTITUTION ET LA DISSOLUTION D'UN GIE

Il est constaté dans un acte écrit qui contient un certain nombre d'informations et il doit être immatriculé au RCS.

L'arrivée du terme, la réalisation ou l'extinction de l'objet, la décision de ses membres réunis en assemblée, la décision judiciaire pour justes motifs ou encore le décès ou la dissolution de l'un des membres (sauf stipulation contraire du contrat de groupement) constituent des causes de dissolution du GIE.

Si le contrat prévoit un capital, aucun minimum n'est exigé. Les apports peuvent être en numéraire, en nature ou en industrie. En cas d'apports en nature, les associés ne sont pas tenus de désigner un commissaire aux apports pour les évaluer (cette dispense découle notamment du principe de solidarité qui pèse sur les membres). Le capital peut être variable.

En l'absence de capital, le groupement fonctionne comme une association. Il perçoit des cotisations de ses membres si la facturation de ses services et les réserves qu'il a pu constituer s'avèrent insuffisantes. Il reste toujours possible de faire des apports en numéraire, en industrie ou en nature.

C. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS

Les **principaux avantages** du GIE sont :

- des frais et formalisme de constitution réduits ;
- une grande souplesse et liberté de fonctionnement ;
- pas de capital minimum ;
- la possibilité de mettre en commun des moyens ;
- l'imputation possible des pertes du GIE sur le résultat de chaque membre ;
- faciliter l'obtention des financements extérieurs, la solidarité étant une garantie supplémentaire pour le prêteur.

Les **principaux inconvénients** sont :

- la responsabilité solidaire et indéfinie des membres du GIE ;
- la nécessité d'une coopération et donc d'une bonne entente entre ses membres ;
- les conséquences fiscales pouvant être importantes en cas de transformation du GIE en une autre forme juridique.

II. LE RÉGIME FISCAL

A. L'IMPÔT SUR LES BÉNÉFICES

1. L'imposition générale (art. 239 quater, CGI)

Les GIE sont exclus du champ d'application de l'IS. Leur régime fiscal est identique à celui des sociétés relevant de l'IR. Chacun de leurs membres est personnellement passible, pour la part des bénéfices correspondant à ses droits dans le groupement, soit de l'IR, soit de l'IS s'il s'agit de personnes morales relevant de cet impôt.

Néanmoins, un GIE ne relève du régime des sociétés de personnes que si son activité se rattache à l'activité économique de ses membres ; de sorte que lorsqu'il ne fonctionne pas selon les conditions prévues par le Code de commerce pour le GIE, il est passible de l'IS.

Par ailleurs, les GIE ne peuvent en aucun cas être considérés comme exerçant une activité nouvelle et donc bénéficier du régime d'exonération ou d'abattement applicable aux entreprises nouvelles (CE, 29 août 2008, n° 299557).

2. En cas de transformation

a. La transformation d'une société de capitaux en GIE

Cette transformation est assimilée du point de vue fiscal à une cessation d'entreprise et entraîne l'établissement de l'IS (art. 221, 2^{ter}, CGI).

Toutefois, l'administration admet de ne pas tirer toutes les conséquences de la cessation si cette opération n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Elle s'abstient de soumettre à l'IS au titre de l'exercice de transformation les bénéfices en sursis d'imposition et les plus-values latentes. L'IS n'est donc établi que sur les bénéfices de la période d'imposition close par la transformation et, le cas échéant, de l'exercice antérieur, non encore taxés.

Cette solution est subordonnée à deux conditions :

- aucune modification ne doit être apportée aux écritures comptables du fait de la transformation ;
- l'imposition des bénéfices ou plus-values différées demeure possible sous le nouveau régime fiscal applicable au groupement issu de l'opération de transformation.

b. La transformation d'un GIE en société de capitaux

La poursuite de l'activité d'un GIE (ou d'un GEIE) sous la forme d'une société de capitaux entraîne la création d'une personne morale nouvelle (art. 202 ter, CGI). Cet événement entraîne l'assujettissement des membres du groupement à l'IR ou à l'IS à raison de la part revenant à chacun d'eux dans les résultats de l'exercice de transformation, y compris les bénéfices en sur-sis d'imposition et les plus-values dégagées sur les éléments de l'actif à la date de l'opération. Les amortissements régulièrement comptabilisés et réputés différés constituent un élément du résultat fiscal de l'exercice de transformation dont le montant doit être réparti entre les membres.

c. La transformation d'un GIE ou d'un GEIE en SNC

Un GIE ou un GEIE peut être transformé en une SNC sans donner lieu à dissolution, ni à création d'une personne morale nouvelle. En l'absence de changement de régime fiscal, cette transformation n'a pas d'incidence fiscale.

Il en est de même de la transformation d'un GIE en GEIE.

B. LA TVA

Les livraisons de biens effectuées au profit des membres du groupement doivent être soumises à la TVA dans les conditions de droit commun, dès lors que les GIE et les GEIE ont une personnalité morale distincte de celle de leurs membres. De même, les services rendus à des personnes étrangères au groupement sont soumis à la TVA.

Lorsque les membres d'un GIE ou d'un GEIE exercent une activité exonérée de TVA (ou n'ont pas la qualité d'assujetti pour cette activité), les services rendus par le groupement à ses adhérents sont exonérés de TVA. Cependant, cette exonération est applicable uniquement si (art. 261 B, CGI) :

- lesdits services concourent directement et exclusivement à la réalisation de ces opérations exonérées (ou exclues du champ d'application de la TVA) ;
- et les sommes réclamées aux membres correspondent exactement à la part qui leur incombe dans les dépenses communes du groupement.

C. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

Les GIE et les GEIE sont soumis à un régime fiscal analogue à celui des sociétés. L'enregistrement des apports faits à ces groupements donne lieu au paiement d'un droit fixe de 375 € (porté à 500 € pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 €) (art. 810, I, CGI).

SECTION 2. LES RÉGIMES JURIDIQUE ET FISCAL DU GEIE

Les entreprises de l'Union européenne (UE) disposent d'un instrument de coopération transnationale appelé groupement européen d'intérêt économique (GEIE), rattaché directement à l'ordre juridique communautaire.

I. LE RÉGIME JURIDIQUE

A. LES CONDITIONS DE LA CONSTITUTION D'UN GEIE

Un GEIE doit compter au moins 2 membres liés à des États membres différents de l'UE.

Il a pleine capacité juridique dans toute l'UE. L'adresse officielle d'un groupement doit se situer dans l'UE. Elle peut être transférée d'un État membre à un autre sous certaines conditions.

Il peut être constitué par des sociétés, entreprises et autres entités juridiques conformément au droit national d'un État membre. Il peut également être constitué par des personnes physiques exerçant dans l'UE des activités industrielles, commerciales, artisanales, agricoles et des activités de services professionnels ou autres.

Il ne peut employer plus de 500 salariés.

Un GEIE ne doit pas nécessairement être formé avec un capital. Ses membres sont libres de recourir à d'autres modes de financement (ex. : cotisations des membres ou avances de fonds en compte courant).

B. LE FONCTIONNEMENT D'UN GEIE

Chaque membre du GEIE est **conjointement et solidairement responsable** des obligations contractées par le GEIE.

Il doit comporter au moins deux organes : le « **collège de membres** » (ses membres agissant collectivement) ainsi que le(s) **directeur(s)**. Chaque GEIE sera dirigé par une ou plusieurs personnes physiques selon des critères déterminés. Ces directeurs représentent et engagent le GEIE vis-à-vis des tiers même lorsque leurs actes n'entrent pas dans l'objet du groupement. Chaque membre d'un GEIE disposera d'une voix. Le règlement fixe la procédure de vote.

C. LES FORMALITÉS DE CONSTITUTION D'UN GEIE

Ces formalités supposent la conclusion d'un contrat et l'immatriculation du groupement au registre compétent. En France, l'immatriculation est effectuée auprès du greffe du tribunal de commerce. Doivent être joints aux formulaires d'immatriculation : le contrat constitutif et l'acte de nomination du ou des directeurs.

Une publication de la création du GEIE doit être effectuée dans le Bodacc du siège. Le mois suivant, une insertion doit paraître dans le Journal officiel de l'Union européenne.

II. LE RÉGIME FISCAL

Le GEIE est soumis au régime fiscal du GIE.

Les membres d'un GEIE dont le siège est situé en France sont imposés en France, qu'ils soient résidents de France ou non, sur la part des résultats du groupement qui leur revient.

SECTION 3. LA LOCATION-GÉRANCE DE FONDS DE COMMERCE, ARTISANAL OU INDUSTRIEL

I. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA LOCATION-GÉRANCE (ART. L. 144-1 ET S., C. COM.)

La location-gérance est la convention par laquelle le propriétaire d'un fonds (bailleur) en confie l'exploitation moyennant le versement d'une redevance à un tiers (locataire-gérant).

A. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ D'UN CONTRAT DE LOCATION-GÉRANCE

1. Les conditions de fond

a. Les conditions à respecter

▀ Les conditions relatives au propriétaire du fonds

Le propriétaire du fonds doit avoir exploité le fonds pendant 2 ans au moins. Cependant, **le président du TGI** peut, à la demande du propriétaire du fonds, réduire ou supprimer cette condition de durée d'exploitation minimum, si ce propriétaire justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fonds personnellement ou par l'intermédiaire de préposés. Cette condition n'est pas exigée, notamment, des héritiers ou légataires d'un commerçant ou d'un artisan décédé, ni des conjoints attributaires du fonds de commerce ou artisanal à la suite de la dissolution du régime matrimonial, lorsqu'ils ont participé à l'exploitation pendant au moins 2 ans.

Le propriétaire du fonds doit demander une autorisation du propriétaire des locaux s'il est titulaire d'un bail commercial imposant une exploitation personnelle du fonds dans les locaux loués.

▀ Les conditions relatives au locataire-gérant

Le locataire-gérant doit avoir la capacité d'exercer le commerce, s'immatriculer au RCS et s'engager à exploiter le fonds selon sa destination, c'est-à-dire sans en changer l'activité.

b. La sanction du non-respect des conditions de fond

Le non-respect des conditions de fond entraîne la **nullité** du contrat de location-gérance. Néanmoins, cette nullité ne peut être invoquée par les parties au contrat à l'égard des tiers (Cass. com., 4 févr. 1996, n° 84-13496).

2. Les conditions de forme

Un avis doit être publié dans les 15 jours de la date de signature du contrat de location-gérance dans un journal d'annonces légales (JAL) (art. R. 144-1, C. com.). Il en résulte qu'un écrit est nécessaire.

En outre, la mise en location-gérance d'un fonds de commerce est inscrite au RCS.

B. LES CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT DE LOCATION-GÉRANCE

1. La durée du contrat

Le contrat de location-gérance peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée. Il n'y a pas de durée légale à ce contrat. En pratique, les parties fixent souvent pour ce contrat une durée d'une année renouvelable par tacite reconduction.

2. La fin du contrat

Au terme du contrat, le locataire-gérant doit restituer le fonds au propriétaire avec tous ses éléments. Il n'a pas droit au renouvellement automatique de son contrat car il n'acquiert pas la propriété commerciale sur le fonds.

Le bailleur peut reprendre son fonds sans avoir à verser une indemnité.

Le bailleur reprend le fonds dans l'état où il se trouve : il court donc le risque de retrouver un fonds sans valeur.

Dans tous les cas, le sort du fonds en fin de bail doit être une préoccupation des parties : reprise du fonds par le bailleur, cession ou donation au locataire-gérant, fusion ou absorption entre société loueuse et société locataire.

Les dettes contractées par le locataire sont immédiatement exigibles. La fin de la location-gérance doit faire l'objet d'une publicité, à compter de laquelle le loueur ne garantira plus les dettes fiscales du locataire.

3. Les redevances

Le montant de la redevance à acquitter par le preneur est fixé librement par les parties. Il peut être fixe ou proportionnel au chiffre d'affaires ou au bénéfice. Le contrat peut prévoir une **clause d'échelle mobile**. Les redevances peuvent être versées mensuellement ou trimestriellement. En vue de garantir le paiement des redevances et l'exécution des obligations du locataire-gérant, il est habituel d'exiger un dépôt de garantie qui sera restitué au locataire à la fin du contrat.

4. Les responsabilités des parties

a. La responsabilité du propriétaire du fonds de commerce (bailleur)

L'**obligation de délivrance** du fonds consiste à remettre au locataire tous les éléments composant le fonds, et notamment à lui donner un fonds répondant aux normes d'hygiène et de sécurité, exploitable dans de bonnes conditions permettant une « *jouissance paisible* » du fonds. Une exception est faite quand le locataire a accepté expressément le fonds dans l'état de conformité (ou de non-conformité) où il se trouve.

EXEMPLE

Le propriétaire d'un restaurant qu'il avait mis en location-gérance a été sanctionné pour n'avoir pas fait faire les travaux de mise aux normes, malgré un avis défavorable à l'ouverture au public émis par la commission de sécurité et pour n'avoir pas non plus informé son locataire-gérant de cette non-conformité à la signature du contrat (Cass. com., 13 juil. 2010, n° 09-69170).

Le locataire bénéficie de trois garanties légales de droit commun (hors contrat) vis-à-vis du bailleur :

- la garantie des vices cachés ;
- la garantie d'éviction qui le garantit contre les troubles de droit provenant du bailleur ou d'un tiers ;
- la garantie du fait personnel qui le préserve d'un rétablissement direct ou par personne interposée de la part du bailleur.

b. La responsabilité du locataire-gérant

Le locataire exerce le commerce à ses risques et périls.

Il ne peut modifier la destination du fonds de commerce (il n'existe pas de déspecialisation en matière de location-gérance du fonds de commerce, contrairement au bail commercial). Il lui est également interdit de sous-louer le fonds sans l'accord du propriétaire.

Le locataire doit gérer l'affaire de telle sorte que le fonds ne perde pas de valeur. Il doit exploiter le fonds de commerce « *en bon père de famille* », notamment en respectant la réglementation de la profession pour ne pas mettre le fonds en danger (fermeture administrative par exemple), ne pas modifier l'enseigne, se conformer au bail commercial, faire les réparations locatives, ne pas détourner la clientèle vers un autre fonds, etc. Le preneur est souvent tenu d'entretenir le fonds en état d'être exploité. Il doit donc notamment remplacer le matériel hors d'usage, renouveler les brevets, entretenir les locaux.

Le contrat contient souvent une clause de non-concurrence limitant le droit de rétablissement du locataire à la fin du contrat.

REMARQUE

Effets de la location-gérance vis-à-vis des tiers

Dès lors que le fonds de commerce est mis en location-gérance, les créanciers du propriétaire du fonds de commerce peuvent demander au tribunal de commerce de prononcer l'exigibilité immédiate de leur créance.

Par ailleurs, le bailleur est **solidairement responsable avec le locataire-gérant** des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds et ce, **jusqu'à la publication du contrat de location-gérance** et pendant un délai de 6 mois à compter de cette date. Vis-à-vis

de l'administration fiscale, le bailleur peut être mis en cause pour le paiement des impôts directs du locataire, établis à raison de l'exploitation du fonds de commerce (art. 1684, 3, CGI), même au-delà du délai de 6 mois.

Les créanciers du locataire-gérant peuvent exiger immédiatement le paiement de leurs créances dans le cas où le contrat de location gérance du fonds de commerce prend fin.

II. LE RÉGIME FISCAL DE LA LOCATION-GÉRANCE

A. L'IMPÔT SUR LES BÉNÉFICES

1. La situation du bailleur

a. Les revenus de la location (les redevances)

Les personnes qui donnent en location un établissement industriel ou commercial muni du mobilier et du matériel nécessaire à son exploitation sont imposées dans la **catégorie des BIC** (ou à l'IS si le bailleur est une société soumise à l'IS).

Les revenus de location-gérance relevant du **régime des BIC non professionnels**, les déficits subis à raison de cette activité sont, en conséquence, imputables non pas sur le revenu global, mais sur les revenus de même nature de l'année d'imposition ou des 6 années suivantes (art. 156, I, 1° bis, CGI)⁷⁰.

REMARQUE

Revenus de la location du lieu dans lequel le fonds est exploité

Lorsque le bailleur d'un fonds de commerce, également propriétaire des murs, donne en location cet immeuble au gérant par un bail civil distinct de celui qui porte sur le fonds, les loyers correspondant à la location des murs sont imposables entre les mains du bailleur dans la catégorie des RF, et ne sont pas soumis à la TVA (sauf option exercée par le bailleur pour une imposition) (CE, 18 juin 1990, n° 61022 et 61023).

b. Les déficits subis avant la mise en location-gérance du fonds

La mise en location-gérance n'est pas considérée comme une cession ou une cessation d'entreprise (CE, 28 juil. 1993, n° 70812), mais comme la poursuite de l'exploitation sous une autre forme. Le bailleur peut donc, en principe, reporter les déficits subis au cours des exercices qui précèdent l'exercice de la mise en location-gérance.

c. Les plus-values réalisées lors de la fin de la location-gérance

Lorsque, en fin de gérance, le fonds est racheté par le locataire-gérant, l'opération est en principe soumise au régime des plus-values professionnelles.

Cette opération ne bénéficie pas du régime d'exonération d'imposition de l'article 151 septies du CGI, prévu pour les prestataires de service qui réalisent un faible chiffre d'affaires, dès lors que cette exonération est réservée aux activités exercées à titre professionnel. En revanche, cette opération peut bénéficier des deux mesures suivantes :

- **Exonération applicable aux fonds de faible valeur (art. 238 quindecies, CGI)** : lorsque la valeur du fonds transmis n'excède pas 300 000 €, si la cession est effectuée au bénéfice du locataire-gérant du fonds, et si l'activité qui constitue le fonds cédé a été exercée pendant au moins 5 années avant la mise en location-gérance du fonds, la plus-value réalisée est exonérée d'impôt. L'exonération est partielle pour une valeur du fonds cédé supérieure à 300 000 € et inférieure à 500 000 €. L'exonération ne s'applique plus au-delà de 500 000 €.

70. Doivent être qualifiées d'« activités industrielles et commerciales non professionnelles » les activités dans lesquelles le contribuable ne participe pas de manière personnelle, directe et continue.

La plus-value dégagée reste cependant soumise aux prélèvements sociaux au taux de 15,5 % (à compter du 1^{er} janvier 2012).

- **Exonération en cas de départ pour retraite (art. 151 septies A, I, CGI)** : les plus-values réalisées lors de la cession à titre onéreux dans le cadre d'un départ à la retraite d'une entreprise individuelle relevant de l'IR sont exonérées si l'activité a été exercée pendant au moins 5 ans. Ce régime est applicable sur option.

L'exonération concerne les entreprises individuelles et les sociétés (dans lesquelles le contribuable exerce son activité professionnelle et qui sont soumises au régime fiscal des sociétés de personnes) dont les parts sont cédées qui répondent à la définition communautaire des PME⁷¹.

La plus-value dégagée reste cependant soumise aux prélèvements sociaux au taux de 15,5 % (à compter du 1^{er} janvier 2012).

2. La situation du locataire-gérant

Le locataire-gérant est imposé sur le bénéfice net qu'il réalise. Les redevances versées par le gérant sont déductibles, dans la mesure où elles ne sont pas excessives. L'administration peut s'opposer à la déduction de la redevance, si elle établit que le bail dissimule en réalité une cession déguisée du fonds de commerce (abus de droit).

B. LA TVA

Le montant des redevances versées par le locataire est soumis à la TVA au taux de droit commun sous réserve de l'application de la franchise en base, lorsqu'une activité de prestation de services génère un chiffre d'affaires annuel inférieur ou égal à 34 000 €.

La taxe est calculée sur le montant total des sommes dues en application des dispositions du contrat de location-gérance, même si elles ne sont pas versées au bailleur du fonds lui-même (exemple de sommes versées par le gérant au propriétaire du local et qui correspondent au loyer du local dans lequel est exploité le fonds, le propriétaire du fonds n'étant pas propriétaire de ce local).

La TVA facturée au locataire sur le montant des redevances doit être déduite par ce locataire du montant de taxe supportée à raison de l'exploitation du fonds.

C. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

Les **baux à durée limitée de fonds de commerce** sont dispensés de la formalité de l'enregistrement. La présentation volontaire à la formalité de l'enregistrement d'un acte constatant un bail à durée limitée donne ouverture au droit fixe de 25 € (art. 739, CGI).

En revanche, les **contrats de location-gérance de fonds de commerce à vie ou à durée illimitée sont assimilés à des ventes** (la cession de fonds de commerce est soumise au droit prévu à l'article 719 du CGI (0 à 5 %)) et doivent être enregistrés dans le mois de leur date de réalisation. À défaut d'acte, ils doivent être déclarés dans le mois de l'entrée en jouissance (art. 635, 1, 4° et 640, CGI).

REMARQUE

L'administration fiscale considère qu'il y a cession déguisée, lorsque le contrat de location-gérance est assorti d'une promesse de vente et que le montant de la redevance est imputé sur le prix de vente.

71. D'abord, le cédant ne doit pas détenir, directement ou indirectement, plus de 50 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de l'entreprise cessionnaire. Ensuite, l'entreprise individuelle cédée ou la société ou le groupement dont les droits ou parts sont cédés emploie moins de 250 salariés et soit a réalisé un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 M € au cours de l'exercice, soit a un total de bilan inférieur à 43 M €. Enfin, le capital ou les droits de vote de la société ou du groupement dont les droits ou parts sont cédés ne sont pas détenus à hauteur de 25 % ou plus par une entreprise ou par plusieurs entreprises ne répondant pas à condition précédente, de manière continue au cours de l'exercice.

III. LE RÉGIME SOCIAL DE LA LOCATION-GÉRANCE

À l'expiration de la location-gérance, les contrats de travail en cours se poursuivent entre le loueur et le personnel (art. L. 1224-1, C. trav.).

SECTION 4. LE CONTRAT OU MANDAT D'INTÉRÊTS COMMUNS

I. UN MANDAT CONCLU DANS L'INTÉRÊT COMMUN DU MANDANT ET DU MANDATAIRE

Le mandant et le mandataire sont dits liés par un « *mandat d'intérêt commun* » lorsque le mandataire est intéressé à la réussite de l'affaire pour laquelle il a été pressenti (ex. : agent commercial, contrat de promotion immobilière) et qu'il échappe à la règle de la libre révocabilité.

L'**intérêt commun** est établi lorsque les deux parties contribuent, par leurs activités réciproques et leur collaboration suivie, à l'obtention et à l'accroissement d'un résultat qui leur est un bien commun (Cass. com., 2 juil. 1979, n° 78-11280), tel l'essor de l'entreprise mandante par création et développement de la clientèle, étant précisé que la participation du mandataire aux risques financiers de l'entreprise commune n'est pas un élément constitutif du mandat d'intérêt commun.

II. LA FIN DU MANDAT

A. LA RÉVOCATION DU MANDAT D'INTÉRÊT COMMUN

Lorsque le mandat a été conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire, il ne peut être révoqué que par le consentement mutuel des parties ou pour une cause reconnue en justice ou encore suivant les clauses et conditions fixées au contrat.

Le mandataire a droit, lorsque le mandat a été révoqué, à une indemnisation intégrale de son préjudice, peu importe que le mandant ait agi sans intention malicieuse. Il doit prouver l'intérêt qu'il avait à la poursuite du mandat.

Le mandant est dispensé de verser une indemnité au mandataire lorsque celui-ci a commis une faute. Dans ce cas, le mandant peut également obtenir la mise à la charge du mandataire d'une obligation de non-concurrence limitée dans le temps et dans l'espace. Le mandant est aussi dispensé du paiement d'une indemnité lorsqu'il justifie une cause légitime de révocation.

Le mandant ne peut échapper au paiement d'une indemnité du seul motif que le contrat ne prévoit pas une telle indemnisation car on ne peut déduire de ce silence la renonciation du mandataire à son droit à indemnité.

B. LA RENONCIATION DU MANDATAIRE

Le mandataire peut renoncer à sa mission à condition de notifier au mandant sa décision. Le mandataire peut être condamné à des dommages-intérêts si, en renonçant à sa mission, il cause un préjudice au mandant (sauf à prouver que la poursuite de la mission lui causerait un préjudice considérable).

C. LE DÉCÈS DES PARTIES

Le mandat prend fin, notamment, par le décès du mandant ou du mandataire (art. 2003, C. civ.). Toutefois, les parties peuvent convenir que le mandat continuera avec les héritiers du prédécédé.

TITRE 2. LA RESTRUCTURATION DE L'ENTREPRISE

CHAPITRE 1. LE RÉGIME JURIDIQUE, FISCAL ET SOCIAL DES OPÉRATIONS DE FUSION DE SOCIÉTÉS

SECTION 1. LE RÉGIME JURIDIQUE DES OPÉRATIONS DE FUSION

I. LES GÉNÉRALITÉS

La fusion est une opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transmettent leur patrimoine soit à une société existante, soit à une société nouvelle qu'elles constituent (art. L. 236-1, C. com.).

Pour qu'une opération de restructuration puisse être qualifiée de fusion, trois éléments caractéristiques doivent être retenus :

- **transmission universelle de patrimoine** : la société absorbante se substitue à la société absorbée dans ses droits et obligations ;

REMARQUE

La transmission universelle du patrimoine suppose la transmission de tous les biens, y compris ceux qui ne figureraient pas, par erreur ou par oubli, dans le traité de fusion. Si tous les contrats sont transmis (y compris les avenants qui y seraient attachés), ne sont pas transmis automatiquement les contrats conclus *intuitu personae*.

Enfin, selon le principe de la personnalité des peines, les amendes pénales et assimilées de la société absorbée ne sont pas transmissibles à l'absorbante.

- **dissolution de la société absorbée** : il s'agit d'une dissolution **sans liquidation** de la société absorbée, c'est-à-dire qu'il n'y a pas lieu de nommer un liquidateur ni de taxer les résultats latents, etc. ;

REMARQUE

L'action en justice initiée par la société absorbée est recevable si sa dissolution n'a pas encore été publiée au RCS au moment de l'assignation (Cass. com., 24 mai 2011, n° 10.19222).

- **échange de droits sociaux** : les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante (ou nouvelle) et se voient attribuer des actions (ou parts sociales) de cette société. Autrement dit, il ne peut y avoir fusion si l'actif net transmis (après déduction du passif pris en charge par la ou les sociétés bénéficiaires) est rémunéré par des biens autres que des actions ou des parts sociales. Toutefois, par dérogation, le versement d'une soulte en espèces ne fait pas perdre à l'opération son caractère de fusion à condition que la **soulte ne dépasse pas 10 %** de la valeur nominale des droits sociaux attribués.

A. LES SOCIÉTÉS CONCERNÉES

Les fusions peuvent être réalisées entre des sociétés de forme différente (art. L. 236-2, al. 1, C. com.). Ainsi, une SARL peut absorber une SNC.

REMARQUE

Une **société dissoute et en cours de liquidation** peut, quelle que soit sa forme juridique, participer à une fusion à condition que, depuis l'ouverture de la liquidation, il n'ait été procédé à aucune répartition d'actif entre les associés ou actionnaires.

Une **société bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou placée en redressement judiciaire** peut être absorbée, ce qui transfère à la société absorbante les obligations résultant du plan mais ne la soumet pas pour autant à une procédure collective.

Les **SAS** (comme les EURL) peuvent participer à des opérations de fusion. Toutefois, en raison de la nature particulière des SAS, si la SAS est absorbée, la décision de fusion doit être prise aux conditions de majorité prévues dans les statuts. Si la SAS est absorbante, la fusion doit être décidée dans la société absorbée par tous les associés ou actionnaires statuant à l'unanimité.

Une société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions relatives aux opérations de fusion (art. L. 236-6-1, C. com.).

B. LA VALIDITÉ DES FUSIONS**1. La validité**

Si la fusion a été faite **pour frauder les droits des créanciers** de la société absorbée, les créanciers lésés pourraient demander que l'opération leur soit déclarée inopposable (art. 1167, C. civ.).

REMARQUE

Contrairement à la nullité, l'inopposabilité ne remet pas en cause la fusion qui produit pleinement ses effets à l'égard de toutes les personnes (actionnaires ou tiers) autres que celles au profit desquelles cette inopposabilité est prononcée.

L'opération de fusion doit être conforme au **droit de la concurrence** et satisfaire aux principes des contrôles des concentrations en France et dans l'UE.

2. Les irrégularités

Les irrégularités commises en matière de fusion peuvent être **sanctionnées par la nullité** de l'opération. Lorsque la nullité n'est pas applicable, les irrégularités constatées peuvent donner lieu à une **action en régularisation** et, le cas échéant, à une **action en dommages et intérêts**.

a. La nullité

La **nullité de l'opération de fusion** ne peut être prononcée que pour deux causes (art. L. 235-8, al. 1, C. com.) :

- **nullité de la délibération** de l'une des assemblées ou, par assimilation, de l'une des décisions collectives qui ont décidé l'opération ;
- défaut de **dépôt de la déclaration de conformité** requise en cas de fusion (art. L. 236-6, al. 3, C. com.) et établie par toutes les sociétés participant à l'opération.

Lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité, le tribunal saisi de l'action en nullité accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation.

L'action en nullité d'une fusion **se prescrit par 6 mois** à compter de la dernière inscription au RCS rendue nécessaire par l'opération (art. L. 235-9, al. 2, C. com.).

La **nullité n'a pas d'effet rétroactif** : les décisions prononçant la nullité sont sans effet sur les obligations, à la charge ou au profit des sociétés bénéficiaires, nées entre la date de prise d'effet de l'opération et celle de la publication de la décision prononçant la nullité (art. L. 235-11, C. com.).

b. L'action de régularisation

Chaque fois qu'il est possible de porter remède à l'irrégularité constatée, le tribunal saisi de l'action en nullité d'une fusion doit accorder aux sociétés intéressées un **délai pour régulariser** la situation (art. L. 235-8, al. 2, C. com.). Dès lors que le vice a été réparé, l'action en nullité n'est plus recevable.

c. L'action en dommages-intérêts

La disparition de la cause de la nullité ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action en dommages et intérêts tendant à la réparation du préjudice causé ; l'action en dommages et intérêts est ouverte pendant **3 ans** à compter du jour où la nullité a été couverte. Les sociétés ayant participé à l'opération sont **solidairement responsables** de l'exécution des obligations mentionnées ci-dessus à la charge de la société absorbante (art. L. 235-13, al. 2, C. com.).

C. LE CALENDRIER DES OPÉRATIONS DE FUSION

Outre la procédure normale (1), deux procédures simplifiées sont prévues (2).

1. La procédure normale

De façon schématique, une opération de fusion se déroule en trois grandes étapes, après négociation entre les sociétés concernées :

a. Première étape : la rédaction du projet de fusion (art. L. 236-6, C. com.)

Le conseil d'administration, le directoire, les gérants des sociétés intéressées, ou les présidents et dirigeants désignés dans les statuts (cas d'une SAS) doivent arrêter un projet de fusion.

Le comité d'entreprise de chacune des entreprises intéressées doit être consulté sur la fusion envisagée (art. L. 2323-19, C. trav. Le comité d'entreprise européen doit, le cas échéant, être également consulté). Ce comité émet un avis motivé sur ledit projet.

Ce projet de fusion est mis à la disposition des actionnaires au siège social en vue de la tenue des AGE.

Il contient les mentions suivantes (art. R. 236-1, C. com.) :

- la forme, la dénomination et le siège social de toutes les sociétés participantes ;
- les motifs, buts et conditions de la fusion ;
- la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;
- les modalités de remise des parts ou actions et la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéfices (ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit) ;
- les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération ;
- le rapport d'échange des droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte ;
- le montant prévu de la prime de fusion ;
- les droits accordés aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que, le cas échéant, tous avantages particuliers.

Le projet de fusion est rédigé par acte sous seing privé. L'acte notarié s'imposera si la fusion entraîne l'apport d'un patrimoine immobilier.

Une fois établi et signé, le projet de fusion sera déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social de chacune des sociétés. Ledit projet fera l'objet d'une publicité dans un JAL du département de leur siège social par chacune des sociétés participant à l'opération (art. R. 236-2,

et s., C. com.)⁷². Cet avis contient notamment, en sus des informations relatives à la société, le rapport d'échange des droits sociaux et le montant de la prime de fusion (ou de scission).

b. Deuxième étape : la préparation des rapports en vue d'une décision de l'AGE

► La désignation d'un commissaire à la fusion (art. L. 236-10, C. com.)

Un ou plusieurs commissaires à la fusion doivent être désignés par le président du Tribunal de commerce, sur requête des dirigeants des sociétés concernées, lorsque la fusion concerne des sociétés par actions ou des SARL.

REMARQUE

La désignation d'un commissaire à la fusion n'est pas systématique : la décision de ne pas désigner un commissaire est prise à l'unanimité par les actionnaires de toutes les sociétés participantes.

Si les deux sociétés ont formulé une requête commune pour la désignation des commissaires à la fusion, un seul rapport sera établi. À défaut, chaque commissaire désigné pour chacune des sociétés établira son rapport.

Ces commissaires établissent, sous leur responsabilité, un rapport écrit sur les modalités de la fusion. Le commissaire à la fusion vérifie que les valeurs attribuées aux actions et aux parts des sociétés qui participent à l'opération de fusion sont pertinentes et que le rapport d'échange des droits sociaux est équitable. Lorsque l'opération de fusion comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, le commissaire à la fusion établit le rapport d'appréciation de la valeur des apports en nature et des avantages particuliers.

► Le rapport du conseil d'administration (ou du directoire)

Le conseil d'administration (ou le directoire) de chacune des sociétés par actions participant à l'opération établit un rapport écrit mis à la disposition des associés (art. L. 236-9, al. 4, C. com.). Le rapport explique et justifie le projet de manière détaillée, du point de vue juridique et économique.

► L'information des actionnaires (art. L. 236-9, C. com.)

Toute société par actions participant à une opération de fusion doit mettre à la disposition de ses actionnaires, au siège social, un mois au moins avant la date de l'AGE appelée à se prononcer sur le projet, les documents suivants :

- le projet de fusion ;
- les rapports des dirigeants et des commissaires à la fusion ;
- les comptes annuels approuvés par les AG ainsi que les rapports de gestion des 3 derniers exercices des sociétés participant à l'opération ;
- un état comptable établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel⁷³.

REMARQUE

Il peut ne pas être procédé à cette information sur décision unanime des actionnaires. En revanche, les actionnaires sont informés, avant la date de l'AGE statuant sur la fusion, de toute modification importante de leur actif et de leur passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date de la réunion de l'AGE.

72. Si les titres de l'une au moins des sociétés concernées par la fusion sont échangés sur un marché réglementé, ou si toutes les actions de l'une de ces sociétés, au moins, ne revêtent pas la forme nominative, un avis doit aussi être publié au Balo.

73. Cet état comptable est arrêté à une date qui, si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la clôture est antérieure de plus de 6 mois à la date du projet de fusion, doit être antérieure de moins de 3 mois à la date de ce projet.

c. Troisième étape : l'approbation du projet de fusion

Les opérations sont décidées par chacune des sociétés intéressées dans les conditions requises pour la modification de ses statuts (art. L. 236-2, al. 2, C. com.).

Elles doivent être approuvées dans les mêmes termes par les assemblées des sociétés concernées. En conséquence, si une des assemblées, par exemple celle de la société absorbée, modifie le projet de fusion, il est nécessaire que la société absorbante approuve le projet ainsi modifié.

Si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements des associés (ou actionnaires) d'une ou des sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité de ces associés ou actionnaires (art. L. 236-5, C. com.). Tel pourrait être le cas de l'absorption d'une SA par une SNC, dès lors que la responsabilité des associés de la société absorbée deviendrait indéfinie et solidaire du fait de la forme juridique de la société absorbante.

2. Les fusions simplifiées

Les opérations de fusion réalisées uniquement entre SA peuvent bénéficier de procédures simplifiées.

a. La fusion-absorption d'une filiale à 100 %⁷⁴ (art. L. 236-11, C. com.)

Dans ce cas, les sociétés ne sont pas tenues de respecter les obligations suivantes :

- intervention d'un commissaire à la fusion ;
- approbation de la fusion par l'AGE de la société absorbée ;
- approbation de la fusion par l'AGE de la société absorbante (toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital peut/peuvent demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'AGE de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion) ;
- établissement d'un rapport sur la fusion par le conseil d'administration, le directoire, les gérants, ou le président ou les dirigeants désignés pour effectuer cet acte dans les statuts.

b. La fusion d'une filiale dans laquelle la société absorbante détient au moins 90 % des droits de vote (art. L. 236-11-1, C. com.)

Si ce taux de détention est maintenu depuis le dépôt au greffe du projet de fusion jusqu'à la réalisation de l'opération, les sociétés ne sont pas tenues de respecter les obligations suivantes :

- approbation de la fusion par l'AGE de la société absorbante (toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital peut/peuvent demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'AGE de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion) ;
- établissement des rapports établis en vue d'être mis à la disposition des actionnaires et des rapports établis par les commissaires à la fusion, lorsque les actionnaires minoritaires de la société absorbée se sont vu proposer, préalablement à la fusion, le rachat de leurs titres par la société absorbante à un prix correspondant à la valeur de celui-ci.

II. LES EFFETS DE LA FUSION

A. LA DATE D'EFFET

La date d'effet de la fusion diffère selon qu'il s'agit d'une fusion par création de société nouvelle ou d'une fusion-absorption :

- **en cas de création d'une ou de plusieurs sociétés nouvelles**, la fusion prend effet à la date d'immatriculation au RCS de cette ou ces sociétés ;

74. Ce taux de détention doit être en permanence depuis le dépôt au greffe du tribunal du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération.

- **dans le cas où l'opération de fusion concerne uniquement des sociétés existantes**, la fusion prendra effet à la date de la dernière AG ou décision ayant approuvé l'opération. Cependant, le contrat de fusion peut prévoir que l'opération prend effet à une autre date. Cette date contractuelle ne doit être :
 - ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires (hypothèse d'un **effet différé**),
 - ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés absorbées ou qui transmettent leur patrimoine (hypothèse d'un **effet rétroactif**).

La réalisation d'une fusion entraîne l'accomplissement de formalités complexes qui peuvent s'étendre dans le temps, depuis le projet de fusion à la dernière décision collective des assemblées approuvant l'opération. Cependant, pendant cette « **période intercalaire** », la société appelée à disparaître poursuit ses activités, ce qui modifie la consistance de son actif et de son passif. La situation de la société n'est donc plus la même qu'au jour de l'arrêté du bilan de fusion.

Le patrimoine des sociétés absorbées est transmis aux sociétés bénéficiaires « *dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération* », quelle que soit la date à laquelle les biens apportés ont été évalués (art. L. 236-3, C. com.). Aussi, sauf décision contraire des associés ou des assemblées appelées à statuer sur l'opération, les parités d'échange des droits sociaux fixées dans le projet de fusion demeurent inchangés même si les actifs nets des sociétés en cause ont varié pendant la période intercalaire.

REMARQUE

Lorsque la valeur des apports à la date d'effet de l'opération risque de devenir, du fait d'une perte intercalaire, supérieure à la valeur réelle globale de la société à la date de réalisation de l'opération, une **provision pour perte de rétroactivité** doit être constatée au passif pris en charge dans le traité d'apport, réduisant d'autant le montant des apports pour répondre à l'obligation de libération du capital. La société absorbante l'inscrit dans un sous-compte de la prime de fusion et non en provision pour risques et charges puisqu'elle ne doit pas reprendre en résultat une provision qui n'a jamais été dotée comptablement.

B. LES EFFETS

1. Les effets à l'égard des personnes intérieures de la société

a. Les effets à l'égard des dirigeants

La fusion-absorption entraînera la fin des mandats des dirigeants de la société absorbée, celle-ci disparaissant.

Du côté de la société absorbante, le nombre d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance peut, pendant un délai de 3 ans à compter de la date de la fusion, dépasser le nombre de 18 sans pouvoir être supérieur à 24.

b. Les effets à l'égard des associés

Les associés de la société absorbée deviennent associés ou actionnaires de la société absorbante.

2. Les effets à l'égard des tiers

a. Les créanciers non obligataires

La société absorbante est débitrice des **créanciers non obligataires** de la société absorbée en lieu et place de celle-ci (art. L. 236-14, C. com.), sans que cette substitution emporte novation⁷⁵

75. La novation est la convention par laquelle une obligation est éteinte et remplacée par une obligation nouvelle (*Lexique des termes juridiques*, 13^e éd. Dalloz).

à leur égard. La créance est reprise sans modification concernant, notamment, les garanties dont elle est assortie, les modalités de remboursement, le taux d'intérêt convenu...

Les créanciers non obligataires de toutes les sociétés qui participent à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion bénéficient d'un **droit d'opposition**. L'opposition au projet de fusion s'effectue par déclaration au greffe du Tribunal de commerce de la société débitrice dans le délai de **30 jours** à compter de la dernière insertion du projet de fusion dans un JAL prescrites.

Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes. À défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier. Mais **l'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de fusion**.

b. Les créanciers obligataires

➡ **Les obligataires de la société absorbée**

Si l'AG des obligataires de la société absorbée n'a pas approuvé le projet de fusion ou si elle n'a pu valablement délibéré faute de la réunion du quorum requis, les dirigeants de la société débitrice peuvent passer outre. Les obligataires conservent leur qualité dans la société absorbante.

L'AG des obligataires peut donner mandat aux représentants de la masse de former opposition à l'opération dans les mêmes conditions que les créanciers non obligataires (art. L. 228-73, C. com.).

REMARQUE

Lorsque la société appelée à émettre les titres de capital est absorbée par une autre société (ou fusionne avec une ou plusieurs autres sociétés pour en former une nouvelle), les titulaires de **valeurs mobilières donnant accès au capital** exercent leurs droits dans la ou les sociétés bénéficiaires des apports ; sauf disposition contraire du contrat d'émission, l'assemblée générale des obligataires n'a pas à délibérer (art. L. 228-101, al. 1, C. com.).

➡ **Les obligataires de la société absorbante**

Il n'est pas nécessaire de soumettre le projet de fusion aux assemblées d'obligataires de la société absorbante.

Toutefois, les représentants de la masse, sur mandat de l'AG des obligataires, peuvent former opposition à la fusion dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que peuvent le faire les créanciers ordinaires (art. L. 236-15, C. com.).

c. Les effets à l'égard des baux commerciaux

En cas de fusion, la société issue de la fusion est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations résultant de ce bail (art. L. 145-16, al. 2, C. com.).

3. La création d'une société nouvelle

Lorsqu'une société nouvelle est spécialement créée pour recevoir les apports-fusions de deux ou plusieurs sociétés existantes, cette société nouvelle doit être constituée selon les règles propres à la forme de la société adoptée (art. L. 236-2, al. 3, C. com.).

S'il s'agit d'une SARL, la constitution de la société résultera d'un acte signé par les représentants des sociétés fusionnées. Les statuts ne pourront être signés qu'au vu du rapport d'un commissaire aux apports.

S'il s'agit d'une SA, par dérogation au principe de la nomination obligatoire de sept actionnaires minimum, la SA créée par fusion peut être constituée sans autre apport que ceux effectués par les sociétés procédant à la fusion (art. L. 236-12, C. com.). Par ailleurs, le projet de statut de la société

nouvelle doit être approuvée par décision collective des associés ou par l'AGE de chacune des sociétés qui disparaissent et il n'est pas nécessaire de réunir les associés ou actionnaires de ces sociétés en AG de la société nouvelle pour approuver l'opération (art. L. 236-12, al. 2, C. com.).

III. LES PARTICIPATIONS ENTRE SOCIÉTÉS

A. LA PARTICIPATION DE LA SOCIÉTÉ ABSORBANTE DANS LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE

Dans le cas d'une participation de la société absorbante dans la société absorbée, la société absorbante a une double qualité : elle reçoit le patrimoine de la société absorbée, patrimoine qu'elle doit rémunérer par une attribution de parts ou d'actions nouvelles ; mais, d'autre part, elle doit recevoir une fraction des parts nouvelles qu'elle doit émettre puisqu'elle est membre de la société absorbée.

Or, l'attribution à une société de ses propres parts ou actions en échange de sa participation dans la société absorbée est interdite (art. L. 236-3, II, C. com.). Pour respecter cette règle, deux solutions sont possibles : la fusion-renonciation et la fusion-allotissement.

1. La fusion-renonciation

Dans la fusion-renonciation, la société fusionnante se limite à émettre des actions pour les actionnaires de la société absorbée autres qu'elle-même. Ainsi, elle ne recevra pas d'actions d'elle-même. C'est le procédé le plus usuel en matière de fusion.

Par ailleurs, chaque fois que la participation que détient la société absorbante dans la société absorbée a une valeur comptable inférieure à la valeur d'apport de la fraction de l'actif net de la société absorbée correspondant aux droits de la société absorbante, la différence constitue une prime de fusion complémentaire de celle déjà constatée à raison des parts ou actions nouvelles.

EXEMPLE

Soit la société Alpha au capital de 2 400 000 € divisé en 240 000 actions de 10 € dont la valeur estimée est de 18 €. Dans le portefeuille de la société Alpha figurent 30 000 actions de la société Bêta achetées pour 330 000 € (soit 11 € par action).

La société Bêta a un capital de 1 200 000 €, divisé en 120 000 actions de 10 € ayant, par hypothèse, une valeur estimée de 12 €.

Une fusion entre les deux sociétés est envisagée, la société Alpha absorbant la société Bêta qui lui transmettrait un actif net de 1 440 000 €.

Le rapport d'échange s'établit de la manière suivante :

Valeur action Alpha/valeur action Bêta = $18/12 = 3/2$ d'où une parité de 2 actions Alpha pour 3 actions Bêta.

La société Alpha devrait donc créer 80 000 actions nouvelles ($120\,000 \times 2/3$) dont 20 000 resteraient sa propriété puisqu'elle détient le quart des actions Bêta ($30\,000/120\,000$).

Pour éviter ce résultat, la société Alpha déclarera dans l'acte de fusion « *renoncer* » à sa fraction de l'augmentation du capital ($20\,000 \times 10\,€ = 200\,000\,€$) qui correspond à ses propres droits ($1/4$) dans l'apport de la société Bêta.

La société Alpha limitera donc son émission à 60 000 actions nouvelles attribuées aux actionnaires de la société Bêta autres qu'elle-même à raison de 2 actions Alpha pour 3 actions Bêta, d'où :

- une augmentation de capital de 600 000 € ($60\,000 \times 10\,€$, valeur nominale de l'action Alpha) ;
- une prime de fusion de 480 000 € ($60\,000 \times 8\,€$, différence entre la valeur estimée et la valeur nominale du titre Alpha).

Concernant la valeur de l'actif transféré par Bêta qui correspond à la participation de société Alpha, soit 360 000 € ($1\,440\,000 \times 1/4$), elle aura pour contrepartie dans les écritures comptables de la société Alpha :

- d'une part, l'annulation de sa participation dans la société Bêta, soit 330 000 € ;
- d'autre part, une prime de fusion complémentaire de 30 000 €.

2. La fusion-allotissement

Dans la fusion-allotissement, la part représentant les droits sociaux de l'absorbante dans l'absorbée ne donne pas droit non plus à émission de droits sociaux. Une partie du patrimoine de l'absorbée – correspondant aux droits de l'absorbante – est donnée en partage à l'absorbante. La fusion-allotissement s'analyse juridiquement comme une **liquidation partielle suivie d'une fusion**.

EXEMPLE

En reprenant l'exemple précédent, la société reçoit toujours un actif net d'une valeur de 1 440 000 € et elle limite son augmentation de capital à 600 000 € (60 000 actions nouvelles de 10 €).

Mais cette fois, l'annulation de la participation de 330 000 € détenue par la société Alpha dans la société Bêta est réputée faite antérieurement à la fusion proprement dite, en raison de l'attribution en partage à la société Alpha de la fraction de l'actif de la société Bêta correspondant à ses droits, soit : $1\,440\,000 \times 1/4 = 360\,000$ €.

Le profit en découlant (30 000 €) n'a donc plus à proprement parler le caractère d'une prime de fusion. Seule a encore ce caractère la différence (480 000 €) entre l'apport-fusion véritable ($1\,440\,000 \times 3/4 = 1\,080\,000$ €) et l'augmentation de capital (600 000 €).

B. LA PARTICIPATION DE LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE DANS LA SOCIÉTÉ ABSORBANTE

Dans ce cas, la société absorbante va trouver ses propres parts ou actions dans le patrimoine qui lui est transmis par la société absorbée.

Si la société absorbante est une société par actions, elle peut conserver ces actions en portefeuille à condition que, compte tenu des autres actions « *propres* » qu'elle détiendrait déjà (d'une précédente fusion ou encore en vue d'une attribution aux salariés), elle ne possède pas plus de 10 % de son capital. Dans le cas contraire, elle est tenue de céder les actions excédentaires dans le délai de 2 ans à compter de leur acquisition (date de la réalisation définitive de la fusion) ou de les annuler après ce délai.

Mais il s'agit d'une **faculté**. Les actionnaires de la société absorbante peuvent ne trouver aucun intérêt à ce que leur société détienne ses propres actions (surtout si la société n'est pas cotée). Ils sont alors conduits à prendre des mesures particulières comme le font les sociétés autres que les sociétés par actions qui, elles, sont obligées de régulariser leur situation pour ne pas détenir leurs propres actions.

L'entreprise peut décider de distribuer entre les associés les actions ou parts qu'elle détient dans la société absorbante ou bien la société absorbée transmet tous ses éléments actifs et passifs (y compris les actions ou parts détenues dans la société absorbante). En représentation de ce transfert, la société augmente son capital dans les conditions habituelles, puis le réduit d'un montant égal à la valeur nominale de ses propres actions ou parts qui lui ont été transférées et qui se trouvent de ce fait annulées ; la différence entre la valeur nominale des titres annulés et leur valeur d'apport constitue la prime de fusion.

EXEMPLE

Soit la société Delta au capital de 3 000 000 € divisé en 300 000 actions de 10 € dont la valeur réelle est de 16 € et une société Epsilon au capital de 2 000 000 € divisé en 100 000 actions de 20 € valant 32 €. Dans le portefeuille de la société Epsilon, figurent 40 000 actions de la société Delta.

La société Delta doit absorber la société Epsilon. L'actif net (après déduction du passif) de la société Epsilon a été estimé à 3 200 000 €, sachant que sont comprises les sommes de 40 000 € des actions de la société Delta à 16 € l'une, soit à 640 000 €.

Le rapport d'échange s'établit comme suit :

Action Delta/Actions Epsilon = $16/32 = 1/2$, soit deux actions Delta pour une action Epsilon.

La société Delta va donc créer 200 000 actions nouvelles ($100\,000 \times 2/1$) qui seront attribuées aux actionnaires de la société Epsilon à raison de 2 actions Delta pour 1 action Epsilon, d'où :

- une augmentation de capital de 2 000 000 € ($200\,000 \times 10$) ;
- une prime de fusion de 1 200 000 € [$200\,000 \times (16 - 10)$].

Mais comme la société Delta ne souhaite pas détenir ses propres actions, elle doit supprimer de son actif les 40 000 actions Delta qui lui ont été apportées et qui sont évaluées à 640 000 €.

Pour cela, la société Delta réduit immédiatement son capital de 400 000 € ($40\,000 \times 10$) et impute sur la prime de fusion la différence entre la valeur d'apport et la valeur nominale des actions annulées, soit 240 000 € ($40\,000 \times 6$).

En définitive, le capital social est seulement augmenté de 1 600 000 € ($2\,000\,000 - 400\,000$) avec une prime de fusion de 960 000 € ($1\,200\,000 - 240\,000$).

C. LES PARTICIPATIONS RÉCIPROQUES

Sauf recours au régime de faveur de l'article L. 225-213 permettant aux sociétés par actions de conserver momentanément leurs propres actions, dans le cas où les sociétés absorbée et absorbante détiennent des participations réciproques, on applique cumulativement, le plus souvent, une **fusion-renonciation et une réduction de capital** pour éviter que la société absorbante ne devienne propriétaire de ses propres actions ou parts.

EXEMPLE

Soit une société Gamma au capital de 4 000 000 € divisé en 400 000 actions de 10 € chacune. Dans le portefeuille de la société Gamma figurent 10 000 actions de 20 € d'une société Zeta achetées 230 000 € (soit 23 € par action).

La société Zeta a un capital de 3 000 000 € divisé en 150 000 actions de 20 €. Cette société Zeta détient 5 000 actions de la société Gamma.

La société Gamma doit absorber la société Zeta.

Par hypothèse, l'actif net de la société Gamma, après déduction du passif réel mais sans tenir compte de la valeur de sa participation dans la société Zeta, a été estimé à 5 320 000 €. Par ailleurs, l'actif net de la société Zeta, après déduction du passif réel mais sans tenir compte de la valeur de sa participation dans la société Gamma, a été estimé à 4 130 000 €.

En désignant par « *a* » la valeur unitaire des actions de la société Gamma et par « *b* » celle des actions de la société Zeta, l'actif net de chacune des sociétés, après réévaluation de sa participation dans l'autre, s'établit à :

- société Gamma : $5\,320\,000 + 10\,000 b = 400\,000 a$;
- société Zeta : $4\,130\,000 + 5\,000 a = 150\,000 b$.

Ce qui donne les valeurs suivantes : $a = 14$ € et $b = 28$ €.

L'actif net de chaque société ressort donc à :

- société Gamma : $5\,320\,000 + (10\,000 \times 28) = 5\,600\,000$ € ;
- société Zeta : $4\,130\,000 + (5\,000 \times 14) = 4\,200\,000$ €.

Le rapport d'échange s'établit comme suit :

- action Gamma/action Zeta = $14/28 = 1/2$;
- soit 2 actions Gamma pour 1 action Zeta.

La société Gamma devrait donc créer 300 000 actions nouvelles au titre de la fusion ($150\,000 \times 2$) dont 20 000 devraient lui revenir puisqu'elle détient 10 000 actions de la société Zeta. La société Gamma va renoncer à ces 20 000 actions et se bornera à créer 280 000 actions nouvelles qui seront attribuées aux actionnaires de la société Zeta autres qu'elle-même, d'où :

- une augmentation de capital de 2 800 000 € ($280\,000 \times 10$ €, valeur nominale de l'action Gamma) ;
- une prime de fusion de 1 120 000 € ($280\,000 \times 4$ €, différence entre le prix d'émission et valeur nominale de l'action Gamma) ;
- annulation de la participation de la société Gamma dans la société Zeta, soit 230 000 € ;
- un boni de fusion de 50 000 € [$(10\,000 \times 28) - 230\,000$]

Mais la société Gamma va trouver dans l'actif apporté par la société Zeta 5 000 de ses propres actions, évaluées 70 000 € ($5\,000 \times 14$ €), qu'elle doit annuler.

Elle va donc réduire son capital de 50 000 € ($5\,000 \times 10$ €, valeur nominale de l'action Gamma) et imputer la différence entre la valeur d'apport (70 000 €) et la valeur nominale (50 000 €) des actions annulées, soit 20 000 € sur la prime de fusion.

En définitive, le capital social sera augmenté de 2 750 000 € ($2\,800\,000 - 50\,000$), une prime de fusion de 1 100 000 € ($1\,120\,000 - 20\,000$) et un boni de fusion de 50 000 €.

D. LES ACTIONS PROPRES

Lorsque la société absorbée détient une partie de ses propres actions, par exemple en vue d'une attribution à ses salariés ou, s'il s'agit d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, dans le cadre d'un programme de rachat de ses propres titres, ces actions ne peuvent pas être échangées contre des actions ou parts de la société absorbante (art. L. 236-3, II, C. com.).

E. LA NÉGOCIATION DES ROMPUS

Il est très rare que le rapport d'échange des titres à l'occasion d'une fusion permette d'attribuer un nombre entier d'actions ou parts nouvelles pour chaque action ou part ancienne. Le plus souvent, il faut détenir plusieurs actions ou parts pour prétendre à un nombre entier de droits sociaux nouveaux : par exemple, le rapport d'échange peut être de 1 action ou part nouvelle pour 2 actions ou parts anciennes, ou de 2 pour 3, ou de 3 pour 5, etc. Il en résulte, pour les associés qui ne possèdent pas le nombre de titres prescrit pour obtenir les actions ou parts nouvelles (ou un multiple de ce nombre), l'obligation d'acheter ou de céder les droits formant rompus. La valeur mathématique de chaque droit est égale à la fraction de la valeur de l'action ou de la part à laquelle le droit donne vocation.

SECTION 2. LE RÉGIME FISCAL DES OPÉRATIONS DE FUSION

Afin de faciliter les restructurations d'entreprises, les opérations de fusion peuvent bénéficier, sous certaines conditions, d'un régime fiscal particulier qui concerne l'IS (I) et les droits d'enregistrement (II).

REMARQUES

Remarque n° 1 : Ce régime s'applique également aux **scissions**, aux **apports partiels d'actif** et aux **dissolution-confusion**.

Remarque n° 2 : Date d'effet des fusions

Lorsque le traité de fusion comporte expressément une clause de rétroactivité, cette obligation contractuelle s'impose aux parties comme à l'administration fiscale en matière d'IS, dès lors que le fait générateur de l'imposition des résultats des exercices en cours n'est pas intervenu (date de clôture de l'exercice ou à défaut le 31 décembre).

Lorsqu'une clause du contrat de fusion fixe un effet rétroactif à l'opération (par exemple, condition concernant la société absorbée, effet rétroactif fixé au premier jour de l'exercice en cours), les résultats réalisés par la société absorbée pendant la période fixée sont englobés dans les résultats de la société absorbante. Cependant, il ne faut pas que l'exercice de la société absorbante ait été ouvert, pour la même période, à une date postérieure à celle de la prise d'effet de la fusion (CE, 26 mai 1993, n° 78156 et 78157). Un exemple : fusion décidée le 1^{er} septembre 2009, avec effet fixé au 1^{er} janvier 2009. La société absorbante doit inclure dans ses résultats déclarés au titre de l'année 2009 les résultats générés par l'activité de la société absorbée depuis le 1^{er} janvier 2009. L'exercice de la société absorbante doit avoir débuté à la même date. Ainsi, la société absorbante peut, notamment, déduire, au titre de l'exercice au cours duquel le traité de fusion est conclu, les amortissements calculés à partir de la valeur d'apport des biens transmis à compter de la date d'effet de l'opération d'apport.

Exemples

La cession de titres par la société absorbée n'étant devenue parfaite que postérieurement à la période de rétroactivité prévue, à la suite de la réalisation de la condition suspensive de vente, le montant de la plus-value afférente à cette cession doit être rattaché aux résultats de la société absorbante (CE, 26 janv. 2011, n° 312470).

Une clause de rétroactivité peut produire des effets même antérieurement à la date d'immatriculation de la société nouvellement créée dans le cadre de l'opération (CE, 29 juin 2011, n° 317212). En l'espèce, la société nouvelle avait été créée le 9 novembre, immatriculée au RCS le 21 novembre, l'apport partiel d'actif décidé par acte du 25 novembre, la convention approuvée le 28 décembre prévoyait que l'opération reprendrait rétroactivement toutes les opérations de l'exploitation transmise du 30 juin jusqu'au jour de la réalisation définitive de l'opération. Pour le Conseil d'État, il y a lieu de prendre en compte, pour la détermination des résultats imposables à l'IS d'une société nouvelle créée par l'opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, l'effet rétroactif que les parties ont entendu attacher à la convention, de sorte que pouvaient être rattachées aux résultats du premier exercice de la société nouvelle les opérations de l'exploitation transmise réalisées entre le 1^{er} juillet et la date de réalisation définitive de l'apport.

Remarque n° 3 : Valorisation des apports

a. La présentation du dispositif

Que ce soit dans une opération de fusion ou bien dans une opération d'apport, il convient de bien distinguer :

- la valeur financière des actifs (titres, etc.) qui est retenue pour la détermination de la parité d'échange ;
- et la valeur comptable à laquelle les actifs sont transmis juridiquement à la société absorbante.

Il faut également distinguer :

- la valeur d'échange qui n'a d'intérêt que pour mesurer la parité d'échange des titres entre l'absorbée et l'absorbante et qui n'a pas d'impact fiscal ;
- et la valeur d'apport qui représente la valeur comptable pour laquelle les biens sont transmis de l'absorbée à l'absorbante.

Ceci étant, la détermination de la valeur d'apport dépasse largement le seul cadre de l'enregistrement comptable mais s'étend également à la question de l'information comptable et à la présentation des états financiers sans oublier une dimension fiscale importante. En effet, la détermination de la valeur d'apport servira de base pour le calcul des éventuelles plus-values de fusion.

Cette méthode est encore utilisée dans les fusions intéressant les sociétés dont la comparaison ne peut se faire que sur la base des actifs nets, notamment pour la valorisation de sociétés de portefeuille ou de sociétés immobilières.

Les entreprises recourent de préférence à une analyse économique de la fusion en déterminant aussi exactement que possible la valeur économique des entreprises en cause :

utilisation de critères tels que volume de production, rentabilité, cours de bourse, perspectives d'avenir, etc. Dans cette conception, ce n'est pas tant l'évaluation de l'actif net de la société absorbée ou scindée qui importe que la comparaison du « poids » respectif des sociétés intéressées. Cette comparaison donne un rapport objectif d'échange des titres des sociétés fusionnantes. Cependant, ce n'est pas nécessairement ce rapport qui sera en définitive retenu comme base de la fusion. Chaque partie a, en effet, une optique propre de l'opération qui l'amène à corriger à la baisse ou à la hausse le résultat des évaluations. C'est seulement après ces ultimes négociations que le rapport d'échange se trouve définitivement fixé.

b. Le sens de la fusion et la valorisation des apports

Par ailleurs, l'Autorité des normes comptables impose, dans l'hypothèse où la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport contrôlée par d'autres sociétés, a son siège en France, que les biens apportés soient évalués à leur valeur comptable dans les situations suivantes, appréciées au moment de l'opération :

- opérations impliquant des sociétés sous contrôle commun, ce qui est le cas lorsque l'une des sociétés participant à l'opération de contrôle préalablement à l'autre ou lorsque les deux sociétés sont préalablement sous le contrôle d'une même société mère, quel que soit le sens dans lequel les opérations sont réalisées ;
- opérations impliquant des sociétés sous contrôle distinct, ce qui est le cas lorsqu'aucune des sociétés participant à l'opération ne contrôle préalablement l'autre et que ces sociétés ne sont pas préalablement sous le contrôle d'une même société mère, dans l'hypothèse où ces opérations sont réalisées à l'envers.

Une fusion est **réalisée à l'envers** lorsqu'après la fusion, l'actionnaire principal de l'absorbée prend le contrôle de l'absorbante, la cible (définie comme la société ou la branche d'activité qui, d'un point de vue économique, passe sous le contrôle de la société initiatrice ou dont le contrôle est renforcé) est la société absorbante et l'initiatrice (société qui, d'un point de vue économique, prend l'initiative des opérations et prend le contrôle du capital d'une autre société ou renforce son contrôle sur celui-ci, ou d'une branche d'activité apportée par une autre société) est la société absorbée ou sa société mère. Un apport est également réalisé à l'envers lorsqu'après l'apport, la société apporteuse prend le contrôle de la société bénéficiaire des apports, ou renforce son contrôle sur celle-ci, la cible est la société bénéficiaire des apports et l'initiatrice est la société apporteuse ou sa société mère.

- Pour les **opérations sous contrôle commun**, les fusions doivent être effectuées sur la base des valeurs comptables.
- Pour les **fusions sous contrôle distinct**, les fusions doivent être effectuées sur la base des valeurs réelles sauf dans l'hypothèse où la fusion serait faite à l'envers.

À une situation donnée correspond une méthode de valorisation des apports. Le CNC met ainsi un coup d'arrêt à l'option entre valeur réelle et valeur comptable pour des considérations de nature fiscale.

Notion de contrôle et valorisation des apports

	Opérations impliquant des entités sous contrôle...	
	... commun	... distinct
Opérations à l'endroit	Valeur comptable	Valeur réelle
Opérations à l'envers	Valeur comptable	Valeur comptable

I. L'IMPOSITION DES BÉNÉFICES

Il convient d'étudier d'une part l'imposition des sociétés concernées (A) et d'autre part l'imposition des associés (B).

A. L'IMPOSITION DES SOCIÉTÉS CONCERNÉES

Il convient d'étudier dans un premier temps le régime fiscal de droit commun (1), puis le régime fiscal de faveur **optionnel** (art. 210-0 A, CGI) (2).

1. La fusion placée sous le régime fiscal de droit commun

La fusion, qui n'a pas été placée sous le régime spécial de faveur, entraîne pour la société qui disparaît les conséquences fiscales d'une **cessation d'entreprise**⁷⁶. Elle donne lieu à l'imposition immédiate :

- des bénéfices de la période écoulée entre la clôture du dernier exercice et le jour où la fusion devient effective ;
- des bénéfices des exercices antérieurs dont l'imposition a été différée (provisions, subventions...) ;
- des plus-values générées par le transfert de propriété (ou réalisation) des éléments d'actif.

En cas d'application du régime de droit commun, la société absorbante se trouve dans la même situation fiscale que si elle avait reçu un apport ordinaire : **elle n'a pas d'engagement particulier à prendre ou à respecter**. Ainsi, les plus-values ultérieures, dégagées sur la cession des éléments non amortissables apportés, seront calculées d'après la valeur réelle de ces éléments à la date de l'apport (et non pas par rapport à la « *valeur fiscale* » que ces biens avaient chez la société absorbée).

S'agissant des **déficits** :

- **concernant la société absorbée**, les déficits fiscaux et les moins-values nettes à long terme encore reportables subis avant la fusion ne peuvent être transmis à la société absorbante ;
- **concernant la société absorbante**, ses propres déficits sont reportables, sauf changement d'activité.

2. La fusion placée sous le régime fiscal de faveur des fusions

a. Les conditions d'application du régime fiscal de faveur des fusions

■ La définition fiscale d'une fusion

Le régime fiscal de faveur s'applique lorsque l'opération répond à la définition fiscale d'une fusion. Sont considérées comme des opérations de fusion les opérations par lesquelles une ou plusieurs sociétés absorbées transmettent l'ensemble de leur patrimoine à une autre société dite « *absorbante* » (société préexistante ou nouvelle créée pour les besoins de cette opération), moyennant l'attribution à leurs associés de titres de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte en numéraire (qui ne doit pas dépasser 10 % de la valeur nominale des titres ainsi attribués).

■ Les sociétés concernées

L'option du régime de faveur est réservée aux opérations auxquelles participent exclusivement des personnes morales passibles de l'IS, quelle que soit leur forme juridique.

Le bénéfice de ce régime est réservé aux opérations réalisées par (art. 210-0 A, CGI) :

- des sociétés ayant leur siège social en France ;
- des sociétés de deux ou de plusieurs États membres de l'UE ;
- des sociétés d'États ou territoires ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

76. Le délai dans lequel la société absorbée doit souscrire la déclaration de cessation d'entreprise est ramené de 60 à 45 jours (loi, 22 mars 2012). En revanche, le délai de 60 jours accordé pour souscrire la déclaration de résultats n'est pas modifié.

Pour bénéficier de ce régime, les apports faits à des personnes morales étrangères par des personnes morales françaises doivent être préalablement agréés (art. 210 C, 2 et 210 B, 3, CGI). Pour obtenir l'agrément, il faut notamment démontrer les motifs économiques de l'opération.

➡ **La rémunération des apports**

Seuls les apports rémunérés par des actions ou des parts sociales peuvent bénéficier du régime de faveur des fusions.

Les titres de la société absorbante attribués aux associés de la société absorbée peuvent provenir :

- soit d'une augmentation de capital de la société absorbante ;
- soit de la distribution d'actions auto détenues par la société absorbante.

Ces titres doivent être représentatifs du capital social de la société absorbante. Le régime ne s'applique donc pas, notamment, en cas de remise de titres représentatifs d'une créance, d'obligations convertibles, etc.

REMARQUE

Parité d'échange

La rémunération d'une fusion est déterminée par la parité d'échange calculée sur la base de la valeur réelle des apports. Une valeur globale est déterminée pour chaque société, combinant différents critères de valorisation. La valeur globale est ensuite divisée par le nombre d'actions ou de parts qui composent le capital afin de fixer une valeur unitaire pour chaque titre. On obtient une parité théorique d'échange des titres en rapprochant les valeurs unitaires ainsi calculées.

À partir de la parité établie, sera fixé le nombre de parts ou d'actions nouvelles que doit émettre la société absorbante (ou la société nouvelle créée dans le cadre de l'opération), afin qu'elles soient attribuées aux associés ou actionnaires de la société absorbée (ou de la société scindée).

La société A dont le capital est divisé en 10 000 actions absorbe la société B dont le capital comporte 5 000 actions. La valeur nominale des actions de A et de B est de 100, mais la valeur réelle des titres de A est de 400 et celle des titres de B de 800.

Le montant de l'actif net apporté par B est de 1 200 000. La parité d'échange est fixée à une action A pour 2 actions B.

La société A devra créer $1\,200\,000/400 = 3\,000$ actions nouvelles.

Ces actions seront émises avec une valeur nominale de 100, soit une augmentation de capital de : $3\,000 \times 100 = 300\,000$.

La différence : $(1\,200\,000 - 300\,000 =) 900\,000$ constitue la **prime de fusion**.

b. Les conséquences de l'application du régime fiscal de faveur des fusions

➡ **Les conséquences pour la société absorbée⁷⁷**

- L'exonération des plus-values de fusion : la société absorbée n'est pas soumise à l'IS à raison de l'ensemble des plus-values nettes afférentes aux éléments apportés. L'exonération d'IS prévue pour la société absorbée n'est applicable que si la société absorbante s'engage à respecter certaines obligations (inscriptions au bilan, réintégration des bénéfices et plus-values, calcul des plus-values) (art. 210 A, CGI).

77. La société absorbée doit souscrire sa **déclaration de cessation** dans les 45 jours de la première publication de la fusion dans un JAL (délai de 60 jours pour les cessations intervenues avant le 23 mars 2012 ou bien pour les activités non commerciales). La **déclaration de résultats** doit être déposée dans le délai de 60 jours. L'entreprise (soumise à un régime du réel) doit acquitter le solde d'IS dont elle est redevable à l'expiration de ce délai. Elle joint à sa déclaration l'état de suivi prévu à l'article 54 septies du CGI.

- La société absorbée est soumise à l'IS sur :
 - le **bénéfice d'exploitation** réalisé depuis l'ouverture de l'exercice en cours à la date de l'opération de fusion (sous réserve de l'application d'une clause de rétroactivité) ;
 - les **provisions devenues sans objet**.

▀ Les conséquences pour la société absorbante

La société absorbante se substitue à la société absorbée pour la réintégration des plus-values dont l'imposition avait été différée chez cette dernière. La société absorbante doit réintégrer dans ses bénéfices imposables au taux de droit commun, les plus-values constatées sur les éléments amortissables lors de la fusion. La somme à réintégrer correspond aux plus-values nettes, qui résultent de la compensation entre les plus-values et les moins-values dégagées par l'apport des biens relevant d'une durée de réintégration identique. Cette réintégration est effectuée par parts égales sur une durée de 15 ans pour les constructions et les droits qui s'y rapportent⁷⁸, 5 ans dans les autres situations.

EXEMPLES

1. La société A est absorbée par la société B. Les éléments amortissables compris dans le traité d'apport sont les suivants :

	Valeur d'apport	Plus-value	Durée d'amortissement
Matériel	600 000 €	60 000 €	–
Immeuble A	1 500 000 €	400 000 €	12 ans
Immeuble B	2 500 000 €	800 000 €	20 ans

La plus-value à réintégrer de façon échelonnée chez l'absorbante s'élève à :

$$60\,000\,€ + 400\,000\,€ + 800\,000\,€ = 1\,260\,000\,€$$

La part des constructions dans la plus-value s'élève à : $1\,200\,000 / 1\,260\,000 = 95\%$, soit plus de 90 %. Par conséquent, la plus-value sur les constructions doit être étalée par fractions égales sur la durée pondérée moyenne d'amortissement.

La durée pondérée moyenne d'amortissement est égale à :

$$(12\text{ ans} \times 1\,500\,000 / 4\,000\,000) + (20\text{ ans} \times 2\,500\,000 / 4\,000\,000) = 17\text{ ans}$$

L'entreprise réintégrera chaque année au titre des constructions :

$$1\,200\,000 / 17 = 70\,588\,€.$$

Le reliquat de la plus-value globale, soit 60 000 €, sera échelonné sur une période de 5 ans.

La société absorbante peut, lorsque cette solution est plus favorable (notamment en vue de l'imputation de reports déficitaires), procéder à une réintégration anticipée des plus-values à réintégrer ; son obligation de réintégration doit être considérée comme satisfaite si le montant cumulé des réintégrations opérées est au moins égal à celui qui aurait résulté d'une réintégration linéaire.

2. Une société A est absorbée par une société B avec effet au 1^{er} janvier N. La plus-value à réintégrer sur 5 ans s'élève à 500 et celle à réintégrer sur 15 ans est de 3 000.

B doit réintégrer dans les résultats des exercices N à N+4 : $100 + 200 = 300$ et 200 dans les résultats des exercices N+5 à N+14.

B peut procéder à des réintégrations supérieures. À la fin de chaque exercice, le montant cumulé des réintégrations opérées doit être au moins égal au montant qui aurait résulté d'une réintégration linéaire.

La cession d'un bien amortissable entraîne l'imposition immédiate de la fraction de la plus-value afférente au bien cédé qui n'a pas encore été réintégrée.

La société absorbante qui inscrit ces biens à leur valeur réelle doit inclure dans ses résultats le profit correspondant à la différence entre cette valeur et la valeur qu'ils avaient dans les écritures de la société absorbée.

78. Toutefois, lorsque la plus-value nette sur les constructions excède 90 % de la plus-value nette globale sur les éléments amortissables, la réintégration afférente aux constructions (et non aux droits qui s'y rapportent) est effectuée sur la durée moyenne pondérée d'amortissement des constructions.

Les plus-values en sursis d'imposition sont calculées par rapport à la valeur fiscale des éléments apportés. Les plus-values sont imposées au taux normal de l'IS applicable à cet exercice.

Les amortissements afférents aux éléments amortissables apportés sont calculés par rapport aux valeurs d'apport. La durée probable d'utilisation des biens peut être déterminée à partir de la date de fusion, et la pratique de l'amortissement dégressif est possible bien que les éléments apportés présentent un caractère usagé.

REMARQUE

Des mesures spécifiques anti-abus contre les **schémas de désinvestissement « coquillards »** ont été prises concernant les produits de participation. Parmi ces mesures (applicables aux exercices clos à compter du 4 juillet 2012), on notera la neutralisation des dividendes exonérés en application du « régime mère-fille » pour le calcul de la moins-value de fusion (art. 210 A, 1, al. 4). **Le régime spécial des fusions est aménagé pour mettre fin à la possibilité de cumuler :**

- la déduction d'une moins-value à court terme dégagée par la société absorbante lors de l'annulation, consécutive à la fusion, des parts détenues dans la société absorbée ;
- et l'exonération d'IS, en application du régime mère-fille, des dividendes versés avant la fusion. Ainsi, lorsque la société absorbante a acquis les titres de la société absorbée moins de 2 ans avant la fusion, **l'éventuelle moins-value à court terme réalisée à l'occasion de l'annulation de ces titres de participation n'est pas déductible à hauteur du montant des produits de ces titres qui a ouvert droit à l'application du régime mère-fille** depuis leur acquisition.

EXEMPLES

1. Une société A, soumise à l'IS, dont le bilan est composé à l'actif de trésorerie pour 100 000 et au passif du capital pour 1 000 et de réserves pour 99 000, est rachetée pour un prix de 100 000 le 30 juin N par une société B également soumise à l'IS. Le 1^{er} septembre N, la société A distribue ses réserves soit 99 000 puis, le 1^{er} janvier N+1, la société B absorbe A. À l'occasion de cette opération, elle subit une moins-value qui est à court terme sur le plan fiscal. Cette moins-value, égale à 99 000, ne sera pas déductible à hauteur des distributions soit 99 000. Aucune moins-value ne sera donc déductible.

2. Une société A acquiert des titres d'une société B le 1^{er} juin 2012. Cette dernière distribue en 2013 à la société A des dividendes pour un montant de 10 000 €. Ces dividendes sont exonérés en application du régime mère-filles.

Pour bénéficier de cette exonération, la société A doit s'engager à conserver pendant 2 ans les titres de la société B, ce délai étant décompté à partir de leur acquisition le 1^{er} juin 2012.

Le 10 mars 2014, la société A absorbe la société B. La fusion étant placée sous le régime spécial prévu à l'article 210 A du CGI, le délai de conservation de 2 ans n'est pas considéré comme interrompu. L'exonération des dividendes dont la société A a bénéficié en 2013 n'est donc pas remise en cause.

La société A constate à l'occasion de la fusion une moins-value d'annulation des titres de la filiale acquise, qui s'élève par hypothèse à 12 000 €. Ayant été réalisée moins de 2 ans après l'acquisition des titres de la filiale, cette moins-value n'est pas déductible à hauteur du montant de la distribution ayant bénéficié du régime mère-filles, soit 10 000 €. La moins-value déductible du résultat de la société absorbante au taux de droit commun au titre de l'exercice N+2 est donc limitée à 2 000 € (12 000 € – 10 000 €), alors qu'elle pouvait jusqu'à présent être déduite en totalité.

➡ Le transfert des déficits de la société absorbée à l'absorbante sur agrément

Une fusion fait en principe obstacle à l'imputation des déficits de la société absorbée sur les profits de l'absorbante. Toutefois, lorsque l'opération est placée sous le régime de faveur, la société absorbante peut reporter sur ses propres résultats les déficits de la société absorbée, sous réserve de l'obtention d'un agrément préalable, lequel est accordé si :

- l'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales ;
- l'activité à l'origine des déficits n'a pas fait l'objet par la société absorbée, pendant la période au titre de laquelle ces déficits ont été constatés, de changement significatif, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité ;
- l'activité à l'origine des déficits est poursuivie par la ou les sociétés absorbantes pendant un délai minimal de 3 ans, sans faire l'objet, pendant cette période, de changement significatif, notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité ;
- les déficits ne proviennent ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières dans d'autres sociétés ou groupements assimilés ni de la gestion d'un patrimoine immobilier (art. 209, II, CGI modifié par la loi du 16 août 2012, application à partir du 4 juillet 2012).

Lorsque l'agrément est accordé par l'administration, les déficits sont transférés de l'absorbée à l'absorbante sans limitation de plafond. Ils seront reportés sur les bénéfices ultérieurs de la société bénéficiaire de l'apport dans les conditions de droit commun.

3. Le boni et le mali de fusion

Lorsqu'une société A absorbe une société B dans laquelle elle détient une participation avant la réalisation de l'opération de fusion, la société A (absorbante), dans le cadre de la fusion, crée de nouveaux titres, qui sont remis aux associés de la société absorbée (B) en contrepartie de l'apport qu'ils consentent. Par ailleurs, la société A annule à l'actif de son bilan les titres de la société B (absorbée) qu'elle détenait avant l'opération de fusion⁷⁹. Elle remplace dans son actif les titres de participation ainsi annulés par les actifs de la société absorbée B reçus dans le cadre de l'opération.

La différence calculée entre d'une part, l'actif net reçu par la société A (absorbante) et qui correspond à sa participation dans la société absorbée et, d'autre part, la valeur comptable de cette participation est appelée « *boni de fusion* » si elle positive (a) ou « *mali de fusion* » si elle négative (b).

a. Le boni de fusion

La plus-value éventuellement dégagée par l'absorbante lors de l'annulation des actions ou parts qui correspondent à ses droits dans la société absorbée est exonérée d'impôt si l'opération est placée sous le régime de faveur (art. 210 A, 1, CGI)⁸⁰.

Si l'opération n'est pas soumise au régime de faveur des fusions, la plus-value dégagée sera, soit qualifiée de plus-value à long terme (cas où les titres annulés sont des titres de participation détenus depuis au moins 2 ans) et imposée au taux réduit correspondant à la nature des titres, soit imposée au taux de droit commun.

b. Le mali de fusion

Le mali de fusion peut être décomposé en deux éléments :

- Un **mali technique** (ou « *faux mali* »), qui est généralement constaté pour les fusions (ou les opérations de transmission universelle de patrimoine/TUP) évaluées à la valeur comptable. Il est constitué lorsque la valeur nette des titres de la société absorbée figurant à l'actif de la société absorbante est supérieure à l'actif net comptable apporté. Il correspond, en fait, à hauteur de la participation antérieurement détenue par la société (A), aux plus-values latentes sur éléments d'actif comptabilisés ou non dans les comptes de (B), déduction faite des passifs non comptabilisés en l'absence d'obligation comptable dans les comptes de la société (B) (par exemple : provisions pour retraites, impôts différés passifs).

79. L'annulation opérée par A porte à la fois sur les actions ou parts de son propre capital qu'elle reçoit (éventuellement), et les actions ou parts qui correspondent à ses droits dans la société absorbée B.

80. Voir remarque précédente sur les mesures anti-abus visant les schémas de désinvestissement « coquillards ».

- Un « **vrai mali** », au-delà du mali technique, le solde du mali, qui peut représenter un complément de dépréciation de la participation détenue dans la société absorbée. Il doit être comptabilisé dans le résultat financier de la société absorbante de l'exercice au cours duquel l'opération est réalisée.

➡ **Le traitement fiscal du « mali technique » (lorsque l'opération est placée sous le régime de faveur des fusions)**

Pour les opérations placées sous le **régime de faveur des fusions**, le « *mali technique* » ne peut pas constituer une charge déductible. L'inscription à l'actif de la société absorbante du mali technique de fusion n'ouvre droit à aucune déduction fiscale ultérieure si une dépréciation est constatée ou lors de la sortie de l'actif (art. 210 A, 1, al. 3, CGI). Cette non-déductibilité se justifie par le fait que ce mali technique est représentatif de tout ou partie des plus-values et profits latents existant chez la société absorbée, lesquels ne font pas l'objet d'une imposition lors de l'apport.

Lorsqu'une fusion ou une TUP est placée sous le **régime de droit commun**, la société absorbée ou confondue doit être imposée sur les plus-values et profits latents existant à la date de l'opération. Dans ces conditions, et dès lors que le mali technique est représentatif de tout ou partie de ces plus-values ou profits latents, les charges constatées sous forme de dépréciation du mali ou lors de sa sortie du bilan sont déductibles.

EXEMPLE

La société A absorbe la société B le 1^{er} janvier N. Les titres B ont été acquis par A au prix de 85 000 €. Les capitaux propres de la société B s'élèvent à 55 000 €.

Les plus-values latentes s'élèvent à 200 000 €, soit :

- fonds de commerce : 100 000 € ;
- terrain : 40 000 € ;
- immeubles : 40 000 € dont 15 000 € au titre d'une résidence d'agrément ;
- titres : 20 000 €.

Montant du mali

$85\,000\,€ - 55\,000\,€ = 30\,000\,€$

Ce mali, inférieur au montant des plus-values, est un mali technique.

Affectation du mali entre les sous-jacents :

- fonds de commerce : $30\,000\,€ \times 100\,000\,€ / 200\,000\,€ = 15\,000\,€$
- terrain : $30\,000\,€ \times 40\,000\,€ / 200\,000\,€ = 6\,000\,€$
- immeubles : $30\,000\,€ \times 40\,000\,€ / 200\,000\,€ = 6\,000\,€$ dont 2 250 € au titre de la résidence d'agrément
- titres : $30\,000\,€ \times 20\,000\,€ / 200\,000\,€ = 3\,000\,€$

Dépréciation du mali technique

Par hypothèse, compte tenu de la valeur nette comptable des éléments transférés, le mali technique fait l'objet d'une dépréciation de 6 000 sur le terrain, de 2 500 sur les immeubles dont 650 au titre de la résidence d'agrément et de 2 500 sur les titres de participation. Fiscalement, la dépréciation du mali technique affecté au terrain est, compte tenu de sa nature, intégralement déductible. La dépréciation sur les immeubles est déductible dans la limite de sa quote-part non affectée à la résidence d'agrément, soit : $2\,500 - 650 = 1\,850\,€$.

Soit un total de dépréciation du mali imputable sur l'assiette de l'impôt au taux normal de : $6\,000 + 1\,850 = 7\,850$.

Si l'opération avait été placée sous le régime spécial des fusions, la dépréciation du faux mali n'aurait pas été déductible.

La cession d'un actif auquel un mali technique a été affecté entraîne corrélativement la sortie de ce mali (charge déductible ou non selon les indications données ci-dessus).

► Le traitement fiscal du « vrai mali »

Le vrai mali constitue une moins-value à long terme, si les titres annulés sont des titres de participation (au sens fiscal) détenus depuis au moins 2 ans.

Si les titres sont détenus depuis moins de 2 ans, la charge que représente le vrai mali est déductible du résultat soumis à une imposition au taux de droit commun.

Pour les exercices clos à compter du 4 juillet 2012, la moins-value à court terme réalisée à l'occasion de l'annulation des titres de la filiale n'est pas déductible à hauteur du montant des distributions ayant ouvert droit au régime mère-filles depuis leur acquisition (voir remarque précédente).

B. L'IMPOSITION DES ASSOCIÉS

Que l'opération soit ou non placée sous le régime de faveur des fusions, l'attribution de titres, sommes ou valeurs aux membres de la société absorbée réalisée en contrepartie de l'annulation des titres de cette société n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers (art. 115, 1°, CGI). Le boni appréhendé sous une autre forme que l'attribution de titres, notamment l'attribution de sommes ou valeurs, est également exonéré.

Les plus-values réalisées par les associés lors de l'échange des titres bénéficient d'un sursis d'imposition, quel que soit le régime applicable à l'opération (art. 38,7 bis, CGI).

II. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

Le **projet de fusion rédigé en la forme notariée** doit être obligatoirement présenté à la formalité de l'enregistrement au service des impôts dans le ressort de laquelle réside le rédacteur de l'acte, dans le délai d'un mois à compter de sa date. Le **projet de fusion établi par acte sous seing privé** peut être volontairement présenté à l'enregistrement auprès du service des impôts compétent. Ces projets de fusion sont soumis au droit fixe des actes innomés de 125 € (art. 680, CGI), qu'ils soient obligatoirement ou facultativement présentés à la formalité de l'enregistrement.

Les **actes de fusion** sont obligatoirement soumis à la formalité de l'enregistrement. Ils doivent être présentés, selon le cas, soit à la formalité de l'enregistrement dans le délai d'un mois, s'ils ne portent que sur des biens mobiliers, soit à la formalité fusionnée dans le délai de 2 mois lorsqu'ils concernent des apports mixtes ou exclusivement immobiliers. Les fusions et opérations assimilées qui relèvent du régime de faveur sont soumises au droit fixe de 375 € ou 500 € selon que le capital est inférieur ou non à 225 000 € (le capital pris en compte est celui de la société absorbante) (art. 816, CGI ; Instr. BOI 7A-1-06, n° 3, 18 janv. 2006).

III. LA TVA

Les incidences de la TVA sur les opérations de fusion sont neutres. En effet, la société absorbée peut simultanément :

- être dispensée de régularisation ;
- ne pas soumettre ses apports à l'imposition ;
- transférer à la société absorbante ou à la société nouvelle issue de la fusion, le crédit de taxe dont elle dispose au jour de la réalisation définitive de la fusion.

SECTION 3. LE RÉGIME SOCIAL DES OPÉRATIONS DE FUSION

La fusion n'entraîne pas l'interruption des contrats de travail : tous les contrats en cours au jour de l'opération subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise (art. L. 1224-1, C. trav.). La société absorbante doit respecter les obligations qui incombaient à la société

absorbée lors de la réalisation de la fusion. Les représentants du personnel de la société absorbée dont le mandat est en cours continuent d'être protégés.

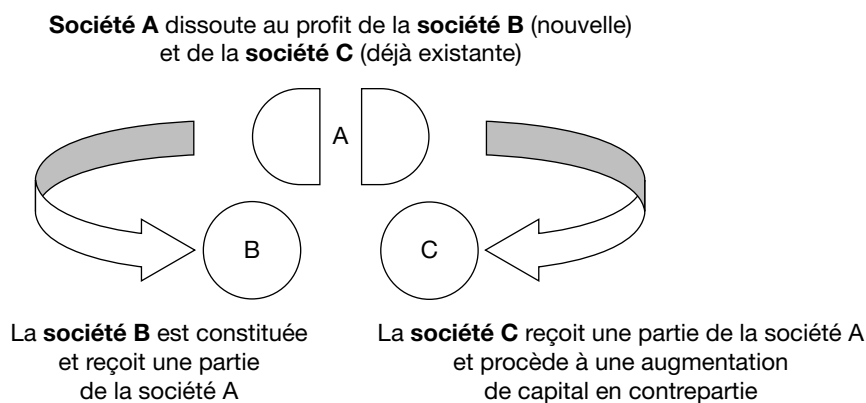
Cependant, les licenciements consécutifs à des opérations de fusion peuvent n'avoir aucun caractère abusif s'ils interviennent dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise invoquée, par exemple, pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité (Cass. soc. 11 janv. 2006, n° 05-40977).

En l'absence de conclusion d'un nouvel accord dans le délai prévu, les salariés de la société absorbée pouvaient revendiquer le bénéfice de l'accord collectif en vigueur dans la société absorbante à compter de la date à laquelle ils sont devenus salariés de la société absorbante (Cass. 24 janv. 1996, n° 93-40745). Cependant, lorsque l'application d'une convention (ou d'un accord) est mise en cause dans une entreprise en raison, notamment, d'une fusion, cette convention (ou cet accord) continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration d'un délai de préavis de 3 mois (prévu à l'article L. 2261-9, C. trav.) (sauf si la clause prévoit une durée supérieure). Lorsque la convention (ou l'accord) mis en cause n'a pas été remplacée par une nouvelle convention (ou un nouvel accord) dans ces délais, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration desdits délais.

CHAPITRE 2. LE RÉGIME JURIDIQUE, FISCAL ET SOCIAL DES SCISSIONS DE SOCIÉTÉS

SECTION 1. LE RÉGIME JURIDIQUE DES OPÉRATIONS DE SCISSION DE SOCIÉTÉS

La scission est une opération par laquelle une personne morale apporte l'intégralité de son actif à deux ou plusieurs personnes morales nouvelles ou préexistantes (art. L. 236-1, C. com.).



La loi assimile la scission à la fusion. D'une façon générale, les conditions, les modalités et conséquences juridiques des scissions sont analogues à celles des fusions, sous réserve de quelques adaptations.

Ainsi, la société scindée peut **se dispenser de désigner un commissaire à la scission** si l'opération de scission est réalisée par apport à des SA ou SARL nouvelles, sans autre apport que ceux de la société scindée **et** si les actions ou parts de chacune des sociétés nouvelles sont attribuées aux actionnaires ou associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société. Par ailleurs, dans tous les cas, les projets des statuts des sociétés sont approuvés par l'AGE de la société scindée. Il n'y a pas lieu à approbation de l'opération par l'AG de chacune des sociétés nouvelles (art. L. 236-17, L. 236-23, C. com.).

La scission d'une société détenue à 100 % par la société bénéficiaire fait l'objet d'un **régime simplifié** :

- l'intervention d'un commissaire à la scission n'est pas obligatoire sauf si des actionnaires de la société bénéficiaire demandent la désignation d'un mandataire de justice à ces fins ;
- la tenue des AGE des sociétés participantes n'est pas systématique.

S'agissant des effets de la scission à l'égard des créanciers, les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission **sont débitrices solidaires des obligataires et des créanciers non obligataires de la société scindée au lieu et place de celle-ci**, sans que cette substitution emporte novation à leur égard (art. L. 236-20, C. com.). Cette solidarité n'est cependant pas obligatoire et les parties peuvent y renoncer (art. L. 236-21, C. com.).

Par ailleurs, la société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions applicables en cas de scission par apports à des sociétés à responsabilité limitée existantes (art. L. 236-24, C. com.).

SECTION 2. LE RÉGIME FISCAL DES OPÉRATIONS DE SCISSION DE SOCIÉTÉS

I. LES RÈGLES COMMUNES AUX FUSIONS ET AUX SCISSIONS EN MATIÈRE D'IS

La scission entraîne les conséquences fiscales pénalisantes d'une **cessation d'entreprise** (A). Pour les éviter, les sociétés concernées peuvent opter pour l'application du régime spécial des fusions (B). Toutefois, la définition des opérations éligibles à ce régime et les engagements exigés des associés de la société scindée pour son application sans agrément rendent sa mise en œuvre difficile.

A. LES OPÉRATIONS PLACÉES SOUS LE RÉGIME FISCAL DE DROIT COMMUN

Pour la société scindée, la scission a, du point de vue fiscal, les conséquences d'une **cessation d'entreprise**. Elle entraîne la taxation des plus-values latentes, des bénéfices non encore taxés, du boni de liquidation et la perte du droit au report des déficits.

Sont par ailleurs applicables aux scissions les règles suivantes, exposées dans les paragraphes consacrés précédemment aux fusions :

- la date d'effet de l'opération et sa rétroactivité ;
- les conditions du report déficitaire ;
- la comptabilisation des apports à la valeur réelle ou à la valeur comptable ;
- le traitement du mali de fusion.

B. LES SCISSIONS PLACÉES SOUS LE RÉGIME FISCAL DE FAVEUR DES FUSIONS

Les scissions peuvent bénéficier du régime de faveur des fusions de plein droit si les conditions énoncées ci-après sont remplies (1), sinon, sur agrément (2).

1. Les scissions placées sous le régime fiscal de faveur de fusions de plein droit

a. Le champ d'application

Le régime fiscal de faveur des fusions s'applique de plein droit :

- aux opérations par lesquelles la société scindée transmet l'ensemble de son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés, préexistantes ou nouvelles, moyennant l'attribution aux associés de la société scindée, proportionnellement à leurs droits dans le capital, de titres des sociétés bénéficiaires des apports et, éventuellement, d'une soulte ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale de ces titres (art. 210-0 A, I, 2°, CGI) ;
- aux opérations décrites ci-dessus pour lesquelles il n'est pas procédé à l'échange de titres de la société bénéficiaire de l'apport contre les titres des sociétés scindées, lorsque ces titres sont détenus soit par la société bénéficiaire de l'apport, soit par la société scindée (art. 210-0 A, I, 3°, CGI).

b. Les conditions d'application (art. 210 B, CGI)

Pour qu'une opération de scission soit soumise de plein droit, en matière d'IS, au régime de faveur des fusions, les conditions suivantes doivent être réunies :

- la société scindée doit être constituée d'au moins deux branches d'activité et les sociétés bénéficiaires doivent recevoir une ou plusieurs de ces branches d'activité ;
- les associés doivent s'engager à conserver pendant 3 ans les titres de chaque société bénéficiaire des apports qui résultent de la scission⁸¹.

Le non-respect de cet engagement entraîne l'application d'une ou de deux amendes de 1 % et de 25 %.

EXEMPLE

La société Ambulances de France avait été scindée. Une nouvelle société Ambulances de France avait bénéficié de l'apport de l'activité d'ambulances auparavant exercée par la société scindée et de titres de participation représentant 98 % du capital d'une autre société. La SARL ADF avait bénéficié exclusivement de l'apport de titres de participation dans deux autres sociétés. La société Ambulances de France avait placé cette opération sous le régime fiscal de faveur des fusions. L'administration a estimé que cette opération ne pouvait bénéficier de ce régime fiscal de faveur faute qu'une branche complète d'activité ait été apportée à chacune des deux sociétés issues de la fusion. La société a fait valoir que les titres de participation apportés à la SARL ADF répondaient à la définition de la branche complète d'activité au sens des textes. Le Conseil d'État a considéré que la première entité issue de la scission devait être regardée comme ayant reçu une branche complète d'activité alors que des titres de participation ne sauraient être regardés comme des éléments d'exploitation permettant l'exercice autonome d'une activité économique (CE, 30 janv. 2013, n° 346683).

2. Les scissions placées sous le régime fiscal de faveur de fusions sur agrément

L'agrément permet d'appliquer le régime de faveur des fusions aux opérations de scission qui ne réunissent pas les conditions du régime de faveur de plein droit (art. 210 B, 3, CGI).

Par ailleurs, pour être soumis au régime fiscal de faveur, les apports faits à des personnes morales étrangères par des personnes morales françaises doivent recevoir un agrément (art. 210 C, 2, CGI).

81. L'engagement doit être pris par les actionnaires qui détiennent au moins 5 % des droits de votes de la société scindée (situation appréciée à la date d'approbation de l'opération). Sont également concernés les actionnaires qui détiennent au moins 0,1 % de ces droits de vote et qui ont exercé dans la société des fonctions de direction, d'administration ou de surveillance au cours des 6 mois qui ont précédé l'opération.

II. L'IMPOSITION DES ASSOCIÉS

Comme en cas de fusion, en cas de scission, l'attribution de titres, sommes ou valeurs aux membres de la société apporteuse en contrepartie de l'annulation des titres de cette société n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers (art. 115, 1, CGI).

III. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

Les **scissions qui relèvent du régime fiscal de faveur des fusions** sont soumises au droit fixe de 375 € ou 500 € selon que le capital est inférieur ou non à 225 000 € (le capital pris en compte est celui de la société scindée) (art. 816, CGI).

Les **scissions qui ne relèvent pas du régime fiscal de faveur des fusions** sont soumises aux mêmes droits que les constitutions de sociétés nouvelles ou les augmentations de capital des sociétés existantes.

SECTION 3. LE RÉGIME SOCIAL DES OPÉRATIONS DE SCISSION DE SOCIÉTÉS

Les opérations de scission emportent les mêmes conséquences à l'égard des salariés que les opérations de fusion.

CHAPITRE 3. LE RÉGIME JURIDIQUE, FISCAL ET SOCIAL DES APPORTS PARTIELS D'ACTIF

SECTION 1. LE RÉGIME JURIDIQUE DES OPÉRATIONS D'APPORT PARTIEL D'ACTIF

L'apport partiel d'actif est l'opération par laquelle une personne morale fait apport d'une partie de son actif à une autre personne morale (préexistante ou créée à l'occasion de l'opération), laquelle rémunère cet apport par la remise de titres qu'elle émet. La rémunération de l'apport peut également être opérée sous une autre forme, dans la limite de 10 % de la valeur nominale des titres attribués.

L'apport partiel peut porter, soit sur un ou plusieurs éléments particuliers du patrimoine de la société concernée (ex. : un immeuble ou des titres) soit sur un ensemble de biens (ex. : une branche d'activité). Il s'agit alors d'un apport en nature.

La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions applicables aux opérations de fusion ou en cas de scission par apports à des sociétés à responsabilité limitée existantes (art. L. 236-6-1 et L. 236-24, C. com.). Cette faculté est utilisée en pratique en cas de transmission d'une **branche complète d'activité**. Lors d'un apport partiel d'actif est placé sous le régime des scissions, il s'opère une transmission des droits, biens et obligations limitées à la branche d'activité faisant l'objet de l'apport ; la société apporteuse reste, sauf dérogation expresse, solidairement obligée avec la société bénéficiaire au paiement des dettes transmises à cette dernière.

REMARQUE**Biens, droits et obligations de la société apporteuse ne figurant pas dans le traité d'apport**

Sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité d'apport, l'apport partiel d'actif emporte, lorsqu'il est placé sous le régime des scissions, transmission universelle, de la société apporteuse à la société bénéficiaire, de tous les biens, droits et obligations dépendant de la branche d'activité qui fait l'objet de l'apport. Concernant les biens, droits ou obligations de la société apporteuse ne figurant pas dans le traité d'apport par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause, dès qu'ils se rattachent à la branche d'activité apportée, ceux-ci sont également transmis (Cass. com., 4 fév. 2004, n° 00-13501).

Dans un arrêt en date du 12 février 2013, le traité d'apport conclu entre la société Générale Distribution et la société Gédis prévoyait que cette dernière bénéficierait de tous actifs et profits se rapportant à la branche d'activité transmise par la première, y compris ceux omis lors de la réalisation de l'apport ou qui se révéleraient postérieurement. L'actif transmis figurant dans le traité d'apport se composait de diverses créances parmi lesquelles ne figurait pas celle détenue par la société apporteuse sur la société MPG. La Cour de cassation a considéré qu'une telle opération placée sous le régime des scissions emportait la transmission universelle de tous les éléments se rapportant à la branche d'activité transmise, même ceux ne figurant pas dans le traité et que pour exclure cette créance de la transmission universelle, il fallait rechercher si elle avait été exclue de l'apport par la volonté expresse des parties (Cass. com., 12 fév. 2013, n° 11-23895).

Ainsi, contrairement aux opérations de fusion et de scission, la société qui réalise l'apport ne disparaît pas du fait de l'opération. Par ailleurs, les titres rémunérant l'apport réalisé reviennent à la société qui consent l'apport alors que dans les opérations de fusion et de scission, ce sont les associés de la société absorbée ou scindée qui ont vocation à recevoir ces titres.

Une **procédure d'apport partiel d'actif simplifiée** réalisée entre des sociétés par actions est prévue. Ainsi, lorsque la société bénéficiaire de l'apport détient en permanence la totalité du capital de la société apporteuse, il n'est pas nécessaire d'établir un rapport des dirigeants des sociétés concernées, un rapport de commissaire à la scission, un rapport de commissaire aux apports, ni de recueillir l'approbation de l'opération par l'AGE des sociétés participantes⁸².

SECTION 2. LE RÉGIME FISCAL DES OPÉRATIONS D'APPORT PARTIEL D'ACTIF

I. LES IMPÔTS SUR LES BÉNÉFICES

Lorsque l'opération d'apport partiel d'actif n'est pas soumise au régime fiscal de faveur des fusions⁸³, le droit commun est applicable (A). Les **apports partiels d'actif** peuvent bénéficier du régime fiscal de faveur des fusions en matière d'IS lorsque certaines conditions sont réunies (B).

A. LE RÉGIME FISCAL DE DROIT COMMUN

La société apporteuse est imposée sur les plus-values d'apport et la reprise des provisions devenues sans objet en raison de cet apport.

82. Sauf si un ou plusieurs actionnaires de la société bénéficiaire réunissant au moins 5 % du capital social demande en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'AGE.

83. Soit parce que les conditions légales d'application de ce régime ne sont pas réunies, ou que les parties décident de ne pas soumettre l'opération audit régime.

B. LE RÉGIME FISCAL DE FAVEUR DES FUSIONS

1. Les conditions d'application du régime fiscal de faveur des fusions en matière d'IS

Lorsque les conditions ne sont pas réunies, le régime de faveur peut être appliqué sur agrément préalable.

a. Le régime de faveur de plein droit

■ Les opérations concernées : celles portant sur une branche complète et autonome d'activité

La branche complète et autonome d'activité est définie comme l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constitue, du point de vue de l'organisation, une **exploitation autonome** chez la société cédante comme chez la société cessionnaire⁸⁴ :

- c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens dans des conditions pouvant être qualifiées de « normales » dans le secteur économique considéré (critère de l'**autonomie externe**) ;
- cette branche d'activité constitue une organisation distincte des autres divisions de la société apporteuse (critère de l'**autonomie interne**).

Il s'agit d'une unité qui se caractérise notamment par une clientèle, du personnel, des installations et une comptabilité propres. Cette unité d'exploitation comprend, le cas échéant, les services administratifs qui lui sont propres. La société qui réalise un apport partiel d'actif peut conserver des créances clients (Cass. com., 15 mai 2012, n° 11.17972) et des éléments de passif (emprunts, soldes créditeurs bancaires) qui ne se rattachent pas directement et exclusivement à la branche apportée, sans manquer à l'obligation de transfert d'une branche complète d'activité posée par le législateur.

Par ailleurs, la société apporteuse peut, sous certaines conditions, consentir uniquement l'usage de ces biens à la société bénéficiaire. Cependant, la circonstance que l'apport partiel d'actif ne porte pas, d'après les stipulations mêmes de la convention d'apport, sur les marques commerciales mais seulement sur un **droit d'usage précaire du nom commercial**, fait obstacle à ce que cet apport soit regardé comme portant sur une branche complète d'activité.

Sont **assimilés** à des apports de branches complètes d'activité, et donc soumis au régime de faveur des fusions (art. 210 B, 1, dern. al. CGI) :

- les apports de participations portant sur plus de 50 % du capital de la société dont les titres sont apportés, sous réserve que la société apporteuse ne reçoive pas (directement ou indirectement, par exemple par la prise en charge d'un passif) une soulte supérieure à 10 % du capital, et que cette soulte n'excède pas la plus-value réalisée ;
- les apports de participations conférant à la société bénéficiaire la détention directe de plus de 30 % des droits de vote (de la société dont les titres sont apportés), lorsqu'aucun autre associé ne détient, directement ou indirectement, une fraction de ces droits de vote supérieure ;
- les apports de participations conférant à la société bénéficiaire la fraction des droits de vote la plus élevée dans la société alors qu'elle détenait d'ores et déjà 30 % des droits de vote.

REMARQUE

Refus de certains salariés

En principe, l'apport d'une branche complète d'activité est subordonné au transfert effectif du personnel nécessaire, eu égard à la nature de l'activité et à la spécificité des emplois requis qui lui sont affectés, à la poursuite d'une exploitation autonome de l'activité. La question se pose

84. Il suffit cependant que le transfert porte sur les éléments essentiels de l'activité tels qu'ils existaient dans le patrimoine de la société apporteuse, et dans des conditions qui permettent à la société bénéficiaire de l'apport de disposer durablement de tous ces éléments (CE, 27 juil. 2005, n° 259052).

lorsque certains membres du personnel nécessaire à la poursuite de cette exploitation refusent d'être transférés. Dans ce cas, il convient d'apprécier, dans chaque cas, si ce refus est de nature à faire obstacle à ce que le transfert des éléments essentiels de cette activité puisse néanmoins être regardé comme complet (CE, 13 juil. 2013, n° 358931).

Dans le cas d'une cession de fonds de commerce de négoce de produits œnologiques, la secrétaire et le magasinier avaient accepté le transfert alors que deux agents technico-commerciaux l'avaient refusé. Le TA de Montpellier a jugé qu'eu égard à la nature de l'activité cédée et à la spécificité de leur emploi, seuls les deux agents technico-commerciaux étaient nécessaires à la poursuite d'une exploitation autonome de l'activité et qu'en conséquence, la qualification de branche complète d'activité n'a pas été retenue (TA Montpellier, 8 nov. 2012).

➡ *Les engagements de la société apporteuse (art. 210 B, 1, CGI)*

L'application de plein droit du régime de faveur des fusions aux apports partiels d'actif est subordonnée à l'engagement pris par la société apporteuse de conserver les titres reçus en contrepartie de ces apports pendant 3 ans. La rupture de l'engagement de conservation des titres entraîne la déchéance rétroactive du régime de faveur.

Pour bénéficier du régime de faveur de plein droit, la société apporteuse doit également s'engager à calculer ultérieurement les plus-values de cession des titres reçus en contrepartie de l'apport, par référence à la valeur que les biens apportés avaient dans ses propres écritures.

b. Le régime de faveur sur agrément

La procédure d'agrément est nécessaire lorsque l'apport partiel d'actif ne remplit pas les conditions pour bénéficier de plein droit du régime de faveur.

L'agrément est délivré si les trois conditions suivantes sont cumulativement réunies (art. 210 B, 3, CGI) :

- l'opération est justifiée par un motif économique, se traduisant notamment par l'exercice par la société bénéficiaire d'une activité autonome ou l'amélioration des structures, ainsi que par une association entre les parties ;
- l'opération n'a pas, comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux, la fraude ou l'évasion fiscales ;
- les modalités de l'opération permettent d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis d'imposition.

2. Les conséquences d'un apport partiel d'actif placé sous le régime fiscal de faveur des fusions en matière d'IS

a. Pour la société apporteuse

➡ *Les plus-values d'apport et bénéfices en sursis d'imposition*

Lorsque l'opération est placée sous le régime fiscal de faveur des fusions, la société apporteuse bénéficie de l'exonération des plus-values afférentes aux éléments apportés ainsi que des provisions qui conservent leur objet.

➡ *Les déficits*

Ce sont les mêmes règles que celles en matière de fusion (principe de l'agrément). En cas de scission ou d'apport partiel d'actif, les déficits transférés concernés sont ceux afférents à la branche d'activité transférée (art. 209, II, CGI).

b. Pour la société bénéficiaire des apports

La société bénéficiaire des apports est soumise aux mêmes obligations, et bénéficie des mêmes droits que la société absorbante dans le régime de faveur des fusions.

II. L'IMPOSITION DES MEMBRES DE LA SOCIÉTÉ APORTEUSE

Ne constitue pas une distribution de revenus mobiliers l'attribution de titres représentatifs d'un apport partiel d'actif aux membres de la société apporteuse lorsque cette attribution est intervenue dans un délai d'un an à compter de la réalisation de l'apport.

L'exonération s'applique sur agrément. L'agrément est délivré lorsque l'apport et l'attribution sont justifiés par un motif économique (non fiscal) (art. 115, 2, CGI).

III. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

Les apports partiels d'actif qui relèvent du régime fiscal spécial de fusions sont soumis au droit fixe de 375 € ou 500 € selon que le capital est inférieur ou non à 225 000 € (le capital pris en compte est celui de la société bénéficiaire de l'apport) (art. 816, CGI ; Instr. 7 A-1-06, n° 3).

Les apports qui ne portent pas sur une branche complète d'activité sont soumis aux droits d'enregistrement sur les apports dans les conditions de droit commun.

SECTION 3. LE RÉGIME SOCIAL DES OPÉRATIONS D'APPORT PARTIEL D'ACTIF

Une opération d'apport partiel d'actif emporte, pour les salariés transférés dans le cadre de cette opération, les mêmes conséquences que la fusion ou la scission (art. L. 1224-1, C. com.).

Le transfert d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail (art. L. 2414-1, C. trav.). En revanche, l'accord du salarié n'est pas nécessaire (Cass. soc., 3 mars 2010, n° 08-40895).

CHAPITRE 4. LE RÉGIME JURIDIQUE, FISCAL ET SOCIAL DES OPÉRATIONS DE TUP

Lorsqu'une société détient l'intégralité du capital d'une autre société, il peut être mis fin à cette situation, soit en décidant de recourir à une opération de **fusion simplifiée**, soit en utilisant la technique de la **dissolution-confusion**, également appelée « **confusion de patrimoine** » ou « **transmission universelle de patrimoine** (TUP) ».

SECTION 1. LE RÉGIME JURIDIQUE DES OPÉRATIONS DE TUP

I. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA TUP (ART. 1844-5, C. CIV.)

La réunion entre les mains d'un seul associé de toutes les parts d'une société a pour effet, la transmission universelle du patrimoine de ladite société à l'associé unique. **Le régime de la TUP à l'associé unique est applicable uniquement si cet associé est une personne morale**⁸⁵. Cette opération a pour conséquence la disparition de la société unipersonnelle dissoute, sans liquidation.

85. Dans le cas où l'associé unique est une personne physique, la dissolution de la société doit être suivie de la liquidation de cette société. Les règles de droit commun de dissolution-liquidation des personnes morales sont applicables dans ce cas particulier.

REMARQUE**Quelques différences avec la fusion simplifiée**

Malgré la similitude de la TUP avec la procédure de fusion simplifiée, des divergences subsistent :

- **Sociétés concernées :**
 - La TUP s'applique à toutes les sociétés, peu importe la forme juridique et le régime fiscal.
 - La fusion simplifiée est applicable aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés par actions.
- **Effet suspensif de l'opposition des créanciers :**
 - En cas de TUP, l'opération n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées.
 - La fusion est réalisée à la date convenue dans le projet de fusion car l'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations.
- **Date de réalisation de l'opération :**
 - En cas de TUP, la date de réalisation de l'opération est la date de la transmission du patrimoine de la société dissoute, qui est l'expiration des 30 jours à partir de la publication de la décision de dissolution dans un JAL (si aucune opposition n'a été formée par les créanciers pendant le délai), ou la date de rejet d'une opposition valablement formée. Aucun **effet différé** ne peut être donné à l'opération.
 - Concernant la fusion simplifiée, la date de sa réalisation est fixée dans le projet de fusion (il faut tenir compte des délais de publicité du projet) à moins que les actionnaires de la société absorbante ne demandent l'approbation de l'opération par l'AGE.
- **Effet rétroactif de l'opération :** En cas de TUP, il est possible de donner un effet fiscal rétroactif à l'opération (seul un effet rétroactif fiscal est possible)⁸⁶. Contrairement à la fusion simplifiée, cet effet rétroactif n'est pas admis par le droit comptable car la CNCC a considéré que la rétroactivité était incompatible avec les délais d'opposition reconnus aux créanciers. Dès lors, la transcription comptable de la TUP ne peut être réalisée que le 31^e jour après la publication de la décision de l'associé unique dans un JAL.

Par exemple, A est associé unique de B. Les exercices des deux sociétés coïncident avec l'année civile. La décision de dissolution de B est constatée par procès-verbal le 23 décembre N et publiée dans un JAL le 27 décembre N.

La transmission du patrimoine de B à A a lieu le 27 janvier N+1, à l'issue du délai d'opposition de 30 jours.

Les résultats de la société dissoute sont :

- du 01/01 au 23/12/N : 100 000 € ;
- du 24/12 au 31/12/N : – 1 000 € ;
- du 01/01 au 26/01/N+1 : – 3 000 €.

Hypothèse 1. Si la décision ne comporte aucune option pour la rétroactivité, l'opération produit ses effets le 27 janvier N+1.

Hypothèse 2. Si la décision comporte une option pour une rétroactivité au 1^{er} janvier N+1, la période de rétroactivité opposable à l'administration part le 1^{er} janvier N+1 (premier jour de l'exercice en cours à la date du terme du délai d'opposition des créanciers). A prend en compte – 3 000 € dans ses résultats au titre de l'exercice N+1.

Hypothèse 3. Si la décision comporte une option pour une rétroactivité au 01/01/N, la période de rétroactivité opposable à l'administration part le 1^{er} janvier N (premier jour de l'exercice en cours à la date de la décision de l'opération de dissolution). A prend en compte dans ses résultats :

- 99 000 € (100 000 – 1 000) au titre de l'exercice N ;
- 3 000 € au titre de l'exercice N+1.

86. Cette décision doit figurer dans la décision de dissolution avec mention de son point de départ.

II. LE DÉROULEMENT DE LA TUP

La décision de TUP résulte du simple dépôt d'une déclaration de dissolution au greffe du Tribunal de commerce. Aucun formalisme particulier n'est requis, mais un écrit est nécessaire, notamment pour des raisons fiscales.

La déclaration de dissolution sans liquidation est soumise aux mesures de publicité suivantes :

- insertion dans un JAL du département du siège social de la société dissoute ;
- dépôt au greffe du Tribunal de commerce de la déclaration de l'associé valant décision de dissolution sans liquidation, en deux exemplaires ;
- inscription modificative au RCS ;
- insertion au Bodacc de la décision de dissolution ;
- à partir de la date de transfert de patrimoine ainsi opéré, l'associé unique doit, dans un délai d'un mois, faire procéder à la radiation de l'immatriculation de la société unipersonnelle au RCS.

SECTION 2. LE RÉGIME FISCAL DES OPÉRATIONS DE TUP

I. L'IMPÔT SUR LES BÉNÉFICES

Les règles fiscales reposent sur la transposition du régime fiscal des fusions. Les opérations de TUP sont soumises au régime de faveur des fusions en matière d'IS. La société bénéficiaire doit souscrire, dans la décision de dissolution, l'engagement de respecter les obligations prévues à l'article 210 A, 3 du Code général des impôts.

II. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

L'opération de TUP de la société doit être enregistrée dans le mois de sa date (art. 635, 1, 5°, CGI). Elle donne lieu à la perception du droit fixe de 375 € ou 500 € selon que le capital est inférieur ou non à 225 000 € (le capital pris en compte est celui de la société bénéficiaire de l'apport).

SECTION 3. LE RÉGIME SOCIAL DES OPÉRATIONS DE TUP

L'opération de TUP emporte transfert de l'intégralité des contrats de travail de la société confondue à la société confondante.

➡ Pour vous entraîner, faites les exercices autocorrigés en fin de série.

Synthèse de la partie 8

I. Groupe de sociétés

Il n'existe pas de définition légale du groupe. Le groupe de sociétés résulte de liens (d'influence et de contrôle) entre des sociétés ayant chacune une existence juridique propre, mais unies par des intérêts communs ou convergents.

Le groupe de sociétés n'a pas la personnalité morale, ce qui ne veut pas dire que le droit ne prend pas en compte la notion de « *groupe* » : le droit reconnaît le groupe dans certaines conditions pour en tirer des conséquences juridiques tantôt positives, tantôt négatives (position dominante en droit de la concurrence, ABS en droit pénal des affaires, AAG en droit fiscal, *pool* de trésorerie en droit des financements, extension d'une procédure collective en raison de la confusion des patrimoines, qualité de co-employeur en droit du travail, etc.).

Le **droit social** prend en compte la notion de groupe de sociétés. En effet, l'appartenance à un groupe de sociétés oblige chacune des sociétés membres à procéder différemment de

celles qui n'appartiennent pas à un groupe : création d'un comité de groupe, extension de certaines garanties au personnel de l'ensemble des sociétés « *groupées* », obligations de reclassement dans une société du groupe en cas de licenciement économique, plans d'épargne interentreprises, etc.

Comptablement, les groupes de sociétés peuvent recourir à la **consolidation des comptes**.

Fiscalement, outre le **régime mère-fille**, les groupes de sociétés bénéficient du régime de l'**intégration fiscale**. De même, la réglementation des **prix de transfert** s'applique aux groupes. Un dispositif de **sous-capitalisation** est prévu.

Intégration fiscale

L'**intégration fiscale** consiste à consolider les résultats fiscaux de toutes les sociétés d'un groupe. Un **certain nombre de conditions** doivent être remplies pour pouvoir constituer un périmètre d'intégration fiscale (assujettissement à l'IS, seuil de détention dans le capital des sociétés, etc.).

Les **sociétés étrangères** ne peuvent pas bénéficier du régime d'intégration fiscale. Toutefois, une **société mère française détenue par une société étrangère** a le droit d'opter pour le régime fiscal de groupe.

Les **filiales françaises** peuvent être intégrées lorsqu'elles sont détenues par la société mère, par l'intermédiaire d'une société étrangère dont le siège social est situé dans l'UE ou dans un État partie à l'EEE ayant conclu une convention fiscale avec la France en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Chaque société du groupe établit et déclare normalement son résultat fiscal. La société mère détermine le résultat d'ensemble. Elle est seule redevable de l'IS dû sur l'ensemble des résultats du groupe, ainsi que de l'IFA.

Des rectifications doivent être apportées au **résultat d'ensemble** afin de neutraliser les doubles emplois relatifs à des opérations réalisées entre sociétés du groupe. En pratique, le résultat d'ensemble du groupe est la somme algébrique des résultats fiscaux déterminés au niveau de chacune des sociétés appartenant au groupe d'intégration fiscale :

- Diminuée **notamment** :
 - de la quote-part de 5 % des dividendes reçus d'une société du groupe, réintégrée en application du régime mère-fille ;
 - des moins-values nettes de cessions à court terme entre sociétés du groupe ;
 - des abandons de créances à caractère commercial entre sociétés du groupe, imposés chez la filiale débitrice.
- Majorée **notamment** :
 - des dotations aux provisions sur créances entre sociétés du groupe et provisions pour risques encourus du fait d'une autre société du groupe ;
 - des plus-values nettes de cessions à court terme entre sociétés du groupe ;
 - des abandons de créance à caractère commercial entre sociétés du groupe, déduits chez la société mère créancière ;
 - des charges financières liées à certaines acquisitions de sociétés (amendement Charasse).

Le bénéfice d'ensemble est imposé au taux de droit commun de l'IS et les règles de report en avant ou en arrière des déficits s'appliquent au déficit d'ensemble.

La **plus-value ou la moins-value nette à long terme d'ensemble** est égale à la somme algébrique des plus ou moins-values nettes à long terme des sociétés du groupe, sous réserve de certains ajustements.

Les **avantages** du régime de l'intégration fiscale sont nombreux. L'effet le plus évident est la compensation opérée entre les déficits réalisés par une société et les bénéfices des autres sociétés du groupe intégré.

Les **limites** posées à l'intégration fiscale visent à empêcher un actionnaire de profiter des avantages fiscaux de ce montage en se vendant « *à lui-même* » la société et en gardant le

contrôle direct ou indirect d'un holding de rachat. Les charges financières supportées par le holding de rachat ne sont plus déductibles dans cette situation (amendement Charasse). Par ailleurs, la sortie anticipée d'une société du groupe entraîne les conséquences contraignantes. En outre, certains seuils susceptibles de faire tomber le groupe dans le champ d'application de dispositions contraignantes sont appréciés au niveau du groupe, de sorte que ces seuils sont facilement franchis.

Lutte contre la sous-capitalisation

Une entreprise est présumée **sous-capitalisée** si les intérêts dus à des entreprises liées excèdent trois ratios (ratio d'endettement, ratio de couverture d'intérêts, ratio d'intérêts servis par des entreprises liées). Lorsqu'une entreprise est sous-capitalisée, la fraction des intérêts dus à des sociétés liées excédant le plus élevé de ces trois ratios, et sous réserve que cette fraction soit d'un montant supérieur à 150 000 €, ne peut être déduite au titre de l'exercice. La déduction de cette fraction d'intérêts est différée au titre des exercices suivants sous certaines limites et après application, le cas échéant, d'une décote de 5 %. Un régime similaire est applicable aux groupes intégrés.

II. Prises de participation, GIE, GEIE, location-gérance

La **prise de participation** peut prendre plusieurs formes. Les participations réciproques entre sociétés par actions sont limitées à 10 % du capital social. Les sociétés par actions ne doivent pas s'autocontrôler, en revanche, aucune obligation de revente n'est imposée. Des obligations d'information sont imposées en cas de prises de participations (information du comité d'entreprise, etc.).

Un **GIE** permet à ses membres de mettre en commun certaines de leurs activités. Ses régimes juridique et fiscal sont proches de ceux d'une SNC.

La **location-gérance** d'un fonds de commerce est soumise à des conditions de fond et de forme, et entraîne des conséquences juridiques à l'égard des deux parties au contrat. Le bailleur est imposable dans la catégorie des BIC non professionnels alors que le preneur est imposé des bénéfices qu'il réalise. L'avantage pour ce dernier est qu'il peut déduire les redevances de location.

III. Restructuration d'entreprise par fusion

Une **fusion** est une mise en commun des patrimoines de deux ou plusieurs sociétés, ce qui aboutit à la constitution d'une nouvelle entreprise ou à une prise de contrôle. Les éléments caractéristiques de la fusion sont : la **transmission universelle du patrimoine**, la **dissolution sans liquidation** de l'absorbée et l'**échange de droits sociaux**. Afin de faciliter les opérations de restructuration des entreprises, des procédures simplifiées sont prévues. Les opérations de fusion peuvent bénéficier, sous certaines conditions, d'un régime fiscal de faveur concernant l'IS et les droits d'enregistrement. Ce régime spécial s'applique également aux scissions, apports partiels d'actif et TUP.

Par la **scission**, une personne morale apporte l'intégralité de son actif à deux ou plusieurs personnes morales (nouvelles ou préexistantes). La loi assimile la scission à la fusion.

Par l'**apport partiel d'actif**, une personne morale fait apport d'une partie de son actif à une autre personne morale. Les parties peuvent décider de soumettre l'opération au régime des scissions. Dans ce cas, il s'opère la transmission des droits, biens et obligations, limitée à la branche d'activité, objet de l'apport. La notion de **branche complète et autonome d'activité** pose des difficultés.

La dissolution d'une société dont l'associé unique est une personne morale entraîne la **transmission universelle du patrimoine** (TUP) de la société à l'associé, sans qu'il y ait lieu à liquidation.

Les conséquences des opérations de restructuration en matière de **contrat de travail** sont identiques quelle que soit la forme juridique de la restructuration : les contrats en cours au jour de l'opération subsistent entre le nouvel employeur et le personnel.

EXERCICES AUTOCORRIGÉS

Ne pas envoyer à la correction

Exercice 1

ÉNONCÉ

La SA Bonnesaucisse est une société établie à Strasbourg, dont la renommée des saucisses a largement dépassé les frontières françaises. Après avoir augmenté fortement ses ventes en France, elle a conduit une politique volontariste de développement à l'international. Les différentes opérations de la SA Bonnesaucisse pour l'exercice 2012 sont les suivantes :

1. Elle dispose notamment d'une succursale en Allemagne qui comprend une usine de fabrication et un bureau de vente. Le responsable de la succursale allemande est un salarié de la SA Bonnesaucisse, qui conclut régulièrement des contrats au nom de la SA Bonnesaucisse avec les fournisseurs et les centrales de référencement allemandes. Cette succursale dégage d'importants bénéfices.

Elle détient également 100 % des actions d'une société établie en Belgique, qui y dispose de locaux et de quatre salariés, spécialisés dans la gestion de trésorerie. Cette filiale a vocation à gérer la trésorerie des entités françaises et étrangères du groupe, et elle dégage au titre de cette activité de très forts profits. En dépit d'une imposition au taux normal de l'impôt sur les sociétés belges, elle a opté pour le régime des intérêts notionnels, ce qui lui permet d'être pratiquement exonérée sur les intérêts qu'elle touche (alors que les intérêts, en droit français, sont imposables aux taux normal de l'impôt sur les sociétés).

En ce qui concerne le marché chinois, la SA Bonnesaucisse n'a dans un premier temps ouvert qu'un bureau de représentation dont la mission essentielle est de recueillir des données sur les goûts des consommateurs, afin de savoir si elle peut adapter certains de ses produits. Des frais importants sont supportés par la SA Bonnesaucisse au titre de ce bureau.

2. La SA Bonnesaucisse a pris une participation de 4 % dans la société canadienne Sausagesdevelopment Corp. qui lui verse un dividende de 100 000 \$.

Il vous est précisé que l'article 10 de la convention franco-canadienne est rédigé de la façon suivante :

« 1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

2. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet État, mais, si la personne qui reçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder :

a. 5 % du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société assujettie à l'impôt sur les sociétés qui : i) contrôle directement ou indirectement au moins 10 % des droits de vote dans la société qui paie les dividendes lorsque celle-ci est un résident du Canada ; ii) détient directement ou indirectement au moins 10 % du capital de la société qui paie les dividendes lorsque celle-ci est un résident de France ;

b. Nonobstant les dispositions de l'alinéa a, 10 % du montant brut des dividendes si ceux-ci sont payés par une société qui est un résident du Canada et une corporation de placements appartenant à des non-résidents à une société qui est un résident de France et contrôle directement ou indirectement au moins 10 % des droits de vote dans la société qui paie les dividendes ;

c. 15 % du montant brut des dividendes, dans tous les autres cas. »

L'article 23.2 de la convention franco-canadienne est rédigé de la façon suivante :

« En ce qui concerne la France, les doubles impositions sont évitées de la façon suivante :

a. Les revenus qui proviennent du Canada et qui sont imposables ou ne sont imposables qu'au Canada, conformément aux dispositions de la Convention, sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français lorsque leur bénéficiaire est un résident de France et qu'ils ne sont pas exemptés

.../...

.../... de l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française. Dans ce cas, l'impôt canadien n'est pas déductible de ces revenus, mais le bénéficiaire a droit à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français. Ce crédit d'impôt est égal :

- i) pour les revenus non mentionnés au ii, au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus ;
- ii) pour les revenus visés aux articles 10, 11 et 12, aux paragraphes 1 et 5 de l'article 13, au paragraphe 3 de l'article 15, à l'article 16, aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17, au paragraphe 3 de l'article 18 et à l'article 21, au montant de l'impôt payé au Canada conformément aux dispositions de ces articles ; il ne peut toutefois excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus. »

Par ailleurs, en raison de la crise, l'exercice 2012 se clôt sur une perte pour la SA Bonnesaucisse.

TRAVAIL À FAIRE

1. Précisez si les résultats de la filiale belge, et des succursales allemande et chinoise sont imposables en France (déductibles des résultats français dans le cas de la succursale chinoise).
2. Indiquez le traitement du dividende distribué par la société canadienne.

CORRIGÉ

Question 1

a. Succursale allemande

La succursale allemande devrait répondre à la définition de l'entreprise exploitée hors de France. Dès lors, les bénéfices réalisés par cette succursale ne seront pas imposables en France.

b. Filiale belge

En principe, les résultats des filiales étrangères ne sont pas imposables en France. Toutefois, il faut réserver l'application des mécanismes de lutte contre l'évasion fiscale. En l'espèce, il faut se demander si l'article 209 B du CGI ne peut pas trouver à s'appliquer. La SA Bonnesaucisse détient plus de 50 % des actions de la filiale belge. Par ailleurs, la filiale belge est soumise à un régime fiscal privilégié dans la mesure où les intérêts, en droit français, sont imposables aux taux normal de l'impôt sur les sociétés, alors que l'application du mécanisme des intérêts notionnels aboutit à une quasi-exonération. Dès lors, l'article 209 B du CGI est applicable. Cependant, dans la mesure où la filiale est établie dans un pays membre de l'Union européenne, l'article 209 B ne peut s'appliquer qu'en présence d'un montage artificiel destiné à contourner le droit français. En l'espèce, la filiale dispose localement de locaux, de personnels qualifiés et exerce effectivement une activité de gestion de trésorerie. Dès lors, les critères du montage artificiel ne sont pas réunis, et l'article 209 B ne peut pas être appliqué.

c. Succursale chinoise

Dans la mesure où la succursale chinoise n'a qu'une activité de prospection commerciale, elle ne devrait pas répondre à la définition d'exploitation hors de France. Dès lors les charges exposées devraient être déductibles des bénéfices de la SA Bonnesaucisse.

Question 2

Le Canada va prélever une retenue à la source à raison du dividende versé à la SA Bonnesaucisse. En application de l'article 10.2 c) de la convention franco canadienne, la retenue à la source de 25 % de droit interne canadien est ramenée à 15 %.

Le dividende est également imposable en France. En application de l'article 23 2 a) ii, la SA Bonnesaucisse a théoriquement droit à un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt à la source prélevé au Canada.

Dans la mesure où la SA Bonnesaucisse est en pertes, le crédit d'impôt ne sera pas imputable en 2012. Dans la mesure où il n'est pas reportable, il sera perdu.

Exercice 2 : Cas groupe Levieux

ÉNONCÉ

Le groupe Levieux, dirigé par la société Levieux Holding SAS, est un groupe dont l'activité consiste à exploiter des centres commerciaux. Ernest Levieux, aux commandes depuis 40 ans, souhaite aujourd'hui prendre une retraite bien méritée. Avant cela, il souhaite remettre un peu d'ordre dans son groupe.

1. Emprunt auprès de la banque Usureazur

En 2009, Levieux Holding a procédé à l'acquisition de 100 % des actions de la société Hyper Crésus SAS, société détenant un hypermarché particulièrement rentable. Les titres sont clairement identifiés comme des titres de participation dans les comptes de Levieux Holding. Pour financer cette acquisition, la Banque Usureazur a consenti un prêt de 5 millions d'€ à la société Levieux Holding. Dans l'acte de prêt, il est stipulé que si le prêt n'est pas garanti par une hypothèque à la clôture de l'exercice 2012, le taux d'intérêt sera augmenté de 300 points de base.

La société Levieux Holding étant une holding pure, Ernest Levieux ne sait pas trop comment faire, et la perspective de voir le coût de l'emprunt augmenter considérablement l'inquiète. M. Legoupil, conseiller à la banque Usureazur, a indiqué à Ernest Levieux qu'il était possible de s'arranger, notamment, si la dette était « *descendue* » au niveau de la société Hyper Crésus, société qui détient un immeuble valorisé à 6 millions d'€. Devant l'incompréhension d'Ernest Levieux, M. Legoupil lui a indiqué qu'appliquée au cas Levieux, l'expression « *descendre la dette* » impliquait que Hyper Crésus distribue un dividende de 5 millions d'€ à Levieux Holding lui permettant de se désendetter vis-à-vis de la banque, cette distribution étant financée par un emprunt de 5 millions d'€ consenti par la banque Usureazur. À cette occasion, la banque se ferait consentir une hypothèque sur l'immeuble.

Il vous est indiqué que le montant du capital social de Hyper Crésus est de 3 millions d'€ et qu'elle dispose de réserves distribuables à hauteur de 4 millions d'€.

TRAVAIL À FAIRE

1. Décrivez les différentes opérations nécessaires pour satisfaire les exigences de la banque, ainsi que leur régime juridique et fiscal (IS et droits d'enregistrement).

2. Simplification de l'organigramme

En 2009, Levieux Holding avait acquis 89 % du capital de la société Hyper 4 Holding SA, société mère à 100 % de la société Hyper 4, société détenant un centre commercial. Afin de rationaliser la structure de son groupe, Ernest Levieux aimerait faire disparaître cet échelon intermédiaire. Outre la simplification de la structure, Ernest Levieux aimerait pouvoir imputer les pertes importantes de cette société sur les bénéfices de Levieux Holding.

2. Indiquez le choix de l'opération à réaliser (régime juridique et fiscal).

3. Apport partiel d'actifs

Le fils d'Ernest Levieux a créé avec des amis la société Levieux Junior SAS. Sous l'impulsion de ses créateurs, la société a développé deux branches d'activité bien distinctes, l'activité animation de centres commerciaux et l'activité décoration de centres commerciaux. Chaque branche dispose d'un personnel propre, de locaux séparés et est placée sous la direction d'un directeur général spécifique. Fin 2012, la société Levieux Junior SAS a fait apport à la société Hyper 1 SAS de sa branche d'activité « décoration de centres commerciaux ». Cet apport partiel d'actifs a été soumis au régime des scissions par une clause expresse du traité d'apport.

Début 2013, la société Hyper 1 a poursuivi le règlement d'une facture, émise en juin 2012 par la société Levieux Junior, et relative aux travaux d'embellissement du centre commercial d'un concurrent et ennemi juré d'Ernest Levieux, Achille Grincheux. Ce dernier se refuse au paiement de la facture. Il invoque que la société Hyper 1 n'apporte pas la preuve de la cession de la créance liée à la facture litigieuse dans la mesure où le traité d'apport ne mentionnait pas cette facture particulière dans les éléments apportés.

3. Expliquez pourquoi Hyper 1 peut obtenir le paiement de la facture.

CORRIGÉ**Question 1**

Il faut que Hyper Crésus distribue un dividende de 5 millions d'€. Dans la mesure où Hyper Crésus ne dispose que de 4 millions d'€ de réserves distribuables, il faut envisager une réduction de capital de 1 million d'€, avec remboursement en numéraire du montant de la réduction à Levieux Holding. Il s'agira d'une réduction de capital non motivée par des pertes.

La réduction de capital doit être décidée par une AGE. Elle peut prendre la forme soit d'une réduction du nombre de titres, soit d'une réduction du nominal des titres. Hyper Crésus devra également décider de procéder à une distribution exceptionnelle de réserves pour 4 millions d'€.

La distribution totale de 5 millions d'€ sera financée par un emprunt auprès de la Banque Usureazur. Une hypothèque conventionnelle sera constituée en garantie de ce prêt, et constatée par un acte authentique.

Fiscalement, la chronologie des opérations est importante. Il convient dans un premier temps de procéder à la distribution de l'intégralité des réserves distribuables. Cette distribution pourra bénéficier du régime des sociétés mères-filles (détenion de plus de 5 % des actions de Hyper Crésus depuis plus de 2 ans, comptabilisation en titres de participation). Au niveau de Levieux Holding, la distribution sera donc extournée extra-comptablement, sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges de 5 %. La réduction ultérieure de capital pourra alors être regardée comme un remboursement d'apports au sens de l'article 112,1° du CGI, dans la mesure où il n'existe plus de réserves distribuables. Cette distribution s'effectue en franchise d'impôt.

La réduction de capital sera enregistrée moyennant paiement d'un droit de 500 €. En l'absence de liquidation de Hyper Crésus, le droit de partage ne sera pas applicable.

Question 2

Dans la mesure où Levieux Holding ne détient pas 100 % des actions ou 90 % des droits de vote de Hyper 4 Holding, la voie de la fusion simplifiée ou de la transmission universelle de patrimoine n'est pas ouverte. Il faut donc procéder à une fusion de Hyper 4 Holding dans Levieux Holding.

Cette fusion doit impérativement être réalisée aux valeurs comptables, la société Levieux Holding contrôlant avant l'opération la société Hyper 4 Holding. Les actionnaires minoritaires de Hyper 4 Holding recevront des titres Levieux Holding en échange de leurs titres Hyper 4 Holding.

Cette fusion, intervenant entre deux sociétés soumises à l'IS, pourra bénéficier du régime de faveur prévu par l'article 210 A du CGI sous réserve de la prise de certains engagements dans le traité de fusion. La plus-value éventuellement dégagée à l'occasion de cet échange ne sera pas imposable. En ce qui concerne les déficits, conformément à l'article 209, II du CGI, la transmission des déficits de l'absorbée à l'absorbante nécessite l'obtention d'un agrément. En l'espèce, le fait que Hyper 4 Holding soit une pure holding fait obstacle à ce que l'agrément soit délivré (Rép. de Richemont, Sénat, 30 mars 2006).

Question 3

Société apporteuse et société bénéficiaire peuvent soumettre d'un commun accord un apport partiel d'actifs au régime des scissions (art. L. 236-22, C. com.). L'intérêt de cette option, qui doit être expresse, est de permettre la transmission universelle à la société bénéficiaire de tous les droits, biens et obligations relatifs à la branche apportée, même s'il s'agit de biens, droits et obligations qui ne figurent pas dans le traité par suite d'un oubli. Le bénéfice de la transmission universelle nécessite cependant que l'apport porte réellement sur une branche « *complète et autonome* » d'activité.

En l'espèce, l'option a été expressément effectuée dans le traité d'apport. Par ailleurs, la branche d'activité apportée était bien une branche complète et autonome d'activité. Dès lors, les conditions posées à la transmission universelle de patrimoine de la société Levieux Junior Holding à la société Hyper 1 relativement à la branche apportée étaient réunies.

En conséquence, la créance a bien été transmise à la société Hyper 1, qui peut en poursuivre le recouvrement (Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-16417).

INDEX

- Acquisition intracommunautaire 26
 Affacturage 82
 Amendement Charasse 133, 134, 135
 Amortissement du capital 59
 Apport en compte courant 67
 Apport partiel d'actif 188, 189
 Association d'actionnaires 107
 Assujetti 31
 Augmentation de capital 49, 50
 Augmentation de capital par conversion ou incorporation 54
 Autocontrôle 121
 Autorité des marchés financiers (AMF) 109
 Bail commercial 171
 Boni de fusion 182
 Branche complète et autonome d'activité 190
 Cautionnement 93
 Cautionnement réel 96
 Centre de logistique 16
 Cessation d'entreprise 186
 Cessation du groupe intégré 141
 Clause antidilution 63
 Clause de plafonnement des participations 64
 Clause d'exclusion 65
 Clause d'indemnisation 140
 Comité de groupe 148, 149
 Comité d'entreprise 167
 Comité d'entreprise européen 148, 150
 Commissaire à la fusion 168
 Concours à durée indéterminée autres qu'occasionnels 79
 Convention d'intégration 139
 Coup d'accordéon 56
 Crédit à court terme 75
 Crédit à moyen terme 75
 Crédit-bail 89
 Crédit-bail immobilier 92, 93
 Crédit-bail mobilier 89, 92
 Crédit sans mobilisation des créances 88
 Cycle commercial complet 12
 Déclaration de conformité 167
 Découvert 76
 Délit d'entrave 123
 Déneutralisation des titres de participation 142
 Détachement à l'étranger auprès d'une société du groupe 154
 Détachement d'un salarié auprès d'une filiale 153
 Droit à la négociation collective 150
 Droit de rétention 96
 Droit de suite 96
 Droit d'opposition 171
 Droit préférentiel de souscription 51
 Échange intracommunautaire 24
 Emprunt obligataire 72
 Escompte 81
 Établissement autonome 11
 Établissement stable 13, 33
 Eurolist 108
 Exportation de biens 21
 Facilité de caisse 75
 Fiducie 119
 Fusion 165
 Fusion-absorption 170
 Fusion-allotissement 172, 173
 Fusion-renonciation 172
 Gage avec dépossession 97
 Gage sans dépossession 97
 Groupe de dimension communautaire 150
 Groupe de sociétés 115
 Groupement d'intérêt économique 155
 Groupement européen d'intérêt économique 158
 Groupe TVA 148
 Holdings 119
 Hypothèque 100
 Hypothèque conventionnelle 101
 Hypothèque judiciaire 100
 Hypothèque légale 100
 Importation de biens 23
 Intégration fiscale 125
 Lettre d'intention 96
 Location de moyens de transport 41
 Location de moyens de transport de courte durée 34
 Location-gérance de fonds de commerce 159
 Mali de fusion 183
 Mali technique 183
 Mandat d'intérêts communs 164
 Masse des obligataires 74
 Monopole bancaire 68
 Obligation 72
 Obligation de déclaration des franchise-ments de seuil de participation 121
 Obligation de déclaration d'intention 123
 Obligation d'information comptable 123

- Offre au public de titres financiers 104
- Opérations de portage 118
- Pacte comportant des clauses de l'associé le plus favorisé 63
- Pacte d'actionnaires 60
- Pacte de préférence 63
- Pacte d'interdiction d'aliéner 64
- Participation réciproque (ou croisée) 120, 174
- Période intercalaire 170
- Preneur 32
- Prestation accessoire au transport 37
- Prestation culturelle 36
- Prestation des agences de voyages 36
- Prestation de services immatérielles 38
- Prestation de transport de passagers 35
- Prestation de transport intracommunautaire de biens 36
- Prêt bancaire 88
- Prise de participation 117
- Privilège 102
- Privilège général 102
- Privilège spécial 103
- Privilège spécial immobilier 103
- Privilège spécial mobilier 103
- Projet de fusion 167
- Provision pour perte de rétroactivité 170
- Réduction de capital non motivée par des pertes 56
- Réduction du capital 49, 56
- Régime des sociétés mères et filiales 124
- Représentant dépendant 12, 13
- Résidence habituelle 33
- Rompus 175
- Rupture du crédit 79
- Scission de sociétés 185
- Service de radiodiffusion et de télévision 41
- Service fourni par voie électronique 40
- Service se rattachant à un immeuble 35
- Sortie anticipée d'une société du groupe 144
- Sortie d'une société du groupe intégré 140
- Sûreté personnelle 93
- Sûreté réelle 93
- Taux conventionnel 77
- Taux effectif global 77
- Transmission d'une branche complète d'activité 188
- Transmission universelle de patrimoine 192
- Transport international 42
- Transport international de marchandises 42
- Transport international de voyageurs 42
- Travail et expertise portant sur des biens meubles corporels 37
- Usure 78
- Vente à consommer sur place 36
- Vrai mali 183

À envoyer à la correction
Auteur : Sophie SABATHIER

INFORMATIONS IMPORTANTES

Les devoirs doivent être rédigés de façon pertinente, complète et concise.

Afin d'éviter l'inflation de la taille des devoirs par copier-coller et/ou par développements hors sujet et inutiles, un devoir ne peut comporter au maximum que **6 pages recto** (police 12, interligne simple).

Seules les 6 premières pages seront corrigées.

En cas de constatation de copies présentant des similitudes troublantes entre elles, aucune des copies concernées ne sera notée.

Pour augmenter vos chances de réussir l'épreuve, il est impératif que vous vous entraîniez chez vous à faire des devoirs dans des conditions similaires à celles de l'examen, c'est-à-dire sur support papier.

EXERCICE 1 : OPÉRATIONS SUR LE CAPITAL (16 POINTS)

Le groupe Rossi fabrique et commercialise des batteries destinées au grand public et aux industriels.

La société holding française Rossi SA est la société mère du groupe.

À partir de 2010, cette société a rencontré des difficultés qui ont conduit son dirigeant à rechercher de nouveaux investisseurs. C'est dans ce contexte que, le 31 octobre 2010, la société Rossi SA a émis un emprunt obligataire de 10 500 000 € constitué de 1 400 obligations remboursables en actions et en numéraire (ORA) d'une valeur chacune de 7 500,00 € remboursables en trois tranches selon les modalités suivantes :

- la tranche A, le 31 octobre 2011, à raison de 3 250 actions ;
- la tranche B, le 31 octobre 2012, à raison de 3 250 actions ;
- la tranche C, le 31 décembre 2013, en actions ou en numéraire, au choix de l'émetteur.

Les conditions d'emprunt prévoyaient que les ORA porteraient intérêt au taux de 3,5 % l'an, capitalisés conformément aux dispositions de l'article 1154 du Code civil et payables au terme de l'emprunt. En définitive, 1 050 ORA ont été souscrites par différents investisseurs pour un montant total de 7 875 000 €.

Les difficultés financières de la société Rossi SA ont persisté, et les dirigeants ne sont pas parvenus à mobiliser un refinancement à court terme. La SA Forever Industrie a manifesté son intérêt pour un investissement dans le capital de la société Rossi SA. Un accord a été conclu avec la société Forever aux termes duquel celle-ci s'est engagée à investir la somme de 6 millions d'€ à la condition que la société Rossi SA procède, dans un premier temps, à une réduction du capital à zéro, et, dans un second temps, à une augmentation de capital avec une suppression du droit préférentiel de souscription (DPS) à son profit. La réduction du capital à zéro avait pour conséquence d'annuler les ORA sans que n'ait été recueillie l'approbation de l'assemblée des porteurs d'ORA sur la décision de réduire le capital à zéro.

Le 6 juin 2013, l'assemblée générale extraordinaire (AGE) de la société Rossi SA a voté le principe de la réduction du capital à zéro, de l'augmentation de capital et la suppression du DPS au profit de la SA Forever.

Le 17 juin 2013, le conseil d'administration de la société Rossi SA, dans le cadre des pouvoirs qui lui avaient été conférés par l'AGE du 6 juin 2013, a procédé à une réduction de capital à zéro et mis en place une augmentation de capital en numéraire.

Le 3 juillet 2013, le conseil d'administration de la société Rossi SA a constaté l'annulation de la totalité des ORA émises le 31 octobre 2010.

TRAVAIL À FAIRE

1. Définissez le « coup d'accordéon » avant de préciser les conditions de validité d'une telle opération et les conséquences pour les titulaires d'ORA. (4 points)
2. Précisez à quelles conditions l'augmentation de capital peut être décidée par le Conseil d'administration (ou le directoire) dans une SA. (2 points)
3. Expliquez par quel mécanisme l'augmentation de capital sera réservée à la société Forever. (2 points)

Les actionnaires minoritaires souhaiteraient contester cette décision. Ils font valoir que la question d'une augmentation de capital réservée avait été inscrite à l'ordre du jour de l'AGE, mais pas celle de la suppression du droit préférentiel de souscription (DPS) corrélative. En outre, ils souhaiteraient solliciter une expertise de gestion sur l'augmentation de capital projetée.

4. Qu'en pensez-vous ? Pour répondre à cette question, vous vous appuyerez sur les deux arrêts rendus par la Cour de cassation ci-joints en annexe. (4 points)

Les obligataires contestent également la décision de réduction du capital à zéro en faisant valoir qu'ils auraient dû être consultés.

5. Le représentant de la masse des porteurs d'ORA peut-il solliciter l'annulation de cette décision ? (2 points)

M. Tino, ami du PDG de la société Rossi SA et actionnaire minoritaire de la société (3 %), qui bénéficiait d'un accord extrastatutaire, signé du PDG et actionnaire principal de la société, établit qu'en cas de transfert des titres de la société Rossi SA, il bénéficierait d'une priorité de rachat sur 30 % des titres. Il souhaiterait faire valoir cette priorité et considère que tout le montage a été fait au mépris de cet accord. Il souhaiterait faire annuler la délibération ayant voté l'augmentation de capital pour être substitué à la société Forever.

6. Est-ce possible ? (2 points)

EXERCICE 2 : DROIT DES GARANTIES (4 POINTS)

La banque BPN consent un prêt à la société Totalpack, filiale de la société Pluspack SAS. La banque a obtenu une lettre de parrainage du Président-directeur général de la société mère dans laquelle il s'engage à faire en sorte que sa filiale respecte ses engagements envers la BPN.

Face à la défaillance de la société emprunteuse, la BPN actionne en paiement la société Pluspack qui refuse d'assumer son engagement.

TRAVAIL À FAIRE

1. Qualifiez l'engagement de la société mère. (2 points)
2. Quelle est l'efficacité de l'engagement de la société mère ? (2 points)



ANNEXE 1

Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17.256

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 3 février 2011), que le capital de la société anonyme Lioser, qui avait, en 1998, conclu avec la société ITM Entreprises un contrat d'enseigne d'une durée de dix ans pour l'exploitation d'un supermarché alimentaire, était détenu à concurrence de 66% par M. et Mme X..., le solde, soit 34 %, étant détenu en nue-propriété par la société ITM Région parisienne (la société ITM), filiale de la société ITM entreprises, et en usufruit par M. X... ; que le 29 juin 2007, une assemblée générale des actionnaires de la société Lioser, à laquelle n'assistait pas la société ITM, qui y avait été convoquée, a décidé une augmentation du capital social réservée aux salariés ayant la qualité d'adhérents à un plan d'épargne d'entreprise et a supprimé le droit préférentiel de souscription ; qu'ont été émises cent soixante-quatorze actions nouvelles, dont cent soixante-cinq ont été souscrites par M. X... ; qu'après que la société Lioser eut notifié à la société ITM entreprises sa décision de ne pas renouveler le contrat d'enseigne à son échéance, la société ITM l'a fait assigner aux fins d'annulation des résolutions n° 5 et 6 adoptées par l'assemblée du 29 juin 2007 ;

Attendu que la société Lioser et M. X... font grief à l'arrêt d'accueillir cette demande alors, selon le moyen :

1°/ que le capital social d'une société anonyme peut être augmenté, notamment par émission d'actions nouvelles, les anciennes comportant un droit préférentiel de souscription qui est d'ordre public ; que la loi offre néanmoins à l'assemblée générale qui décide cette augmentation la faculté de supprimer alors ce droit ; qu'elle lui permet aussi de réserver cette augmentation à certains bénéficiaires, quels qu'ils soient, auquel cas ladite réserve emporte, nécessairement, exclusion du droit préférentiel ; qu'il s'ensuit qu'une convocation à une assemblée générale extraordinaire pour y proposer une augmentation de capital réservée à des personnes particulières emporte, nécessairement, convocation à voter la suppression du droit préférentiel sans laquelle cette réserve est à tous égards impossible ; qu'en décidant dès lors d'annuler les résolutions 5 et 6, au motif que l'assemblée ne pouvait délibérer sur la question de la suppression du droit préférentiel, qui ne figurait pas à l'ordre du jour de la convocation, quand cette dernière invitait explicitement les actionnaires à se prononcer sur une « augmentation du capital social réservée aux salariés dans les conditions prévues à l'article L. 443-5 du Code du travail, en application de l'article L. 225-129-6 du Code de commerce », ce qui emportait, nécessairement, convocation à voter sur une suppression du droit préférentiel, la cour d'appel a violé l'article L. 225-105 alinéa 3 du Code de commerce, ensemble les articles L. 225-135 et L. 225-138 du même code ;

2°/ que pour annuler les résolutions n° 5 et 6 de l'assemblée générale extraordinaire appelée à voter l'augmentation de capital réservée au profit des salariés, dans les conditions de l'article L. 3332-18 du Code du travail, la cour d'appel a retenu que s'il était obligatoire de présenter tous les trois ans un projet de résolution à cette fin, il n'était pas obligatoire de l'adopter, de sorte que l'assemblée convoquée pour le 29 juin 2007 n'était pas davantage tenue de l'adopter ; qu'en se déterminant par de tels motifs, inopérants, la cour a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 225-105 alinéa 3, L. 225-135 et L. 225-138 du Code de commerce ;

3°/ que pour justifier l'annulation des résolutions n° 5 et 6 de l'assemblée générale extraordinaire appelée à voter l'augmentation de capital réservée au profit des salariés, dans les conditions du Code du travail, la convocation à cette assemblée ne faisant pas explicitement état d'une suppression du droit préférentiel, la cour d'appel a retenu que l'article L. 225-138 du Code de commerce disait que l'assemblée générale qui décide une augmentation de capital réservée « peut (le) supprimer » ; que cependant ce verbe « pouvoir » vise, non pas la faculté de supprimer ou non le droit préférentiel en cas d'augmentation réservée puisque cette suppression est alors nécessaire, mais la faculté de déroger au principe d'ordre public du droit préférentiel ; qu'en suggérant dès lors, sur le fondement du texte visé, que la convocation à voter l'augmentation de capital réservée n'emportait pas nécessairement suppression de ce droit, de sorte que l'éventualité du vote d'une telle suppression, facultative, devait être explicitement prévue par la convocation, en plus de l'invitation à voter l'augmentation réservée, la cour d'appel a violé par fausse application l'article sus visé ;

4°/ que pour justifier l'annulation des résolutions n° 5 et 6 de l'assemblée générale extraordinaire appelée à voter l'augmentation de capital réservée au profit des salariés, dans les conditions du Code du travail, la convocation à cette assemblée ne faisant pas explicitement état d'une suppression du droit préférentiel, la cour d'appel a retenu que la convocation ne comportait aucune référence au rapport spécial du conseil

.../...

.../... d'administration et au rapport spécial des commissaires aux comptes ; qu'en se déterminant ainsi, quand la question de la nécessité de l'indication de cette référence dans la convocation n'avait pas été discutée par les parties, la cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile ;

Mais attendu que selon l'article L. 225-105, alinéa 3, du Code de commerce, sous réserve de la dérogation qu'il prévoit, l'assemblée générale des actionnaires ne peut délibérer sur une question qui n'est pas inscrite à l'ordre du jour ; qu'il résulte de l'article L. 225-138, I, du même code que la suppression du droit préférentiel de souscription pour les besoins de la réalisation d'une augmentation de capital réservée doit être soumise au vote de l'assemblée ; qu'ayant constaté que l'assemblée générale des actionnaires de la société Lioser avait voté la suppression du droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital à laquelle elle décidait de procéder sans que cette question ait été inscrite à l'ordre du jour, la cour d'appel en a exactement déduit, [...], que les résolutions litigieuses devaient être annulées ; [...]

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ; [...]

ANNEXE 2

Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-18.312

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 223-37, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ;

Attendu que, selon ce texte, un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société René X... Viandes en gros (la société) ayant pour associés M. René X..., Mme Patricia X... et Mme Sylvie X..., respectivement titulaires de 380, 60 et 60 des 500 parts représentant le capital social, a été mise en redressement judiciaire le 3 septembre 2008 ; qu'un jugement du 28 octobre 2009 a arrêté un plan de redressement prévoyant l'augmentation du capital social ; que Mme Sylvie X... a demandé la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur la valeur des parts sociales et l'intérêt de l'opération envisagée pour la société ;

Attendu que pour accueillir cette demande et ordonner à la société de surseoir à la tenue de l'assemblée des associés appelée à se prononcer sur l'augmentation du capital social et la modification corrélative des statuts dans l'attente du dépôt du rapport de l'expert, l'arrêt retient que la désignation d'un expert est un droit offert à un associé minoritaire détenant au minimum le dixième du capital social ; qu'il ajoute qu'une augmentation de capital est une opération de gestion ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la décision d'augmenter le capital social, qui relève des attributions de l'assemblée des associés, ne constitue pas une opération de gestion, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

[...]

PAR CES MOTIFS, [...] : CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu entre les parties, le 22 mars 2011, par la cour d'appel de Lyon ; [...]

À envoyer à la correction

Auteur : Claude TINES

INFORMATIONS IMPORTANTES

Les devoirs doivent être rédigés de façon pertinente, complète et concise.

Afin d'éviter l'inflation de la taille des devoirs par copier-coller et/ou par développements hors sujet (donc inutiles), ce devoir doit comporter **au maximum 6 pages recto** (police 12, interligne simple).

Seules les 6 premières pages seront corrigées.

En cas de constatation de copies présentant des similitudes troublantes entre elles, aucune des copies concernées ne sera notée.

Pour augmenter vos chances de réussir l'épreuve, il est impératif que vous vous entraîniez chez vous à faire des devoirs dans des conditions similaires à celles de l'examen, c'est-à-dire sur support papier.

EXERCICE 1 : SOCIÉTÉ ALINE (9 POINTS)

M. Alain, président du Conseil d'administration de la SA Aline, a une stratégie de développement pour cette société par croissance externe. Celle-ci envisage d'acquérir un certain nombre d'actions ou de parts d'autres sociétés. M. Alain ayant un profil plutôt commercial, souhaite que vous lui définissiez différents termes juridiques qu'il a vus dans la presse économique.

TRAVAIL À FAIRE

1. Donnez une définition sommaire des quatre termes suivants : groupe de sociétés, contrôle de société, participation au capital et filiale. (2 points)

Après avoir acquis différentes actions ou parts de sociétés, la structure du capital des sociétés dont certains titres sont détenus par la SA Aline se présente ainsi :

- SA Amandine détenue à 96 % par la SA Aline ;
- SARL Armelle soumise à l'IS, détenue à 91 % par la SA Amandine et à 6 % par la SA Aline ;
- SNC Aventure soumise à l'IS, détenue à 70 % par la SA Amandine et à 28 % par la SA Aline.

Toutes ces sociétés sont établies en France et clôturent leur exercice à la même date.

M. Alain souhaite que l'ensemble ainsi formé opte pour le régime de l'intégration fiscale.

2. Après avoir rappelé sommairement les conditions d'imposition des filiales et le pourcentage de détention nécessaire pour bénéficier du régime d'intégration fiscale, vérifiez si chacune de ces sociétés est éligible à ce régime. (3 points)

Indépendamment de la réponse à la question numéro 2, M. Alain prend la responsabilité que l'ensemble des filiales soient intégrées fiscalement avec la société Aline comme mère intégrante à compter de l'exercice 2012. Pour l'exercice 2013, les résultats des différentes sociétés sont les suivants :

Chiffres en k€				
Éléments	Aline ⁽¹⁾	Amandine	Armelle	Aventure
Compte de résultat des sociétés 31/12/2013 (Exercice de 12 mois)				
Produits hors éléments ci-dessous	30 600	15 200	12 100	9 800
Charges hors éléments ci-dessous	- 25 700	- 13 400	- 10 050	- 12 500
Abandon de créance à caractère commercial par Aline à Aventure	- 1 260			1 260
Abandon de créance à caractère financier par Aline à Aventure	- 800			
Provision sur créance douteuse Aventure	- 550	- 250	- 150	
RÉSULTAT COMPTABLE AVANT IS	2 290	1 550	1 900	- 1 440

(1) La société Aline a un déficit cumulé à reporter avant intégration fiscale, son montant est de 1 000 k€.

3. Déterminez le résultat fiscal de chaque société **et** le résultat d'ensemble de l'exercice 2013. (4 points)

EXERCICE 2 : SOCIÉTÉ BERTRAND (2 POINTS)

La société Bertrand a deux filiales : la SA Blaise détenue à 98 % et la SARL Bruno à 96 %.

La SA Blaise est une société d'expertise-comptable et la SARL Bruno une société de commissariat aux comptes. M. Philippe, expert-comptable stagiaire, est salarié par la SA Blaise car ce cabinet lui affecte essentiellement des dossiers d'expertise-comptable. Cependant, dans le cadre de son stage réglementaire d'expertise-comptable, il doit avoir un minimum d'activité en commissariat aux comptes. Aussi, M. Philippe est détaché auprès de la SARL Bruno pour certains dossiers de commissariat aux comptes. Une fois diplômé d'expertise-comptable, M. Philippe devient expert-comptable et commissaire aux comptes. Il est contacté par un client de la SARL Bruno pour devenir commissaire aux comptes en remplacement de la SARL Bruno dont le mandat arrive à échéance. M. Philippe ayant signé une clause de non-concurrence avec la SA Blaise, se demande s'il peut accepter ce client.

TRAVAIL À FAIRE

Au regard de la clause de non-concurrence qu'il a signée avec la société Blaise (en ne prenant pas en considération la réglementation professionnelle des activités d'expertise-comptable et de commissariat aux comptes), M. Philippe peut-il accepter un ancien client de la SARL Bruno ? (2 points)

EXERCICE 3 : SOCIÉTÉ CHRISTINE (9 POINTS)

La SA Christine envisage d'absorber sa filiale, la SARL Juillette, qu'elle détient à 65 %.

Mme Diane, Présidente du directoire, souhaite que cette opération se fasse rapidement.

TRAVAIL À FAIRE

1. Indiquez s'il existe des procédures allégées dans le cadre de l'absorption envisagée par la SA Christine. (1 point)

En l'état des discussions entre les deux parties, les éléments financiers seraient les suivants :

- le capital de la SA Christine est de 200 000 actions de valeur nominale de 110 € (la valorisation pour la fusion serait de 160 €) ;
- le capital de la SARL Juillette est de 160 000 parts de valeur nominale de 90 € (la valorisation pour la fusion serait de 140 €) ;
- le prix d'acquisition du titre par la SA Christine est de 105 €.

2. Il serait envisagé la solution d'une fusion-renonciation. Après avoir rappelé la définition de fusion-renonciation, calculez le montant de l'augmentation de capital et celui de la prime de fusion. (3 points)

Avant de préparer la rédaction du projet de fusion, Mme Diane souhaite avoir des précisions sur le coût fiscal de l'opération envisagée.

3. Après avoir rappelé les conditions d'application du régime fiscal de faveur des fusions, indiquez à Mme Diane si l'opération envisagée peut bénéficier de ce régime fiscal de faveur. (2 points)

Mme Diane s'interroge sur la différence de valeur du titre Juillette entre son prix d'achat et sa valorisation pour la fusion.

4. Après avoir qualifié et chiffré cette différence de valeur, précisez son traitement fiscal à l'occasion de la fusion. (3 points)