

---

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

---

Année 2013-2014

Ce fascicule comprend :  
La série 4  
Le devoir 6 à envoyer à la correction

le cnam  
Institut national des techniques  
économiques et comptables intec

## **ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ TRANSMISSION ET DISPARITION DE L'ENTREPRISE ASSOCIATIONS ET AUTRES ORGANISMES À BUT NON LUCRATIF**

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

**CNED**

Xavier DELPECH  
Hervé KRUGER  
Marie-Claude RIALLAND  
Jacques VERNET  
Haiying WANG-FOUCHER

W2111-F4/4

**Les auteurs :**

Xavier DELPECH : Rédacteur chez Dalloz, maître de conférences associé à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Hervé KRUGER : Expert-comptable, chargé de cours au Cnam.

Marie-Claude RIALLAND : Professeur agrégé d'économie-gestion au lycée J.-B. Poquelin.

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

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

⟨••• [www.cnamintec.fr](http://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).

## ⟨... OBJECTIFS ...⟩

L'entrepreneur individuel, ou la société civile ou commerciale par sa forme, et également bien d'autres groupements, peuvent être soumis à des difficultés. Le législateur a prévu plusieurs types de procédures permettant soit de prévenir les difficultés, soit d'entamer une conciliation avec les créanciers. Il a, par ailleurs, prévu une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire. Lorsqu'aucun espoir de redressement de l'entreprise n'est possible, celle-ci sera mise en liquidation judiciaire.

L'entreprise peut faire l'objet d'une transmission, suivant certaines modalités.

Mais l'entreprise peut disparaître par cessation d'activité dans le cas de l'entreprise individuelle, ou par dissolution s'il s'agit d'une société.

Le programme prévoit, par ailleurs, une étude des associations et autres organismes à but non lucratif, dont le nombre est très important et qui ont pour certains une grande activité.





# TABLE DES MATIÈRES

## PARTIE 9. ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ 9

### TITRE 1. LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES..... 10

#### Chapitre 1. La détection des difficultés .....10

Section 1. L'information comptable.....10

Section 2. L'information publique.....12

#### Chapitre 2. La procédure d'alerte.....13

Section 1. L'alerte par les commissaires aux comptes .....13

Section 2. L'alerte par les associés .....16

Section 3. L'alerte par le comité d'entreprise.....18

Section 4. L'alerte par le président du tribunal de commerce.....20

#### Chapitre 3. La procédure de conciliation.....21

Section 1. L'ouverture de la procédure de conciliation .....21

Section 2. L'intervention du juge .....22

#### Chapitre 4. Le mandataire *ad hoc* .....24

Section 1. Les entités concernées .....24

Section 2. Le mandataire *ad hoc*.....25

#### Chapitre 5. L'intervention des pouvoirs publics.....26

Section 1. La commission des chefs des services financiers (CCSF).....26

Section 2. Les commissions d'action publique en matière économique et financière .....26

Section 3. Les CODEFI et CIRI.....26

Section 4. Le médiateur du crédit aux entreprises.....27

Section 5. La création de fonds ou banques d'investissement.....27

Section 6. La nomination des commissaires régionaux au redressement productif .....27

Section 7. La rénovation du FDES.....27

### TITRE 2. LES PROCÉDURES COLLECTIVES ..... 28

#### Chapitre 1. Les principes généraux des procédures collectives.....28

Section 1. Le contexte des procédures collectives.....28

Section 2. Les entités visées pour l'ouverture d'une procédure collective .....29

Section 3. Les intervenants à la procédure .....33

<b>Chapitre 2. L'ouverture d'une procédure collective.....</b>	<b>37</b>
Section 1. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde.....	37
Section 2. L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire .....	39
<b>Chapitre 3. Les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective .....</b>	<b>44</b>
Section 1. Les conséquences à l'égard de la société .....	44
Section 2. Les conséquences à l'égard des associés.....	52
Section 3. Les conséquences à l'égard des créanciers .....	55
Section 4. Les conséquences à l'égard des dirigeants sociaux.....	60
Section 5. Les conséquences à l'égard des salariés .....	70
<b>TITRE 3. L'ASPECT COMMUNAUTAIRE DU DROIT DES ENTREPRISES EN         DIFFICULTÉ.....</b>	<b>73</b>
<b>Chapitre 1. Le champ d'application du règlement européen.....</b>	<b>73</b>
Section 1. Une procédure d'insolvabilité.....	73
Section 2. Un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux dans un État européen.....	73
<b>Chapitre 2. Le fonctionnement du système européen .....</b>	<b>74</b>
Section 1. La distinction entre la procédure principale et les procédures secondaires .....	74
Section 2. La loi applicable.....	75
<b>PARTIE 10. TRANSMISSION ET DISPARITION DE L'ENTREPRISE</b>	<b>79</b>
<b>TITRE 1. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE .....</b>	<b>79</b>
<b>Chapitre 1. La transmission à titre onéreux .....</b>	<b>79</b>
Section 1. La cession du fonds de commerce .....	79
Section 2. La cession de droits sociaux.....	95
<b>Chapitre 2. La transmission à titre gratuit.....</b>	<b>111</b>
Section 1. Les conséquences du décès du chef de l'entreprise individuelle ou de l'associé d'une société.....	111
Section 2. La donation de l'entreprise ou des droits sociaux .....	119
Section 3. La fiscalité de la transmission à titre gratuit de l'entreprise .....	121
<b>TITRE 2. LA DISPARITION DE L'ENTREPRISE .....</b>	<b>129</b>
<b>Chapitre 1. La cessation d'activité de l'entreprise individuelle : régime         juridique et fiscal .....</b>	<b>129</b>
Section 1. Le régime juridique de la cessation d'activité de l'entreprise individuelle.....	129
Section 2. Les conséquences fiscales de la cessation d'activité d'une entreprise individuelle.....	131

**Chapitre 2. La dissolution de la société : régime juridique et fiscal .....131**

Section 1. Le régime juridique de la dissolution d'une société .....132

Section 2. Le régime fiscal de la dissolution d'une société.....136

**PARTIE 11. ASSOCIATIONS ET AUTRES ORGANISMES À BUT  
NON LUCRATIF ..... 141****TITRE 1. LES ASSOCIATIONS..... 141****Chapitre 1. Le régime juridique .....141**

Section 1. La définition de l'association et de différentes associations.....141

Section 2. La création et la dissolution d'une association .....143

Section 3. Le fonctionnement de l'association .....146

Section 4. Le contrôle légal de l'association .....153

**Chapitre 2. Le régime fiscal des associations .....153**Section 1. La détermination du caractère lucratif d'un organisme sans but  
lucratif.....154

Section 2. La franchise d'impôt.....155

Section 3. Les revenus patrimoniaux .....156

**TITRE 2. LES FONDATIONS ET AUTRES ORGANISMES À BUT NON  
LUCRATIF ..... 156****Chapitre 1. Les fondations .....156**

Section 1. La définition et les textes applicables .....156

Section 2. Les différentes fondations .....157

**Chapitre 2. Le fonds de dotation .....160****EXERCICES AUTOCORRIGÉS ..... 161****INDEX ..... 167****DEVOIR 6 ..... 169**





# ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

Partie rédigée par Xavier DELPECH, Jacques VERNET et Haiying WANG-FOUCHER

Le droit des entreprises en difficulté présente traditionnellement un caractère répressif très marqué. Depuis une quarantaine d'années, le **redressement de l'entreprise**, essentiellement au nom de la **préservation de l'emploi**, constitue l'objectif prioritaire poursuivi par le législateur, mais celui-ci est en pratique loin d'être rempli : la grande majorité des procédures collectives débouche, en effet, sur la liquidation de l'entreprise.

Le droit des entreprises en difficulté comprend deux corps de règles :

- d'abord un **volet préventif**, destiné à permettre au chef d'entreprise, d'une part, de mieux déceler les signes annonciateurs de ses difficultés et d'empêcher l'évolution d'une situation compromise et, d'autre part, d'y remédier avant que l'entreprise ne soit en état de cessation des paiements ;
- ensuite un **volet curatif** : ce sont les **procédures collectives** *stricto sensu* qui sont très contraignantes tant pour le débiteur que pour ses créanciers. Ces procédures visent à organiser, sous l'égide du tribunal, le redressement, la cession ou la liquidation de l'entreprise en difficulté.

Cette approche est aujourd'hui remise en question. En effet, la procédure de sauvegarde serait une sorte de « *procédure collective préventive* ». Elle se rattache, suivant les règles qui lui sont applicables, aux procédures préventives ou bien aux procédures collectives.

Le droit des entreprises en difficulté est devenu un **droit très compliqué et peu lisible**, marqué par l'existence de nombreuses procédures différentes qui se chevauchent et entre lesquelles le chef d'entreprise a souvent du mal à faire son choix ; d'autant que ce droit a fait l'objet, au cours de ces dernières années, de nombreuses réformes et se traduit, par conséquent, par la coexistence de plusieurs législations.

## REMARQUE

Le 13 novembre 2013, le Gouvernement a annoncé une réforme du droit des entreprises en difficulté afin de renforcer les chances de redressement des entreprises en difficulté. Plus concrètement, les objectifs sont les suivants :

- faciliter l'accès des entreprises aux procédures de prévention (mandat *ad doc* et conciliation) ;
- renforcer la possibilité pour les créanciers de soumettre des propositions de plans pour permettre la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ;
- simplifier les procédures de liquidation des très petites entreprises ;
- améliorer la situation des créanciers dans le cadre des procédures collectives pour les inciter à injecter de l'argent frais pour faciliter les restructurations.

Lorsque les **mesures préventives** n'ont pas permis de surmonter les difficultés des entreprises (titre 1), la **procédure collective** peut trouver à s'appliquer (titre 2). Lorsque l'entreprise est de taille internationale, les difficultés qu'elle rencontre la conduisent à se placer sous l'égide du **droit communautaire** des entreprises en difficulté (titre 3).

# TITRE 1. LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

Dès lors que les risques qui pèsent sur les entreprises ont pu être détectés (chapitre 1), des mesures spécifiques de prévention peuvent être mises en place, telles que la **procédure d'alerte** (chapitre 2), la **procédure de conciliation** (chapitre 3) ou le recours à un **mandataire ad hoc** (chapitre 4). Dans certains cas, les **pouvoirs publics** peuvent également intervenir dans la détection (voire la résolution) de ces difficultés (chapitre 5).

## CHAPITRE 1. LA DÉTECTION DES DIFFICULTÉS

La détection des difficultés peut s'opérer grâce aux **informations comptables** auxquelles sont tenues les entreprises (section 1) ou bien grâce aux **informations publiques** (section 2).

### SECTION 1. L'INFORMATION COMPTABLE

#### I. LES DOCUMENTS DE GESTION PRÉVISIONNELLE

Dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises, les sociétés commerciales d'une certaine dimension doivent, indépendamment des comptes annuels, établir plusieurs documents financiers (art. L. 232-2, C. com.).

##### A. LES SOCIÉTÉS CONCERNÉES

L'obligation d'établir des **documents de gestion prévisionnelle** est applicable à toutes les sociétés commerciales, quelle que soit leur forme juridique, qui, à la clôture de leur exercice social, ont employé au moins 300 salariés<sup>1</sup> ou ont réalisé un chiffre d'affaires net d'**au moins 18 millions d'€** (art. R. 232-2, C. com.).

Les sociétés cessent d'être tenues d'établir les documents de gestion prévisionnelle lorsqu'elles ne remplissent plus aucune des conditions liées à l'effectif ou au chiffre d'affaires pendant **2 exercices successifs**.

##### B. LES DOCUMENTS À ÉTABLIR

Dans les sociétés répondant aux critères ci-avant indiqués, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants (ou encore le président ou les dirigeants désignés à cet effet dans les SAS) doivent établir :

- dans les 4 mois de l'ouverture de l'exercice, le plan de financement et le compte de résultat prévisionnels de l'exercice en cours, le tableau de financement pour l'exercice écoulé<sup>2</sup> et la situation de l'actif réalisable et disponible (valeurs d'exploitation exclues) et du passif exigible du second semestre de l'exercice écoulé ;
- dans les 4 mois qui suivent la clôture du premier semestre de l'exercice, la situation de l'actif réalisable et disponible (valeurs d'exploitation exclues) et du passif exigible du 1<sup>er</sup> semestre de l'exercice ainsi qu'une révision du compte de résultat prévisionnel établi 6 mois auparavant.

1. Pour le calcul du nombre des salariés (y compris les salariés des filiales et sous-filiales établies à l'étranger), il convient de prendre en compte ceux qui sont liés, par un contrat de travail à durée indéterminée, à la société en cause et aux sociétés dont cette dernière détient, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital.

2. Dans les sociétés à directoire, les comptes annuels doivent être soumis au conseil de surveillance dans **les 3 mois** de la clôture de l'exercice. Ce délai de 3 mois s'applique également, dans ces sociétés, à l'établissement du tableau de financement qui doit être joint aux comptes annuels (art. L. 225-68 et D. 114, C. com.).

## C. LES RAPPORTS DES ORGANES D'ADMINISTRATION OU DE GESTION

Les **documents de gestion prévisionnelle** doivent être analysés par le conseil d'administration, le directoire ou les gérants (ou encore le président ou les dirigeants de SAS) dans des rapports écrits sur l'évolution de la société (art. L. 232-3 et L. 232-4, C. com.).

Les documents de gestion prévisionnelle (et les rapports qui y sont joints) doivent être communiqués, **dans les 8 jours de leur établissement**, au commissaire aux comptes (CAC) (si la société en est dotée), au comité d'entreprise et, s'il en existe, au conseil de surveillance.

Les informations relatives aux documents de gestion **sont réputées confidentielles**, ce qui astreint le comité d'entreprise à une obligation de discrétion (art. L. 2325-5, al. 2, C. trav.).

### REMARQUE

La loi prescrit seulement la communication des documents de gestion prévisionnelle et des rapports qui y sont annexés dans les 8 jours de leur établissement. Cela n'entraîne pas l'obligation de réunir le comité d'entreprise ou le conseil de surveillance dans ce délai. Il suffit que les documents soient remis au président ou au secrétaire de ce comité ou de ce conseil, à charge pour lui de les transmettre à chacun des membres de l'organe concerné.

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose de porter ces documents à la connaissance des associés ou actionnaires. De même, les documents de gestion prévisionnelle n'ont pas à être déposés au greffe.

## D. LE RAPPORT DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Si les dirigeants sociaux n'exécutent pas les obligations qui leur incombent (établissement des documents de gestion, analyse de ces documents, communication au CAC et au comité d'entreprise) ou bien si les informations données dans leurs rapports appellent des observations de sa part, le CAC doit le **signaler dans un rapport écrit** adressé au conseil d'administration, au directoire ou aux gérants ainsi qu'au comité d'entreprise, **dans le mois** qui suit l'expiration des délais fixés pour l'établissement des documents prévisionnels.

Dans les **SAS dotées d'un CAC** (et même si les textes ne sont pas totalement adaptés), il est opportun que, dans le cadre de sa mission de contrôle, le CAC adresse son rapport au président ou aux autres dirigeants afin que ce rapport soit porté à la connaissance des associés.

Dans les **SA**, le rapport du CAC doit être porté à la connaissance des actionnaires lors de l'AGO annuelle suivante (art. L. 232-3, al. 2, C. com.).

Dans les **sociétés autres que les SA**, les observations du CAC peuvent être reprises dans son rapport annuel. Mais le commissaire peut aussi exiger que ses observations soient **adressées aux associés** ou qu'il en soit donné connaissance à l'assemblée des associés (art. L. 232-4, al. 2, C. com.). Si le commissaire demande que son rapport soit communiqué aux associés avant l'AGO annuelle, les gérants doivent y procéder dans le délai de **8 jours** à compter de la réception du rapport.

Lorsqu'il l'estime nécessaire, le CAC peut également mettre en œuvre la **procédure d'alerte**.

## E. LES SANCTIONS

Aucune sanction pénale n'est prévue à l'encontre des dirigeants sociaux qui ne respecteraient pas les dispositions légales relatives aux documents de gestion prévisionnelle. Il a toutefois été jugé que le défaut de communication ou la communication tardive de ces documents au comité d'entreprise constitue un délit d'entrave (Cass. crim., 18 nov. 1997). La responsabilité civile des dirigeants pourra être engagée dans les conditions de droit commun.

## II. LES GROUPEMENTS DE PRÉVENTION AGRÉÉS

Toute personne immatriculée au RCS ou au répertoire des métiers, tout EIRL, ainsi que toute personne morale de droit privé **peut** adhérer à un groupement de prévention agréé (art. L. 611-1, C. com.).

Les groupements de prévention agréés peuvent être constitués sous toute forme juridique leur conférant une personnalité morale de droit privé (ex. : association). **Le groupement doit être agréé par arrêté** du préfet de la région où le groupement a son siège.

Ce groupement a pour mission de fournir à ses adhérents, de façon **confidentielle**, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement.

Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer **l'intervention d'un expert**.

À la diligence du représentant de l'État, les administrations compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la Banque de France peuvent également être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides des collectivités territoriales.

Les groupements de prévention agréés sont habilités à conclure, notamment avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des **conventions** au profit de leurs adhérents.

### SECTION 2. L'INFORMATION PUBLIQUE

#### I. L'INFORMATION PAR LES REGISTRES DES GREFFES DES TRIBUNAUX

Le **registre du commerce et des sociétés (RCS)**, qui peut être consulté par tous, contient des informations sur les personnes soumises à immatriculation, notamment en ce qui concerne leur **situation financière** : nom ou dénomination sociale, situation matrimoniale pour les commerçants personnes physiques, souscription à un dispositif de protection du patrimoine, etc.

##### REMARQUE

Le déclarant est tenu de fournir des **informations rigoureusement exactes**. En particulier, le fait de donner, de **mauvaise foi**, des indications inexactes ou incomplètes en vue d'une immatriculation, d'une radiation ou d'une mention complémentaire ou rectificative au RCS est puni de 4 500 € d'amende et d'un emprisonnement de 6 mois (art. L. 123-5, al. 1<sup>er</sup>, C. com.).

En outre, le déclarant peut être enjoint par le président de tribunal de commerce de déposer les pièces et actes manquants par le biais de la procédure du référé-injonction de faire<sup>3</sup> (art. L. 123-5-1, C. com.).

Les greffes des tribunaux de commerce tiennent, par ailleurs, des **registres spéciaux pour assurer la publicité de certains droits**. Il s'agit notamment du registre des protêts<sup>4</sup>, du registre des inscriptions de nantissement de fonds de commerce, de nantissement sur l'outillage et le matériel de l'équipement, de privilège du vendeur de fonds de commerce, etc. Ces registres offrent souvent également de précieux indices sur la situation financière des entreprises.

#### II. L'INFORMATION PAR LA PUBLICITÉ DES PRIVILÈGES

Au regard de la **publicité des privilèges**, une mention importante doit être faite pour l'inscription du privilège du Trésor public et celui de la Sécurité sociale, lesquels peuvent nuire au crédit du débiteur auprès des tiers.

3. Les référés civils sont des procédures d'urgence, traitées rapidement, qui permettent de régler provisoirement une contestation. Le juge des référés permet d'obtenir rapidement une décision qui n'a toutefois pas la valeur d'une décision au fond (décision qui tranche le litige).

4. Le **protêt** est l'acte par lequel il est constaté, par huissier de justice, qu'un effet de commerce, présenté à l'échéance, n'a pas été payé, ou qu'une lettre de change, présentée à l'acceptation, n'a pas été acceptée.

## CHAPITRE 2. LA PROCÉDURE D'ALERTE

Indépendamment des dispositions destinées à améliorer l'information sur les prévisions financières (voir chapitre 1), le Code de commerce prévoit un **dispositif d'alerte** tendant à appeler l'attention des dirigeants sociaux, en cas d'évolution préoccupante de la situation de l'entreprise, sur la nécessité pour eux de prendre des mesures en vue de redresser cette situation. La mise en œuvre de cette procédure d'alerte incombe principalement aux **commissaires aux comptes** (section 1), aux **associés** (section 2) et au **comité d'entreprise** (section 3). Elle n'est toutefois pas applicable dans les sociétés commerciales lorsqu'une procédure de conciliation ou de sauvegarde a été engagée par les dirigeants (art. L. 234-4, C. com.). Elle peut aussi être le fait du **président du tribunal de commerce** (section 4).

### SECTION 1. L'ALERTE PAR LES COMMISSAIRES AUX COMPTES

#### I. L'ALERTE DANS LES SA

##### A. LA RESPONSABILITÉ DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Dans les SA, les commissaires aux comptes (CAC) sont tenus d'appeler l'attention des dirigeants sociaux sur tous « **faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation** » qu'ils auront constatés lors de l'accomplissement de leur mission (art. L. 234-1, al. 1, C. com.)<sup>5</sup>.

La responsabilité des CAC ne peut pas être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent à cet égard (art. L. 822-17, al. 2, C. com.). Ils sont déliés du **secret professionnel** à l'égard du président du tribunal de commerce ou du TGI lorsqu'ils appliquent cette procédure (art. L. 822-15, al. 1, C. com.).

En revanche, les CAC ne peuvent s'immiscer dans les décisions de gestion de l'entreprise. En conséquence, dès lors que les CAC ont, à juste titre, déclenché une procédure d'alerte, même si les dirigeants de la société n'ont pas pris de mesures nécessaires et efficaces afin de mettre fin à cette situation, les CAC n'ont pas commis de faute (Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-20626).

##### B. LES PHASES DE LA PROCÉDURE D'ALERTE

La procédure d'alerte comprend **quatre phases**.

###### 1. La phase 1 : l'information du président du conseil d'administration ou du directoire

Le CAC doit, dans un premier temps, informer le président du conseil d'administration ou du directoire des faits qu'il a relevés, sans délai, par lettre recommandée avec AR.

Le président du conseil d'administration ou du directoire est tenu de lui répondre par lettre recommandée avec AR dans les 15 jours qui suivent (art. L. 234-1 et R. 234-1, C. com.).

5. Le CAC doit prendre en considération non seulement les informations qu'il peut tirer de l'analyse des différents états financiers établis par la société mais également tous autres événements pouvant avoir des conséquences importantes sur l'évolution de l'entreprise : contentieux en cours, sous-activité notable, conflits sociaux graves et répétés, perte de brevets ou de licences, perte de gros clients ou fournisseurs, départ des principaux animateurs, dirigeants ou cadres, troubles sociaux ou politiques graves sur les principaux marchés de l'entreprise, etc.

## 2. La phase 2 : la réunion du conseil d'administration ou de surveillance

À défaut de réponse, ou s'il juge que la réponse donnée ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le CAC doit, par lettre recommandée avec AR dont la copie est transmise au président du tribunal de commerce, inviter le président du conseil d'administration ou du directoire à réunir le conseil d'administration ou de surveillance pour qu'il délibère sur les faits relevés ; il doit être convoqué à cette réunion (art. L. 234-1, al. 2, C. com.)<sup>6</sup>.

Cette convocation doit être faite dans les 8 jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire et le conseil doit délibérer dans les 15 jours de cette réception (art. R. 234-2, C. com.).

Un extrait du procès-verbal des délibérations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est communiqué au CAC, au président du tribunal de commerce et au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, par lettre recommandée avec AR, dans les 8 jours qui suivent la réunion du conseil.

## 3. La phase 3 : le rapport à l'assemblée générale

Lorsque le conseil d'administration ou le conseil de surveillance n'a pas été réuni pour délibérer sur les faits relevés ou lorsque le CAC n'a pas été convoqué à cette séance ou si, malgré les décisions prises, le CAC constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il invite le président du conseil d'administration ou du directoire à faire délibérer une assemblée générale (AG) sur les faits relevés.

Cette demande est faite par lettre recommandée avec AR dans le délai de 15 jours à compter de la réception de la délibération du conseil ou de l'expiration du délai imparti pour celle-ci. Elle est accompagnée d'un rapport spécial du CAC (art. L. 234-1, C. com.)<sup>7</sup>.

Le conseil d'administration (ou le directoire) doit procéder à la convocation de l'AG dans les 8 jours qui suivent la demande faite par le CAC et l'assemblée doit, en tout état de cause, être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de notification de cette demande.

En cas de carence du conseil d'administration ou du directoire, le CAC convoque l'AG dans un délai de 8 jours à compter de l'expiration du délai imparti au conseil d'administration ou au directoire et en fixe l'ordre du jour.

## 4. La phase 4 : l'avis au président du tribunal de commerce

Si, à l'issue de la réunion de l'AG, le CAC constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il doit, sans délai, informer de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communiquer les résultats (art. L. 234-1 et R. 234-4, C. com.).

Cette information du commissaire est faite par lettre recommandée avec AR. Elle comporte la copie de tous les documents utiles à l'information du président du tribunal ainsi que l'exposé des raisons qui l'ont conduit à constater l'insuffisance des décisions prises.

## C. LA REPRISE DE LA PROCÉDURE

Le CAC qui déclenche puis arrête une procédure d'alerte peut en reprendre le cours au point où il avait estimé y mettre un terme lorsque, malgré les éléments ayant motivé sa décision de l'arrêter, la continuité de l'exploitation demeure compromise.

6. Les CAC de sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé doivent communiquer à l'AMF une copie de la lettre transmise au président du conseil d'administration ou au directoire (art. L. 621-22, IV, C. mon. fin.).

7. Ce rapport spécial est présenté à l'assemblée. Il est également communiqué au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, par le président du conseil d'administration ou du directoire, dans les 8 jours qui suivent sa réception.



Cette reprise est soumise à deux conditions :

- elle doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter du déclenchement de la procédure ;
- l'urgence doit commander l'adoption de mesures immédiates (art. L. 234-1, C. com.).

## II. L'ALERTE DANS LES AUTRES FORMES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES (SAUF LES SAS)

### A. LE PRINCIPE

Dans les sociétés autres que les SA (SNC, SARL, société en commandite simple, sociétés en commandite par actions) (sauf les SAS) dotées d'un CAC, la procédure d'alerte peut être mise en œuvre par le CAC même si celui-ci a été nommé par les associés alors que cette nomination n'était pas obligatoire.

### B. LES PHASES DE LA PROCÉDURE D'ALERTE

Celle-ci ne comporte que **trois phases**.

#### 1. La phase 1 : la demande d'explications

**Le CAC peut adresser une demande d'explications** au dirigeant sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, sans délai, par lettre recommandée avec AR (art. L. 234-2, al. 1, C. com.).

Dans les 15 jours qui suivent la réception de cette demande, le **dirigeant** doit établir sa réponse et la faire parvenir au CAC par lettre recommandée avec AR. Le dirigeant doit, dans cette réponse, donner une analyse de la situation et préciser, le cas échéant, les mesures envisagées.

Une copie de la demande et de la réponse doit être adressée (dans les mêmes formes et délais que pour le commissaire) au **comité d'entreprise** ou, à défaut, aux délégués du personnel et, s'il en existe, au **conseil de surveillance**.

En outre, dès réception de la réponse ou à défaut de réponse sous 15 jours, **le CAC doit en informer le président du tribunal de commerce** (art. L. 234-2, al. 1, C. com.).

#### 2. La phase 2 : le rapport à l'assemblée générale

À défaut de réponse du dirigeant ou si, en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation demeure compromise, le CAC établit d'un rapport spécial et invite le dirigeant à faire délibérer sur les faits relevés une AG, par lettre recommandée avec AR, dans les 15 jours qui suivent la réception de la réponse du dirigeant ou la date d'expiration du délai imparti pour celle-ci.

Une copie de cette invitation est adressée sans délai au président du tribunal, par lettre recommandée avec AR (art. L. 234-2, al. 2 et art. R. 234-6, C. com.).

Dans les 8 jours de leur réception, le dirigeant communique l'invitation et le rapport du CAC au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et procède à la convocation de l'AG. L'assemblée doit, en tout état de cause, être réunie au plus tard dans le mois suivant la date de l'invitation faite par le CAC.

En cas de carence du dirigeant, le CAC convoque l'AG dans un délai de 8 jours à compter de l'expiration du délai imparti au dirigeant. Il fixe l'ordre du jour de l'assemblée et peut, en cas de nécessité, choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts, mais situé dans le même département (dans tous les cas, les frais entraînés par la réunion de l'assemblée sont à la charge de la société).

### 3. La phase 3 : l'avis au président du tribunal de commerce

Si, à l'issue de l'AG, le CAC constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, il doit informer de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communiquer les résultats, sans délai, par lettre recommandée avec AR (art. L. 234-2, al. 3, C. com.).

## C. LA REPRISE DE LA PROCÉDURE

Le CAC qui déclenche puis arrête une procédure d'alerte peut en reprendre le cours dans les conditions déjà exposées pour les SA.

## III. L'ALERTE DANS LES SAS

Le choix de la procédure d'alerte à suivre dépend du **mode d'organisation de la société**, tel que fixé par les statuts. Si elle comporte un organe assimilable au conseil d'administration (c'est-à-dire qui s'interpose entre le président et l'assemblée des actionnaires), c'est la procédure d'alerte applicable aux SA qu'il conviendra de suivre. Dans le cas inverse, c'est la procédure d'alerte applicable aux autres sociétés commerciales (autres que les SA) à laquelle il faudra se conformer.

## IV. L'ALERTE DANS LES GIE

Dans le cas où le GIE est doté d'un CAC (lorsqu'il a émis des obligations ou lorsqu'il emploie au moins 100 salariés), il a été institué une procédure d'alerte semblable à celles déjà exposées.

Les phrases de la procédure d'alerte sont **trois** :

- le CAC doit **demandeur** des **explications aux administrateurs** du groupement sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au comité d'entreprise et le président du tribunal de commerce informé ;
- si la continuité de l'exploitation demeure compromise ou si les administrateurs ne répondent pas à ses demandes d'explications, le CAC doit établir un **rapport spécial** qui est communiqué au comité d'entreprise. Il doit inviter par écrit les administrateurs à faire délibérer la **prochaine AG** sur les faits relevés ;
- si les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, le CAC en informe le **président du tribunal de commerce** (art. L. 251-15, C. com.).

### REMARQUE

Sans doute par une inadvertance du législateur, la loi du 26 juillet 2005 n'a pas prévu, comme pour les sociétés commerciales, la possibilité pour le CAC de demander aux administrateurs la convocation d'une **AG spécifique** afin de statuer sur les faits relevés.

## SECTION 2. L'ALERTE PAR LES ASSOCIÉS

### I. LES QUESTIONS ÉCRITES

#### A. DANS LES SA, SCA ET SAS

Un ou plusieurs **actionnaires représentant au moins 5 % du capital social** ou, s'il s'agit d'une société cotée, une **association d'actionnaires** de la société peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire sur **tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation**. Il s'agit ici d'un simple pouvoir, et non pas, comme pour le CAC, d'une obligation d'alerte.



Le président du conseil d'administration ou du directoire doit donner sa réponse par écrit dans le délai d'un mois et, dans ce même délai, il doit adresser une copie de la question et de sa réponse au CAC, lequel pourra dès lors, si cela s'avère nécessaire, déclencher sa propre procédure d'alerte.

## B. DANS LES SARL

Les associés peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur **tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation**. Cette faculté est ouverte à **tout associé non gérant quelle que soit la proportion de ses droits dans le capital** (contrairement aux sociétés de capitaux) (art. L. 223-36, C. com.). La réponse du gérant doit être faite par écrit dans le délai d'un mois, et une copie de la question et de la réponse est communiquée au CAC si la société en est dotée.

### REMARQUE

Contrairement au régime applicable lorsque la procédure d'alerte est mise en œuvre par les CAC, aucune disposition légale ne permet aux actionnaires de **saisir le conseil d'administration** ou le conseil de surveillance (voire l'**AG**) si les réponses à leurs questions ne leur donnent pas satisfaction. Mais, comme ces réponses doivent être communiquées au **CAC**, on peut supposer que ce dernier engagera lui-même la procédure d'alerte s'il estime, lui aussi, que les réponses données par le président du conseil d'administration ou du directoire ne sont pas satisfaisantes.

## II. L'EXPERTISE DE GESTION

### A. LES CONDITIONS REQUISES POUR QUE L'ASSOCIÉ PUISSE DEMANDER UNE EXPERTISE DE GESTION

#### 1. Dans les SA

**Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social**, soit individuellement, soit en se regroupant sous quelque forme que ce soit, **peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou du directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société**, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle. La réponse doit être communiquée aux CAC.

À défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communications d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en justice, par voie de référé, la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

#### 2. Dans les sociétés cotées

Les associations d'actionnaires peuvent demander la désignation d'un expert. Le processus pouvant aboutir à une demande d'expertise est identique à celui visé ci-dessus.

#### 3. Dans les SARL

Un ou plusieurs associés représentant au moins **le dixième du capital social**, peuvent, soit individuellement, soit en se regroupant sous quelque forme que ce soit, demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (art. L. 223-37, C. com.).

## B. LA DEMANDE D'EXPERTISE

Elle doit présenter un caractère sérieux et ne peut porter sur la gestion de la société dans son ensemble mais uniquement sur une ou plusieurs opérations clairement identifiées. Il n'est pas possible, en demandant la nomination de cet expert, de remettre en question tous les comptes sociaux votés en AG.

### REMARQUE

#### Expertise *in futurum* (expertise probatoire)

En l'application de l'article 145 du Code de procédure civile, un associé ou actionnaire peut recourir à une mesure d'instruction préventive (dite d'expertise *in futurum*) lui permettant d'apporter les éléments de preuve nécessaires à la solution d'un litige. La qualité d'associé ou d'actionnaire est suffisante, peu importe le pourcentage de la participation de l'intéressé au capital social. Néanmoins, le demandeur doit établir sa qualité pour agir. En outre, il convient, pour l'intéressé, de rapporter l'existence « d'un **motif légitime** de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ». Cette expertise *in futurum* est indépendante de l'expertise de gestion prévue par le Code de commerce.

## SECTION 3. L'ALERTE PAR LE COMITÉ D'ENTREPRISE

### I. LE PRINCIPE

Le comité d'entreprise dispose, lui aussi, du **droit** de mettre en œuvre une procédure d'alerte.

### REMARQUE

Dans les **entreprises d'au moins 50 salariés** qui ne sont **pas dotées d'un comité** d'entreprise par suite d'une carence constatée aux élections ou parce qu'il a été supprimé, le droit d'alerte peut être exercé par les **délégués du personnel** mais selon des modalités simplifiées : pas d'établissement d'un rapport, pas d'intervention de salariés de l'entreprise non délégués et transmission au conseil ou aux associés de la demande d'explications formulée par les délégués (art. L. 2313-14 et R. 2313-1, C. trav.).

**Dans les entreprises de moins de 50 salariés, le représentant du personnel n'est pas habilité à déclencher la procédure d'alerte.**

Dans les **entreprises comportant des établissements distincts**, l'exercice du droit d'alerte est réservé au **comité central d'entreprise**. En effet, les comités d'établissement ne sont pas investis de cette prérogative.

### II. LE DÉCLENCHEMENT DE LA PROCÉDURE

#### A. LES FAITS DÉCLENCHEURS

Le comité d'entreprise peut enclencher une procédure d'alerte s'il a connaissance « **de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise** » (art. L. 2323-78, C. trav.).

### REMARQUE

Cette formule, plus large que celle prévue pour l'intervention des CAC, **donne en pratique aux représentants des salariés un pouvoir d'initiative très étendu**. Ils peuvent notamment invoquer, au-delà des éléments comptables et financiers, « *des difficultés économiques telles qu'une baisse importante et durable des commandes, un fléchissement substantiel des investissements, un gonflement important et durable des stocks pouvant s'accompagner de plans de restructuration et de licenciement* » (Rép. Dermaux : AN 29 sept. 1986, p. 3355, n° 4136).

Si le droit d'alerte ne se limite pas aux seuls cas où la survie de l'entreprise est en cause, la simple existence d'un projet de restructuration ne saurait justifier à elle seule le déclenchement de la procédure d'alerte. En revanche, justifient ce déclenchement le projet de restructuration qui, par son ampleur et ses modalités, est de nature à affecter, à court ou moyen terme, les perspectives et les résultats de la branche d'activité concernée, l'ouverture du capital d'une société publique au profit d'actionnaires privés ou la réorganisation de l'activité ingénierie d'une entreprise au niveau mondial, visant à la constitution d'un groupe d'ingénierie de 2 800 personnes après acquisition d'une société d'ingénierie allemande (Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30126). A également été validée l'alerte concernant les difficultés d'une branche d'activité représentant moins de 2 % du chiffre d'affaires de l'entreprise mais stratégique pour son développement.

## B. LA PROCÉDURE

### 1. La phase 1 : demande d'explications

Lorsqu'il constate de tels faits, le **comité d'entreprise** peut **demande** au président ou au gérant de lui fournir des **explications**. Cette demande doit être satisfaite dès la prochaine séance du comité.

### 2. La phase 2 : établissement d'un rapport

S'il estime la réponse de l'employeur insuffisante ou si cette réponse confirme le caractère pré-occupant de la situation, le comité d'entreprise (ou, dans les entreprises d'au moins 1 000 salariés, sa commission économique) établit un **rapport** qui doit être transmis à l'employeur et, s'il en existe, au CAC.

Le comité d'entreprise décide ensuite s'il convient de **saisir** des conclusions de ce rapport le **conseil d'administration** ou le **conseil de surveillance** (s'il s'agit d'une société par actions) ou de faire **communiquer** par les dirigeants ce **rapport aux associés** (s'il s'agit d'une autre forme de société) ou aux membres du groupement (s'il s'agit d'un GIE). S'il décide de saisir le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, la question doit être inscrite à l'ordre du jour de la plus proche réunion du conseil à condition que celui-ci ait pu être saisi au moins 15 jours à l'avance (art. L. 2323-81, C. trav.). Si ce délai ne peut être respecté, la question devra être examinée lors de la réunion suivante<sup>8</sup>.

La **réponse** du conseil d'administration ou du conseil de surveillance aux conclusions du rapport du comité d'entreprise doit être motivée. Un extrait du **procès-verbal** des délibérations du conseil contenant cette réponse doit être adressé au comité d'entreprise dans le mois qui suit la réunion.

#### REMARQUE

Le comité peut se faire assister, une fois par exercice, par l'expert-comptable qu'il a choisi pour l'examen annuel des comptes. Il peut aussi convoquer le CAC de la société et s'adjoindre, avec voix consultative, deux salariés de l'entreprise non-membres du comité (art. L. 2323-79, C. trav.).

### 3. La phase 3 : demande de désignation d'un mandataire

Lorsque le comité d'entreprise n'a pas eu de réponse du conseil, il peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'AG de la société.

#### REMARQUE

Tous les **documents** échangés entre le comité d'entreprise et les organes de la société (demandes d'explications par le comité, réponses du président du conseil d'administration ou du directoire, rapport du comité d'entreprise au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, réponse du conseil) doivent être **communiqués au CAC** (art. L. 234-3, al. 2, C. com.).

8. En tout état de cause, le conseil doit délibérer sur les questions dont il est saisi par le comité d'entreprise, dans le mois de cette saisine (art. R. 2323-18, C. trav.).

## C. LES OBLIGATIONS DU COMITÉ D'ENTREPRISE

En cas d'**abus** de son **droit** de mettre en œuvre une procédure d'alerte, le comité d'entreprise engage sa responsabilité, conformément au droit commun (Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30126).

Les informations concernant l'entreprise communiquées à l'occasion de la mise en œuvre de la procédure d'alerte ont un **caractère confidentiel**. Toute personne qui y a accès est tenue à une obligation de discrétion.

### **SECTION 4. L'ALERTE PAR LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE**

#### I. LA CONVOCATION DU DIRIGEANT

Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale ou un GIE connaît des **difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation**, ses **dirigeants** peuvent être **convoqués** par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation (art. L. 611-2, C. com.). Cet entretien doit conserver une « *certaine confidentialité* ». Il n'appartient pas au juge saisi en matière de référé de procéder, quelle qu'en soit l'éventuelle opportunité, à l'entretien en faisant convoquer le dirigeant à une audience publique.

Le président du tribunal compétent est celui du lieu du siège social.

Il fait convoquer, par le greffier, le représentant légal de la personne morale par lettre recommandée avec AR et par lettre simple. Elle est envoyée un mois au moins à l'avance et est accompagnée d'une note par laquelle le président du tribunal expose les faits qui ont motivé son initiative. L'entretien donne lieu à l'établissement par le président du tribunal d'un procès-verbal qui ne mentionne que la date et le lieu de l'entretien ainsi que l'identité des personnes présentes. Il est signé par ces dernières et par le président du tribunal (art. R. 611-11, al. 1, C. com.).

Si le représentant légal de la personne morale ne répond pas à la convocation, un **procès-verbal de carence** est dressé le jour même par le greffier. Il est notifié sans délai par le greffier au représentant légal de la personne morale par lettre recommandée (avec AR).

#### II. LES SUITES DE L'ENTRETIEN

À l'issue de l'entretien, ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut obtenir **communication**, par les CAC, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des **renseignements** de nature à lui donner une exacte information **sur la situation économique et financière** de la société.

Cette demande de renseignements doit être adressée aux personnes et organismes dans le délai d'un mois à compter de la date de l'entretien ou du procès-verbal de carence. Elle doit être accompagnée de la copie du procès-verbal d'entretien ou de carence.

Le droit de communication peut être exercé « *nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire* », de sorte qu'aucune des personnes ou organismes énumérés ci-avant ne peut opposer le **secret professionnel** à l'enquête du président. Si la demande a été présentée dans les formes et délai qui précèdent, les personnes et organismes interrogés doivent communiquer les renseignements réclamés dans le délai d'un mois. Dans le cas contraire, ils ne sont pas tenus d'y répondre.

## CHAPITRE 3. LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

L'ouverture de la procédure de conciliation (section 1) est suivie de l'intervention du juge (section 2) en vue de constater ou bien d'homologuer l'accord final.

### SECTION 1. L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

La procédure de conciliation tend à favoriser le redressement des entreprises en difficulté grâce à l'intervention d'un **conciliateur** désigné par le président du tribunal de commerce et ayant pour mission d'obtenir la conclusion d'un **accord entre les dirigeants de l'entreprise et les créanciers** de celle-ci sur des délais de paiement ou des remises de dettes (art. L. 611-4 et s., C. com.).

#### I. LES ENTREPRISES CONCERNÉES

La conciliation est ouverte à **toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à toute personne morale de droit privé** (et donc à toute société commerciale) et à **toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante**, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, **qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et qui ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours** (art. L. 611-4 et L. 611-5, C. com.).

Les personnes morales de droit public sont exclues de cette procédure. Concernant l'exploitant agricole, une procédure spécifique (règlement amiable) est prévue (art. L. 351-1 et s., C. rural).

#### II. L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

##### A. LE DÉPÔT DE LA DEMANDE

Le représentant légal de la société en difficulté doit présenter par écrit sa demande de conciliation au président du tribunal de commerce, en exposant sa situation financière, économique et sociale, ses besoins financiers et, le cas échéant, les moyens d'y faire face (art. L. 611-6 C. com.). La requête doit être accompagnée des pièces (art. R. 611-22, C. com.).

##### B. L'ENQUÊTE ET L'EXPERTISE

Outre les pouvoirs d'enquête dont il dispose déjà dans le cas de la procédure d'alerte, le président du tribunal de commerce peut obtenir des **établissements bancaires ou financiers** tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Ce droit de communication pouvant être exercé « *nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire* », les établissements bancaires ou financiers ne peuvent pas opposer le secret professionnel à l'enquête du président. En revanche, ils doivent garder le secret sur l'existence de la procédure de conciliation dont ils ont connaissance du fait de la demande de renseignements dont ils sont saisis.

Le président du tribunal de commerce peut aussi demander à un **expert** d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière de l'entreprise.

##### C. LA NOMINATION D'UN CONCILIATEUR

S'il considère que la situation de la société et les propositions des dirigeants le permettent, le président du tribunal de commerce ouvre la conciliation et **désigne un conciliateur pour une durée n'excédant pas 4 mois mais qui peut être prorogée d'un mois au plus à la demande de celui-ci** (art. L. 611-6, al. 3, C. com.).

La mission du conciliateur et la procédure de conciliation sont prolongées, lorsque l'homologation de l'accord amiable a été demandée, jusqu'à la décision du tribunal.

Le dirigeant de la société peut proposer un conciliateur tout comme il peut récuser celui qui a été désigné.

Le président communique au conciliateur les renseignements qu'il a obtenus à la suite de ses enquêtes et, le cas échéant, le résultat de l'expertise à laquelle il a fait procéder (art. L. 611-7, al. 2, C. com.).

La décision d'ouverture de la conciliation est communiquée au ministère public et, si la société est soumise au contrôle légal de ses comptes, aux CAC.

La décision d'ouverture est susceptible d'appel de la part du ministère public.

### III. LES EFFETS DE L'OUVERTURE DE LA CONCILIATION

La conciliation n'emporte pas la suspension des **poursuites individuelles** des créanciers contre la société. En cas de poursuite ou de mise en demeure d'un créancier, le dirigeant peut seulement demander au juge d'accorder à la société des délais de paiement par application des articles 1244-1 et suivants du Code civil (art. L. 611-7, al. 5, C. com.).

Le **redressement** et la **liquidation judiciaires** ne pouvant pas être demandés par un créancier si une conciliation est en cours (art. L. 631-4 et L. 640-4, C. com.), la demande de conciliation permet à l'entreprise d'échapper à ces procédures jusqu'à la clôture de la procédure de conciliation et, au maximum, pendant 6 mois et demi après la cessation des paiements (45 jours et 4 mois de procédure, renouvelables pour un mois).

En revanche, même si elle a donné lieu à un accord amiable, elle n'interdit pas au dirigeant de solliciter l'ouverture d'une procédure collective.

L'existence d'une conciliation est une condition d'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée (SFA).

### IV. LA CONCLUSION D'UN ACCORD AMIABLE

Le but de la conciliation est de favoriser la conclusion, entre la société et ses principaux créanciers et, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin à ses difficultés (art. L. 611-7, al. 1, C. com.).

Peuvent ainsi être appelés à y participer les garants susceptibles de donner leur accord sur de nouveaux financements ou sur des délais de paiement qui les engagent pour une durée allongée, les fournisseurs non-créanciers qui peuvent accepter des délais de paiement ou encore les actionnaires, actuels ou nouveaux, qui peuvent apporter des avances en compte-courant d'associé, s'engager à recapitaliser l'entreprise ou accepter l'incorporation de leurs créances au capital.

Lorsque la société cherche, dans le cadre de la conciliation, à restructurer sa dette financière et que les créanciers qui sont intéressés par cette restructuration s'y opposent, elle peut demander l'ouverture d'une procédure de SFA dans les conditions exposées ci-après. Cette procédure permettra à la société d'obtenir rapidement la validation judiciaire d'un projet de plan déjà accepté par les autres créanciers.

## SECTION 2. L'INTERVENTION DU JUGE

L'**accord** obtenu sous l'égide du conciliateur peut être **soit constaté (I)** **soit homologué (II)** par le juge. Ces deux procédures se distinguent par leur publicité et par le fait que l'homologation a une incidence sur l'interdiction bancaire frappant la société et permet à certains créanciers de bénéficier d'un privilège particulier.



## I. LA CONSTATATION JUDICIAIRE DE L'ACCORD

La constatation de l'accord par le président du tribunal se fait à la requête conjointe des parties et lui donne force exécutoire ; elle ne fait l'objet ni de **publicité** ni de voie de recours (art. L. 611-8, I, C. com.).

Une obligation de confidentialité pesant sur les personnes appelées à la conciliation et sur celles en ayant connaissance par leurs fonctions, le contenu de l'accord demeure confidentiel ; il n'est pas communicable aux créanciers qui n'y ont pas été appelés. Dès lors, si l'accord et ses annexes sont déposés au greffe du tribunal de commerce, des copies ne peuvent être délivrées qu'aux parties et aux personnes qui peuvent se prévaloir de l'accord (art. R. 611-39, al. 2, C. com.).

Pendant la durée de son exécution, l'accord constaté **interrompt** ou interdit toute **action en justice** et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles de la société dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet (art. L. 611-10-1, C. com.). Il interrompt, pour la même durée, les **délais impartis** aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord. Peuvent se prévaloir de l'accord constaté les **coobligés** et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie (art. L. 611-10-2, al. 1, C. com.). Cette disposition profite notamment au dirigeant qui s'est porté caution du paiement des dettes sociales.

En cas d'**inexécution** des engagements résultant de l'accord, le président du tribunal prononce, à la demande de l'une des parties, la résolution de l'accord ; il peut aussi prononcer la déchéance des délais de paiement accordés (art. L. 611-10-3, al. 1 et 3, C. com.).

La décision prononçant la résolution fait l'objet d'une publicité :

- insertion dans le Bodacc ;
- publication d'un avis dans un journal d'annonces légales (JAL) du lieu du siège social.

## II. L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD

### A. LA DÉCISION D'HOMOLOGATION

Le dirigeant peut demander au tribunal d'homologuer l'accord si les **conditions** suivantes sont remplies (art. L. 611-8, II, C. com.) :

- il n'est plus en état de cessation des paiements ou l'accord met fin à cet état ;
- l'accord est de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ;
- l'accord ne porte pas atteinte aux droits des créanciers non-signataires.

L'**accord** homologué est **transmis** au CAC de la société lorsque celle-ci est soumise au contrôle légal des comptes (art. L. 611-10, al. 2, C. com.).

Le jugement d'homologation<sup>9</sup> est déposé au greffe du tribunal où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet des mesures de publicité suivantes à la diligence du greffier du tribunal de commerce (art. L. 611-10, al. 2, C. com.) :

- insertion dans le Bodacc ;
- publication d'un avis dans un JAL du lieu du siège social.

9. Le jugement d'homologation ne reprend pas les termes de l'accord mais mentionne les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution et précise les montants garantis par le « *privilège de conciliation* ».

## B. LES EFFETS DE L'HOMOLOGATION

L'homologation de l'accord a les mêmes **effets** que la constatation judiciaire de celui-ci. L'**inexécution de l'accord** est sanctionnée dans les mêmes conditions qu'en cas de constatation judiciaire de l'accord.

En outre, l'homologation emporte la levée de plein droit de l'**interdiction d'émettre des chèques** mise en œuvre, en application de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation (art. L. 611-10, al. 4, C. com.).

Par ailleurs, les **créanciers** ayant accordé à l'entreprise un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite et la pérennité de son activité bénéficient, à hauteur du montant de cet apport, d'un **privilège** de paiement sur les créanciers antérieurs à l'ouverture de la conciliation, privilège dit « *de la conciliation* » (ou de « *new money* » ou d'argent frais) (art. L. 611-11, C. com.). En sont toutefois exclus les associés et actionnaires ayant consenti des apports dans le cadre d'une augmentation de capital. Les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. Ce privilège subsiste si la société fait ensuite l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires à condition d'être porté à la connaissance des organes de la procédure collective dans un délai dont la durée varie selon la nature de la procédure ouverte contre le débiteur (art. L. 622-17, IV, C. com. en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire ; art. L. 641-13, IV, C. com. en cas de liquidation judiciaire).

### REMARQUES

#### Remarque 1 : Nullité de la période suspecte

Dans la mesure où la date de cessation des paiements ne peut pas être reportée, sauf cas de fraude, à une date antérieure à la décision d'homologation de l'accord (art. L. 631-8, al. 2, C. com.), les actes contenus dans celui-ci ne peuvent pas tomber sous le coup des **nullités de la période suspecte**.

#### Remarque 2 : Confidentialité

Toute personne appelée à une procédure de conciliation ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité (art. L. 611-15, C. com.) et s'expose, en cas de révélation, à une action en responsabilité civile et, le cas échéant, aux sanctions pénales prévues par l'article 226-13 du Code pénal (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende) si elle est par ailleurs soumise au secret professionnel (tel est par exemple le cas des avocats et des établissements de crédit).

#### Toutefois, le contenu de l'accord homologué n'est pas soumis à la confidentialité.

Les sociétés cotées qui font l'objet d'une procédure de conciliation sont invitées, au titre de l'obligation d'information financière des marchés qui pèse sur elles, à en informer l'AMF.

## CHAPITRE 4. LE MANDATAIRE AD HOC

### SECTION 1. LES ENTITÉS CONCERNÉES

Le mandat *ad hoc* bénéficie à **toute entreprise quelle que soit sa forme juridique** (art. L. 611-3, C. com.).

La loi ne précise pas les conditions de désignation du mandataire *ad hoc* ; il est admis que, pour obtenir la désignation d'un tel mandataire, **l'entreprise doit connaître des difficultés financières, tout en étant *in bonis*, c'est-à-dire sans être en cessation des paiements**.



## SECTION 2. LE MANDATAIRE AD HOC

Le concours du mandataire *ad hoc* permet de faire appel à une personne extérieure aux parties qui a toute leur confiance et qui bénéficie d'une certaine légitimité puisqu'elle agit dans le cadre d'un mandat de justice. Il s'agit souvent d'un **administrateur judiciaire**, qui possède en général une bonne pratique de la négociation dans les entreprises en difficulté.

### I. SA DÉSIGNATION

Ce mandataire est **désigné par le président du tribunal de commerce ou du TGI, selon le cas, à la demande du chef d'entreprise**. Seul ce dernier peut prendre cette initiative, qu'il doit motiver. **Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc***, mais le président du tribunal n'est pas tenu de suivre cette proposition. Par ailleurs, le président du Tribunal ne peut pas se saisir d'office et désigner de lui-même un mandataire. Il peut suggérer le recours à un mandataire *ad hoc* dans certains cas (dans le cadre de son pouvoir d'alerte, notamment). De même, le président peut valablement refuser cette demande de désignation, notamment s'il estime qu'une procédure collective serait plus appropriée, parce que l'entreprise est en cessation des paiements.

### II. SA MISSION

**Le président du tribunal détermine la mission du mandataire** et dispose pour cela d'une totale liberté. Il décide donc au cas par cas. Il pourra s'agir de tenter d'obtenir de certains créanciers (les plus importants) un délai de paiement, afin de faire face à un problème ponctuel de trésorerie. Le recours à un mandataire *ad hoc* permet également de résoudre un **conflit entre associés**, voire avec des tiers.

La loi n'impose aucun délai à la **durée** de ce mandat ; en pratique, elle est souvent comprise entre 1 et 3 mois.

Lorsque le débiteur en fait la demande, le président du tribunal met fin sans délai à la mission du mandataire (art. R. 611-21, C. com.) ; il est lié par cette demande. Le débiteur conserve donc la maîtrise de cette procédure tout au long de son déroulement.

#### REMARQUE

Le mandat *ad hoc* est une institution appréciée pour sa **grande souplesse** et sa **confidentialité**. Cette confidentialité tient à ce que la décision de nomination n'est pas publiée (elle n'est même pas transmise au ministère public), et au fait que le mandataire est expressément tenu à une obligation de confidentialité dont la violation est civilement sanctionnée. Elle est très opportune pour le débiteur, qui n'a pas à craindre que ses partenaires habituels, fournisseurs ou banquiers en particulier, informés de ses difficultés, refusent de prendre de nouveaux risques et de lui faire crédit à l'avenir. Enfin, le mandat *ad hoc* est une procédure qui peut se combiner avec d'autres, notamment la conciliation, voire la sauvegarde.

Très précisément, elle peut être destinée à préparer l'une ou l'autre de ces procédures (conciliation ou sauvegarde) et surtout à préparer les créanciers à la nécessité de consentir certains sacrifices, ces procédures présentant la caractéristique d'être enfermées dans des délais très courts. Les combiner avec un mandat *ad hoc* constitue un moyen détourné d'allonger leur durée légale.

## CHAPITRE 5. L'INTERVENTION DES POUVOIRS PUBLICS

Les **pouvoirs publics** peuvent intervenir dans la détection ou la prévention des entreprises en difficulté, notamment au travers de :

- la commission des chefs des services financiers (section 1) ;
- les commissions d'action publique en matière économique et financière (section 2) ;
- les CODEFI et CIRI (section 3) ;
- le médiateur du crédit aux entreprises (section 4) ;
- les fonds ou banques d'investissement (section 5) ;
- les commissaires régionaux au redressement productif (section 6) ;
- le fonds de développement économique et social (FDES) (section 7).

### SECTION 1. LA COMMISSION DES CHEFS DES SERVICES FINANCIERS (CCSF)

Chaque commission, **instituée au niveau départemental**, est présidée par le trésorier-payeur général et comprend les responsables des services financiers du département : directeur des Services fiscaux, directeur des Urssaf, directeur des Affaires sanitaires et sociales, directeurs des organismes de Sécurité sociale et directeur régional des Douanes.

La commission est saisie à l'initiative de l'un de ses membres ou par une entreprise débitrice envers une des administrations représentées. En cas de difficultés temporaires de trésorerie, il est possible d'obtenir des **délais de paiement pour certaines dettes fiscales et sociales**, en saisissant la commission départementale des chefs des services financiers et des représentants des organismes de Sécurité sociale (CCSF).

Si les délais de paiement accordés sont respectés et si les charges courantes continuent à être réglées, la commission peut alors proposer une **remise des majorations et pénalités de retard**.

### SECTION 2. LES COMMISSIONS D'ACTION PUBLIQUE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE

Ces commissions, constituées à la diligence de chaque procureur général dans le ressort de la cour d'appel, regroupent des représentants du Trésor public, des services fiscaux, de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi, de l'Urssaf ainsi que de la Banque de France.

L'objet des commissions consiste à **recueillir des informations sur la situation financière des entreprises situées dans leur ressort, en vue de faciliter l'exercice de l'action publique**.

### SECTION 3. LES CODEFI ET CIRI

Le Comité **départemental** des problèmes de financement des entreprises (CODEFI) réunit, sous la présidence du préfet et la vice-présidence du trésorier-payeur général, le directeur de la Banque de France et les représentants des services déconcentrés de l'État intéressés. Il est doté d'un secrétariat permanent. Le **CODEFI** traite des dossiers concernant les entreprises de **moins de 400 salariés**. Il assure une **mission générale de détection des difficultés des entreprises, ainsi qu'une mission d'expertise et de traitement de ces difficultés**.

**Au plan national**, le **Comité interministériel de restructuration industrielle** (CIRI), présidé par le ministre de l'Économie et des Finances, intervient dans le cadre de la restructuration des **entreprises de plus de 400 salariés**. Saisi par l'un de ses membres, par les CODEFI ou le médiateur du crédit aux entreprises, pour les dossiers qui ne relèvent pas de leur compétence, ou par les dirigeants des entreprises concernées, ce comité a pour mission d'**établir un diagnostic des difficultés de l'entreprise et d'élaborer un plan de redressement**. Il remplit également un rôle de médiateur entre l'entreprise en difficulté et ses créanciers.

**REMARQUE**

Le 13 novembre 2013, le ministre de l'Économie et des Finances a annoncé une mise en place d'une équipe ministérielle placée auprès du CIRI pour une période de 18 mois, qui interviendrait lorsqu'une entreprise est entrée en procédure collective et qui serait chargée d'étudier les cas de reprise et le suivi des restructurations.

**SECTION 4. LE MÉDIATEUR DU CRÉDIT AUX ENTREPRISES**

Le médiateur du crédit est nommé par décret du président de la République sur proposition du ministre de l'Économie et après avis du gouverneur de la Banque de France.

Le médiateur du crédit aux entreprises a pour mission de **faciliter le dialogue entre les entreprises et les établissements de crédit et de recommander des solutions en cas de difficultés pour l'obtention et le maintien de crédits ou de garanties**. Il peut également, en cas de difficulté en matière de crédit interentreprises, faciliter le dialogue entre ces entreprises et les assureurs-crédit ou les sociétés d'affacturage et recommander des solutions.

Il peut être saisi, le cas échéant, par une entreprise placée par le tribunal en mandat *ad hoc*, en conciliation ou en sauvegarde ou encore en redressement judiciaire.

**SECTION 5. LA CRÉATION DE FONDS OU BANQUES D'INVESTISSEMENT**

Dans le contexte de crise économique et de fragilisation du tissu industriel qui s'en est suivi, divers fonds, abondés par la puissance publique, ont également été mis en place, destinés à apporter des financements à long terme aux entreprises (ex. : **fonds stratégiques d'investissement**).

La loi relative à la création de la **banque publique d'investissement** a été publiée en janvier 2013 (loi du 31/12/2012). Elle aura pour priorité d'offrir l'ensemble des instruments de soutien financier aux PME et aux entreprises de taille intermédiaire. Elle offrira également des services d'accompagnement et de soutien renforcé à l'innovation et à l'export. Elle sera accessible pour les entreprises grâce à des guichets uniques dans chaque région.

**SECTION 6. LA NOMINATION DES COMMISSAIRES RÉGIONAUX AU REDRESSEMENT PRODUCTIF**

Ont été nommés vingt-deux commissaires régionaux au redressement productif. Leur mission est d'intervenir comme interlocuteur unique auprès des entreprises en difficulté afin d'aider à la résolution de leurs difficultés et d'animer une cellule régionale de veille et d'alerte précoce afin d'intervenir en amont et d'aider à une solution viable.

**SECTION 7. LA RÉNOVATION DU FDES**

Lors du Conseil des ministres du 13 novembre 2013, le ministre de l'Économie et des Finances a annoncé que le fonds de développement économique et social (FDES) serait rénové en vue de constituer un outil d'accompagnement par l'État de la restructuration de certaines entreprises en difficulté. L'intervention du FDES serait opérée sous forme de prêts. Les entreprises relevant de grands groupes seraient exclues du champ de ce dispositif.

## TITRE 2. LES PROCÉDURES COLLECTIVES

Les procédures collectives sont la procédure de **sauvegarde**, de **redressement** ou de **liquidation** judiciaires.

### CHAPITRE 1. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Après avoir défini le contexte des procédures collectives (section 1), il conviendra d'exposer les entités concernées (section 2) et de définir le rôle de chacun des intervenants à la procédure (section 3).

#### **SECTION 1. LE CONTEXTE DES PROCÉDURES COLLECTIVES**

##### **I. LA PROCÉDURE ADAPTÉE AUX DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE**

Chacune des procédures (sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires) correspond à un degré différent de gravité des problèmes rencontrés par la société. Ainsi, une société peut faire l'objet :

- si elle n'est pas en cessation des paiements mais éprouve des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, d'une procédure de **sauvegarde** ;
- si elle est en cessation des paiements, d'une procédure soit de **redressement judiciaire** si sa situation peut justifier un plan de redressement, soit de **liquidation judiciaire** si le redressement est manifestement impossible.

##### **II. LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT**

Lorsque leur responsabilité doit être engagée, les **dirigeants** d'une société faisant l'objet d'une procédure collective encourent, selon la procédure ainsi que la nature et l'importance des fautes commises :

- des **sanctions patrimoniales** tendant à les obliger au paiement du passif social ;
- des **déchéances** : faillite personnelle et autres interdictions dont la conséquence principale est la déchéance du droit de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise à forme individuelle ou sociale ;
- des **sanctions pénales** : peines réprimant le délit de banqueroute.

**Les sanctions patrimoniales et les déchéances ci-avant évoquées sont toujours facultatives pour le juge.**

##### **III. LES INSCRIPTIONS AU RCS**

Certaines décisions prises par le tribunal dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire sont mentionnées d'office au RCS (art. R. 123-122, C. com.), notamment celles portant ouverture de la procédure, adoption, modification ou résolution du plan ou encore celles mettant fin à la procédure.

Des nouvelles mesures sont destinées à aider les entreprises qui, ayant obtenu un plan de sauvegarde ou de redressement, ont montré leur capacité à se réorganiser. Depuis le 10 décembre 2011, la **radiation d'office** de ces mentions intervient aussi **au cours de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement**, à l'expiration d'un délai de **3 ans** dans le premier cas ou de **5 ans** dans le second cas, courant à compter de l'arrêté du plan (art. R. 123-135, 4° et 5°,

C. com.)<sup>10</sup>. En outre, la radiation à l'expiration de ce délai fait obstacle à toute nouvelle mention intéressant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, sauf si celle-ci est relative à une **mesure d'inaliénabilité** décidée par le tribunal ou à une décision prononçant la **résolution du plan**.

## **SECTION 2. LES ENTITÉS VISÉES POUR L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE**

### **I. LE PRINCIPE**

La procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est applicable à **toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale**, à **tout agriculteur**, à **toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante**, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à **toute personne morale de droit privé** (art. L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2, C. com.).

La liste des personnes pouvant faire l'objet d'une telle procédure est longue : commerçants, artisans, sociétés commerciales ou civiles, GIE, GEIE, société coopératives, associations simplement déclarées, associations reconnues d'utilité publique, comités d'entreprise, mutuelles, syndicats professionnels, clubs sportifs, sous réserve des distinctions exposées ci-après.

### **II. LES CAS PARTICULIERS**

#### **A. LES SOCIÉTÉS DISSOUTES**

Une société dissoute peut faire l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire aussi longtemps qu'elle conserve sa personnalité morale.

**La société, une fois dissoute, ne devrait pas pouvoir demander le bénéfice d'une procédure de sauvegarde** puisque sa personnalité morale ne subsiste que pour les besoins de sa liquidation (art. L. 237-2, al. 2, C. com.). Toutefois, on peut considérer qu'un tempérament doit être apporté à ce principe car la société dissoute pourrait faire l'objet d'une procédure de sauvegarde s'il apparaissait que son patrimoine est confondu avec celui d'une autre société bénéficiant d'une procédure de sauvegarde ou qu'elle est fictive (art. L. 621-2, al. 2, C. com.).

Mais une fois la clôture de la liquidation publiée, la société dissoute peut seulement être mise en redressement ou en liquidation judiciaires **sur assignation de l'un de ses créanciers**. Ceux-ci peuvent saisir le tribunal à cette fin pendant le délai d'un an qui suit la radiation de la société au RCS consécutive à la publication de la clôture des opérations de liquidation (art. L. 631-5, al. 2, 1° et L. 640-5, al. 2, 1°, C. com.).

La radiation au RCS ne fait courir le délai d'un an, à l'expiration duquel les poursuites ne peuvent plus être engagées, que si elle fait suite à la clôture des opérations de liquidation et à la disparition de la personnalité morale. Il se peut, en effet, que la radiation soit demandée prématurément, voire prononcée d'office ; dans un tel cas, le délai d'un an ne court pas et, malgré sa radiation, la société, qui a conservé sa personnalité morale, peut faire l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires.

10. Jusqu'à cette date, ces mentions n'étaient radiées d'office du RCS que si le tribunal avait mis fin à la procédure de sauvegarde à la demande du débiteur, avait mis fin à une procédure de redressement judiciaire ou bien encore s'il avait été constaté l'achèvement de l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

### REMARQUES

#### Remarque 1 : Radiation

La dissolution de la société n'entraîne pas la radiation de celle-ci au RCS. Cette radiation est obtenue sur demande du liquidateur, en principe, seulement après la clôture des opérations de liquidation. Cependant, afin d'éviter le maintien au registre de sociétés n'ayant plus d'existence, le texte prévoit la radiation d'office de la société au terme du **délai fixé par les statuts** pour la durée de la liquidation ou, à défaut, **3 ans** après la date de la mention au registre de la dissolution (art. R. 123-131, C. com.).

Pour éviter cette radiation d'office, le ou les liquidateurs doivent demander la **prorogation de l'immatriculation** pour les besoins de la liquidation par voie d'inscription modificative. Cette prorogation est valable **un an** ; mais elle peut être renouvelée d'année en année aussi longtemps que durent les opérations de liquidation<sup>11</sup>.

La radiation au RCS fait perdre la propriété commerciale. Mais elle est sans incidence sur la personnalité morale de la société, celle-ci subsistant aussi longtemps que les droits et obligations de la société n'ont pas été liquidés.

#### Remarque 2 : Dissolution d'une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne morale

L'ouverture d'une procédure collective n'est pas possible lorsque la dissolution de la société n'est suivie d'aucune opération de liquidation en raison de la transmission universelle du patrimoine d'une **société unipersonnelle** lorsque l'associé unique est une personne morale (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14809).

## B. LES SOCIÉTÉS NON IMMATRICULÉES

Les sociétés non immatriculées au RCS ne peuvent pas être soumises à une procédure collective puisqu'elles sont dépourvues de personnalité morale.

Mais peuvent être l'objet d'une procédure collective, à condition qu'elles aient ainsi personnellement exercé une activité commerciale, les personnes qui ont agi pour le compte de la société en formation et celles qui se sont comportées comme des associés de fait.

## C. LES SOCIÉTÉS NULLES

Une société nulle (une société immatriculée mais qui a été annulée pour vice de constitution) peut faire l'objet d'une procédure collective car ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi (art. L. 235-12, C. com.).

### REMARQUE

Lorsqu'il apparaît qu'une société soumise à une procédure collective est fictive, cette procédure peut être étendue à la personne physique ou morale qui se dissimulait derrière la société (art. L. 621-2, al. 2, L. 631-7 et L. 641-1, I, C. com.).

## D. LES SOCIÉTÉS FAISANT L'OBJET D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

Une société ne peut pas faire l'objet simultanément de **plusieurs procédures collectives**. Ainsi une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires ne peuvent pas être ouvertes si la société est déjà soumise à l'une de ces procédures et s'il n'a pas été mis fin aux opérations du plan de sauvegarde ou de redressement ou si la procédure de liquidation n'a pas été clôturée (art. L. 620-2, al. 2, L. 631-2, al. 2 et L. 640-2, al. 2, C. com.).

11. La radiation d'office peut aussi résulter d'une cessation totale d'activité depuis plus de 2 ans.



## E. LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

L'existence d'un **groupe de sociétés** a des répercussions importantes et diverses sur les procédures collectives.

### 1. L'extension de la procédure collective

La procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires) affectant une société membre d'un groupe peut être **étendue à d'autres sociétés du groupe**. Il en est ainsi lorsque les sociétés en cause ont **confondu leurs patrimoines** ou lorsqu'il apparaît que l'une d'elles est **fictive** (art. L. 621-2, al. 2, L. 631-7 et L. 641-1, I, C. com.). **Le seul fait que des sociétés appartiennent à un groupe n'autorise pas l'extension de la procédure collective de l'une aux autres.**

La confusion des patrimoines de diverses sociétés d'un groupe est établie lorsqu'est relevée entre elles l'existence de relations financières ou de flux financiers anormaux. Par ailleurs, lorsque la **fictivité** (ou la confusion de patrimoines) est établie, il n'est pas nécessaire de prouver, en outre, la **confusion de patrimoines** (ou la **fictivité**).

#### REMARQUES

##### Remarque 1 : Montage SCI – société d'exploitation

L'opération consistant à créer une société civile immobilière (SCI) pour acquérir des immeubles au moyen d'emprunts et les louer à une société commerciale y exerçant son activité est un montage classique en son principe qui, à lui seul, ne suffit pas à établir la confusion des patrimoines des deux sociétés.

Il en est de même lorsque les immeubles ont été mis à la disposition de la société d'exploitation dans le cadre d'une convention de crédit-bail.

D'autres éléments sont retenus pour caractériser des **relations financières anormales**. Ainsi, le redressement judiciaire d'une SARL a été étendu à une SCI aux motifs que ces sociétés ne tenaient pas de comptabilité, que les créanciers de la SARL adressaient leurs factures au gérant de la SCI parce qu'ils ne pouvaient pas faire la différence entre les deux sociétés, que la SCI avait mis, pendant plus de 3 ans, ses immeubles à disposition de la SARL sans contrepartie, que les deux sociétés s'étaient fait consentir de façon « *conjointe et solidaire* » un découvert en compte-courant de 300 000 anciens francs en garantie duquel la SCI avait consenti une hypothèque alors que les fonds n'avaient profité qu'à la SARL, ce qui constituait une opération désastreuse pour la SCI (Cass. com., 4 juill. 2000, n° 97-15156).

##### Remarque 2 : Confusion de patrimoine

La procédure collective affectant un débiteur peut être étendue à d'autres personnes (notamment associés, dirigeants, sociétés sœurs, société mère ou filiales) lorsque ce débiteur et ces personnes ont confondu leurs patrimoines ou lorsqu'il apparaît que l'un d'eux est fictif. Le critère de la confusion des patrimoines est apprécié à partir d'un faisceau d'indices, par exemple, l'existence de relations financières ou de flux financiers anormaux suffit à caractériser l'imbrication inextricable des patrimoines.

Pour que la procédure collective puisse être étendue à l'ensemble des sociétés du groupe, il faut que la confusion des patrimoines existe à la **date du jugement d'ouverture** de la procédure. Ainsi, seuls les faits antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective d'une entité peuvent justifier l'extension de cette procédure à l'encontre d'une autre entité (Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-23036). Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'une société du groupe a été cédée à des tiers étrangers et que les nouveaux associés ont géré le patrimoine de cette société de manière autonome. Tel n'est pas le cas non plus lorsque les flux financiers anormaux s'étaient produits alors que la liquidation judiciaire était déjà ouverte.

En cas d'extension de la liquidation judiciaire d'une société à une autre pour confusion des patrimoines, il n'est pas nécessaire de rechercher si la société à laquelle la liquidation est étendue se trouve en état de cessation des paiements (Cass. com., 3 avr. 2001, n° 98-16070)<sup>12</sup>.

En cas d'extension de la procédure collective d'une société à une autre société, le président du tribunal peut ordonner toute **mesure conservatoire utile** sur les biens de la seconde société à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, du ministère public ou d'office. Le juge-commissaire pourra ensuite autoriser la vente des biens concernés aux prix et conditions qu'il détermine mais seulement si la conservation ou la détention de ces biens génère des frais ou si ces biens sont susceptibles de déperissement (art. L. 663-1-1, C. com.).

## 2. L'unité des procédures

Lorsqu'il y a confusion de patrimoines entre des sociétés soumises à une procédure collective, il y a **unité de procédure**.

En conséquence, la **déclaration de créances** faite entre les mains du représentant des créanciers vaut pour n'importe laquelle des sociétés du groupe, mais cette déclaration unique doit contenir les indications permettant d'identifier chaque créance.

De même, il ne peut être prononcé une liquidation judiciaire partielle ou un plan de continuation partiel concernant certaines sociétés du groupe et non les autres. Toutefois, si, une fois l'extension prononcée, une procédure unique doit être suivie, le jugement prononçant cette extension **ne rétroagit pas** pour autant au jour du jugement initial d'ouverture ; il en résulte que le créancier d'une société à laquelle la procédure collective d'une autre société a été étendue peut valablement faire pratiquer une saisie-vente sur les biens de sa débitrice dès lors que la vente est intervenue avant le jugement d'extension.

Tant que dure la procédure collective, les sociétés dont les patrimoines sont confondus sont, du point de vue patrimonial, considérées comme formant une **entreprise unique**. Il en résulte que la procédure collective unique comporte nécessairement une **issue commune** à l'ensemble, à l'exclusion de toute solution différenciée propre à telle ou telle société.

Après clôture de la procédure collective unique, chaque société redevient maître des biens qui étaient les siens à l'ouverture de la procédure ou, du moins, des biens subsistants. Celle dont tous les biens ont été vendus pour apurer le passif de l'ensemble n'a aucun droit sur le patrimoine de l'autre.

## 3. Le tribunal compétent

Le tribunal qui a ouvert la **première procédure collective** est compétent pour prononcer l'extension de la procédure (art. L. 621-2, al. 2, L. 631-7 et L. 641-1, I, C. com.). L'ensemble de la procédure est donc regroupé devant un tribunal unique.

## 4. Le comblement de passif

En cas de mise en liquidation judiciaire d'une **société filiale**, la société mère peut être condamnée à supporter tout ou partie des dettes de sa filiale si elle s'est comportée comme un **dirigeant de fait** de celle-ci. La société mère ne saurait, pour échapper à toute sanction, soutenir qu'elle était elle-même sous la direction de fait de la holding du groupe auquel elle appartenait.

12. Jugé toutefois qu'une procédure collective d'apurement du passif d'une société ne peut pas être étendue, sur le fondement de la confusion des patrimoines, à une seconde société mise en redressement judiciaire dès lors que celle-ci fait déjà l'objet d'un plan de redressement.



## SECTION 3. LES INTERVENANTS À LA PROCÉDURE

Le Tribunal désigne les organes de la procédure. Ce qui induit toute une organisation et de multiples intervenants qui ont chacun leurs fonctions et leurs attributions à travers des rôles bien distincts.

On peut classer les intervenants à la procédure en trois catégories : les autorités judiciaires (I), les auxiliaires de justice professionnels (II) et les auxiliaires de justice non-professionnels (III). Il convient de ne pas oublier le rôle de l'avocat (IV).

### I. LES AUTORITÉS JUDICIAIRES

Il convient d'étudier le tribunal (A), le juge-commissaire (B) et le ministère public (C).

#### A. LE TRIBUNAL DE COMMERCE

##### REMARQUE

**Le tribunal de commerce est compétent si le débiteur est un commerçant ou un artisan**, qu'il s'agisse d'une personne physique, immatriculée ou non, ou d'une personne morale. Dans les autres cas (agriculteur, professions indépendantes non commerciales et toutes les personnes morales de droit privé non commerçantes : association, syndicat, etc.), c'est le **TGI** qui est compétent.

La procédure de redressement est judiciaire, elle est sous le contrôle du **Tribunal de commerce**. Il assure la direction générale de la procédure en exerçant :

- un **pouvoir juridictionnel**. Il rend des décisions de justice. Toutes les décisions importantes du redressement judiciaire sont prises par le Tribunal. Le cas échéant, Il peut se substituer au juge-commissaire en cas de carence ou lors d'un défaut de diligence ;
- un **contrôle de tous les organes de la procédure**. Il désigne, change, modifie la mission ou met fin aux fonctions des différents organes de la procédure (hormis le Procureur de la République).

Le Tribunal a une compétence générale sur tous les litiges nés du redressement judiciaire. Pour conserver une unicité de la procédure, le Tribunal de commerce peut même être amené à connaître de litiges qui, en temps normal, ne relèvent pas de sa compétence. Dans la limite toutefois que la compétence des autres juridictions ne soit pas une attribution exclusive et ne constitue pas une mesure d'ordre public à laquelle on ne peut déroger, comme c'est le cas, par exemple, en matière de créances salariales (Conseil des Prud'hommes), de créances alimentaires ou en cas de divorce (TGI).

#### B. LE JUGE-COMMISSAIRE

La loi charge le **juge-commissaire** de veiller au déroulement rapide de la procédure collective et à la protection des intérêts en présence (ceux des salariés, des créanciers de la procédure, mais aussi du débiteur) (art. L. 621-9, C. com.). Il est le personnage central de la procédure collective, le véritable « *chef d'orchestre* » de la procédure.

Il est un **auxiliaire du Tribunal** ; le juge-commissaire est membre du Tribunal, il doit y avoir exercé au moins depuis 2 ans en qualité de juge. C'est donc un auxiliaire privilégié du Tribunal. Il peut demander au Tribunal de se saisir d'office pour modifier les organes de la procédure ou les renforcer. Il fait des rapports au Tribunal, avant qu'il ne prenne une décision. Ces rapports sont le plus souvent une cause de validité de la procédure. Ces rapports peuvent être faits sous la forme orale ou écrite.

Il est détenteur d'un **pouvoir juridictionnel**. Il statue par voie d'ordonnance. Il autorise des opérations de la procédure telle que la poursuite des contrats conclus avant ou après le jugement prononçant le redressement judiciaire. Il désigne directement les contrôleurs de la procédure parmi les créanciers qui lui en font la demande. Il statue sur l'admission des créances et les revendications des créanciers.

Il dispose d'un **pouvoir général d'informations et d'investigations** ; les organes de la procédure, notamment les mandataires de justice, doivent lui faire rapport du déroulement de la procédure. Il peut requérir sans qu'il ne lui soit opposé le secret professionnel, toutes les informations de la part des partenaires sociaux économiques et financiers de l'entreprise.

### C. LE MINISTÈRE PUBLIC

Le **ministère public** est représenté par un magistrat désigné substitut du Procureur général de la République. Il veille près le Tribunal de commerce à la protection de l'ordre public économique, que les relations économiques se déroulent dans le strict respect du cadre juridique imparti à la matière. Il est également le garant de la bonne application de la loi.

Pour assurer ses fonctions, il est convoqué aux audiences du Tribunal, il peut y faire des réquisitions (ce sont ses observations qui peuvent prendre la forme orale ou écrite).

Il dispose d'un **pouvoir de direction du redressement judiciaire**, il peut demander au Tribunal de se saisir aux fins de proroger la période d'observation ou de prononcer la cessation de l'activité du débiteur.

Il dispose d'un **pouvoir général d'information**. Il est destinataire de l'ensemble des décisions. Il peut requérir la communication de tout acte ou document liés à la procédure. Il bénéficie comme le juge-commissaire d'une information régulière du déroulement de la procédure.

La loi lui ouvre de nombreuses **voies de recours** sur les décisions du Tribunal ou celles du juge-commissaire.

## II. LES AUXILIAIRES PROFESSIONNELS

### A. L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

L'**administrateur judiciaire** est un professionnel spécialisé dans les procédures collectives. Il exerce une profession réglementée et figure sur une liste professionnelle à compétence nationale.

#### 1. Sa désignation

La désignation d'un administrateur n'est pas obligatoire en régime simplifié.

#### 2. Sa mission

Il participe à la gestion de l'entreprise de façon plus ou moins importante en fonction de la mission que lui confie le Tribunal. Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire qui désigne un administrateur lui assigne pour la période d'observation l'une des trois missions suivantes :

- La **surveillance** : dans ce cas, les pouvoirs du débiteur ne sont pas réduits, mais l'administrateur contrôle ses actes.
- L'**assistance** : cette mission est la plus fréquente. Dans ce cas, l'administrateur participe à la gestion de l'entreprise avec le débiteur, c'est-à-dire que, concrètement, son autorisation et sa signature sont nécessaires, même si le Tribunal peut toutefois limiter son domaine d'action.
- La **représentation** : cette mission est dite « *totale* » car, dans ce cas, c'est l'administrateur qui représente l'entreprise et, à ce titre, a le droit de gérer seul l'entreprise en lieu et place du dirigeant (le débiteur peut toutefois exercer les droits et actions qui lui sont personnels).

Il doit **évaluer les chances de redressement de l'entreprise** ; l'administrateur judiciaire doit, avec l'aide du débiteur, dresser le bilan économique et social de l'entreprise – analyser ses atouts et les causes de ses difficultés et, dans toute la mesure du possible, envisager son redressement en soumettant au tribunal, avant l'expiration de la période d'observation, un plan de redressement.

Le cas échéant, il **prépare un projet de plan de redressement**, basé sur un rapport d'analyses des offres à l'attention du Tribunal en établissant, d'une part, les propositions de règlement du passif et les remises de dettes pour la présentation d'un plan de redressement par voie de continuation de l'activité prévoyant l'apurement du passif de l'entreprise et en réceptionnant, d'autre part, les offres des candidats à la reprise de l'entreprise pour la présentation d'un plan de redressement par voie de cession.

L'administrateur s'occupe également de la **rédaction des actes nécessaires** à la mise en œuvre de la cession en réceptionnant les offres de reprises des éléments d'actifs de l'entreprise et en organisant la continuation ou la liquidation du reste des actifs (en cas de conversion du redressement en liquidation judiciaire).

À tout moment de la période d'observation et s'il apparaît que le redressement s'avère impossible, ou si les dettes créées pendant la période d'observation demeureront impayées, l'administrateur **fait un rapport et saisit le Tribunal pour prononcer la liquidation judiciaire**.

## B. LE MANDATAIRE JUDICIAIRE

La loi lui attribue essentiellement trois séries de missions, la première étant la plus importante.

### 1. La mission de la défense de l'intérêt collectif des créanciers

Il est investi de la défense de l'intérêt collectif des créanciers (art. L. 622-20, C. com.), et plus précisément des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture. En cas de **carence du mandataire, un contrôleur peut agir à sa place pour défendre cet intérêt collectif** ; il faut pour cela qu'ait été adressée au mandataire une mise en demeure demeurée infructueuse pendant 2 mois. Concrètement, il peut s'agir d'une action contre les dirigeants, d'une action en nullité de la période suspecte, d'une demande de remplacement d'un organe de la procédure, etc.

Le produit de l'action en responsabilité exercée par le mandataire judiciaire entre non pas dans le patrimoine des créanciers, mais du débiteur lui-même ; l'idée est que ces sommes viennent renforcer son actif et qu'elles puissent augmenter ses chances de redressement. Bien sûr, si le débiteur fait l'objet d'une liquidation judiciaire, elles sont destinées *in fine* à être recueillies par les créanciers.

#### REMARQUE

Tout créancier conserve cependant le droit d'exercer une action individuelle pour obtenir la réparation du préjudice personnel dont il se prévaut, par hypothèse distinct de celui subi par la collectivité des créanciers. Cependant, à partir du moment où la jurisprudence retient une conception très extensive de la notion de préjudice collectif, la voie ouverte au créancier individuel pour obtenir la réparation de son préjudice personnel est extrêmement étroite.

### 2. La vérification des créances antérieures

Il prend part à la vérification des créances antérieures au jugement d'ouverture que les créanciers qui en sont titulaires ont déclaré au passif de la procédure (art. L. 624-1, C. com.).

### 3. La consultation des créanciers au moment de l'adoption du plan

Il intervient au moment de l'adoption du plan. En particulier, il consulte les créanciers pour savoir s'ils consentent à octroyer des délais ou des remises au débiteur dans le cadre du plan (art. L. 626-5, al. 2, C. com.).

**Si le tribunal adopte le plan, le mandataire judiciaire pourra être nommé commissaire à l'exécution du plan et s'il prononce la liquidation judiciaire, c'est lui qui sera généralement désigné mandataire-liquidateur.**

### C. LE MANDATAIRE-LIQUIDATEUR

Le mandataire-liquidateur intervient uniquement au cours de la liquidation judiciaire. Il ne s'agit pas d'une profession en tant que telle, mais d'une **fonction qui peut être exercée par le mandataire judiciaire**.

La loi confère au mandataire-liquidateur une **mission en partie identique à celle du mandataire judiciaire en période d'observation, celle de représenter les créanciers**. À ce titre, il peut notamment exercer toute action en justice au nom de la défense de l'intérêt collectif des créanciers ou poursuivre celle qui aura été mise en œuvre par le mandataire judiciaire au cours de la période d'observation. Il **représente aussi le débiteur**. Le débiteur, en cas de liquidation judiciaire, est, en effet, totalement **dessaisi de la gestion de son entreprise** au profit du mandataire-liquidateur (art. L. 641-9, I, C. com.). Enfin, le mandataire-liquidateur **a en charge les opérations de liquidation des actifs du débiteur**. Il réalise les éléments d'actifs (il les vend) et répartit entre les créanciers, suivant leur rang (c'est-à-dire en fonction des privilèges des uns et des autres), le produit de ces réalisations.

### D. LE COMMISSAIRE À L'EXÉCUTION DU PLAN

Avant adoption du plan de redressement, le Tribunal écoute tous les intervenants de la procédure et les repreneurs le cas échéant, puis homologue le plan. Le jugement fixe les modalités d'exécution du plan, sa durée. De plus, il désigne la personne tenue d'exécuter le plan et le commissaire à l'exécution du plan, qui a la mission de veiller au bon déroulement du plan. Dans la plupart des cas, c'est l'administrateur ou le mandataire judiciaire qui sont désignés pour assurer cette fonction.

Le commissaire à l'exécution du plan rend compte au juge-commissaire et au procureur de la bonne exécution du plan. En cas d'inexécution, il saisit le tribunal pour qu'il soit constaté la résolution du plan et prononcé l'ouverture d'une procédure de liquidation.

### E. LE GREFFIER

Le **greffier** est un officier public et ministériel. Il enrôle les actes de saisine du Tribunal. Il délivre les convocations des parties, des auxiliaires de justice et de tous les intervenants à la procédure à comparaître aux audiences.

Il assiste le tribunal à l'audience, il en assure le secrétariat. Il authentifie les décisions du Tribunal et en assure l'archivage (ce qui lui permet d'en délivrer des copies). Il assure d'office la publicité des décisions de la procédure collective au RCS ou le registre des métiers ainsi que dans les journaux d'annonces judiciaires et au Bodacc.

## III. LES AUXILIAIRES NON PROFESSIONNELS

### A. LES CONTRÔLEURS

Le **contrôleur** est un gage de la transparence des procédures. En effet, c'est un auxiliaire appelé à y intervenir, sans être pour autant un professionnel de la procédure collective.

Le contrôleur est un créancier nommé par le juge-commissaire pour l'assister dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise et pour assister le mandataire judiciaire dans ses fonctions.

Sans pour autant représenter l'intérêt des créanciers, il dispose de prérogatives telles que le **droit d'information générale sur les documents transmis aux mandataires de justice et la faculté de saisir les organes de la procédure** :

- il saisit le juge-commissaire pour qu'il demande au tribunal de statuer sur le remplacement ou l'adjonction d'un organe de procédure ;
- il saisit le tribunal pour qu'il soit ordonné la cessation de l'activité et prononcé la liquidation judiciaire ;
- il saisit le mandataire judiciaire pour l'assister à la vérification du passif.

## B. LE REPRÉSENTANT DES SALARIÉS

Les **salariés** sont des partenaires de l'entreprise en difficulté. L'avenir de l'emploi s'intègre à celui de l'entreprise. Leurs contrats sont toujours continués de plein droit sauf à ce que le licenciement pour motif économique intervienne pendant la procédure et en tout état de cause en cas de liquidation. C'est pourquoi la procédure collective prévoit qu'un représentant des salariés participe à la procédure. Il ne faut pas confondre les représentants de salariés institutionnels classiques (comité d'entreprise, etc.) avec le représentant de salariés dans une procédure collective.

Le représentant des salariés est élu par le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou les salariés pour représenter l'intérêt des salariés. Il est consulté et convoqué aux audiences du Tribunal pour être entendu et donner son avis sur les orientations de la procédure. Il peut également participer à la procédure de vérification des créances. Il peut exercer des voies de recours à l'encontre des décisions les plus importantes.

## IV. L'AVOCAT

L'**avocat** assiste l'entreprise en difficulté dans le cadre de la procédure collective. Son ministère n'est pas obligatoire mais le dirigeant d'entreprise peut avoir intérêt à être accompagné, voire défendu, puisque l'administrateur judiciaire (comme le représentant des créanciers) est placé sous l'autorité du Tribunal. Il n'a pas vocation à défendre les intérêts du dirigeant d'entreprise ou des associés mais davantage à représenter l'entreprise, en général, dans les actes de sa vie courante ou d'assister le chef d'entreprise.

# CHAPITRE 2. L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

## SECTION 1. L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE DE SAUVEGARDE

### I. LES CONDITIONS DE FOND DE L'OUVERTURE

#### A. LA SAUVEGARDE

Une société peut demander le bénéfice d'une procédure de sauvegarde **si, sans être en état de cessation des paiements, elle justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter** (art. L. 620-1, al. 1, C. com.).

La loi ne précise pas la nature des difficultés susceptibles d'être invoquées. Elles peuvent être tant juridiques que financières ou économiques.

Cependant, il n'est pas nécessaire que les difficultés soient de nature à conduire la société à la cessation des paiements. Il n'est pas non plus requis qu'elles affectent l'activité économique de la société. Une société susceptible de poursuivre son activité peut donc bénéficier d'une sauvegarde dès lors qu'elle fait état de difficultés insurmontables. Sauf fraude, l'ouverture de la procédure ne peut être refusée à la société pour la seule raison qu'elle chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13988).

**Si la société appartient à un groupe**, les difficultés invoquées sont appréciées au regard de la situation de la seule société. Le comportement du groupe peut toutefois être pris en considération dans la mesure où il constitue une difficulté insurmontable (diminution ou rupture des crédits intra-groupe, vote de distribution de dividendes disproportionnés par rapport aux résultats, etc.).

## B. LA SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE (SFA)

La **sauvegarde financière accélérée** (SFA) ne concerne que les grandes entreprises. Elle n'a d'effet que sur les créanciers financiers (banques, établissements de crédit), et se déroule dans un laps de temps très bref (2 mois maximum). Elle a pour objectif de résoudre rapidement les difficultés dues au refus d'une minorité de créanciers financiers de participer à l'accord de conciliation.

Une société peut demander l'ouverture d'une procédure de **SFA** si elle répond **cumulativement** aux conditions suivantes :

- justifier de **difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter sans pour autant être en cessation des paiements** ;
- être engagée dans une **procédure de conciliation** en cours ;
- avoir des comptes certifiés par un **CAC** ou établis par un expert-comptable ;
- pour le dernier exercice clos, avoir un total de bilan supérieur à 25 millions d'€ (ou 10 millions d'€ lorsque ce débiteur contrôle une société dont le total de bilan est supérieur à 25 millions d'€, ou dont le nombre de salariés est supérieur à 150, ou dont le chiffre d'affaires est supérieur à 20 millions d'€)<sup>13</sup> ;
- avoir élaboré un **projet de plan** visant à assurer la pérennité de société et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part des créanciers financiers pour rendre vraisemblable son adoption dans un délai d'un mois à compter de l'ouverture de la procédure.

## II. LES CONDITIONS DE PROCÉDURE DE L'OUVERTURE

### A. LE TRIBUNAL COMPÉTENT

Le tribunal compétent pour ouvrir une procédure de sauvegarde à l'égard d'une société commerciale est le **tribunal de commerce** dans le ressort duquel la société a son siège social.

### B. LA SAISIE DU TRIBUNAL

La procédure de sauvegarde ne peut être ouverte qu'à la **demande de la société** (art. L. 620-1, al. 1, C. com.) et donc de son représentant légal.

La demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde est déposée au greffe du tribunal compétent. Elle doit **exposer** la nature des difficultés rencontrées par la société et les raisons pour lesquelles celle-ci n'est pas en mesure de les surmonter ; elle doit aussi préciser si la société s'engage (et dans quel délai) à établir l'inventaire ou bien si elle demande la désignation par le tribunal d'une personne chargée de le réaliser.

À cette demande sont jointes, outre les comptes annuels du dernier exercice, certaines pièces<sup>14</sup>, datées, signées et certifiées sincères et véritables par le représentant légal (art. R. 621-1, C. com.).

### C. LA DÉCISION DU TRIBUNAL

Le tribunal ne peut statuer qu'après avoir entendu (ou dûment appelé) le **dirigeant** et les représentants du **comité d'entreprise** (ou, à défaut, des délégués du personnel) ; il peut également entendre toute personne (par exemple, le CAC) dont l'audition lui paraît utile.

En outre, s'il est saisi d'une demande de SFA, le tribunal statue après rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation et sur les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers concernés (art. L. 628-1 et R. 628-3, C. com.).

13. Les seuils ne sont pas très élevés. En outre, ce dispositif permet à une société établissant des comptes consolidés d'être éligible à la procédure de SFA, même si elle n'atteint pas elle-même les seuils.

14. Il s'agit des pièces par exemple, un extrait d'immatriculation au RCS, une situation de trésorerie, un compte de résultat prévisionnel, le nombre des salariés employés à la date de la demande et le montant hors taxes du chiffre d'affaires, etc.



## D. LA DÉSIGNATION D'UN ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

Le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la société a moins de 20 salariés et un CA HT inférieur à 3 millions d'€.

Le dirigeant peut proposer au tribunal la désignation de l'administrateur judiciaire de son choix ; il peut s'agir, lorsque la société a précédemment bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation, du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur.

Dans le cadre d'une SFA, le conciliateur est désigné comme administrateur, sauf décision spécialement motivée du tribunal (art. L. 628-3, C. com.).

Le tribunal qui ouvre une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire peut désigner un ou plusieurs **experts**.

## E. LA CONSTITUTION DU COMITÉ DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDITS EN CAS DE SFA

En cas de SFA, seul le comité des établissements de crédits est constitué car cette procédure n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers membres de ce comité et, s'il y a lieu, des créanciers obligataires (art. L. 628-1, al. 3, C. com.).

## SECTION 2. L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE DE REDRESSEMENT OU DE LIQUIDATION JUDICIAIRE

Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires visent l'entité en état de cessation de paiement (I). Il s'agit d'une procédure judiciaire (II).

### I. L'ÉTAT DE CESSATION DES PAIEMENTS

Une entité ne peut être mise en redressement ou en liquidation judiciaires que si elle est en état de cessation des paiements, c'est-à-dire si elle est dans l'**impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible** (art. L. 631-1, al. 1 et L. 640-1, al. 1, C. com.). Tel n'est pas le cas si le dirigeant établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont la société bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

Si l'état de cessation des paiements est avéré, le juge ne peut pas refuser d'ouvrir la procédure collective en raison des mobiles de la société débitrice, qui est légalement tenue de déclarer cet état (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-13988 ; - 3 juill. 2012, n° 11-18026).

### A. LA DÉTERMINATION DU PASSIF ET DE L'ACTIF

#### 1. La détermination du passif exigible

Le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif **exigible**, c'est-à-dire toute dette qui n'a pas donné lieu de la part du créancier à un moratoire ou à des facilités de paiement, peu important que le paiement n'en ait pas été effectivement exigé (Cass. com., 15 fév. 2011, n° 10-13625). En revanche, les créances qui ont été contestées par la société ne sont pas prises en considération<sup>15</sup>.

Il convient de prendre en compte **le passif exigible à la date du jugement ouvrant la procédure** mais non le passif rendu exigible par l'effet de ce jugement (par exemple, la liquidation judiciaire).

15. A ainsi été écartée une dette ayant fait l'objet d'une ordonnance d'injonction de payer à laquelle le débiteur avait fait opposition avant l'ouverture de la procédure collective (CA Paris, 31 mars 2009, n° 08-18321).

## 2. La détermination de l'actif disponible

Sont **comptabilisés** dans l'actif disponible : la trésorerie, les réserves de crédit bancaire, les fonds apportés par le dirigeant ainsi que les avances en compte-courant des associés qui ne sont pas bloquées ou dont le remboursement n'a pas été demandé. Il en est de même d'un chèque de banque émis au profit de la société même s'il n'est pas encore encaissé. Par ailleurs, la provision d'un chèque de banque constitue, jusqu'à l'expiration du délai de prescription de l'action du porteur, un actif disponible (Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-28194).

Sont en revanche **exclues** de l'actif disponible les participations et les créances sur les filiales dès lors que ces créances ne sont pas immédiatement mobilisables ; sont également exclus les biens mobiliers (Cass. com., 22 janv. 2002 ; - 15 fév. 2011, n° 10-13625) ou immobiliers (Cass. com., 7 févr. 2012, n° 11-11347), même susceptibles d'être réalisés à court terme. En outre, le capital social non libéré n'est pas disponible car il n'est ni un actif disponible ni une réserve de crédit (Cass. com., 23 avr. 2013, n° 12-18453).

Pour se procurer des fonds, le dirigeant ne doit pas avoir utilisé des moyens frauduleux ou même simplement ruineux tels que des cessions d'actifs à des prix anormalement bas ou des emprunts à des taux élevés (pratiques qui sont, en outre, de nature à justifier l'application à son encontre de lourdes sanctions). À titre d'exemple, les avances en compte-courant consenties par le président qui, devant le refus des banques d'accorder tout crédit à la société, a souscrit un emprunt en son nom personnel constituent un financement anormal dissimulant la cessation des paiements de la société. Mais le fait que le dirigeant ait apporté des liquidités à la société, la maintenant ainsi en survie, ne suffit pas à établir que le financement est anormal.

### REMARQUE

La preuve de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible ne saurait résulter de :

- la seule comparaison des éléments du bilan ;
- la seule constatation de l'existence d'une perte d'exploitation et du non-paiement de salaires ;
- la dégradation constante de la trésorerie de la société et son manque de capitaux propres.

La cessation des paiements d'une société faisant partie d'un groupe est appréciée au regard des seuls actifs et passifs de celle-ci (Cass. com., 8 juin 1999, n° 95-14723), sans tenir compte des capacités financières du groupe, sauf engagement de la société mère envers la société.

## B. LA DATE D'APPRÉCIATION DE CESSATION DE PAIEMENT

La situation de la société s'apprécie au jour où le tribunal (ou la cour d'appel) statue. En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, le tribunal fixe provisoirement la **date de cessation des paiements**, celle-ci pouvant être modifiée ultérieurement sans pouvoir être antérieure :

- à l'immatriculation de la société ;
- de plus de 18 mois à la date du jugement d'ouverture ;
- à la **décision ayant homologué un accord amiable** conclu dans le cadre d'une procédure de conciliation sauf cas de fraude (art. L. 631-8 et L. 641-1, IV, C. com.).

### REMARQUES

#### Remarque 1 : L'autorité de la chose jugée de la décision ouvrant la procédure de conciliation concernant la date de cessation des paiements

La décision ouvrant la procédure de conciliation n'a pas, en cas d'échec, autorité de la chose jugée quant à la date de cessation des paiements. Autrement dit, l'ouverture d'une procédure de conciliation n'empêche pas le report de la date de cessation des paiements (Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18509).

#### Remarque 2 : Conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire

S'il apparaît, après l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, que la société était déjà en cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le tribunal convertit la



procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ; il fixe la date de cessation des paiements (qui ne peut pas être antérieure de plus de 18 mois au jugement ouvrant la sauvegarde).

Le tribunal peut être saisi par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le ministère public. Il peut également se saisir d'office. Il se prononce après avoir entendu ou dûment appelé les représentants de la société (art. L. 621-12, C. com.).

La cessation des paiements n'est pas une condition indispensable de la **conversion** d'une procédure de **sauvegarde en redressement judiciaire**. À tout moment de la période d'observation, le dirigeant peut demander cette conversion si l'adoption d'un plan de sauvegarde est manifestement impossible et si la clôture de la procédure conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements de la société (art. L. 622-10, al. 3, C. com.).

## II. LA PROCÉDURE JUDICIAIRE

### A. LE TRIBUNAL COMPÉTENT

Le tribunal compétent pour ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires à l'égard d'une société commerciale est le **tribunal de commerce** dans le ressort duquel la société a son siège social (art. L. 621-2, al. 1, L. 631-7, L. 641-1, I et R. 600-1, C. com.).

Toutefois, si le **siège social** est fictif ou en l'absence de siège social en France, le tribunal compétent est celui du lieu où la société a le **centre principal de ses intérêts**. Mais le seul fait que les choix économiques d'une société soient contrôlés par sa société mère ne suffit pas à écarter la compétence du tribunal du lieu de son siège social (CJCE, 2 mai 2006, aff. 341/04).

En cas de **changement de siège social** dans les 6 mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial est seul compétent (art. R. 600-1, al. 2, C. com.). Ce délai de 6 mois court à compter de l'inscription modificative au RCS de l'ancien siège, c'est-à-dire de la radiation de la société au RCS de l'ancien siège et non de l'inscription au greffe du nouveau siège.

### B. LA SAISINE DU TRIBUNAL

#### 1. La déclaration de cessation des paiements par la société

L'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires peut être demandée par le dirigeant de la société ; il peut même s'agir d'une obligation pour celui-ci. En effet, l'état de cessation des paiements de la société doit être déclaré au greffe du tribunal dans un **délai** de 45 jours à compter de cette cessation si l'ouverture d'une procédure de conciliation n'a pas été demandée dans ce délai (art. L. 631-4, al. 1 et L. 640-4, al. 1, C. com.).

Le non-respect de cette obligation fait encourir au dirigeant des sanctions patrimoniales et personnelles. Le fait qu'un créancier ait déjà demandé l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la société ne dispense pas le représentant légal de cette obligation de déclarer l'état de cessation des paiements.

La déclaration incombe au **représentant légal** de la personne morale (gérant, directeur général, directeur général délégué ou président du directoire, président du conseil d'administration, liquidateur) (art. R. 631-1, al. 1, C. com.). En cas de cogérance, la déclaration de la cessation des paiements peut être accomplie par un seul des gérants.

Bien que n'ayant pas le pouvoir de faire la déclaration, les **dirigeants de droit autres que les représentants légaux** (administrateurs, membres du directoire, président du conseil d'administration), les **dirigeants de fait** ainsi que les **représentants permanents des personnes morales dirigeantes** s'exposent, comme les représentants légaux, à l'interdiction de gérer si la déclaration n'a pas été faite dans le délai prescrit (art. L. 653-8, al. 3, C. com.). Aussi doivent-ils user de toute leur influence auprès du représentant légal de la société pour que celui-ci procède à la formalité et, en cas d'inaction prolongée de sa part, en informer le procureur de la République ou le tribunal de commerce.

**REMARQUES****Remarque 1 : Rôle de l'administrateur**

Ainsi, tous les administrateurs d'une SA ont été frappés d'une interdiction de gérer pendant 5 ans pour n'avoir pas « *agi au sein du conseil* » en vue de déclarer l'état de cessation des paiements.

L'interdiction de gérer a été prononcée à l'encontre d'un administrateur, ancien président, qui s'était abstenu de provoquer une délibération de conseil d'administration malgré l'état de cessation des paiements de la société.

En effet, s'il n'appartient pas à l'administrateur d'une société de faire lui-même la déclaration de cessation des paiements, il doit inviter le conseil d'administration à délibérer sur les décisions qui paraissent devoir s'imposer.

**Remarque 2 : Rôle du comité d'entreprise**

Le **comité d'entreprise** doit être informé et consulté avant la déclaration de cessation des paiements (art. L. 2323-44, C. trav.)

Les **représentants du personnel** (comité d'entreprise ou, à défaut, délégués du personnel) ne sont pas habilités à demander la mise en redressement ou en liquidation judiciaires de la société. Toutefois, ils peuvent communiquer au président du tribunal ou au ministère public tout fait révélant que celle-ci est en état de cessation des paiements (art. L. 631-6, C. com.).

**2. L'assignation par un créancier**

Les créanciers sociaux peuvent, quelle que soit la nature de leur créance, assigner la société en redressement ou en liquidation judiciaires lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une procédure de conciliation en cours (art. L. 631-5, al. 2 et L. 640-5, al. 2, C. com.).

**3. La saisine d'office ou par le ministère public**

Lorsque la société ne fait pas l'objet d'une procédure de conciliation, le tribunal peut être saisi par le ministère public pour décider l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire<sup>16</sup> (art. L. 631-5, C. com.). Pour l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut se saisir d'office ou être saisi par le ministère public, en l'absence de procédure de conciliation en cours (art. L. 640-5, C. com.).

En cas d'échec de la procédure de conciliation, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que la société est en cessation des paiements, le tribunal se saisit d'office afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (art. L. 631-4, L. 640-4, C. com.).

**C. LA DÉCISION DU TRIBUNAL****1. Les auditions préalables**

Le tribunal ne peut statuer qu'après avoir entendu (ou dûment appelé) le **dirigeant** et les représentants du **comité d'entreprise** (ou, à défaut, des délégués du personnel) ; il peut également entendre toute personne (par exemple, le CAC) dont l'audition lui paraît utile (art. L. 621-1, al. 1, L. 631-7 et L. 641-1, I, C. com.).

L'inobservation de ces dispositions d'ordre public entraîne la nullité du jugement. Le tribunal peut, avant de statuer, commettre un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de la société.

En outre, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'une société qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation dans les 18 mois qui précèdent doit être examinée en présence du ministère public (art. L. 621-1, al. 3 et 4, L. 631-7 et L. 641-1, I, C. com.).

16. L'ouverture du redressement judiciaire par saisine d'office du tribunal est inconstitutionnelle (Cons. const., déc., n° 2012-286, 7 déc. 2012 QPC). L'article L. 631-5 a de ce fait été modifié.

## 2. Le jugement d'ouverture

Lorsque le redressement de la société est manifestement impossible, le tribunal prononce la **liquidation judiciaire** immédiate (art. L. 640-1, al. 1, C. com.) ou le **redressement judiciaire** dans les autres cas.

Le **jugement** ouvrant la procédure collective est **publié** au RCS et fait l'objet d'une insertion au Bodacc et dans un JAL du lieu du siège de la société (art. R. 621-8, R. 628-4, R. 631-7 et R. 641-7, C. com.).

Les **sociétés « cotées »** qui font l'objet d'une procédure collective doivent, au titre de l'obligation d'information financière des marchés qui pèse sur elles, en informer non seulement l'AMF mais aussi le marché dès l'ouverture de la procédure, en précisant son calendrier prévisionnel ; les modifications éventuelles de ce dernier doivent également être publiées sans délai.

## 3. Les intervenants à la procédure

Dans le jugement d'ouverture, le tribunal nomme les **organes de la procédure**, c'est-à-dire :

- un juge-commissaire ;
- un administrateur et un mandataire judiciaires (appelé « *représentant des créanciers* » avant la réforme de 2005) en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire ;
- un liquidateur et, parfois, un administrateur en cas de liquidation judiciaire.

En cas de redressement judiciaire, le tribunal n'est pas tenu de désigner un administrateur judiciaire lorsque la société a moins de 20 salariés et un CA HT inférieur à 3 millions d'€ (art. L. 621-4, al. 4, L. 631-9, C. com.). Le dirigeant peut proposer au tribunal la désignation de l'administrateur judiciaire de son choix ; il peut s'agir, lorsque la société a précédemment bénéficié d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation, du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur.

Le tribunal invite le comité d'entreprise (ou, à défaut, les délégués du personnel ou, encore à défaut, les salariés) à désigner un **représentant des salariés**.

Le tribunal qui ouvre une procédure de redressement judiciaire peut désigner un ou plusieurs **experts**. En cas de redressement ou de liquidation judiciaires, il doit en outre nommer une personne (commissaire-priseur, notaire, etc.) chargée de faire l'inventaire des biens de la société et de les évaluer. Cette nomination ne s'impose, lors de la sauvegarde, que pour l'inventaire et seulement si la société décide de ne pas procéder elle-même à celui-ci (art. L. 622-6-1 et L. 621-4, al. 6, C. com.).

Le juge-commissaire, quant à lui, doit désigner des **contrôleurs** (un à cinq) choisis parmi les créanciers qui lui en font la demande.

Il appartient enfin à l'administrateur judiciaire de réunir les deux **comités de créanciers** de la société, l'un composé des établissements de crédits ou assimilés, l'autre des principaux fournisseurs (art. L. 626-30 et L. 631-19, I, C. com.).

La constitution des comités de créanciers est obligatoire lorsque :

- les comptes du débiteur ont été certifiés par un CAC ou établis par un expert-comptable ;
- le nombre de salariés est supérieur à 150 ou le chiffre d'affaires est supérieur à 20 millions d'€ (art. R. 626-52, C. com.).

À la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge-commissaire peut autoriser qu'il en soit ainsi en deçà de ces seuils (art. L. 626-29, C. com.).

## D. LES RECOURS CONTRE LE JUGEMENT D'OUVERTURE

Le représentant légal de la société peut, au nom de celle-ci, faire **appel** du jugement d'ouverture dans les 10 jours qui suivent la notification de la décision (art. L. 661-1 et R. 661-3, al. 1, C. com.).

Seul le représentant légal de la société a qualité pour le faire. Ne peuvent donc faire appel ni le dirigeant de fait ni l'associé majoritaire, même s'il s'avère qu'ils ont été les véritables animateurs de la société.

L'appel n'est ouvert au représentant légal que s'il a intérêt à agir. Tel n'est pas le cas si la procédure a été ouverte à sa demande. Mais il peut faire appel de certains chefs du jugement d'ouverture (par exemple, la fixation de la date de cessation des paiements) ou si la procédure ouverte n'est pas celle qu'il a demandée.

## CHAPITRE 3. LES CONSÉQUENCES DE L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

L'ouverture de la procédure collective a des conséquences à l'égard de la société (section 1), des associés (section 2), des créanciers (section 3), des dirigeants sociaux (section 4) et des salariés (section 5).

### SECTION 1. LES CONSÉQUENCES À L'ÉGARD DE LA SOCIÉTÉ

#### I. LA SAUVEGARDE ET LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

##### A. LE SORT DE LA SOCIÉTÉ

###### 1. Le maintien des organes sociaux

En cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la société n'est **pas dissoute**. Il en résulte notamment que les organes de la société doivent être maintenus.

Si toutes les parts de la société sont détenues par une autre personne morale, celle-ci ne peut pas mettre fin à la procédure de redressement judiciaire en décidant la dissolution de la société ; en effet, par dérogation aux dispositions des articles L. 237-2 du Code de commerce et 1844-5 du Code civil, la dissolution d'une société unipersonnelle faisant l'objet d'une procédure collective n'entraîne pas la transmission universelle de son patrimoine à son associé ; le patrimoine social doit être cédé ou transmis selon les règles applicables au redressement judiciaire.

###### 2. Les organes de contrôle

Les CAC et les membres du conseil de surveillance restent en fonctions comme les autres organes de la société.

#### REMARQUE

Comme pour toutes les créances qui sont nées régulièrement après l'ouverture de la procédure et en contrepartie d'une prestation fournie à la société (art. L. 622-17, C. com.), les honoraires d'un CAC pour des prestations effectuées après le jugement d'ouverture doivent être payés à leur échéance par priorité aux créances nées avant le jugement d'ouverture.

###### 3. Les assemblées générales

Les assemblées générales d'associés peuvent être réunies pour prendre les décisions à caractère interne (par exemple, l'approbation des comptes annuels, la nomination ou la révocation des membres des organes d'administration ou de contrôle).

Les autres décisions intéressant le patrimoine de la société ne peuvent être prises que sous réserve des pouvoirs conférés à l'administrateur.

**REMARQUE**

Les sociétés par actions et les SARL en **sauvegarde ou en redressement judiciaire**, qui ont perdu la moitié de leur capital, ne sont pas soumises à la procédure spéciale prévue en cas de perte de la moitié du capital. Toutefois, en vue de l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, les associés peuvent être appelés à reconstituer les capitaux propres à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social. Peuvent être décidées la réduction et l'augmentation du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan (art. L. 626-3, al. 2, C. com.).

**B. LES NULLITÉS DE LA PÉRIODE SUSPECTE**

La période suspecte est une période qui précède le jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire. Elle s'étend de la date de cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. La date de la cessation des paiements, qui est le point de départ de la période suspecte, est fixée par le tribunal.

Cette période est dite suspecte car on craint que, pendant ce laps de temps, le débiteur ne cherche à dilapider ses biens, à organiser son insolvabilité, ou à rompre l'égalité entre ses créanciers en accordant des avantages à certains au détriment des autres. C'est pourquoi, sur cette période, certains actes passés par le débiteur et énumérés par le Code de commerce encourent une nullité de droit, c'est-à-dire obligatoire pour le juge (art. L. 632-1, C. com.) ; pour d'autres, en revanche, la nullité est simplement facultative (art. L. 632-2, C. com.).

**C. LA PÉRIODE D'OBSERVATION****1. L'ouverture de la période d'observation**

Le jugement de sauvegarde ou de redressement judiciaire ouvre une période d'observation au cours de laquelle l'administrateur judiciaire établit un bilan économique, social et, pour les sociétés exploitant une installation classée, environnemental. Au vu de ce bilan, le dirigeant (en cas de sauvegarde) ou l'administrateur (en cas de redressement judiciaire) propose un plan de sauvegarde ou de redressement. Si le redressement est manifestement impossible, le tribunal prononce la liquidation judiciaire.

**a. La durée de la période d'observation**

La durée de la période d'observation est fixée dans le jugement d'ouverture de la procédure pour **une durée maximale de 6 mois**. Cette période est renouvelable une fois par le tribunal, sur demande de l'administrateur judiciaire, du débiteur ou du ministère public. En outre, elle peut être exceptionnellement prolongée sur requête du parquet pour une durée n'excédant pas **6 mois** (art. L. 621-3, L. 631-7 et R. 621-9, C. com.). Au total, la période d'observation ne dépasse pas **18 mois** (même si, dans les faits, certaines entreprises peuvent être sous assistance pendant plus de 2 ans).

En cas de redressement judiciaire, le tribunal doit se prononcer, au vu d'un rapport établi par l'administrateur judiciaire, sur la poursuite de la période d'observation dans les 2 mois à compter du jugement d'ouverture et il ne peut ordonner la poursuite de cette période que s'il lui apparaît que la société dispose à cette fin de capacités de financement suffisantes (art. L. 631-15, I, C. com.).

**b. L'achèvement de la période d'observation**

La période d'observation s'achève soit :

- Par l'adoption d'un **plan de sauvegarde ou de redressement** si l'entreprise présente des possibilités sérieuses de redressement.
- Par l'ouverture d'une **liquidation judiciaire** si les conditions sont réunies (cessation des paiements et impossibilité de redressement).

- Par la **cessation partielle de l'activité**, à la demande du débiteur seul pour la procédure de sauvegarde (art. L. 622-10, C. com.), à la demande du débiteur, de l'administrateur judiciaire, du mandataire judiciaire, d'un contrôleur, du ministère public ou d'office pour le redressement judiciaire (art. L. 631-15, II, C. com.).
- Par la **clôture de la procédure** à la demande du débiteur. Pour la procédure de sauvegarde, le tribunal peut prononcer la clôture lorsque les difficultés qui ont justifié son ouverture ont pris fin. Pour la procédure de redressement, l'entreprise étant en cessation des paiements, la clôture est possible s'il apparaît que le débiteur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers et acquitter les frais et dettes afférents à la procédure.

## 2. La continuation de l'activité sociale

Pendant la période d'observation, la société continue en principe son activité (art. L. 622-9 et L. 631-14, I, C. com.).

Toutefois, le tribunal peut, à tout moment, ordonner la cessation partielle de cette activité ou convertir la procédure (en redressement ou liquidation judiciaires lorsqu'une procédure de sauvegarde a été ouverte, ou seulement en liquidation judiciaire lorsque la société fait l'objet d'un redressement judiciaire) (art. L. 622-10 et L. 631-15, II, C. com.).

## 3. La gestion du patrimoine social

Pendant la période d'observation, la société est placée sous la tutelle du juge-commissaire et, le cas échéant, de l'administrateur judiciaire.

### a. Les actes soumis à l'autorisation du juge-commissaire

Les actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise, les constitutions d'hypothèque ou de nantissement sur les biens sociaux, les compromis ou les transactions, le retrait d'un gage ou encore la levée d'une option d'achat d'un contrat de crédit-bail doivent être autorisés par le juge-commissaire (art. L. 622-7, II et L. 631-14, I, C. com.).

En outre, sont interdits, d'une part, les paiements de créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure (sauf paiement par compensation de dettes connexes ou autorisation du juge-commissaire) et, d'autre part, les paiements de créances postérieures à ce jugement qui ne sont pas nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie à la société. L'**inobservation** de cette disposition entraîne la nullité de l'acte passé sans autorisation. L'action en nullité peut être exercée pendant un délai de 3 ans à compter de la date de conclusion de cet acte ou, s'il était soumis à publicité (par exemple, cas de l'hypothèque), à compter de la date de la publicité. En outre, les dirigeants sociaux s'exposent à des sanctions pénales : emprisonnement de 2 ans et amende de 30 000 € (art. L. 654-8, 1°, C. com.).

### b. L'intervention de l'administrateur judiciaire

La tutelle de l'administrateur judiciaire sur les dirigeants sociaux est plus ou moins étendue selon la mission confiée à celui-ci par le tribunal (art. L. 622-3, al. 1 et L. 631-14, I, C. com.). Indépendamment des pouvoirs qu'il tient de la loi pour le déroulement de la procédure, l'administrateur peut être chargé par le tribunal :

- soit de **surveiller la gestion** de la société qui continue alors à être exercée par les dirigeants sociaux (anciens ou nouveaux) ;
- soit d'**assister** la société pour tous les actes concernant la gestion ou pour certains d'entre eux ;
- soit d'**assurer** seul, entièrement ou en partie, l'**administration** de l'entreprise.

En cas de **sauvegarde**, seules les deux premières missions peuvent être confiées à l'administrateur (art. L. 622-1, C. com.) et la loi précise que l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant.

Lorsque la société est mise en **redressement judiciaire**, le tribunal ne peut confier à l'administrateur qu'une mission d'assistance ou d'administration (art. L. 631-12, al. 2, C. com.).



Lorsque l'administrateur est chargé d'assurer seul et entièrement l'administration et dès lors que la société en redressement judiciaire emploie au moins 20 salariés et que son chiffre d'affaires hors taxes atteint 3 millions d'€, le tribunal doit désigner un ou plusieurs experts aux fins d'assister l'administrateur dans sa mission de gestion. Dans les autres cas, cette désignation est facultative (art. L. 631-12, al. 2 et R. 621-11, C. com.).

Les **pouvoirs des dirigeants** sont d'autant plus restreints que la mission donnée à l'administrateur est plus large. À tout moment, le tribunal peut, sur la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, ainsi que d'office en cas de redressement judiciaire, modifier la mission de l'administrateur et, par voie de conséquence, étendre ou réduire les pouvoirs des dirigeants sociaux.

Toutefois, même s'ils nécessitaient l'intervention de l'administrateur en raison des pouvoirs conférés à celui-ci par le tribunal, les **actes de gestion courante** (d'administration ou de disposition) passés par les dirigeants sociaux seuls sont réputés valables et engagent la société à l'égard des tiers de bonne foi (art. L. 622-3 et L. 631-14, I, C. com.).

### c. L'intervention du mandataire judiciaire

Seul le mandataire judiciaire a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers.

Néanmoins, en cas de carence du mandataire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt après mise en demeure adressée au mandataire et restée infructueuse pendant 2 mois (art. L. 622-20, al. 1, L. 631-14 et R. 622-18, C. com.)<sup>17</sup>.

## 4. La continuation des contrats en cours

Pendant la période d'observation, le débiteur poursuit son activité. Il doit donc pouvoir compter sur les contrats qu'il a noué avec tous ses partenaires, ses clients, ses fournisseurs, grâce auxquels il va pouvoir générer des recettes qui seront indispensables pour espérer pouvoir se redresser. La situation est très favorable pour le débiteur, qui est maître de la situation. D'une part, même si le débiteur n'a pas rempli ses obligations contractuelles antérieures au jugement d'ouverture (s'il n'a pas payé ses dettes en particulier), son cocontractant ne peut obtenir résolution ou la résiliation du contrat. D'autre part, de son côté, le débiteur peut donc normalement exiger la continuation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture, même s'il n'a pas tenu ses engagements. Par ailleurs, il peut assez facilement « se débarrasser » des contrats qui ne lui paraissent pas utiles pour l'entreprise, qui constituent pour elle un « fardeau » et qui pourraient contrarier l'objectif de redressement de l'entreprise.

Il existe des **règles de droit commun** applicables à la continuation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture (art. L. 622-13, C. com.), ainsi que des **règles spécifiques** à certains contrats particuliers, en ce qu'ils sont particulièrement utiles pour l'entreprise, en particulier le **contrat de bail d'immeuble** affecté à l'activité de l'entreprise.

### REMARQUE

#### Cas particulier : les droits du bailleur d'immeuble (art. L. 622-14 et s., C. com.)

Le bail du local où l'entreprise exerce son activité est un contrat en cours faisant l'objet d'un régime spécifique.

Ainsi, en cas de non-paiement des loyers antérieurs au jugement d'ouverture, le bailleur ne peut pas résilier le contrat. La résiliation du bail peut toutefois intervenir sur l'initiative de l'administrateur (ou du débiteur évidemment).

En cas de défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, le bailleur peut demander la résiliation ou faire constater la résiliation du

17. Il en résulte qu'un associé d'une société en sauvegarde ou en redressement judiciaire (qui ne peut pas être désigné contrôleur) n'est pas recevable à agir au nom des créanciers en réparation du préjudice subi par ceux-ci du fait de l'aggravation du passif social par la faute d'un tiers.



bail mais seulement au terme d'un délai de 3 mois à compter dudit jugement<sup>18</sup> (si le paiement des sommes dues intervient avant l'expiration de ce délai, il n'y a pas lieu à résiliation).

Nonobstant toute clause contraire, le défaut d'exploitation pendant la période d'observation dans un ou plusieurs immeubles loués par l'entreprise n'entraîne pas résiliation du bail.

Le bailleur n'a privilège que pour les 2 dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure. Le privilège du bailleur d'immeuble s'applique à toute créance résultant de l'occupation des lieux à quelque titre que ce soit, en particulier à la créance d'indemnité d'occupation (Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-25257).

Si le bail est résilié, le bailleur a, en outre, privilège pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourraient lui être alloués par les tribunaux.

Si le bail n'est pas résilié, le bailleur ne peut exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes (art. L. 622-16, al. 3, C. com.). Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, à vendre des meubles garnissant les lieux loués soumis à dépérissement prochain, à dépréciation imminente ou dispendieuse à conserver, ou dont la réalisation ne met pas en cause soit l'existence du fonds, soit le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur.

#### D. LE PLAN DE SAUVEGARDE OU DE REDRESSEMENT

Après avoir entendu (ou dûment appelé) les dirigeants sociaux, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants du personnel et s'il estime, au vu du projet de plan et du bilan économique et social, qu'il existe une **possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvagée**, le tribunal arrête un plan de sauvegarde ou de redressement, qui peut être assorti, s'il y a lieu, de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession d'une ou de plusieurs activités (art. L. 626-1, L. 626-9 et L. 631-19, I, C. com.).

Lorsqu'il statue sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers, le tribunal s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés et, si le plan comporte une modification du capital de la société, que cette modification a été approuvée par l'AGE ou l'assemblée des associés.

Le redressement de la société mise en redressement judiciaire peut être opéré par la voie d'un plan de **cession**. Le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de la société si elle est dans l'impossibilité d'en assurer elle-même le redressement et, dès l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres de reprise totale ou partielle tendant au maintien de l'activité de l'entreprise ; la cession est alors régie par les dispositions propres à la liquidation judiciaire (art. L. 631-13 et L. 631-22, C. com.).

**En cas de sauvegarde**, les **personnes physiques qui se sont portées garantes** du paiement **des dettes sociales** ne peuvent pas être poursuivies, par les créanciers bénéficiaires des garanties, avant l'arrêté du plan de sauvegarde (art. L. 622-28, C. com.) et elles peuvent ensuite leur opposer les dispositions du plan (réductions de créances ou délais de paiements) (art. L. 626-11, C. com.). En outre, les créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances dans le cadre de la procédure ne peuvent pas agir contre ces garants pendant la durée d'exécution du plan, mais seulement après (art. L. 622-26, al. 2, C. com.). Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle (cautionnement, garantie autonome, lettre d'intention, par exemple) ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie (gage, nantissement, hypothèque ou encore fiducie-sûreté) bénéficient également de cette disposition. Tel peut être le cas du dirigeant ou de ses proches.

18. Le point de départ de ce délai de 3 mois est la date du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire lorsque celle-ci est prononcée immédiatement ou la date du jugement d'ouverture de la sauvegarde ou du redressement judiciaire en cas de conversion de la procédure en liquidation judiciaire (Cass. com., 19 févr. 2013, n° 12-13662).

**En cas de redressement judiciaire, ces garants, personnes physiques ou morales, ne peuvent pas se prévaloir des dispositions du plan de redressement** (art. L. 631-20, C. com.) et les créanciers peuvent les poursuivre, y compris pendant l'exécution de celui-ci (art. L. 631-14, al. 6, C. com.).

La **mise en œuvre** du plan de sauvegarde ou de redressement, dont la durée ne peut pas excéder 10 ans (art. L. 626-12, C. com.)<sup>19</sup>, peut être confiée à l'administrateur (art. L. 626-24 et L. 631-19, I, C. com.). Les mesures acceptées par les créanciers membres des comités de créanciers peuvent être supérieures à cette durée (art. L. 626-30-2, al. 2, C. com.).

## E. LA CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

### 1. En cas de sauvegarde

À la demande du dirigeant, le tribunal peut mettre fin à la procédure de **sauvegarde**, sans même arrêter un plan, si les difficultés ayant justifié l'ouverture de la procédure ont disparu (art. L. 622-12, C. com.). La clôture peut aussi intervenir si aucun plan n'est proposé en temps utile ou si le plan est rejeté sans que la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire ait été demandée (art. R. 626-18 et R. 628-22, C. com.)<sup>20</sup>. Après adoption d'un plan de sauvegarde et une fois le compte rendu de fin de mission de l'administrateur et du mandataire judiciaire approuvé par le juge-commissaire, la procédure fait l'objet d'une ordonnance de clôture prononcée par le président du tribunal. Cette ordonnance est insusceptible de recours (art. R. 626-42, C. com.).

### 2. En cas de redressement

Le tribunal peut, à la demande du dirigeant, mettre fin à la procédure de **redressement judiciaire** au cours de la période d'observation s'il apparaît que la société dispose des sommes suffisantes pour désintéresser ses créanciers et acquitter les frais et dettes afférents à la procédure (art. L. 631-16, C. com.). Lorsqu'un plan de redressement est arrêté, la procédure prend fin selon les mêmes modalités qu'en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde (art. R. 631-35, C. com.).

## II. LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

### A. LE SORT DE LA SOCIÉTÉ

Le jugement ordonnant la liquidation judiciaire de la société entraîne la **dissolution** de celle-ci (art. 1844-7, 7°, C. civ.). Cette dissolution est irrévocable. Elle subsiste même si la liquidation judiciaire est clôturée pour extinction du passif.

Sont néanmoins écartées certaines conséquences de la dissolution. En effet, afin d'éviter la désignation d'un liquidateur amiable pour permettre à la société d'exercer les droits propres qui lui sont reconnus, la loi prévoit que les **dirigeants sociaux** en fonctions lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'AG (art. L. 641-9, II, al. 1 ; Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-12539). Les dirigeants peuvent donc former un recours au nom de la société contre le jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire, à moins, par exemple, que les statuts ne prévoient la fin des fonctions des dirigeants en cas de dissolution.

<sup>19</sup> Lorsque le débiteur est un agriculteur, la durée du plan ne peut excéder 15 ans.

<sup>20</sup> Ces deux derniers cas de clôture ne sont pas applicables à la procédure de SFA (art. R. 628-1, C. Com.) qui doit être clôturée si le plan n'est pas arrêté dans un délai d'un mois (éventuellement renouvelé) à compter du jugement d'ouverture (art. R. 628-13, C. com.).

En cas de nécessité, un mandataire peut être désigné au lieu et place des dirigeants par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé (notamment d'un associé), du liquidateur ou du ministère public (art. L. 641-9, II, al. 1, C. com.).

Les pouvoirs des dirigeants sociaux demeurés en fonctions sont néanmoins très restreints. En effet, le tribunal nomme un **liquidateur judiciaire** qui va exercer les droits de la société et qui est chargé de procéder aux opérations de liquidation (art. L. 641-1, II et L. 641-4, C. com.).

Sauf en cas de poursuite d'exploitation autorisée par le tribunal, les fonctions des **CAC** prennent fin après vérification des comptes établis jusqu'à la date du jugement de liquidation judiciaire.

Le **siège social** est réputé fixé au domicile du représentant légal de la société ou du mandataire désigné (art. L. 641-9, II, al. 2, C. com.).

## B. LA CESSATION OU LE MAINTIEN DE L'ACTIVITÉ

En principe, la liquidation judiciaire entraîne cessation de l'activité de l'entreprise. Toutefois, si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le tribunal peut autoriser le **maintien provisoire** de l'activité sociale pendant une durée maximale qui ne peut excéder 3 mois. Cette autorisation peut être prolongée pour 3 mois, à la demande du ministère public, soit une prolongation maximale de 6 mois (art. R. 641-18, C. com.)<sup>21</sup>.

Il n'est obligatoire d'établir et de faire approuver les **comptes annuels** de la société que pendant le maintien provisoire de l'activité (art. L. 641-3, al. 3, C. com.).

Lorsque le tribunal décide la poursuite de l'activité, il désigne un administrateur judiciaire pour administrer l'entreprise en cas de nécessité ou si l'entreprise emploie 20 salariés ou plus ou si elle réalise un chiffre d'affaires hors taxes supérieur ou égal à 3 millions d'€ (art. L. 641-10, al. 5 et R. 641-19, C. com.).

La **société** est **dessaisie de l'administration** et de la disposition **de tous ses biens**. Les droits et actions concernant son patrimoine sont exercés par le liquidateur judiciaire (art. L. 641-9, I, C. com.). Les actes accomplis au mépris de ce dessaisissement ne sont pas frappés de nullité mais seulement d'inopposabilité à la procédure. Ils restent donc valables entre les parties encore que, dans la plupart des cas, cette règle soit sans portée pratique.

La société peut toutefois accomplir les actes et exercer les **droits** et actions qui lui sont **personnels**, par exemple se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont elle serait victime (art. L. 641-9, I, al. 2, C. com.).

## C. LA RÉALISATION DE L'ACTIF

Deux **modalités** de réalisation de l'actif sont prévues : soit un plan de cession organisant la cession totale ou partielle de l'entreprise (art. L. 642-1 s., C. com.), soit la vente isolée des actifs de la société (art. L. 642-18 s., C. com.). La cession d'un ou plusieurs actifs isolés de l'entreprise débitrice a vocation à apurer le passif, c'est-à-dire à rembourser dans la mesure du possible les créanciers. En revanche, le but primordial de la cession totale ou partielle de l'entreprise est d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés. À l'évidence, accessoirement, le prix de la cession totale permettra également d'apurer le passif.

### 1. Le principe de l'interdiction d'acquérir par certaines personnes

Les **offres d'acquisition** doivent émaner de tiers indépendants de la société en liquidation judiciaire. Ni les dirigeants de la société ni leurs parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement ni les personnes désignées contrôleurs au cours de la procédure ne peuvent, directement ou par personne interposée, présenter une offre (art. L. 642-3, al. 1 et L. 642-20, C. com.).

21. Sous réserve des dispositions applicables aux exploitations agricoles.

De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les 5 années suivant le plan de cession, tout ou partie des biens dépendant de la liquidation, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens, ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société (art. L. 642-3, al. 1, C. com.).

Toutefois, le tribunal peut déroger à ces interdictions et autoriser, sur requête du ministère public, la cession à l'une des personnes ci-avant par un jugement spécialement motivé et après avoir demandé l'avis des contrôleurs (art. L. 642-3, al. 2, C. com.).

Tout acte passé en violation de ces dispositions est nul. L'action en nullité, ouverte à tout intéressé et au ministère public, doit être présentée dans un délai de 3 ans à compter de la conclusion de l'acte ou de la publicité de l'acte, si celui-ci est soumis à publicité (art. L. 642-3, al. 3, C. com.).

## 2. Le plan de cession

Lorsqu'il arrête un plan de cession, le juge peut autoriser la mise en **location-gérance** du fonds de commerce appartenant à la société, d'une durée maximale de 2 ans, au profit de la personne qui a présenté l'offre d'acquisition « *permettant dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi et le paiement des créanciers* » (art. L. 642-13 s., C. com.). L'intéressé doit acquérir le fonds au terme du contrat. S'il n'exécute pas cette obligation dans les conditions et délais fixés par le plan, le tribunal ordonne la résolution du plan et peut condamner le locataire-gérant à des dommages-intérêts (art. L. 642-17, al. 1, C. com.).

L'auteur d'une offre d'achat de la totalité des actifs d'une entreprise en redressement judiciaire peut l'assortir de la condition suspensive que le ou les dirigeants de cette entreprise souscrivent personnellement un **engagement de non-concurrence** à son égard, mais le tribunal n'a pas le pouvoir, lorsqu'il arrête le plan de cession, d'imposer à ce ou ces dirigeants une obligation de non-concurrence qu'ils n'ont pas acceptée.

## 3. La cession de titres appartenant à la société

Lorsque, parmi les actifs transférés, figurent des parts sociales ou des actions dont la cession est soumise à **agrément**, les organes de la procédure collective doivent solliciter cet agrément auprès de la société émettrice.

De même, s'il en existe, ils sont tenus de respecter les **clauses de préemption** figurant dans les statuts de la société émettrice.

## D. LA CLÔTURE DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

La procédure de liquidation judiciaire, qu'elle débouche ou non sur un plan de cession, s'achève par sa clôture, qui est prononcée par le tribunal par voie de jugement. Le jugement de clôture a pour conséquence de rétablir ce débiteur dans tous ses droits. La clôture met fin au dessaisissement dont il était frappé depuis le prononcé de la liquidation judiciaire et met fin à la mission du liquidateur. Le débiteur pourra alors à nouveau exercer une activité professionnelle indépendante, sous réserve des sanctions professionnelles ou pénales qui auront été prononcées contre lui.

Pour raccourcir la durée de la procédure de liquidation judiciaire, **la date de la clôture de la procédure doit être envisagée par le tribunal dès le jugement de liquidation** (art. L. 643-9, C. com.). Il s'agit d'un délai incitatif et non pas impératif, les acteurs de la procédure, liquidateurs et éventuels cessionnaires de l'entreprise étant invités à faire leur possible pour que la procédure soit clôturée au plus tard au moment de la survenance de ce terme judiciaire : « *Si la clôture ne peut être prononcée au terme de ce délai, le tribunal peut proroger le terme par une décision motivée.* »

**La loi ne prévoit pas de durée maximale pour la procédure de liquidation judiciaire.** Le texte institue une limite légale, mais uniquement dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée : sa durée ne peut excéder 12 mois, exceptionnellement elle peut être prolongée de 3 mois, « *par un jugement spécialement motivé* » (art. L. 644-5, C. com.).

**La loi prévoit un certain nombre de mesures pour en réduire la durée** : la clôture peut être sollicitée à tout moment par le liquidateur, le débiteur ou le ministère public. Le tribunal peut également se saisir d'office à fins de clôture de la procédure. Par ailleurs, à l'expiration d'un délai de 2 ans à compter du jugement de liquidation judiciaire, tout créancier peut également saisir le tribunal aux fins de clôture de la procédure (art. L. 643-9, C. com.).

## E. LA LIQUIDATION SIMPLIFIÉE

### 1. Le choix de procédure simplifiée

La cession des actifs des **sociétés de petite taille** n'ayant **aucun actif immobilier** obéit à un régime particulier qui est :

- obligatoire si la société a un chiffre d'affaires hors taxe **inférieur ou égal à 300 000 €** et qu'elle a employé un salarié au plus (art. L. 641-2, al. 1 et R. 641-10, C. com.) ;
- facultatif si le chiffre d'affaires est **supérieur à 300 000 €** mais **inférieur ou égal à 750 000 €** et si le nombre de salariés est compris **entre un et cinq** (art. L. 641-2-1 et R. 641-10, al. 2, C. com.).

#### REMARQUE

Le chiffre d'affaires est apprécié à la date de clôture du dernier exercice comptable et le nombre de salariés ne doit pas avoir été dépassé au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la procédure (art. R. 641-10, al. 3 et 4, C. com.).

Le tribunal peut à tout moment décider de revenir à la procédure de liquidation judiciaire de droit commun (art. L. 644-6, C. com.).

### 2. Les effets de la procédure simplifiée

Lorsque la procédure est obligatoire, le liquidateur procède à la **vente des biens** mobiliers de gré à gré ou aux enchères publiques dans les 3 mois suivant le jugement de liquidation judiciaire ; les biens subsistant à l'issue de cette période sont vendus aux enchères publiques (art. L. 644-2, C. com.).

Lorsqu'elle est facultative, c'est le tribunal qui détermine les biens pouvant faire l'objet d'une vente de gré à gré dans les 3 mois de sa décision, les autres biens étant vendus aux enchères publiques.

Au plus tard un an après la décision ayant ordonné ou décidé l'application de la procédure simplifiée, le tribunal, après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, prononce la clôture de la liquidation judiciaire ; il peut aussi proroger la procédure pour une durée maximale de 3 mois (art. L. 644-5, C. com.).

## SECTION 2. LES CONSÉQUENCES À L'ÉGARD DES ASSOCIÉS

### I. L'OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE À L'ENCONTRE DES ASSOCIÉS OU L'EXTENSION D'UNE PROCÉDURE

La procédure collective de la société n'entraîne pas l'ouverture de plein droit d'une procédure similaire à l'égard des associés, même s'ils sont indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Toutefois, la procédure collective de la société peut être étendue à un associé s'il est établi que ce dernier avait **confondu son patrimoine** avec celui de la société (art. L. 621-2, al. 2, L. 631-7 et L. 641-1, I, C. com.). Par exemple, est impropre à établir l'existence d'une telle confusion le fait que les associés ont participé au financement de l'activité de la société en se portant caution de ses engagements et en effectuant un apport personnel important pour l'acquisition du stock et du petit outillage et que l'un d'eux a personnellement apuré une partie du passif social.

**REMARQUE**

Les associés restent tenus de **libérer** leurs **apports** si cela n'a pas déjà été fait.  
Par ailleurs, l'associé qui se serait **comporté comme un dirigeant de fait** s'expose aux mêmes mesures, sanctions et déchéances que celles encourues par le dirigeant de droit.

## II. LES MODIFICATIONS DES STATUTS

### A. LES MODIFICATIONS STATUTAIRES AU COURS DE LA PÉRIODE D'OBSERVATION

#### 1. Le principe

Si le dirigeant (en cas de sauvegarde) ou l'administrateur (en cas de redressement judiciaire) envisage de proposer au tribunal un **plan de sauvegarde ou de redressement** assorti d'une modification du capital, une assemblée des associés ou actionnaires doit être convoquée (art. L. 626-3, al. 1, L. 627-3, al. 3 et L. 631-19, I, C. com.)<sup>22</sup>.

Au cours de cette assemblée, les actionnaires ou associés devront reconstituer les **capitaux propres** à concurrence du montant proposé par l'administrateur (ou le juge-commissaire en l'absence de désignation d'un administrateur) sans que ce montant puisse être inférieur à la moitié du capital social (art. L. 626-3, al. 2, L. 627-3, al. 3 et L. 631-19, I, C. com.). Cette reconstitution ne s'impose pas dans tous les cas pour qu'un plan puisse être arrêté. Elle n'est indispensable que si ce plan prévoit une modification du capital. L'assemblée pourra également être appelée à décider la réduction puis l'augmentation du capital (technique du « *coup d'accordéon* ») en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engageront à exécuter le plan.

#### 2. La convocation

Conformément au droit commun, il appartient au gérant, au conseil d'administration ou au directoire de convoquer l'assemblée. Néanmoins, lorsque la société fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire doit le faire si l'organe social compétent n'y procède pas (art. R. 631-34, al. 2, C. com.).

Les modalités de convocation et de réunion de l'assemblée sont les mêmes que celles applicables selon le régime de droit commun (art. R. 626-1 et R. 631-34, C. com.) ; elles varient selon la forme de société concernée<sup>23</sup>.

#### 3. L'adoption des modifications

Les règles à suivre pour l'adoption des modifications statutaires proposées ne font l'objet d'aucune mesure dérogatoire. Notamment, s'il est prévu une augmentation du capital social, cette augmentation, assortie éventuellement de la suppression du DPS en faveur des « *repreneurs* » intéressés, doit être décidée dans les conditions de droit commun.

Ainsi, lorsque le plan prévoit un « *coup d'accordéon* » et l'annulation corrélative des obligations remboursables en actions (ORA) émises par la société, l'approbation préalable de l'assemblée des obligataires doit être obtenue. En l'espèce, faute de consultation des obligataires, la cour d'appel de Paris a annulé les délibérations décidant le coup d'accordéon et l'annulation des obligations et, par voie de conséquence, elle a prononcé la nullité des dispositions du plan de

22. La loi envisage seulement la convocation de l'AG. En principe, les autres modes de consultation des associés (consultation écrite, par exemple) devraient donc être interdits, sauf si la société est une SAS.

23. Des dispositions spéciales s'appliquent en cas de SFA afin de permettre l'adoption rapide du plan ainsi que pour les SA et les SCA.



sauvegarde ayant entériné ces délibérations<sup>24</sup>. La Cour de cassation a donné raison à la cour d'appel (Cass. com., 10 juil. 2012, n° 11-22898).

Les engagements pris par les associés/actionnaires ou par les tiers ne devront être exécutés que si le plan de sauvegarde ou de redressement prévoyant cette augmentation de capital est adopté par le tribunal (art. L. 626-3, al. 3 et L. 631-19, I, C. com.).

#### 4. L'agrément des nouveaux associés

De manière générale, pour faciliter l'entrée de nouveaux investisseurs et les cessions de titres entre associés/actionnaires, les éventuelles **clauses d'agrément** « *sont réputées non écrites* » (art. L. 626-3, al. 4, C. com.).

#### REMARQUES

##### Remarque 1 : Application de la disposition au cas de SARL

L'application de cette disposition n'appelle aucune observation en ce qui concerne les **sociétés par actions** puisque, dans ces sociétés, l'agrément des nouveaux actionnaires ne peut être exigé qu'en vertu d'une clause statutaire.

Mais, s'il s'agit d'une **SARL**, l'agrément des tiers non associés (qui s'applique, en principe, non seulement en cas de cessions entre vifs mais aussi à l'occasion d'une augmentation de capital) résulte de la loi (art. L. 223-14, C. com.). Il ne serait donc pas visé par l'article L. 626-3, al. 4 du Code de commerce puisque celui-ci n'écarte que les « *clauses* » d'agrément. Dès lors, le souscripteur non associé de parts de SARL doit, même pour l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement, être agréé par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Toutefois, lorsque l'agrément a une origine conventionnelle comme c'est le cas pour le conjoint, l'ascendant ou le descendant d'un associé de SARL, il doit être écarté. Cette opinion est néanmoins controversée. Certains auteurs considèrent que, l'esprit de la loi étant de faire prévaloir l'intérêt de l'entreprise sur celui des associés, il convient d'appliquer les dispositions de l'article L. 626-3, al. 4 du Code de commerce même lorsque l'agrément est prévu par des dispositions légales.

##### Remarque 2 : Application stricte de la disposition

La disposition prévoyant que les clauses d'agréments sont réputées non écrites contrevient à la force obligatoire des contrats ; elle est d'interprétation stricte. De sorte qu'elle ne saurait s'appliquer, dans le silence de la loi, aux **clauses de préemption**, qui demeurent par conséquent efficaces.

## B. LES MODIFICATIONS STATUTAIRES APRÈS L'ADOPTION D'UN PLAN DE SAUVEGARDE OU DE REDRESSEMENT

Le plan doit mentionner les modifications statutaires (par exemple, transfert du siège, modification du capital, scission, etc.) nécessaires à la réorganisation de l'entreprise (art. L. 626-15 et L. 631-19, I, C. com.).

Ces modifications statutaires (autres que celles qui auraient pu déjà avoir été décidées pendant la période d'observation et qui deviennent exécutoires), si elles n'ont pas été approuvées régulièrement par les associés à l'initiative des dirigeants sociaux, sont soumises à une AG convoquée par l'administrateur (art. L. 626-16, C. com.).

En cas d'**augmentation de capital** en numéraire prévue par le plan, les associés ou actionnaires ne sont pas tenus de **libérer** immédiatement la totalité des **parts ou actions** qu'ils ont souscrites. Cette libération doit intervenir dans le délai fixé par le tribunal (art. L. 626-17, C. com.).

24. Cette solution paraît discutable dans la mesure où elle contredit la règle selon laquelle le plan de sauvegarde (ou de redressement) est opposable à tous et fait ainsi primer le droit des sociétés sur l'ordre public de direction attaché au droit des procédures collectives.



En cas de libération immédiate, et seulement dans ce cas, les associés ou actionnaires peuvent compenser la dette résultant de leur souscription avec leurs créances sur la société si ces créances ont été admises au passif de la société et sous réserve de la réduction dont elles ont pu faire l'objet dans le plan.

À défaut pour les associés d'avoir procédé aux opérations de restructuration du capital prévues par le plan de continuation (ou de sauvegarde) de l'entreprise, celui-ci peut être résolu.

Dans les sociétés par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports (c'est-à-dire dans les SA et SAS), le plan arrêté par le tribunal sur la base du projet élaboré par les comités de créanciers peut prévoir des **conversions de créances en titres** donnant ou pouvant donner accès au capital (art. L. 626-30-2, al. 2, C. com.). Applicable aux procédures de sauvegarde, y compris de SFA et de redressement judiciaire, cette capitalisation des créances peut donner lieu à la remise d'actions (actions ordinaires ou actions de préférence, puisque la loi n'écarte pas cette possibilité) ou de valeurs mobilières donnant accès au capital.

### **SECTION 3. LES CONSÉQUENCES À L'ÉGARD DES CRÉANCIERS**

#### **I. LA DISTINCTION ENTRE LES CRÉANCES ANTÉRIEURES ET LES CRÉANCES POSTÉRIEURES AU JUGEMENT D'OUVERTURE**

Il convient de distinguer les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture des créanciers postérieurs.

Pour fixer la ligne de partage entre les créances antérieures et postérieures au jugement d'ouverture, **il faut prendre en considération la date de la naissance de la créance, quelle que soit la date de son exigibilité**. Une créance est antérieure au jugement d'ouverture si elle est née, si son **fait générateur** est antérieur à ce jugement, même si elle n'est échue qu'après le jugement d'ouverture. La détermination de la date de naissance de la créance est en pratique source de **nombreuses difficultés**. Les tribunaux se sont efforcés de retenir une conception très large de la notion de « *créance antérieure* » pour ne pas trop gonfler le privilège de la procédure (dont bénéficient les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture).

##### **EXEMPLE**

Lorsque l'accident du travail est antérieur à l'ouverture de la procédure collective de l'employeur, la créance de restitution de l'organisme de Sécurité sociale est une créance antérieure et doit faire l'objet d'une déclaration de créance au passif de celle-ci (Cass. com. 18 juin 2013, n° 12-19709).

On présentera successivement les créances antérieures au jugement d'ouverture (A), puis celles postérieures (B).

#### **A. LA RESTRICTION DES DROITS DES CRÉANCIERS ANTÉRIEURS AU JUGEMENT D'OUVERTURE**

La restriction aux droits des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture se manifeste essentiellement par trois règles : l'arrêt des poursuites individuelles (1), l'interdiction des inscriptions (2) et l'arrêt du cours des intérêts (3).

##### **1. L'arrêt des poursuites individuelles**

La règle de l'arrêt des poursuites individuelles est une règle fondamentale du droit des procédures collectives (art. L. 622-21, C. com.). Elle est la manifestation d'un principe essentiel de cette discipline, **l'égalité des créanciers**.

Cette règle a son pendant, du point de vue du débiteur, c'est **l'interdiction du paiement des dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture**.

## 2. L'arrêt du cours des inscriptions

Il n'est pas possible d'inscrire, c'est-à-dire de publier, après le jugement d'ouverture, des hypothèques, gages, nantissements et privilèges portant sur des biens appartenant au débiteur (art. L. 622-30, C. com.). Ces sûretés réelles sont alors frappées d'inefficacité. La loi prévoit certaines exceptions, notamment en faveur du vendeur de fonds de commerce, qui peut inscrire son privilège malgré l'ouverture de la procédure collective qui frappe son acheteur. De même, la loi interdit seulement l'inscription initiale, mais pas le renouvellement d'inscription, qui demeure possible en tout état de cause.

Par ailleurs, l'interdiction des inscriptions s'applique aux « *actes et décisions judiciaires translatifs ou constitutifs de droits réels* », ce qui vise par exemple les ventes volontaires ou forcées d'immeubles. Là encore, la loi prévoit des exceptions, notamment si « *les actes ont acquis date certaine avant le jugement d'ouverture* ». Il n'y a alors pas de risque que l'acte, en réalité effectué après le jugement d'ouverture, soit antidaté et présenté comme antérieur au jugement d'ouverture.

Enfin, si le débiteur est une personne physique, ce qui a été dit à propos de l'arrêt des poursuites individuelles vaut tout autant pour l'arrêt des inscriptions. En particulier, si le débiteur est marié, la règle de l'arrêt du cours des inscriptions vise également les biens faisant partie de la communauté.

## 3. L'arrêt du cours des intérêts des créances

« *Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que tous les intérêts de retard et majorations* » dus par le débiteur (art. L. 622-28, C. com.). Cela signifie que les créances antérieures au jugement d'ouverture de toute nature cessent de produire intérêts à compter du jugement d'ouverture et pendant toute la durée de la procédure.

Concrètement, **les intérêts postérieurs au jugement d'ouverture sont définitivement perdus pour le créancier**. En revanche, les intérêts dus pour la période antérieure au jugement d'ouverture ne sont pas effacés. Simplement, ils ne peuvent pas être payés. Les intérêts concernés sont donc les intérêts conventionnels, les intérêts légaux, les intérêts de retard ou les majorations (les pénalités) dues en cas de retard dans le paiement des dettes fiscales ou sociales, en particulier.

La règle de l'arrêt du cours des intérêts est assortie de **deux séries d'exception**, que la doctrine justifie par le souci d'encourager la distribution de crédit à moyen ou à long terme aux entreprises. Elle ne s'applique pas aux intérêts résultant de :

- **contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ;**
- **contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus** (par exemple, le cas de la vente payable à terme).

Le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation toute action contre les cautions personnelles personnes physiques. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de 2 ans. Les créanciers bénéficiaires de ces cautionnements peuvent prendre des mesures conservatoires (art. L. 622-28, al. 2 et 3, C. com.).

## B. LES CRÉANCES POSTÉRIEURES

### 1. Les créances postérieures privilégiées

Ce sont les créances dites « *de l'article 40* » (car elles avaient pour source, sous l'empire du droit antérieur, l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985) (art. L. 622-17, L. 631-14 et L. 641-13, C. com.). Pour qu'une créance bénéficie du privilège de procédure, il faut non seulement qu'elle soit née régulièrement après le jugement d'ouverture, mais, en plus, qu'elle soit **utile à la procédure** (c'est-à-dire qu'elle soit née **pour les besoins du déroulement de la procédure**)<sup>25</sup>, et au premier chef au débiteur (il faut qu'elle favorise son redressement).

25. Il a été jugé que la créance de loyer d'habitation du débiteur, échue postérieurement au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire de ce dernier, n'était pas une créance née pour les besoins du déroulement de la procédure (Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-24365).

## 2. Les créances postérieures non privilégiées

Ces créances sont de deux ordres. Il s'agit des :

- **Créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture et qui n'obéissent pas à l'utilité pour la procédure** : elles sont soumises au même régime que les créances antérieures au jugement d'ouverture. Elles doivent être déclarées, elles sont soumises à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et, du point de vue du débiteur, elles sont soumises à la règle de l'interdiction de paiement.  
Lorsque le débiteur est une personne physique, les créances alimentaires postérieures au jugement d'ouverture échappent à ces contraintes et peuvent toujours être payées ; elles ne sont pas non plus soumises à déclaration.
- **Créances nées irrégulièrement** : elles ne peuvent pas non plus être payées. Ce qui les distingue des précédentes, c'est qu'elles sont totalement exclues de la procédure et à ce titre, elles ne sont même pas soumises à l'exigence de déclaration. Le créancier ne peut participer aux répartitions et il ne pourra prétendre être payé que si tous les créanciers qui sont habilités à participer aux répartitions ont eux-mêmes été totalement désintéressés.

## II. LA DÉCLARATION DE CRÉANCES

La déclaration de créances est une **formalité obligatoire** pour les créanciers d'un débiteur qui fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, afin de pouvoir prétendre au règlement des sommes qui leur sont dues (art. L. 622-24, C. com.).

### A. LES CRÉANCES CONCERNÉES

Toutes les créances existant avant le jugement d'ouverture de la procédure, à l'exception des créances salariales, sont soumises à cette déclaration.

Les créances postérieures au jugement d'ouverture sont également soumises à déclaration, sauf les créances alimentaires, celles portant sur la fourniture d'une prestation au cours de la période d'observation (sauvegarde, redressement judiciaire), et celles causées par le déroulement de la procédure.

La déclaration doit être faite même si la créance n'est pas encore établie par un titre ou si son montant n'est pas encore définitivement fixé. Dans ce cas, la déclaration se fait sur la base d'une **évaluation**.

Lorsque le débiteur est un **EIRL**, seules les créances concernant son activité professionnelle sont concernées.

### B. LA PROCÉDURE RELATIVE À LA DÉCLARATION DE CRÉANCES

Chaque créancier doit communiquer la liste de ses créances soit au mandataire judiciaire (entreprise sous sauvegarde ou en redressement judiciaire), soit au liquidateur (entreprise en liquidation judiciaire), en indiquant notamment :

- le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et leur date d'échéance ;
- la nature de la garantie dont la créance est éventuellement assortie.

Lorsqu'il ne s'agit pas d'un titre exécutoire (jugement, prêt notarié, etc.), la créance doit être **certifiée sincère** par le créancier.

À cette déclaration sont joints, sous bordereau, les documents justificatifs.

La déclaration des créances<sup>26</sup> peut être faite par le créancier ou par tout mandataire muni d'un pouvoir.

26. Il n'y a pas de forme particulière exigée pour la déclaration de créances mais, il est possible de se procurer un formulaire auprès du greffe du tribunal de commerce de Paris.

## C. LE DÉLAI DE PRODUCTION DE LA DÉCLARATION DE CRÉANCES

### 1. Le délai

La déclaration doit intervenir dans les **2 mois** suivant la publication du jugement d'ouverture au Bodacc. Les créanciers qui sont domiciliés hors de France disposent d'un délai de **4 mois** pour effectuer cette formalité.

Les créanciers bénéficiant de sûretés (gage, hypothèque, etc.) ou d'un contrat ayant fait l'objet de publicité bénéficient d'un régime de faveur. En effet, d'une part, ils sont avertis personnellement par le mandataire judiciaire de l'ouverture d'une procédure collective contre leur débiteur. D'autre part, le délai de déclaration (qui est également de 2 mois) court à compter de la notification de cet avertissement.

#### REMARQUE

Si l'avertissement personnel a été adressé avant la publication du jugement d'ouverture au Bodacc, quel est le point de départ du délai de 2 mois ? Ne peut encourir de forclusion, le créancier titulaire d'une sûreté publiée qui a déclaré sa créance dans le délai de 2 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bodacc, peu important qu'il ait été averti personnellement avant cette publication par le liquidateur d'avoir à déclarer sa créance (Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-22836 ; - 18 juin 2013, n° 12-20615).

### 2. La forclusion

Le créancier qui a omis de déclarer sa créance ou qui ne l'a pas déclarée en temps utile est **forclos**, ce qui signifie concrètement, **non pas que sa créance est éteinte**, mais qu'il **n'est pas « admis à faire valoir ses droits dans les répartitions et les dividendes »** (art. L. 622-26, al. 1<sup>er</sup>, C. com.) effectués dans le cadre de la procédure collective, c'est-à-dire dans les paiements effectués au profit des créanciers.

Il peut demander au tribunal d'être **relevé de la forclusion** s'il justifie que le retard n'est pas de son fait (par exemple une hospitalisation) ou est imputable au débiteur (le débiteur a commis une omission volontaire lors de l'établissement de la liste des créances). Il doit alors adresser une requête au juge-commissaire. La demande de **relevé de forclusion** doit intervenir en principe dans un délai de :

- 6 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au Bodacc ;
- 6 mois à compter de la réception de l'avis qui leur est donné, concernant les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié ;
- un an pour les créanciers placés dans l'impossibilité de connaître l'existence de leur créance avant l'expiration du délai de 6 mois.

#### REMARQUES

Le créancier défaillant à déclarer sa créance est tenu de la déclarer dans le délai préfix de l'action de relevé de forclusion ; c'est-à-dire que le créancier déclare sa créance en même temps qu'il demande le relevé de forclusion (Cass. com., 23 avr. 2013, n° 11-25963).

## D. LES EFFETS DE LA DÉCLARATION DE CRÉANCES

Le mandataire judiciaire, ou le liquidateur qui reçoit les déclarations, dresse l'état des créances et établit ses propositions d'admission ou de rejet.

Les contestations éventuelles sont tranchées par le juge-commissaire.

## E. LA DÉCLARATION DE CRÉANCE DANS LA SFA

Dans la SFA, il y a deux catégories de créanciers : les créanciers « *financiers* » et les autres.

- S'agissant des **créanciers financiers, s'ils ont participé à la conciliation** (la SFA suppose, en effet, au préalable toujours l'ouverture d'une procédure de conciliation contre le débiteur), et uniquement à cette condition, ils sont normalement connus. Ils sont alors **dispensés de déclaration**. Ainsi, une liste des créances à la date de l'ouverture de la SFA est établie par le débiteur et certifiée par le CAC ou, à défaut, l'expert-comptable. Ces créances bénéficient d'une « **présomption de déclaration** » (art. L. 628-5, C. com.).
- Les créanciers **n'ayant pas participé à l'accord de conciliation** doivent, en revanche, déclarer leur créance dans les conditions de droit commun.

## III. LE CAS DE LA RESPONSABILITÉ DU CRÉANCIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT

Le créancier dispensateur de crédit peut, dans certaines hypothèses, voir sa responsabilité mise en jeu. Cette hypothèse recouvre en pratique au premier chef celle du **banquier qui consent des crédits abusifs** eu égard à la situation difficile du débiteur.

### A. LE PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT

Le texte pose un **principe de non-responsabilité des créanciers** pour les préjudices subis du fait de leurs « *concours* » consentis au débiteur, en l'assortissant de trois exceptions : la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, la disproportion des garanties prises en contrepartie des concours consentis (art. L. 650-1, C. com.).

Cette disposition restreint nettement le champ de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, ainsi que celle de tout fournisseur (Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22993).

Le principe de non-responsabilité joue uniquement lorsqu'une procédure collective, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire est ouverte contre le débiteur.

Pour que la responsabilité des banquiers soit retenue, la jurisprudence exige que les concours consentis soient fautifs<sup>27</sup>. En outre, les trois exceptions de responsabilité sont d'interprétation stricte. En conséquence, est écartée la responsabilité des banques dans la majorité des cas<sup>28</sup>.

### B. D'AUTRES CAS DE RESPONSABILITÉ

Il reste des cas dans lesquels le banquier peut être poursuivi :

- Dès lors que certaines conditions sont réunies, le banquier peut, en qualité de « **dirigeant de fait** », éventuellement par personne interposée<sup>29</sup>, être condamné à des dommages-intérêts au titre de l'**action en responsabilité pour insuffisance d'actif**.
- Le cas échéant, le banquier peut remplir les conditions de « **l'associé de fait** » d'une **société créée de fait** constituée avec son client ; il sera ainsi poursuivi en sa qualité d'associé.
- Le principal fait générateur de la **responsabilité civile** du banquier dispensateur de crédit résultera soit d'un soutien abusif d'une entreprise en difficulté, soit d'un retrait brutal de crédit.

Dans certains cas, il peut être relevé une **faute pénale**. En pratique, le risque de condamnation pèse surtout sur le banquier du débiteur, qui peut se rendre **complice du délit de banqueroute par utilisation de moyens ruineux**, notamment en cas de prise à l'escompte d'effets de commerce dits de complaisance que lui a présentés son client en état de cessation des paiements<sup>30</sup>.

27. Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20077.

28. Cass. com., 27 mars 2012, n° 11-13536.

29. Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15831.

30. Cass. crim., 24 mai 2000, n° 99-83815.

## SECTION 4. LES CONSÉQUENCES À L'ÉGARD DES DIRIGEANTS SOCIAUX

Du fait de la personnalité morale de la société et de la personnalisation des peines, les procédures visant les entreprises en difficulté (procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires) sont en principe sans incidence sur le sort du dirigeant. Toutefois, lorsque la responsabilité du dirigeant peut être prouvée dans les difficultés qui touchent l'entreprise, des sanctions peuvent lui être applicables.

Il convient d'étudier les conséquences sur les pouvoirs des dirigeants (I), leurs biens (II) et des sanctions susceptibles d'être prononcées à leur égard (III).

### I. LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS

#### A. LE PRINCIPE

Les dirigeants doivent continuer à veiller au bon fonctionnement des organes sociaux et à l'accomplissement des formalités de publicité en cas de changement dans la composition de ces organes. Ils doivent convoquer l'AG des associés pour l'approbation des comptes, sauf si un administrateur judiciaire a été chargé d'assumer seul l'administration de la société.

En cas de sauvegarde, les dirigeants continuent à percevoir la **rémunération** afférente à leurs fonctions, sauf décision contraire des associés. Si la société est mise en redressement judiciaire, leur rémunération est fixée par le juge-commissaire et, si celui-ci décide de ne pas leur en octroyer, les dirigeants peuvent obtenir des subsides pour eux-mêmes et leur famille (art. L. 631-11, C. com.).

Les dirigeants sociaux sont maintenus dans leurs fonctions en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire avec des pouvoirs plus ou moins limités.

#### B. EN CAS DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE : ÉVICTION DES DIRIGEANTS

En cas de redressement judiciaire, des mesures contraignantes peuvent être prononcées. Lorsqu'il estime que la survie de l'entreprise le requiert, le tribunal de commerce peut, **sur la demande du ministère public (et de lui seul), subordonner l'adoption du plan de redressement de l'entreprise au remplacement d'un ou plusieurs des dirigeants sociaux** (art. L. 631-19-1 et R. 631-34-1, C. com.). Le dispositif ne s'applique pas aux professionnels libéraux.

La mesure n'est pas décidée par le tribunal de la procédure, mais par les associés.

Le tribunal doit statuer après avoir entendu ou dûment appelé les dirigeants et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

L'éviction des dirigeants ne doit pas être la sanction de leurs erreurs passées, mais une mesure de sauvegarde de l'entreprise.

#### C. EN CAS DE LIQUIDATION JUDICIAIRE : DESSAISISSEMENT DU DÉBITEUR (ART. L. 641-9, C. COM.)

Le prononcé de la liquidation judiciaire emporte de plein droit « *dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens* » au profit du liquidateur. Ce dernier exerce alors les droits et actions du débiteur relativement à son patrimoine pendant toute la durée de la liquidation judiciaire (art. L. 641-9, C. com.).

Malgré le dessaisissement qui le frappe, le débiteur conserve néanmoins un certain nombre de prérogatives. Ce sont les « **droits propres** » du débiteur. En particulier, il peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime. Le débiteur, si c'est une personne physique, conserve les dommages-intérêts seulement s'ils se rattachent à des infractions qui revêtent un caractère personnel très marqué (ex. : la



commission d'une infraction provoquant un dommage corporel au débiteur). Le débiteur accomplit également les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur (droits extra-patrimoniaux du débiteur par exemple).

### REMARQUES

#### Remarque 1 : EIRL

Le débiteur EIRL peut poursuivre l'exercice d'une ou plusieurs des activités économiques, si celles-ci engagent un patrimoine autre que celui visé par la procédure.

#### Remarque 2 : Certains droits propres du débiteur en liquidation judiciaire

La jurisprudence a également élargi la notion de « *droits propres* » du débiteur, qui vise certaines actions en justice en matière civile. Par exemple, si le liquidateur exerce contre lui une action, il peut toujours se défendre seul. Il n'a pas besoin de désigner un mandataire *ad hoc* pour le représenter.

Par ailleurs, lorsque le débiteur en liquidation judiciaire est associé ou gérant d'une autre société, le liquidateur judiciaire n'a pas qualité pour exercer les actions liées à la qualité d'associé ou de gérant et concernant le patrimoine de l'autre société pas plus que le droit de participer aux décisions collectives de celle-ci (Cass. com., 18 oct. 2011 n° 10-19647 ; - 19 juin 2012, n° 11-19775).

## II. LES CONSÉQUENCES SUR LE PATRIMOINE DES DIRIGEANTS

### A. LES MESURES CONSERVATOIRES SUR LES BIENS DES DIRIGEANTS SOCIAUX

Les biens personnels du dirigeant peuvent faire l'objet de **mesures conservatoires** dans les cas suivants :

- **demande d'extension de la procédure collective de la société au dirigeant** pour confusion de patrimoines ;
- **redressement judiciaire de la société**, si la responsabilité du dirigeant est mise en cause à raison d'une **faute ayant contribué à la cessation des paiements de la société** ;
- **liquidation judiciaire de la société**, si le dirigeant fait l'objet d'une **action en comblement de passif pour faute de gestion ayant entraîné l'insuffisance d'actif**.

### B. LES MESURES EN CAS DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

#### 1. Le principe de contrôle de cession des titres détenus par les dirigeants (art. L. 631-10, C. com.)

À partir du **jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire** d'une société, ses dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ne peuvent, à peine de nullité, céder leurs droits dans la société que dans les conditions fixées par le tribunal de commerce.

Cette interdiction concerne les parts sociales, les titres de capital ou les valeurs mobilières donnant accès au capital de la société, **détenus, directement ou indirectement, par les dirigeants** qui sont en fonctions au jour du jugement ouvrant le redressement judiciaire. L'interdiction s'applique aux administrateurs et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs (Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-18942).

Les droits sociaux doivent être virés à un compte spécial bloqué, ouvert par l'administrateur au nom de leur titulaire et tenu par la société émettrice (titres nominatifs) ou par un intermédiaire financier habilité (titres au porteur). Aucun mouvement ne peut être effectué sur ce compte sans l'autorisation du juge-commissaire.



## 2. Deux mesures radicales : inaccessibilité ou cession forcée des droits sociaux

Ces deux mesures sont radicales, puisqu'elles sont décidées par le tribunal (et non par les associés) qui peut précisément les imposer. Ces mesures, très contraignantes, sont applicables seulement dans le cadre d'une procédure de **redressement judiciaire**, et non pas dans la sauvegarde. Ces dispositions ne sont pas non plus applicables lorsque le débiteur exerce une profession libérale. Enfin, le tribunal ne peut statuer sur l'adoption de ces mesures que lorsque le redressement de l'entreprise le requiert et qu'après avoir entendu ou dûment appelé les dirigeants et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

### a. Deux mesures radicales (art. L. 631-19-1, al. 2, C. com.)

#### ▀ L'inaccessibilité des droits sociaux

Le tribunal peut, sur la demande du ministère public, prononcer l'**inaccessibilité provisoire des parts sociales, actions ou valeurs mobilières donnant accès au capital**, détenues, directement ou indirectement, par un ou plusieurs dirigeants de la société en redressement judiciaire et décider que le droit de vote attaché à ces titres sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet. Généralement, ces mesures sont arrêtées pour la durée du plan, soit 10 ans au plus. Le mandataire désigné par le tribunal peut être l'administrateur (art. R. 631-34-3, C. com.).

#### ▀ La cession forcée des droits sociaux

Le tribunal peut, sur la demande du ministère public, ordonner la cession forcée des titres détenus par ces mêmes personnes (dirigeants-associés), c'est-à-dire leur **exclusion** de la société, **le prix de rachat étant fixé par un expert**. Mais le tribunal peut retenir un prix différent de celui fixé par l'expert qui est seulement chargé de lui donner les éléments permettant d'évaluer les titres.

### b. Le champ d'application de ces mesures

Les **dirigeants visés** par ces mesures sont les dirigeants de droit ou de fait de la société.

La qualité de dirigeant du détenteur des titres s'apprécie à la date du jugement qui ordonne la mesure et au regard de l'exercice effectif des fonctions de dirigeant (Cass. com., 19 fév. 2008, n° 06-18446). Ainsi, en cas de démission, doit être prise en compte la date à laquelle celle-ci est devenue effective et non celle à laquelle elle a été publiée.

#### REMARQUE

Cette mesure ne contrevient pas aux textes qui garantissent le respect du droit de propriété car elle est justifiée par l'intérêt général (Cass. com., 12 juill. 2005). Selon la jurisprudence, ces dispositions sont d'ordre public.

## III. LA RESPONSABILITÉ (LES SANCTIONS) DES DIRIGEANTS

Les sanctions sont pénales (A), fiscales (B) ou civiles (C).

### A. LES SANCTIONS PÉNALES DES DIRIGEANTS

#### 1. La banqueroute (art. L. 654-1 à L. 654-7, C. com.)

La banqueroute est une **infraction pénale**. Plus précisément, c'est un **délit**. Comme tout délit, il relève de la **compétence du tribunal correctionnel**.

**a. Le domaine d'application**

La banqueroute est applicable :

- à toute personne exerçant une activité commerciale, ou artisanale, à tout agriculteur, à toute personne exerçant une activité artisanale et à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;
- à toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé ;
- aux personnes physiques, représentants permanents de personnes morales, dirigeants des personnes morales.

**Les personnes morales** peuvent être déclarées responsables pénalement du délit de banqueroute (en tant qu'auteur, complice ou receleur).

**b. Les conditions d'application**

La banqueroute est **subordonnée** à l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire. La banqueroute est donc écartée en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

Dans le cas d'ouverture d'une telle procédure de redressement ou liquidation judiciaire, **sont coupables de banqueroute** les personnes contre lesquelles a été relevé **l'un des faits ci-après** :

- avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur. Le détournement d'actif doit être postérieur à la date de cessation des paiements ; lorsqu'il s'agit de l'actif d'une personne morale, le détournement doit avoir été fait au profit du dirigeant, ou au profit d'une autre entreprise dans laquelle il était également intéressé ;
- avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;
- avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité, lorsque les textes applicables en font obligation ;
- avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

La **tentative de banqueroute n'est pas punissable**.

**L'élément intentionnel de l'infraction doit être établi : la personne doit avoir agi de mauvaise foi.** La preuve d'une intention de nuire n'est toutefois pas nécessaire. Il suffit d'établir que l'intéressé a eu conscience de causer un préjudice aux intérêts patrimoniaux d'autrui, spécialement aux créanciers de l'entreprise en redressement ou liquidation judiciaire.

En outre, il faut que les actes litigieux aient été commis avant le jugement d'ouverture, mais, semble-t-il, alors que l'entreprise est d'ores et déjà en cessation des paiements. Si l'entreprise est *in bonis*, la banqueroute ne se conçoit pas. Si le chef d'entreprise procède, à cette époque, à des détournements intentionnels, il est alors susceptible d'être poursuivi pénalement, mais pour abus de biens sociaux ou abus de confiance.

Enfin, **l'action se prescrit, comme pour tout délit, par 3 ans**. Le délai court normalement à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, mais il peut être retardé, en cas de dissimulation, à la découverte de l'agissement fautif.

**c. Les sanctions**

Les personnes physiques reconnues coupables de banqueroute et leurs complices sont punis d'un **emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 75 000 €**. Elles encourent également des **peines complémentaires** dont, notamment, **l'interdiction des droits civiques, civils et de famille**.

La juridiction répressive peut, en outre, prononcer soit la faillite personnelle de celle-ci, soit l'interdiction de gérer, à moins qu'une juridiction civile ou commerciale ait déjà prononcé une telle mesure par une décision définitive.

Les peines encourues par les personnes morales sont l'amende de 375 000 € et les peines complémentaires mentionnées à l'article 131-39 du Code pénal : la dissolution, etc.

## 2. D'autres infractions pénales

Les articles L. 654-8 à L. 654-15 du Code de commerce visent d'autres infractions, commises soit par le dirigeant de l'entreprise, soit par des tiers, notamment des créanciers, soit par les organes de la procédure, soit par les conjoints, descendants, ascendants, collatéraux ou alliés du débiteur ou du dirigeant d'une personne morale.

## B. LA RESPONSABILITÉ FISCALE DES DIRIGEANTS

Lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des **manœuvres frauduleuses** ou de l'**inobservation grave et répétée des obligations fiscales** qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, **s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales** en application d'une autre disposition, être déclaré **solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités** par le président du TGI (art. L. 267, LPF).

Déclaré solidairement responsable, le dirigeant devient un débiteur direct du Trésor, au même titre que la société qui demeure pourtant la seule redevable légale de l'impôt. Il peut donc se voir réclamer par le comptable public la totalité de la créance. Mais, il est ensuite en droit de demander à la société débitrice, le remboursement intégral de la somme qu'il a payée.

### REMARQUE

Les sociétés de personnes ainsi que les sociétés de fait et les sociétés en participation ne relèvent pas de ce dispositif, puisque leurs associés sont déjà tenus indéfiniment au passif social.

À cette fin, le comptable public compétent assigne le dirigeant devant le président du TGI du lieu du siège social.

Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement, la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement.

Les **voies de recours** qui peuvent être exercées contre la décision du président du TGI ne font pas obstacle à ce que le comptable prenne à leur encontre des mesures conservatoires en vue de préserver le recouvrement de la créance du Trésor.

## C. LES SANCTIONS CIVILES DES DIRIGEANTS

Il s'agit de la responsabilité pour insuffisance d'actif (1) et les sanctions professionnelles (2).

### 1. La responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif (art. L. 651-2 à L. 651-4, C. com.)

Le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire qui a commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif peut être condamné à supporter tout ou partie de cette insuffisance. Cette sanction, connue sous le nom de « *comblement du passif social* », est la seule **sanction patrimoniale** qu'encourt un dirigeant. Un dirigeant ne peut plus être mis en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire à titre de sanction. Néanmoins, la **procédure collective** de la société peut être **étendue au dirigeant** s'il a confondu son patrimoine avec celui de la société ou si la société qu'il dirige est fictive.

Le tribunal compétent pour statuer sur une telle action est celui qui a ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire de la société.

L'action se prescrit par 3 ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Tous les dirigeants **de droit ou de fait** de sociétés en liquidation judiciaire peuvent être poursuivis en comblement de passif. Sont concernés les dirigeants en fonctions après l'immatriculation de la société au RCS.

### REMARQUE

#### Remarque 1 : Obligations aux dettes sociales (anciens art. L. 652-1 et s., C. com.)

L'obligation aux dettes sociales visait le dirigeant d'une personne morale mise en liquidation judiciaire. Cette obligation avait pour but de mettre à la charge du dirigeant le passif de la personne morale. Cette obligation a été supprimée en 2009 car elle faisait double emploi avec l'action en comblement de passif, étant précisé que les actions déjà engagées à cette date ne sont pas remises en cause.

Toutefois, dans les SNC, les associés ayant tous la qualité de commerçant et répondant indéfiniment et solidairement des dettes sociales, l'action en paiement des dettes sociales à leur rencontre est possible (art. L. 221-1, C. com.). Il convient cependant que la société ait préalablement été vainement mise en demeure par un acte extrajudiciaire.

#### Remarque 2 : Dirigeant condamné en comblement de passif et traitement du surendettement des particuliers

Au cas d'un dirigeant qui n'avait pas fait l'objet d'une extension de la procédure de liquidation judiciaire de la société mais d'une action en comblement de passif, la Cour de cassation a jugé qu'il n'était pas exclu du bénéfice des mesures de traitement du surendettement des particuliers (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 avr. 2012, n° 11-10228).

#### a. Le principe de non-cumul des régimes de responsabilités

##### ➡ Le principe

Le régime de responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut pas être cumulé avec un autre régime de responsabilité. En conséquence, ce régime exclut la possibilité de mettre en œuvre également une action en responsabilité pour faute de gestion fondée sur les dispositions du droit des sociétés ou sur le droit commun de la responsabilité civile.

Le principe du non-cumul des régimes de responsabilité s'applique aux faits antérieurs au jugement d'ouverture.

##### ➡ L'exception

L'action en responsabilité contre les dirigeants sur le fondement du droit commun reste possible :

- si la société ne fait pas l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire. Lorsqu'une société est mise en redressement judiciaire, les organes de la procédure peuvent depuis lors engager des actions en responsabilité de droit commun à l'encontre des dirigeants qui ont commis des fautes ayant contribué à mettre la société en difficulté ;
- en l'absence d'insuffisance d'actif ou lorsque l'insuffisance d'actif n'est pas alléguée ;
- lorsque sont invoquées des fautes postérieures au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire.

L'action en responsabilité sur le fondement du droit commun reste également ouverte aux **associés** qui poursuivent la réparation d'un préjudice personnel distinct de celui subi par la société, peu important que la procédure collective fasse apparaître une insuffisance d'actif (Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547), ainsi qu'aux **créanciers sociaux** justifiant d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions.

Enfin, le cumul d'actions est toujours admissible s'il s'agit, non pas d'exercer une action en responsabilité civile, mais, pour le Trésor public, de rechercher la **responsabilité fiscale du dirigeant d'entreprise** qui s'est soustrait au paiement de la dette d'impôt, sur le fondement de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales.

Ainsi, un dirigeant condamné pour abus de biens sociaux peut être tenu, d'une part, de verser des dommages-intérêts au liquidateur judiciaire de la société qui s'était constituée partie civile et, d'autre part, de combler une partie des dettes sociales.

### REMARQUE

#### Mesures conservatoires

Le législateur autorise les administrateurs et les mandataires judiciaires à demander en justice des mesures conservatoires à l'égard des biens des dirigeants de droit ou de fait à l'encontre desquels ils ont introduit une action en responsabilité fondée sur une « *faute ayant contribué à la cessation des paiements de la société* » (art. L. 631-10-1, C. com.).

La faute visée n'est pas nécessairement une faute de gestion (requis pour l'action en comblement de passif), mais devrait en pratique le plus souvent en être une.

#### b. Les conditions de fond de l'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

##### La situation de la société

- La liquidation judiciaire de la société : un dirigeant peut être poursuivi en comblement de passif seulement en cas de mise en **liquidation** judiciaire de la société.
- L'insuffisance d'actif : les dirigeants sociaux ne peuvent être condamnés à combler le passif social qu'en présence d'une insuffisance d'actif dont l'**existence** et le **montant** sont appréciés au jour où le tribunal statue sur la sanction. Les **dettes nées** après le jugement d'ouverture de la procédure collective n'entrent pas dans le passif pris en compte pour calculer le montant de l'insuffisance d'actif qui peut être mis à la charge des dirigeants.

##### La faute de gestion

Les dirigeants ne peuvent être condamnés à supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif que s'ils ont commis une ou plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance. Il ne suffit pas de constater l'existence de fautes de gestion, encore faut-il établir qu'elles ont été commises par le dirigeant poursuivi et non, par exemple, qu'elles résultent de la seule mésentente entre les associés.

Si plusieurs fautes sont retenues, chacune d'entre elles doit être caractérisée par le juge (Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21906).

Toute faute de gestion, même légère, toute **imprudence** ou **négligence** peut entraîner la mise en cause de la responsabilité des dirigeants sociaux.

La responsabilité des dirigeants ne peut concerner que leur gestion antérieure au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire.

Le dirigeant peut être déclaré responsable même si la faute n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif. En outre, il peut être condamné à supporter la totalité des dettes sociales même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles.

### EXEMPLES

#### La faute de gestion :

- Résulte des **manœuvres frauduleuses** (complicité dans la violation d'un contrat ; distribution de commissions occultes ; fraudes fiscales ; présentation d'un bilan inexact ; défaut de paiement des cotisations sociales alors que la trésorerie le permettait ; ne pas avoir établi une comptabilité régulière ; avoir délibérément, pour un gérant de SARL, poursuivi une activité déficitaire pour conserver d'importants salaires, etc.).

- Est caractérisée par **une attitude passive** (manque d'intérêt ou complaisance à l'égard de la société ; défaut de surveillance d'un cogérant ayant détourné des fonds sociaux ; absence régulière aux séances du Conseil d'administration ; n'avoir pas accordé, pour un PDG de SA, toute son attention à la gestion d'une entreprise naissante et fragile et n'avoir été présent au siège de l'entreprise qu'un jour par semaine en déléguant la plupart de ses pouvoirs à des collaborateurs qu'il savait incompetents ; n'avoir pas déclaré, pour un gérant de SARL, la cessation des paiements de sa société dans le délai légal de 45 jours ; avoir laissé s'accumuler les pertes alors que la société était manifestement en état de cessation des paiements, etc.).
- peut être assimilée à une **négligence ou un manque de bon sens** (commandes trop importantes passées par le gérant alors que la société est déficitaire ; conclusion d'un bail dans des conditions préjudiciables à la société ; défaut de paiement des cotisations sociales alors que la trésorerie le permettait ; avoir procédé, pour le gérant d'une SARL, à d'importants travaux dans un local dont la société n'était pas propriétaire et pour un montant sans rapport avec la situation de l'entreprise ; etc.).

#### ➡ Le lien de causalité entre la faute de gestion et l'insuffisance d'actif

Le **demandeur** à l'action en comblement de passif doit **prouver** un lien de causalité entre la faute et l'insuffisance d'actif. Il n'est pas nécessaire que cette faute soit la cause principale du préjudice, il suffit qu'elle y ait contribué, peu importe que d'autres facteurs aient joué un rôle déterminant. Aucune condamnation ne peut être prononcée si le lien de causalité fait défaut.

#### REMARQUE

##### Ont été retenus comme fautes de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif :

- le fait pour une personne, devenue administrateur pour rendre service au président, de ne s'être aucunement préoccupée de la bonne marche de la société, alors qu'en acceptant ses fonctions, tout administrateur est tenu à une surveillance et à un contrôle sérieux de la gestion de la société, même s'il n'a qu'un intérêt limité dans celle-ci (Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975) ;
- le fait pour le dirigeant d'une société d'avoir poursuivi abusivement l'activité sociale largement déficitaire et irrémédiablement compromise dans le seul but de tenter de récupérer les fonds qu'il y avait investis (Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-72406).

En revanche, la **responsabilité** des dirigeants peut être **écartée** :

- lorsque les difficultés de la société résultaient essentiellement d'un décalage important entre l'exigibilité du passif et le moment où il était réglé (Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-18585) ;
- lorsque les manœuvres du président du conseil d'administration et du directeur général avaient mis les administrateurs dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions (Cass. com., 14 mai 2002).

#### c. La condamnation du dirigeant

**Le comblement de passif est une sanction facultative.** Le tribunal dispose d'une large **faculté d'appréciation** et peut écarter toute condamnation même si le dirigeant s'est rendu coupable de l'un des agissements permettant le prononcé de cette sanction. De même, il bénéficie d'une grande latitude pour déterminer si le dirigeant doit être condamné à prendre en charge la totalité de l'insuffisance d'actif ou seulement une partie de celle-ci. Le tribunal peut prendre en considération non seulement la gravité des fautes de gestion et le montant de l'insuffisance d'actif mais également la situation personnelle du dirigeant et ses facultés contributives.

Le dirigeant peut être condamné à supporter la totalité de l'insuffisance d'actif même s'il a commis une seule faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif. Mais en tout état de cause, le montant de la condamnation ne peut pas excéder le montant de l'insuffisance d'actif.

En cas de pluralité de dirigeants fautifs, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.



Les **sommes versées** par les dirigeants sociaux entrent dans le patrimoine de la société et sont **réparties** entre tous les créanciers en proportion de leurs créances (au marc le franc). Cette répartition doit être faite de manière égalitaire sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la nature, privilégiée ou non, de leurs créances.

## 2. Les sanctions civiles de nature professionnelle (faillite personnelle et interdiction de gérer)

Lorsqu'une société est mise en redressement ou en liquidation judiciaire, ses dirigeants peuvent être frappés d'une **sanction personnelle** : faillite personnelle ou interdiction de gérer, la première étant plus lourde que la seconde.

Ces sanctions personnelles sont **facultatives** : le tribunal peut ne pas en prononcer même si les conditions exigées par les textes sont remplies. En outre, il dispose d'un pouvoir souverain pour opter entre la faillite personnelle et l'interdiction de gérer.

Ces sanctions ciblent les actes de gestion du dirigeant. Elles ne s'appliquent qu'à une personne physique et sont indépendantes d'éventuelles sanctions pénales telles que la banqueroute. Le prononcé de ces sanctions est également indépendant du sort de la société en procédure collective qui peut être ou non liquidée.

### REMARQUE

Il existe par ailleurs une procédure de faillite personnelle pour les personnes physiques spécifique aux habitants de l'Alsace-Moselle en vertu d'une loi allemande du 10 février 1877, toujours en vigueur en application du droit local en Alsace et en Moselle. Ce régime historique coexiste avec le rétablissement personnel.

Le tribunal compétent pour statuer sur cette action est celui devant lequel est diligentée la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires de la société.

L'**action** en faillite personnelle ou en interdiction de gérer **se prescrit** par 3 ans à compter du jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaire de la société (art. L. 653-1, C. com.).

#### a. Les dirigeants visés

Peuvent être frappées de faillite personnelle ou faire l'objet d'une interdiction de gérer les personnes physiques **dirigeantes de droit ou de fait** de personnes morales ou représentants permanents des personnes morales dirigeantes, ainsi que les personnes physiques exerçant la profession de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante (art. L. 653-1, C. com.).

Un dirigeant de droit ne peut, pour se soustraire à la faillite personnelle ou à l'interdiction de gérer, prétendre qu'il n'avait été que le prête-nom du dirigeant de fait de la société (Cass. com., 5 fév. 2002). De même, il importe peu qu'il ait été rémunéré ou non. Par exception, ne peuvent pas faire l'objet d'une sanction personnelle les **dirigeants** qui exercent par ailleurs une **activité professionnelle indépendante** et sont, à ce titre, soumis à des règles disciplinaires (art. L. 653-1, I, der. al., C. com.). Par exemple, un médecin désigné gérant de droit d'une SARL exploitant une clinique ne peut pas être frappé d'une sanction personnelle en cas de procédure collective de la SARL s'il exerce concomitamment sa profession de médecin à titre libéral.

L'EIRL peut être condamné à la faillite personnelle ou à l'interdiction de gérer s'il ne respecte pas l'affectation de patrimoine (art. L. 653-6, C. com.).

#### b. Les conditions du prononcé de la sanction

La faillite personnelle ou l'interdiction de gérer peuvent être prononcées lorsque la **société** fait l'objet d'une procédure de **redressement ou de liquidation judiciaires** (art. L. 653-1, I, C. com.). Ces sanctions sont donc exclues dans le cadre de la procédure de sauvegarde.



Ces sanctions peuvent être prononcées dès lors qu'un seul des faits exposés ci-après et prévus aux articles L. 653-4 et suivants du Code de commerce est établi. Toutefois, si plusieurs **faits** sont **retenus**, chacun d'entre eux doit être légalement justifié par le juge (Cass. com., 1 déc. 2009, n° 08-17187).

#### ➡ **Les agissements justifiant la faillite personnelle**

La faillite personnelle peut être prononcée contre un dirigeant social qui (art. L. 653-4 à L. 653-6, C. com.) :

- a disposé des biens sociaux comme des siens propres ;
- a fait des actes de commerce dans un intérêt personnel, sous le couvert de la société masquant ses agissements ;
- a fait des biens ou du crédit de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;
- a poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société ;
- a détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la société ;
- a exercé une activité commerciale, artisanale ou agricole ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;
- a, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- a souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ;
- a payé ou fait payer, après la cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;
- a fait obstacle au bon déroulement de la procédure en s'abstenant de coopérer avec les organes de celle-ci ;
- a fait disparaître des documents comptables, tenu une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables ou n'a pas tenu de comptabilité alors que les textes applicables en font obligation ;
- à la charge duquel tout ou partie du passif social a été mis et qui n'a pas **acquitté sa dette**.

#### ➡ **Les agissements justifiant l'interdiction de gérer**

L'interdiction de gérer peut être prononcée dans tous les **cas de faillite personnelle** (art. L. 653-8, al. 1, C. com.).

Elle peut aussi être prononcée **à titre autonome** et frapper le dirigeant qui, de mauvaise foi, n'aurait pas remis au mandataire judiciaire, à l'administrateur ou au liquidateur judiciaires les documents nécessaires à l'inventaire du débiteur prévus à l'article L. 622-6 dans le mois qui suit le jugement d'ouverture de la procédure (art. L. 653-8, al. 2, C. com.).

Elle peut également sanctionner le dirigeant qui a omis de demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires dans le délai de 45 jours à compter de la cessation des paiements, sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation (art. L. 653-8, al. 3, C. com.).

#### **REMARQUE**

La nomination d'un mandataire *ad hoc* ne permet pas au dirigeant, qui n'a pas procédé à la déclaration de cessation des paiements, d'échapper à une condamnation (Cass. com., 10 mai 2005).

### c. Les conséquences de la condamnation

Le tribunal qui prononce la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer d'un dirigeant social doit fixer la durée de cette mesure, laquelle ne peut pas être supérieure à **15 ans** (art. L. 653-11, al. 1, C. com.).

#### ▀ La faillite personnelle

La faillite personnelle entraîne de nombreuses **déchéances et interdictions** (déchéance de certains droits civiques, politiques, professionnels, honorifiques, etc.).

Elle comporte de surcroît l'**interdiction de diriger**, de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise (qu'elle soit commerciale, artisanale, agricole ou qu'elle ait toute autre activité indépendante) et toute personne morale (art. L. 653-2, C. com.).

En outre, la faillite personnelle prive les dirigeants sociaux qui en sont frappés du **droit de vote** dans les assemblées de la société soumise au redressement ou à la liquidation judiciaires, ce droit étant exercé par un mandataire désigné par le tribunal à cet effet, à la requête de l'administrateur, du liquidateur ou du commissaire à l'exécution du plan (art. L. 653-9, al. 1, C. com.).

Le tribunal peut aussi enjoindre à ces **dirigeants** ou à certains d'entre eux de **céder leurs actions ou parts sociales** dans la société ou ordonner leur cession forcée par les soins d'un mandataire de justice, au besoin après expertise (art. L. 653-9, al. 2, C. com.).

Par ailleurs, il peut prononcer l'incapacité du dirigeant d'exercer une **fonction publique élective** pour une durée égale à celle de la faillite personnelle, dans la limite de 5 ans. Cette incapacité prend effet à compter de sa date de notification à l'intéressé par le ministère public (art. L. 653-10, C. com.).

#### ▀ L'interdiction de gérer

Le tribunal peut **interdire** au dirigeant fautif de **diriger**, gérer, administrer ou contrôler soit toute entreprise commerciale, artisanale ou agricole et toute personne morale, soit seulement une ou plusieurs de celles-ci (art. L. 653-8, al. 1, C. com.). Cette sanction est moins lourde que la faillite personnelle pour laquelle, dans ce cas, l'interdiction de gérer qu'elle emporte est générale.

S'il choisit de ne prononcer que l'interdiction de gérer, le tribunal peut limiter l'interdiction à une ou plusieurs entreprises ou sociétés déterminées.

L'**auto-entrepreneur** ne peut exercer son activité s'il se trouve sous le coup d'une **interdiction de gérer** une entreprise commerciale ou artisanale.

**La mesure d'interdiction de gérer n'interdit pas l'exercice de fonctions salariées.**

Une personne qui fait l'objet d'une mesure d'interdiction de gérer ne peut, ni statutairement ni par délégation de pouvoirs, accomplir des actes de gestion d'une société (Cass. crim., 13 juin 2012, n° 11-85280).

Comme en cas de faillite personnelle, les **dirigeants** frappés de l'interdiction de gérer sont privés du **droit de vote** dans leur société et peuvent être tenus de **céder leurs actions ou parts sociales** (art. L. 653-9, C. com.).

## SECTION 5. LES CONSÉQUENCES À L'ÉGARD DES SALARIÉS

### I. LES GARANTIES DES SALARIÉS

Les salariés bénéficient de certaines garanties de paiement.

#### A. LES PRIVILÈGES DES SALARIÉS

Les salariés bénéficient de certaines garanties de paiement :

- Un **privilège général** : il s'agit d'un **privilège général mobilier et immobilier** qui garantit le paiement des **6 derniers mois de salaires** (art. 2331 et 2375, C. civ.) mais son rang dans

l'ordre des privilèges n'est pas très efficace. Sur les meubles, il est placé après les privilèges des frais de justice, du Trésor public et il vient en concours avec celui de la Sécurité sociale. Sur les immeubles, la situation est plus favorable car ce privilège prime les créanciers hypothécaires (art. 2376, C. civ.).

- Le **super-privilège** : il s'agit d'un **super-privilège couvrant les 60 derniers jours de travail non payés**. Cependant, ces créances ne sont couvertes **que dans la limite d'un plafond mensuel** égal à deux fois le plafond mensuel retenu pour le calcul des cotisations de Sécurité sociale, soit **6 172 € en 2013** (6 062 € en 2012). Par ailleurs, ce super-privilège ne garantit pas l'indemnité de licenciement. Toutefois, il est très efficace, car les salariés doivent être payés même s'il existe d'autres créances privilégiées (art. L. 3253-2 et L. 3253-3, C. trav.) et ils prennent même les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture (art. L. 622-17, al. 1<sup>er</sup>, C. com.). Enfin, ce super-privilège permet aux salariés d'être payés rapidement de leurs créances antérieures au jugement d'ouverture.

## B. L'ASSURANCE AGS CONTRE LE RISQUE DE NON-PAIEMENT DES SALAIRES

Le texte (art. L. 625-9, C. com.) organise un système spécifique d'assurance qui prévoit que tout commerçant, toute personne inscrite au répertoire des métiers, tout agriculteur, toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante et toute personne morale de droit privé, employant un ou plusieurs salariés, doit assurer ses salariés à l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (AGS) contre le risque de non-paiement, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail.

Le fonds d'assurance est alimenté par une cotisation spéciale de l'employeur. Néanmoins, les salariés ont droit à la garantie même si les cotisations n'ont pas été payées.

Sont couvertes par l'AGS :

- **les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture** de toute procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (même une liquidation immédiate) ;
- les créances résultant de la rupture des contrats de travail intervenant :
  - pendant la période d'observation,
  - dans le mois suivant le jugement qui arrête le plan sauvegarde, de redressement ou de cession (ou du jugement modificatif du plan),
  - dans les 15 jours (ou 21 jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré), suivant le jugement de liquidation judiciaire,
  - pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire et dans les 15 jours (ou 21 jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré), suivant la fin de ce maintien de l'activité ;
- les créances résultant de la rupture des contrats de travail des salariés auxquels a été proposé le contrat de sécurisation professionnelle ;
- les mesures d'accompagnement résultant d'un plan de sauvegarde de l'emploi ;
- **lorsque le tribunal prononce la liquidation judiciaire**, et dans la limite d'un montant maximal correspondant à un mois et demi de travail, **les sommes dues** au cours de la période d'observation, des 15 jours (ou 21 jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré) suivant le jugement de liquidation, ou du mois suivant le jugement de liquidation en ce qui concerne les représentants des salariés, et pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation et au cours des 15 jours (ou 21 jours lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est élaboré), suivant la fin de ce maintien de l'activité (art. L. 3253-8, 2°, C. trav.).

## II. LA DISTINCTION DES CRÉANCES RÉSULTANT DU CONTRAT DE TRAVAIL NÉES ANTÉRIEUREMENT AU JUGEMENT D'OUVERTURE ET CELLES POSTÉRIEURES

### A. LES CRÉANCES RÉSULTANT DU CONTRAT DE TRAVAIL NÉES ANTÉRIEUREMENT AU JUGEMENT D'OUVERTURE

Au vu des documents ou à partir des informations fournies par les salariés, par le débiteur entendu (ou dûment appelé), par l'administrateur ainsi que par le représentant des salariés, **le mandataire judiciaire vérifie les créances résultant d'un contrat de travail et en établit des relevés**. Le mandataire judiciaire établit, dans ces conditions, les relevés des créances résultant d'un contrat de travail. **Les relevés sont, à la diligence du mandataire judiciaire, visés par le juge-commissaire. Le salarié est ainsi dispensé de faire une déclaration individuelle.**

Dans les **10 jours** du jugement d'ouverture, le mandataire judiciaire établit un relevé des salaires garantis par le super-privilège, à savoir les 60 derniers jours de salaires, à hauteur de deux fois le plafond mensuel de Sécurité sociale (6 172 € en 2013). Le relevé des autres créances de salaires également exigibles à la date du jugement d'ouverture doit être établi dans les 3 mois du prononcé de ce jugement. Le mandataire judiciaire transmet les relevés au représentant des salariés pour vérification.

Ensuite, ces relevés sont, à la diligence du mandataire judiciaire, visés par le juge-commissaire puis déposés au greffe du tribunal. Ces relevés font, en outre, l'objet de mesures d'information individuelle des salariés et d'une publicité par insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales.

Les **créances super-privilégiées** font l'objet d'un **paiement provisionnel** égal à un mois de salaire dans les 10 jours du jugement d'ouverture (art. L. 621-131, al. 2, C. com.) dans la limite du plafond précisé ci-avant pour le super-privilège (art. L. 3253-2 et L. 3253-3, C. trav.).

### B. LES CRÉANCES RÉSULTANT DE LA POURSUITE DU CONTRAT DE TRAVAIL APRÈS LE JUGEMENT D'OUVERTURE

Durant la période d'observation, les contrats de travail se poursuivent. Et les salariés bénéficient, à cet égard, de certaines garanties quant au paiement de ces salaires :

- d'une part, le salaire est normalement versé par l'employeur ;
- d'autre part, si le paiement ne peut être assuré faute d'actif suffisant, ou en cas de rupture des contrats de travail intervenue après le jugement d'ouverture, ou dans le cas où le tribunal prononce la liquidation judiciaire, l'AGS prend en charge les salaires. L'AGS qui a avancé ces sommes sera dès lors subrogée et considérée comme créancier postérieur et classée au 4<sup>e</sup> rang.

## III. LES LICENCIEMENTS POUR MOTIF ÉCONOMIQUE PENDANT LA PÉRIODE D'OBSERVATION

Le **principe** est que **pendant la période d'observation, les contrats de travail se poursuivent**. Les **licenciements** durant cette période doivent être exceptionnels.

Si des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation, l'administrateur peut être autorisé par le juge-commissaire à procéder à ces licenciements (art. L. 631-17, C. com.). Préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur consulte le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel et informe l'autorité administrative compétente. La décision du juge-commissaire peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal.

Les créances résultant des licenciements pendant la période d'observation sont couvertes par l'AGS (art. L. 3253-9, C. trav.).

## TITRE 3. L'ASPECT COMMUNAUTAIRE DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

En pratique, l'essentiel des **faillites internationales** que les tribunaux français ont à connaître est régi par le droit de l'Union européenne.

La création d'un droit communautaire de la « *faillite* », uniforme d'un État à l'autre, est en partie un vœu pieux. Contrairement aux règlements communautaires classiques, le règlement du 29 mai 2000<sup>31</sup> relatif aux procédures d'insolvabilité ne contient pas (ou peu) de véritables règles matérielles destinées à se substituer à la législation des États membres. Il procède à une **simple unification des règles de conflits de juridictions et de conflits de lois dans un souci de coordination** des différents systèmes nationaux et des procédures d'insolvabilité à l'intérieur de l'espace européen. Autrement dit, il a essentiellement vocation à désigner les tribunaux compétents en matière de faillites à caractère communautaire ainsi que les lois nationales des États membres pour régir ces procédures.

### CHAPITRE 1. LE CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT EUROPÉEN

#### SECTION 1. UNE PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

Le règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité s'applique, depuis le 31 mars 2002, dans tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du **Danemark** (il a donc vocation à se substituer aux conventions bilatérales conclues entre la France et certains pays européens).

Il vise « *les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total [du] débiteur ainsi que la désignation d'un syndic* ». Pour la France, il s'agit de la **sauvegarde**, du **redressement judiciaire**, avec ou sans désignation d'un administrateur, et de la **liquidation judiciaire**, mais pas la conciliation (elle n'est pas, en effet, une procédure collective).

#### SECTION 2. UN DÉBITEUR AYANT LE CENTRE DE SES INTÉRÊTS PRINCIPAUX DANS UN ÉTAT EUROPÉEN

En ce qui concerne les débiteurs visés par le règlement du 29 mai 2000, ce sont les **débiteurs dont le « centre des intérêts principaux » est situé sur le territoire d'un État membre**. Ce lieu est, pour les **sociétés** et les autres personnes morales, présumé être, jusqu'à preuve contraire, celui du **siège statutaire** (critère aisément vérifiable). C'est une présomption simple. Pour la Cour de Justice des communautés européenne<sup>32</sup> :

« Cette présomption ne peut être renversée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter. »

31. Règlement CE n° 1346-2000 du 29 mai 2000, JOCE L 160, 30 juin 2000, p. 1.

32. CJCE, 2 mai 2006, Eurofood, D. 2006. 1752, note R. Dammann, JCP 2006. II. 10089, note M. Menjucq, Rev. sociétés 2006. 360, note J.-P. Rémy, Bull. Joly 2006. 907, note D. Fasquelle – V. également, dans le cas d'un transfert du siège statutaire d'une société débitrice avant l'introduction d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : CJUE, 20 oct. 2011, Interedil, aff. C-396/09, D. 2011. Actu. 2593, obs. A. Lienhard.

C'est le cas notamment d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social.

Bien que le règlement n'ait pas pris spécifiquement en compte la problématique des **groupes de sociétés**, la jurisprudence communautaire et celle des États membres se sont fondées sur ce critère de « *centre des intérêts principaux* » pour regrouper, auprès du tribunal d'un même État, l'ensemble des procédures distinctes susceptibles d'être ouvertes contre chacune des entités appartenant à un même groupe. Pour le juge communautaire<sup>33</sup>, le seul contrôle par une société mère d'une filiale est en lui-même insuffisant pour écarter la présomption. Il faut recourir à un faisceau d'indices. Ainsi, dans l'affaire Emtec<sup>34</sup>, dans laquelle a été ouverte en France une procédure collective contre trois sociétés mères ayant leurs sièges en France, ainsi que contre plusieurs de leurs filiales européennes, les juges ont estimé que le centre des intérêts principaux des différentes entités était localisé en France, car ce sont les sociétés mères qui assurent et centralisent, pour l'ensemble des entités du groupe, la direction générale et l'établissement de la stratégie, la gestion du personnel de direction générale, la gestion financière et comptable, la politique commerciale, etc.

Il faut enfin que la procédure d'insolvabilité produise des « *effets transfrontaliers* ». Cela signifie que le débiteur doit avoir un centre des intérêts principaux dans un État membre, ainsi un ou plusieurs établissements dans un ou plusieurs autres États membres.

## CHAPITRE 2. LE FONCTIONNEMENT DU SYSTÈME EUROPÉEN

### SECTION 1. LA DISTINCTION ENTRE LA PROCÉDURE PRINCIPALE ET LES PROCÉDURES SECONDAIRES

Le règlement du 29 mai 2000 repose sur une **distinction entre la procédure principale** (ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux) et les **procédures secondaires** (ouvertes dans un ou plusieurs autres États dans le(s)quel(s) le débiteur possède un établissement secondaire, par exemple une succursale). Le règlement coordonne toutes ces procédures en procédant à une **hiérarchisation en faveur de la procédure principale**. Ainsi, le caractère hiérarchisé tient à ce que les procédures secondaires ont un effet limité d'un point de vue territorial, mais également quant à leur objet, car une procédure secondaire ne peut être qu'une procédure de liquidation. En revanche, la procédure principale produit des effets universels (principe de l'universalité de la faillite) : elle s'applique à l'ensemble des biens du débiteur situés dans les différents États membres ; son objet est plus large que la procédure secondaire (elle peut tendre au redressement de l'entreprise, notamment). **L'articulation entre ces différentes procédures relève de la compétence du syndic de la procédure principale**. Le règlement du 29 mai 2000 prévoit, à cet égard, une coopération entre syndics qui s'effectue notamment par le biais d'une obligation réciproque d'information.

Par ailleurs, la procédure principale est reconnue de plein droit dans tous les autres États membres, sans exequatur<sup>35</sup>. Elle produit donc ses effets dans l'État dans lequel elle a été ouverte, mais également, sans formalité aucune, les effets que lui attribue la loi de l'État d'ouverture dans tous les autres États membres<sup>36</sup>. Cela entraîne, en particulier, si la législation de la faillite principale le prévoit, le dessaisissement du débiteur dans tous les États membres, ainsi que l'arrêt des poursuites individuelles. Le syndic de la procédure principale, peut, dans la limite des pouvoirs conférés aux syndics des procédures secondaires, exercer ses pouvoirs dans chaque procédure ouverte dans un État membre.

33. Même arrêt.

34. T. com. Nanterre, 15 févr. 2006, D. 2006.793, note J.-L. Vallens.

35. L'exequatur (du latin qui signifie « qu'on exécute ») est une procédure visant à donner, dans un État donné, force exécutoire à un jugement rendu à l'étranger.

36. Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 08-40723. CJUE, 21 janv. 2010, MG Probud, aff. C-444/07.



## SECTION 2. LA LOI APPLICABLE

Le règlement donne **compétence de principe à la *lex concursus***, c'est-à-dire à la **loi de l'État dans lequel a été ouverte la procédure principale**.

Le règlement prévoit cependant, à côté de cette loi étatique, l'application de certaines **règles matérielles** (propres à ce règlement). Elles concernent, par exemple, l'information des créanciers ou le paiement des créances. Il faut également tenir compte de l'application d'**autres lois nationales**. Par exemple, le **contrat de travail** d'un salarié employé par une entreprise faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité reste exclusivement régi par la loi applicable à ce contrat ; la clause de réserve de propriété est soumise à la loi choisie pour le contrat de vente, la qualité de créancier est déterminée par la loi de l'État source de la créance<sup>37</sup>, etc.

### EXEMPLE

Une juridiction d'un État membre qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité à l'encontre d'une société, en retenant que le centre des intérêts principaux de celle-ci est situé sur le territoire de cet État, ne peut étendre, en application d'une règle de son droit national (en cas d'espèce, sur le fondement de confusion de patrimoine), cette procédure à une deuxième société, dont le siège statutaire est situé dans un autre État membre, qu'à la condition qu'il soit démontré que le centre des intérêts principaux de cette dernière se trouve dans le premier État membre.

Dans l'hypothèse où une société, dont le siège statutaire est situé sur le territoire d'un État membre, est visée par une action tendant à lui étendre les effets d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre à l'encontre d'une autre société établie sur le territoire de ce dernier État, la seule constatation de la confusion des patrimoines de ces sociétés ne suffit pas à démontrer que le centre des intérêts principaux de la société visée par ladite action se trouve également dans ce dernier État. Il est nécessaire, pour renverser la présomption selon laquelle ce centre se trouve au lieu du siège statutaire, qu'une appréciation globale de l'ensemble des éléments pertinents permette d'établir que, de manière vérifiable par les tiers, le centre effectif de direction et de contrôle de la société visée par l'action aux fins d'extension se situe dans l'État membre où a été ouverte la procédure d'insolvabilité initiale (CJUE, 1<sup>re</sup> ch., 15 déc. 2011, aff. C-191/10).

### Synthèse de la partie 9

Le droit des entreprises en difficulté est une discipline instable, qui a pour finalité première le redressement des entreprises économiquement viables, le désintéressement des créanciers impayés n'étant aujourd'hui plus qu'un objectif secondaire. Il comprend essentiellement deux corps de règles : la prévention et le traitement des difficultés des entreprises. Il comporte également un dispositif répressif important, qui vise à sanctionner les dirigeants d'entreprises auteurs de fautes de gestion ou malhonnêtes.

#### I. Prévention

La philosophie de la prévention repose sur la maxime « *prévenir plutôt que guérir* », et l'idée est qu'il est pertinent d'intervenir à un stade antérieur à la cessation des paiements, c'est-à-dire à une époque où la situation de l'entreprise n'est pas encore irréversible. Les chances de redressement sont alors beaucoup plus grandes.

La prévention comporte d'abord les mesures de **détection des difficultés**, qui visent à donner au chef d'entreprise une meilleure connaissance de la situation financière de l'entreprise. Cela passe, en particulier, et pour les grandes entreprises seulement (celles de plus 300 salariés ou de 18 000 000 d'€ de CA annuel HT), par l'obligation de tenir une **comptabilité prévisionnelle**. Elles comprennent également la **procédure d'alerte**, par

37. Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-25533.

laquelle un certain nombre de partenaires incontournables du chef d'entreprise (CAC, actionnaires ou associés, représentants du personnel et président du tribunal) invitent le chef d'entreprise à réagir en cas de fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (ou de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise).

Ce volet préventif institue également un cadre juridique favorisant les **mesures négociées**, qui visent à obtenir un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers.

Le cadre le plus souple est celui du **mandat ad hoc** : un mandataire est désigné, à la demande du débiteur, par le président du tribunal, qui détermine au cas par cas de sa mission.

Quant à la **conciliation**, anciennement dénommé « *règlement amiable* », c'est un mécanisme de nature hybride, à la fois contractuel et judiciaire, destiné à favoriser le redressement d'une entreprise économiquement viable en offrant au débiteur un cadre juridique pour négocier avec ses principaux créanciers, y compris les administrations publiques. Cela, sous l'égide d'un conciliateur, dont la mission est de rechercher un accord avec ces créanciers de nature à permettre ce redressement. Pour être éligible à la conciliation, le débiteur doit « *éprouver une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* » et ne pas être en cessation des paiements ou l'être depuis moins de 45 jours. L'accord, s'il est obtenu, sera homologué ou simplement constaté par le tribunal, sachant que, en cas d'homologation, il produit des effets plus énergiques. En particulier, il confère alors au prêteur de deniers un privilège dit d'argent frais ou de conciliation.

## II. Traitement des difficultés des entreprises

L'hypothèse est alors celle où les techniques de prévention ont échoué, ou encore celle où elles n'ont jamais été mises en œuvre. Pour opérer le redressement de l'entreprise et la poursuite de l'activité, il faut alors concevoir des mécanismes beaucoup plus vigoureux, dans la mise en œuvre desquels le juge et certains organes de la procédure (administrateur judiciaire, mandataire judiciaire, etc.) jouent un rôle majeur, au détriment du débiteur, dont les pouvoirs de gestion sont limités, et des créanciers, soumis, si leur créance est antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, à une discipline commune. En particulier, ils ne peuvent être payés à l'échéance et doivent procéder à la déclaration de leur créance. En revanche, les créanciers dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture conservent, sous certaines conditions, leur droit au paiement à l'échéance et bénéficient même d'un privilège dit **privilège de procédure**.

Il existe **trois procédures de traitement des difficultés** des entreprises : la sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire.

La **sauvegarde des entreprises** est une procédure ouverte sur demande du débiteur – et de lui seul – qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Il a même été institué, pour les grandes entreprises seulement, une **procédure de sauvegarde financière accélérée** (SFA). Celle-ci suppose que le débiteur soit engagé dans une procédure de conciliation en cours et qu'il justifie avoir élaboré un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise et susceptible de recueillir un soutien suffisamment large de la part de ses créanciers financiers.

Le **redressement judiciaire** suppose que le débiteur soit en **cessation des paiements**, en d'autres termes, qu'il ne puisse faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Elle est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, c'est-à-dire le paiement des créanciers.

L'une comme l'autre de ces procédures débute par une **période d'observation** de 6 mois au maximum (éventuellement renouvelable jusqu'à deux fois), qui est une phase de diagnostic au cours de laquelle va être décidé le sort de l'entreprise. Cette période d'observation débouche normalement sur l'adoption d'un plan par le tribunal, qui va imposer des sacrifices aux créanciers, généralement sous la forme de remises de dettes ou

de délai de paiement. Il s'agit en principe d'un **plan de continuation**, dans le cadre duquel le débiteur reste à la tête de son entreprise. Toutefois, s'il s'avère, notamment, que le débiteur est dans l'impossibilité d'assurer lui-même le redressement, le tribunal pourra ordonner la cession partielle, voire totale, de l'entreprise.

Quant à la **liquidation judiciaire**, elle est ouverte à tout débiteur en cessation des paiements et dont le redressement et manifestement impossible. Elle est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise, les actifs étant alors vendus pour désintéresser les créanciers. Mais aujourd'hui, la liquidation judiciaire ne signifie plus nécessairement la mort de l'entreprise. Elle constitue, en effet, le cadre juridique privilégié d'une cession de l'entreprise et prend alors la forme d'un **plan de cession**. La liquidation judiciaire peut être prononcée dès le jugement d'ouverture de la procédure (on parle de « **liquidation judiciaire immédiate** »), ou pendant, voire à l'issue de la période d'observation si le tribunal n'adopte pas de plan. Pour les petites entreprises, celles qui n'ont aucun actif immobilier et obéissent à certaines conditions de seuil, a été instituée une **liquidation judiciaire simplifiée**.

### III. Sanctions

Le droit des entreprises en difficulté est historiquement un droit qui présente une dimension répressive très marquée, mais qui s'est adouci au fil des réformes. Il existe des sanctions civiles, professionnelles, fiscales et pénales.

La **principale sanction civile est l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif**. Elle suppose qu'une procédure de liquidation judiciaire ait été ouverte contre une personne morale, qui fasse apparaître une insuffisance d'actif, en d'autres termes que les créanciers de la personne morale n'aient pu être totalement désintéressés, car la valeur des actifs de celle-ci n'est pas suffisamment grande. Cette sanction n'est prononcée qu'en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, commise par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux. L'action se prescrit par 3 ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

Une **action en responsabilité civile contre un tiers** qui est à l'origine de la défaillance du débiteur, singulièrement contre le banquier dispensateur de crédit, auteur d'un soutien abusif ou d'une rupture abusive de crédit, est également concevable. Toutefois, pour inciter les banques à distribuer du crédit aux entreprises, le Code de commerce pose aujourd'hui un **principe d'irresponsabilité** : lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte contre un débiteur, les créanciers ayant consenti un concours à celui-ci avant l'ouverture de la procédure ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait de ces concours, sauf les 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.

Quant aux **sanctions professionnelles**, il s'agit de la faillite personnelle et l'interdiction de gérer.

La **faillite personnelle** frappe, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, les entrepreneurs individuels et les dirigeants, de droit ou de fait, de personnes morales coupables de certains agissements, limitativement énumérés par la loi : avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif, etc. Elle emporte une série de déchéances, en particulier du droit de gérer, directement ou indirectement, une entreprise pour une durée au maximum de 15 ans.

Le tribunal peut prononcer à la place de la faillite personnelle une mesure d'**interdiction de gérer**, qui présente l'avantage de prévoir des sanctions moins lourdes pour le chef d'entreprise. En particulier, elle peut limiter l'exercice d'une activité économique à titre indépendant à certaines activités seulement, par exemple aux seules activités commerciales.

Dans un cas comme dans l'autre, l'action se prescrit par 3 ans à compter du jugement qui ouvre la procédure collective.

Le dirigeant peut être déclaré **solidairement responsable du paiement des impositions et pénalités** dues par l'entreprise en difficulté.

Quant aux **sanctions pénales**, enfin, il s'agit essentiellement de la **banqueroute**, qui vise le chef d'entreprise, entrepreneur individuel ou dirigeant de personne morale, de droit ou de fait, là encore seulement en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, s'il s'est rendu coupable d'agissements fautifs limitativement énumérés par la loi : malversations dans le but d'éviter ou de différer l'ouverture d'une procédure collective, détournement ou dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur, etc. L'action se prescrit, comme pour tout délit, par 3 ans, le délai de prescription courant normalement à compter du jugement d'ouverture. La banqueroute est assortie, au titre de la peine principale, d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 75 000 €.

# TRANSMISSION ET DISPARITION DE L'ENTREPRISE

Partie rédigée par Haiying WANG-FOUCHER

## TITRE 1. LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE

Il convient de distinguer la transmission à titre onéreux (chapitre 1) de la transmission à titre gratuit de l'entreprise (chapitre 2).

### CHAPITRE 1. LA TRANSMISSION À TITRE ONÉREUX

Nous examinerons d'abord la cession de l'entreprise individuelle (vente du fonds de commerce) (section 1), puis la cession de droits sociaux (section 2).

#### SECTION 1. LA CESSION DU FONDS DE COMMERCE

Il est indispensable de rappeler ce qu'est un fonds de commerce (I) avant d'étudier les aspects juridiques (II), fiscaux (III) et sociaux (IV) de sa cession.

#### I. LA DÉFINITION DU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est l'ensemble des biens meubles, corporels et incorporels, mis en œuvre par le commerçant pour son exploitation.

L'exploitation d'un fonds de commerce nécessite la réunion de différents éléments. Certains de ces éléments sont des composants de celui-ci (A), d'autres non (B).

#### A. LES ÉLÉMENTS COMPOSANT LE FONDS DE COMMERCE

##### 1. Les biens meubles corporels

Ils comprennent le matériel, l'outillage, les véhicules, le mobilier, les marchandises/stocks (biens destinés à la vente), les agencements, etc.

#### REMARQUE

##### Stock

Les stocks font, en principe, l'objet d'une négociation séparée pour des raisons fiscales (TVA). Ils sont donc évalués séparément et leur règlement se fait de façon distincte.

## 2. Les biens meubles incorporels

Ils comprennent la clientèle, le droit au bail, le nom commercial et l'enseigne, les licences, les noms de domaine, etc. Ils sont divisés en deux catégories : ordinaires et extraordinaires.

### a. Les biens meubles incorporels ordinaires

Ils comprennent d'une part la clientèle<sup>38</sup>, élément essentiel et indispensable du fonds de commerce (elle est toujours prévue dans l'acte de cession), et d'autre part le **droit au bail**, le **nom** ou l'**enseigne commerciale** réputés cédés en même temps que le fonds, sauf stipulation contraire de l'acte de cession.

### b. Les biens meubles incorporels extraordinaires

Les biens meubles incorporels extraordinaires comprennent les **droits de propriété littéraire et artistique**, l'ensemble des **droits de propriété industrielle** (brevets d'invention, marques, dessins et modèles), ainsi que les **diverses récompenses et médailles officielles acquises** au cours de l'exercice de l'activité par l'exploitant. Ces biens doivent faire l'objet d'une mention expresse dans l'acte de vente pour pouvoir être cédés en même temps que le fonds.

#### REMARQUE

##### Contrat de franchise

Le contrat de franchise étant conclu *intuitus personae*, sa cession avec le fonds de commerce par le franchisé n'est possible qu'avec l'accord du franchiseur. Le contrat de franchise prévoit souvent que le fonds peut être préempté par le franchiseur.

## B. LES ÉLÉMENTS EXCLUS DU FONDS DE COMMERCE

Deux types de biens sont en principe exclus de la cession de fonds, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas cessibles avec le fonds de commerce : les immeubles d'une part (1), les créances et dettes d'autre part (2).

### 1. Les immeubles

Les immeubles ne constituent pas un élément du fonds de commerce. Par conséquent, si le cédant est propriétaire des locaux dans lesquels est exploitée son entreprise, en cas de vente de celle-ci, il doit passer deux actes différents : la vente de l'immeuble et la vente de son fonds de commerce, les deux actes relevant de régimes différents. L'acte de vente de l'immeuble doit revêtir la forme authentique, c'est-à-dire qu'il doit être signé devant notaire et doit ensuite faire l'objet des formalités régissant la vente d'immeuble. Dans le cas où le cédant reste propriétaire des locaux, l'acquéreur a intérêt à lui demander l'établissement et la signature d'un bail commercial afin de pouvoir exploiter le fonds dans les locaux d'origine.

### 2. Les créances et dettes

Les créances et dettes ne font pas partie du fonds de commerce. En conséquence, en cas de cession du fonds de commerce, le cessionnaire n'acquiert pas les créances et ne prend pas en charge les dettes nées à l'occasion de l'exploitation. Quelle est la raison de cette règle ? La notion de patrimoine, composé de l'actif et du passif, est rattachée à la personne, et non à l'exploitation d'une activité particulière.

Cependant, ce principe comporte des exceptions, ainsi le contrat de travail, le contrat d'assurance, le contrat d'édition, le bail commercial.

38. Il faut distinguer la clientèle de l'achalandage. La clientèle est stable et l'achalandage est la clientèle de passage attirée seulement par l'emplacement du commerce, il est alors occasionnel et précaire.



À l'évidence, **les créances et dettes sont transmises lorsqu'une mention expresse dans l'acte de cession du fonds de commerce le prévoit**. La cession de dettes et la cession de créances ne sont pas traitées de la même façon et ce, pour des raisons évidentes.

- La **cession de dettes** n'est pas régie par le droit français en tant que telle. Aux termes de l'article 1271, 2° du Code civil, la novation s'opère lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier, c'est-à-dire que le transfert de la dette du débiteur initial (le cédant) sur le repreneur du fonds (le cessionnaire), ne peut se faire sans l'accord du créancier.
- En matière de **cession de créances**, l'accord du débiteur n'est pas requis dès lors que le formalisme de l'article 1690 du Code civil est respecté : la cession doit être notifiée par acte d'huissier au débiteur. « *Le cessionnaire n'est alors saisi à l'égard des tiers que par la signification du transfert faite au débiteur* » (art. 1690, al. 2, C. civ.), c'est-à-dire à partir du moment où le débiteur est informé officiellement de la cession des créances du cédant vers le cessionnaire. Le cessionnaire peut également être saisi par l'acceptation du transport des créances faite par le débiteur dans un acte authentique.

## II. LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

La vente d'un fonds de commerce est réglementée par les articles L. 141-1 et suivants du Code de commerce. Cette réglementation tend à assurer une triple protection :

- **celle de l'acquéreur**, en lui fournissant des renseignements lui permettant de connaître de la façon la plus précise possible la valeur réelle du fonds ;
- **celle du vendeur** en lui garantissant un privilège auquel est rattachée l'action résolutoire ;
- **celle des créanciers du vendeur**, en leur offrant la possibilité d'user des droits de faire opposition et surenchère.

Il est donc nécessaire de vérifier l'assujettissement du contrat de vente au régime des cessions de fonds de commerce. Il importe alors de distinguer les cessions de fonds de commerce des autres contrats qui peuvent se rencontrer dans la vie des affaires.

- En premier lieu, la vente en plusieurs actes d'éléments séparés est soumise au régime des cessions de fonds de commerce, lorsque le rapprochement des différentes conventions intervenues successivement établit la réalité de la vente du fonds de commerce.
- Ensuite, la cession d'éléments isolés ne constitue pas une vente du fonds si elle ne s'accompagne pas de la cession expresse ou implicite de la clientèle. Cependant, il y a cession de fonds, lorsque le cessionnaire du bail se propose d'exercer dans les lieux le même commerce que le cédant. On peut d'ores et déjà établir le lien existant entre cession de fonds et cession de clientèle : la cession d'un élément support de la clientèle est soumise aux dispositions régissant la vente du fonds de commerce.
- Enfin, la vente d'une branche complète d'activité constitue une cession de fonds de commerce.

Il convient d'étudier d'abord les conditions de la vente (A) et ensuite ses effets (B).

### A. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

Nous distinguons les conditions de fond (1) des conditions de forme (2).

#### 1. Les conditions de fond

La cession du fonds de commerce doit respecter les conditions générales de validité applicables à tous les contrats et prévues par les articles 1108 et suivants du Code civil. Il existe également des règles spécifiques liées au transfert du bail commercial.

### a. Les conditions générales de validité de la vente

#### ■ La capacité juridique des parties

Si la capacité juridique du vendeur ne pose pas de difficultés particulières (à l'évidence, pour être régulier, l'acte de cession doit être signé par un vendeur capable et doté du pouvoir de s'engager), il convient d'étudier de façon approfondie la situation de l'acquéreur : il doit, préalablement à l'acquisition envisagée, avoir la capacité nécessaire pour exercer le commerce ainsi que celle nécessaire pour exploiter le fonds de commerce qu'il désire.

Il faut envisager deux cas distincts :

#### • 1<sup>er</sup> cas : l'acquéreur est une personne physique

Seul un majeur doté de sa pleine capacité peut acquérir un fonds de commerce. Cela signifie qu'il doit être âgé d'au moins 18 ans et qu'il ne doit pas être placé sous un régime d'incapacité. Un mineur, même émancipé, ne peut donc pas acheter un fonds de commerce. Il en est de même pour le majeur placé sous tutelle, sous curatelle ou sous sauvegarde de justice. En revanche, le mineur émancipé peut librement vendre le fonds lui appartenant ou le mettre en location-gérance.

Les actes effectués en violation de ces règles peuvent être sanctionnés par la **nullité relative de la cession**. Il appartient à la personne protégée (ou à son tuteur) d'agir en nullité dans le délai de 5 ans suivant l'acte litigieux.

#### • 2<sup>e</sup> cas : l'acquéreur est une personne morale

Il n'existe pas de règles concernant la capacité requise pour l'acquéreur personne morale, ni pour celle de ses représentants. Néanmoins, ces derniers ne peuvent être, là encore, des mineurs même émancipés, ni des majeurs placés sous tutelle, sous curatelle ou sous sauvegarde de justice.

Il convient par ailleurs de préciser les **interdictions et incompatibilités** :

- Toute personne désireuse d'exploiter un fonds de commerce ne doit pas avoir fait l'objet d'une **interdiction d'exercer le commerce**. Il s'agit notamment des personnes ayant fait l'objet d'une faillite personnelle ou d'une interdiction d'exercer le commerce suite à un dépôt de bilan ainsi que de celles ayant fait l'objet d'une condamnation définitive de plus de 3 mois d'emprisonnement.
- Par ailleurs, les **membres de professions réglementées ainsi que les fonctionnaires ne peuvent avoir la capacité commerciale**. Ils ne peuvent donc pas acquérir un fonds de commerce.
- Si l'acquéreur est un **étranger** autre qu'un ressortissant des États membres de l'Union européenne ou des États parties à l'accord sur l'EEE ou d'un État membre de l'OCDE, il doit obtenir la carte de commerçant étranger.

En principe, les fonds de commerce sont librement cessibles, mais, là encore, ce principe reçoit de nombreuses exceptions qui sont fonction de la nature du fonds.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>39</sup> laisse toute latitude au repreneur d'un fonds. Excepté les commerces illicites ou contraires à l'ordre public dont la vente serait nulle, les restrictions à la libre cessibilité résultent alors de l'exigence, soit d'un **diplôme**, soit d'une **autorisation administrative**.

En effet, certaines professions sont réglementées et ne peuvent être exercées qu'à la condition préalable d'obtenir une autorisation administrative ou une licence. Ces professions étant nombreuses, il n'est pas possible de présenter de façon détaillée le régime applicable à chacune d'entre elles. C'est pourquoi nous nous limitons ici à ne voir que deux grandes catégories de licences professionnelles.

- **Certaines licences sont accordées en fonction de la qualification professionnelle de l'exploitant du fonds de commerce**, elles sont donc incessibles. L'acquéreur du fonds devra alors justifier de la même qualification professionnelle que celle du vendeur afin d'obtenir de l'administration l'autorisation d'exercer et d'exploiter son activité (ex. : pharmacie).

39. Art. 7, Décret des 2 et 17 mars 1791 dit décret d'Allard.

- **D'autres licences** sont **qualifiées de réelles car elles sont attachées au fonds de commerce**. Elles sont donc cessibles et transmissibles de plein droit au cessionnaire reprenant le fonds de commerce. Il s'agit notamment des licences de débits de boissons, de restaurants, etc.

#### ➡ **Le consentement des parties**

Comme tout contrat, la cession d'un fonds de commerce nécessite que le consentement des parties soit exempt de vice (art. 1108, C. civ.).

Le consentement est vicié s'il est atteint par l'erreur, le dol ou la violence (art. 1109, C. civ.).

#### **REMARQUE**

##### **Valeur du fonds de commerce**

Il y a vice du consentement lorsque l'erreur est telle que, sans elle, l'acquéreur n'aurait pas contracté<sup>40</sup>, mais la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'**erreur sur la valeur du fonds** ne peut, à elle seule, fonder une action en nullité.

Toutefois, la nullité est encourue s'il y a eu des **manœuvres dolosives** ou une **réticence dolosive** de la part du cédant. De plus, et en l'absence même de dol, le prix est susceptible d'être réduit en raison de la **garantie des vices cachés due par le vendeur**, sur le fondement de l'article 1641 du Code civil qui dispose que le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.

Par ailleurs, en matière de cession de fonds, certaines dispositions spécifiques doivent être respectées. Elles concernent plus particulièrement les omissions et inexactitudes relatives au chiffre d'affaires et aux bénéfices commerciaux. Il est bien entendu que ces dispositions ne font pas obstacle à l'application du droit commun. D'ailleurs, dans le cas où certains biens ont fait l'objet d'un nantissement (outillage ou matériel d'équipement), le débiteur qui veut vendre tout ou partie des biens grevés avant sa complète libération doit solliciter le consentement préalable du créancier nanti et, à défaut, l'autorisation du juge des référés (art. L. 525-7, C. com.). Le non-respect de cette obligation est sanctionné par les peines sanctionnant l'abus de confiance (au maximum 3 ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende).

#### ➡ **L'objet de la vente**

Comme dans toute convention, l'objet du contrat de vente d'un fonds de commerce doit être déterminé et licite.

En effet, une vente existe dans la mesure où son objet est déterminé. Le fonds de commerce étant une universalité de biens et droits très différents, sa composition varie d'un cas à l'autre. Il est donc indispensable que le contrat indique très précisément les éléments qui en sont l'objet.

Par ailleurs, malgré cette universalité, chaque élément du fonds de commerce reste soumis à ses propres règles de cession. Si le fonds comprend par exemple des brevets ou des marques, la vente devra comporter les éléments d'identification permettant de valider la mutation du droit de propriété auprès de l'INPI.

Les parties peuvent aussi convenir d'exclure de la vente certains éléments du fonds de commerce, comme les marchandises ou le matériel. En revanche, la clientèle ne peut être écartée et le contrat cesserait, par le fait même de cette exclusion, de constituer une vente de fonds de commerce.

40. Exemple : dans un arrêt en date du 19 mai 1998 (n° 96-16393), après la cession du fonds de commerce, l'acquéreur avait appris qu'un jugement rendu un mois avant venait d'ordonner l'expulsion de la société locataire. Le vendeur a été assigné en nullité de la cession pour réticence dolosive. L'acquéreur a obtenu la restitution de l'intégralité des sommes versées.

Lorsque l'acte manque de précision, la jurisprudence décide que l'acquéreur devient propriétaire de tous les éléments qui existaient en fait dans le fonds de commerce au moment où il a été vendu.

#### ■ La cause du contrat de cession

La cause du contrat de cession doit exister et être licite. C'est au moment de la formation du contrat que l'on apprécie l'existence de la cause et c'est à celui qui demande la nullité de l'engagement pour défaut de cause, d'établir qu'elle n'existe pas. Le contrat doit présenter un intérêt réel pour celui qui s'oblige et le juge contrôlera si l'obligation a un fondement juridique.

Par ailleurs, pour savoir si la cause est ou non licite ou morale, la jurisprudence considère la cause dans son sens subjectif comme étant le mobile déterminant du consentement des parties.

#### **b. Les règles de validité spécifiques à la cession du fonds de commerce liées à la cession du bail commercial**

La cession du fonds de commerce inclut le bail : le propriétaire des locaux concernés par le bail (le bailleur) n'a pas le droit d'interdire la cession du bail à l'acquéreur du fonds de commerce : sont nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise (art. L. 145-16, al. 1<sup>er</sup>, C. com.). En revanche, il est possible pour le bailleur de restreindre le droit de céder le bail avec le fonds de commerce, par exemple en prévoyant une **clause d'agrément**. Or, **il ne peut en aucun cas refuser la cession sans motif légitime et justifié**.

Il ne faut surtout pas confondre la cession du fonds de commerce avec la cession du bail commercial (indépendant du fonds) : **une clause contractuelle peut prévoir l'interdiction de céder le bail seul**.

**L'acte de cession du fonds de commerce doit énoncer le bail, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant s'il y a lieu.** Le montant du loyer n'a pas lieu de figurer dans le contrat de cession du fonds, mais il est préférable de le mentionner, de même que les principales clauses du bail et, en particulier, celles dérogeant au droit commun, dans le but de protéger l'acquéreur.

La cession du droit au bail est comprise dans la vente de fonds de commerce, sans qu'il y ait aucune formalité préalable à remplir à l'égard du bailleur. La signification de la cession sera faite ultérieurement auprès de ce dernier, sauf clause contraire du contrat de bail.

#### ■ Les diverses clauses dans le bail commercial

##### **La clause d'agrément**

Il est assez fréquent que le contrat de bail contienne une clause d'agrément qui n'est qu'une clause d'interdiction conditionnelle. Elle implique que le locataire ne pourra céder son droit au bail sans le consentement exprès et écrit du bailleur ou sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de ce dernier.

La validité de cette clause est reconnue par la jurisprudence. Cette clause permet au bailleur de contrôler la régularité de la cession, et surtout, la solvabilité de l'acquéreur éventuel.

#### **EXEMPLE**

Dans un arrêt en date du 12 octobre 2010 (n° 09-16989), un bail commercial contenait une clause d'agrément stipulant que la cession du droit au bail nécessitait l'autorisation expresse et préalable du bailleur et qu'elle ne pouvait être réalisée qu'au seul profit de l'acquéreur du fonds de commerce. Le droit au bail avait été cédé. Le notaire chargé de recevoir l'acte avait sollicité l'autorisation du bailleur à cette cession sans préciser que la cession concomitante du fonds de commerce n'était pas envisagée. L'accord avait été accordé. Ultérieurement, le

bailleur, invoquant la violation de la clause d'agrément, a assigné la société cessionnaire en résiliation du bail. Les juges d'appel ont estimé que le bailleur avait renoncé à la clause d'agrément dans sa totalité car il avait accepté la cession du droit au bail sans aucune réserve alors que les courriers du notaire ne faisaient état que du droit au bail (et non de la cession du fonds de commerce). La Cour de cassation a cassé et annulé cette décision au motif que le bailleur n'avait pas renoncé à la clause selon laquelle la cession du bail ne pouvait être autorisée qu'en faveur du cessionnaire du fonds de commerce.

### La clause d'interdiction de cession du bail sauf à un successeur

Une telle clause signifie que la cession n'est autorisée qu'au profit de celui qui acquiert le fonds de commerce du cédant (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 févr. 1984, n° 82-15176). Le cessionnaire du bail qui n'a pas changé la destination des lieux mais n'a pas acquis le fonds de commerce ne peut se prévaloir de ladite clause.

La destination « *tous commerces* » du bail ne permet pas par elle-même la cession du bail à un autre que l'acquéreur du fonds.

En outre, si la cession intervient au cours des 3 dernières années du bail, la condition d'exploitation du fonds pendant 3 ans, exigée à l'expiration du bail pour pouvoir bénéficier de son renouvellement, ne sera pas remplie s'il y a changement d'activité autrement que par une déspecialisation faite selon la forme légale. Le cessionnaire ne peut donc pas se prévaloir de la durée d'exploitation effectuée par son prédécesseur sauf s'il s'agit du même fonds. Il convient donc, dans cette hypothèse, d'obtenir du bailleur une promesse de renouvellement, s'il ne l'a pas déjà consentie.

### Les autres clauses

Il s'agit par exemple de la clause exigeant la présence du bailleur à l'acte, de celle imposant la forme authentique de la cession et la remise d'une copie exécutoire au bailleur, de la clause prévoyant que la cession sera reçue par le notaire du bailleur, ou encore de celle imposant la garantie solidaire du cédant quant aux loyers dus par le cessionnaire. La validité de ces clauses est reconnue par la jurisprudence.

### ➡ Les sanctions de l'inobservation des clauses relatives à la cession du bail commercial

L'inobservation des clauses relatives à la cession du bail peut être sanctionnée :

- par un **refus de renouvellement du bail** (le non-respect de la clause peut constituer un motif grave et légitime de refus) ;
- par la **résolution du bail**, soit de plein droit en application d'une clause du bail, soit judiciaire (c'est-à-dire que c'est le juge qui prononcera la résolution du contrat de bail) ;
- par le versement de **dommages-intérêts** auprès du bailleur, dans certains cas seulement.

Il en résulte que les rédacteurs de l'acte de cession de fonds de commerce se doivent d'être particulièrement attentifs quant aux énonciations du contrat de cession de fonds concernant le bail. De plus, la réitération d'une cession irrégulière n'est pas possible. Cela signifie qu'il n'est pas possible de réécrire un acte de cession entaché d'irrégularités. En revanche, le bailleur peut renoncer à se prévaloir de l'irrégularité, de façon expresse ou tacite. Dans ce dernier cas, des actes positifs caractérisant une acceptation non équivoque du cessionnaire sont nécessaires. C'est au juge qu'il appartiendra de valider cette acceptation en cas de contestation du bailleur.

## 2. Les conditions de forme

La cession d'un fonds de commerce est un acte de commerce qui peut être prouvé par tout moyen. Elle peut être réalisée soit par acte sous seing privé (sans intervention d'un notaire) soit par acte authentique.

Cependant, la cession du fonds de commerce est très réglementée du fait des risques qu'elle fait courir tant au cédant qu'au repreneur. Des **mentions obligatoires** doivent figurer dans l'acte de vente. Des **documents comptables** doivent être visés et des **formalités de publicité** doivent être respectées.

### a. Les mentions obligatoires

#### ■ Les mentions

L'acte de vente doit comporter les quatre mentions obligatoires suivantes (art. L. 141-1, C. com.) :

- **l'origine de la propriété du fonds avec le nom du précédent vendeur**, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;
- **l'état des inscriptions** (privilèges et nantissements) grevant le fonds ;
- **le chiffre d'affaires et les bénéfices commerciaux** réalisés au cours des 3 derniers exercices comptables précédant celui de la vente<sup>41</sup> ;
- **les conditions du bail commercial**, c'est-à-dire la date de conclusion du bail et sa durée, le nom et l'adresse du bailleur ou du cédant et, le cas échéant, toute clause restrictive du bail (modalités de cession, servitudes).

L'acte de cession doit évidemment mentionner l'**identité des parties** : lorsque le cédant est marié et que le fonds dépend de la communauté matrimoniale, la signature des deux **époux vendeurs est indispensable**. Concernant l'acquéreur :

#### • Régime de communauté

L'achat d'un fonds de commerce pendant le mariage fait entrer ce bien dans la communauté. Si le futur exploitant veut acquérir un fonds et lui donner la qualité de bien propre, il doit l'acheter à l'aide de ses propres deniers.

Le commerçant en nom propre, marié sous le régime de la communauté légale, doit produire une déclaration signée de son conjoint, établie sur papier libre, et par laquelle ce dernier reconnaît avoir été informé des conséquences, sur les biens communs, des dettes contractées dans l'exercice du commerce.

#### • Régime de séparation de biens<sup>42</sup>

À défaut de mention contraire dans le contrat de mariage, le fonds de commerce acquis par une personne mariée sous un régime de séparation des biens entre dans la catégorie des biens propres. Cependant, si les deux conjoints achètent ce bien, il entre alors dans la catégorie des biens indivis.

De nombreuses autres mentions figurent souvent sur l'acte de cession. Il s'agit souvent :

- Du **nom commercial** et de **l'enseigne** : le nom commercial permet aux tiers de l'identifier comme tel ; l'enseigne sert, quant à elle, à désigner matériellement le fonds.
- Du **bail** : outre les mentions obligatoires concernant le bail vues ci-avant, il convient de vérifier que le formalisme concernant la cession du contrat de bail est bien respecté. Il faut donc s'assurer que l'immeuble dans lequel est exploité le fonds de commerce n'est ni insalubre, ni dangereux et que le bail n'a pas fait l'objet d'une demande de résiliation ou de congé.
- De la **clause de non-concurrence** : le vendeur du fonds de commerce est tenu à une obligation de non-concurrence. Cela signifie qu'il ne peut pas ouvrir un commerce reprenant l'activité cédée dans un rayon géographique déterminé. Afin de renforcer cette obligation, il est conseillé à l'acquéreur de faire insérer une clause de non-concurrence dans le contrat de cession du fonds. Pour être valable, cette clause doit être limitée dans le temps et l'espace. Elle devra également prévoir de manière précise les activités que le cédant s'interdit d'exercer

41. Il a été jugé que la mise en location-gérance d'un fonds de commerce au cours des 3 années précédant la vente ne dispense pas, par elle-même, son vendeur de mentionner dans l'acte de vente du fonds le chiffre d'affaires réalisé au cours des 3 dernières années d'exploitation (Cass. com., 7 déc. 1993, n° 91-21391).

42. Lorsque le régime matrimonial est fondé sur la séparation de biens, il faut alors faire une distinction entre les biens propres de chacun des époux et les biens indivis, c'est-à-dire appartenant conjointement aux époux.



pendant la durée déterminée par le contrat. Une telle clause de non-concurrence est transmissible de part et d'autre, c'est-à-dire qu'elle bénéficie aux héritiers et/ou successeurs de l'acquéreur et qu'elle incombe aux héritiers du cédant.

- De la **marchandise** et du **matériel** : il est nécessaire de dresser un inventaire détaillé et chiffré de la totalité des marchandises et du matériel. Pour être reconnu, l'inventaire sera dressé contradictoirement entre les parties, c'est-à-dire que chacune des parties (acquéreur et cédant) vérifiera le contenu de l'inventaire afin d'éviter tout malentendu lors de la cession. Afin d'être dispensé du paiement de la TVA, l'acquéreur doit s'engager expressément à s'acquitter de celle-ci s'il venait à vendre les marchandises et le matériel postérieurement à la cession.

#### ➡ **Les sanctions**

Les sanctions en cas de non-respect des conditions de forme relatives aux mentions obligatoires ne sont pas les mêmes selon que les énonciations prescrites ont été omises ou sont inexactes.

#### **L'omission des mentions obligatoires**

L'omission de l'une des mentions obligatoires peut entraîner, à la demande de l'acquéreur formée dans l'année de la prise en jouissance, la nullité de l'acte de cession (art. L. 141-1, II, C. com.). La **nullité** est **relative**.

- D'une part, l'acquéreur peut y renoncer après la cession. Par ailleurs, le vendeur n'est pas recevable à invoquer la nullité et le tribunal ne peut pas soulever la nullité d'office.
- D'autre part, le prononcé de la nullité est subordonné à la preuve par l'acquéreur que l'omission des énonciations a vicié son consentement et a été pour lui la cause d'un préjudice. De sorte que la nullité n'est pas obligatoirement prononcée par le juge. Il appartient à ce dernier de rechercher l'existence d'un préjudice entraîné par l'omission d'une des conditions de forme (Cass. com., 5 janv. 1971, n° 69-13476). Le juge n'est pas tenu de prononcer la nullité de la cession dès lors qu'il estime qu'il n'y a pas eu préjudice.

#### **L'inexactitude des mentions obligatoires**

Le cédant est tenu de la garantie de l'exactitude des énonciations relatives aux chiffres d'affaires et bénéfices commerciaux ainsi que de celles relatives aux conditions du bail, toute clause contraire étant réputée non écrite (art. L. 141-3, al. 1, C. com.).

Les intermédiaires, rédacteurs des actes et leurs préposés sont tenus solidairement avec le cédant s'ils connaissaient l'inexactitude des déclarations faites (art. L. 141-3, al. 2, C. com.). La jurisprudence a étendu l'application de cette règle à l'omission des mentions.

L'action en garantie doit être intentée par l'acquéreur dans le délai d'un an, à compter de la date de sa prise de possession du fonds de commerce (art. L. 141-4, C. com.). La preuve de l'inexactitude de ces énonciations incombe à l'acquéreur et peut résulter du caractère incertain des pièces comptables.

En principe, la vente est valable malgré l'inexactitude des énonciations. Mais, l'acquéreur peut, selon l'ampleur des inexactitudes, obtenir soit la **résolution judiciaire de la vente** (en restituant le fonds et en se faisant restituer le prix), soit une **diminution du prix**, dans les mêmes conditions qu'en matière de garantie de vices cachés. L'acquéreur peut aussi **être indemnisé des dépenses qu'il a engagées pour l'amélioration du fonds**.

#### **b. Les documents annexes : livres de comptabilité et inventaire**

##### ➡ **Le principe**

Le vendeur et l'acheteur doivent, au jour de la cession, viser tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur et qui se réfèrent aux 3 années de l'exercice comptable précédant la vente ou aux années pendant lesquelles le vendeur a eu la possession du fonds si cette durée est inférieure à 3 ans. Un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente doit également être transmis à l'acquéreur du fonds (art. L. 141-2, al. 1, C. com.).

De plus, les livres de comptabilité doivent faire l'objet d'un inventaire signé par le vendeur et l'acquéreur (attention à ne pas confondre l'inventaire des marchandises et du matériel et l'inventaire des livres de comptabilité). Un exemplaire de l'inventaire ainsi dressé doit être remis à chacun d'eux. Le cédant doit mettre ses livres à la disposition de l'acquéreur pendant 3 ans, à compter de la prise de possession du fonds vendu (art. L. 141-2, al. 2, C. com.).

#### ▀▀ Les sanctions

**L'inobservation de ces obligations est dépourvue de sanction.** Cependant, toute clause contraire est réputée non écrite. Par ailleurs, le fait que l'acquéreur ait pris connaissance des documents comptables peut avoir pour résultat d'écarter une demande en nullité fondée sur l'inexactitude des résultats des 3 dernières années.

#### c. La publicité (art. L. 141-12 et s., C. com.)

##### ▀▀ Le principe

La publication de la vente du fonds de commerce permet aux créanciers de **faire opposition** (le délai est de 10 jours suivant la dernière publication, art. L. 141-14, C. com.) ou **surenchère**. La surenchère porte sur un sixième du prix principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises (art. L. 141-19, al. 2, C. com.).

Le contrat de vente doit être enregistré ou déclaré, à peine de nullité, avant la publication de l'avis, auprès du service des impôts (art. L. 141-13, C. com.). L'acquéreur doit procéder à la publication de la vente dans un journal d'annonces légales dans un délai de 15 jours. Ensuite, il doit faire publier dans les 15 jours de cette publication, via le greffe du tribunal de commerce, un avis au Bodacc.

#### REMARQUE

##### Absence de publicité dans certains cas

La publicité n'est pas requise lorsque la cession dans l'hypothèse d'un plan de cession dans le cadre d'une procédure collective.

La vente portant sur un élément isolé du fonds de commerce autre que la clientèle n'est pas soumise à publicité. La cession isolée du droit de bail n'a pas à être publiée.

#### ▀▀ Les sanctions

Les formalités de publicité tendent à protéger les créanciers contre la disparition de leur gage. L'absence de ces formalités n'entraîne pas la nullité de la vente. Le non-respect des formalités de publicité ne produisant aucun effet sur les rapports entre les parties, le transfert de propriété reste valable entre elles. À défaut de publicité, l'acquéreur n'est cependant pas libéré du prix à l'égard des tiers<sup>43</sup>, il encourt donc le risque de payer le prix une seconde fois, et même d'être dépossédé à la suite d'une surenchère par un créancier non inscrit. En outre, serait introduit un vice dans la régularité de la propriété du fonds, vice qui pourrait occasionner des difficultés sérieuses lors de la revente.

L'absence d'indication des références d'enregistrement (date, volume et numéro de perception) est sanctionnée par la nullité de la publicité (art. L. 141-13, C. com.).

L'erreur ou l'omission d'une des autres mentions équivaut à une absence de publicité, sauf si les créanciers ne peuvent être trompés et qu'il n'y a aucun doute quant à la réalité de la cession du fonds.

La publicité hors délai retarde le point de départ du délai pour former opposition.

43. Art. L. 141-17, C. com. : « L'acquéreur qui paie son vendeur sans avoir fait les publications dans les formes prescrites, ou avant l'expiration du délai de dix jours, n'est pas libéré à l'égard des tiers. »

## B. LES EFFETS DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

### 1. Les effets à l'égard des parties à la vente

#### a. Les effets à l'égard du vendeur

##### ➡ Les obligations du vendeur

Le vendeur est tenu de mettre à la disposition de l'acheteur tous les éléments du fonds de commerce. Par ailleurs, il doit mettre à la disposition de l'acheteur les documents comptables pendant 3 ans.

Le vendeur garantit l'acheteur la possession paisible de la chose vendue et les vices cachés (art. 1625, C. civ.).

Le vendeur garantit l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu (art. 1626, C. civ.). Si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur :

- la restitution du prix ;
- celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ;
- les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur ;
- les dommages-intérêts (art. 1630, C. civ.).

Le vendeur s'abstient de tout acte de concurrence à l'égard de l'acheteur.

##### ➡ Les garanties du vendeur

Le Code de commerce institue **deux sûretés réelles** portant sur un fonds de commerce :

- **Le privilège du vendeur** : le vendeur bénéficie d'un privilège pour le paiement du prix de cession. Pour que le privilège du vendeur d'un fonds de commerce soit valable, la vente doit avoir été constatée par un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré et l'acte de cession doit avoir été inscrit dans un délai de 15 jours sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. Le privilège ne porte que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage (c'est-à-dire les éléments incorporels du fonds) (art. L. 141-5, C. com.). Le privilège confère à son titulaire un droit de préférence et un droit de suite.
- **Le nantissement du fonds de commerce** : cette garantie 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 (ex. : le vendeur du fonds), 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 vendeur peut tenter une **action résolutoire** (art. 1654, C. civ.) afin d'obtenir l'anéantissement du contrat de cession en cas de non-paiement du prix. L'action résolutoire doit, pour produire effet, être mentionnée et réservée expressément dans l'inscription du privilège du vendeur (art. L. 141-6, C. com.).

#### b. Les effets à l'égard de l'acheteur

L'acheteur du fonds est principalement tenu de payer le prix de cession. Il est tenu également de prendre possession du fonds.

### 2. Les effets à l'égard des tiers

#### a. Les créanciers

Les **créanciers du vendeur** ont la possibilité, sous certaines conditions, de s'opposer au paiement du prix, dès l'instant où leur créance est certaine, ou de « *surenchérir d'un sixième* », lorsqu'ils estiment que le fonds a été sous-évalué. Cela signifie qu'ils peuvent exiger que le fonds soit vendu aux enchères publiques avec une mise à prix augmentée d'un sixième du prix

principal du fonds de commerce, non compris le matériel et les marchandises. Cette action suppose que le créancier soit inscrit ou qu'il ait formé opposition dans le délai de 10 jours suivant la dernière en date des publications et qu'il ne soit pas désintéressé par le prix de vente initial (art. L. 141-19, C. com.).

L'acquéreur peut voir sa responsabilité engagée solidairement avec celle du cédant, dans la limite du prix du fonds, du **paiement de l'impôt dû** par ce dernier, au titre des bénéfices réalisés pendant l'exercice de la cession, et parfois même l'exercice précédent (art. 1684, 1, CGI).

#### REMARQUE

##### **Paiement entre les mains d'un séquestre**

Compte tenu des recours éventuels des créanciers et notamment du fisc, il est souhaitable que l'acquéreur verse le prix de la cession entre les mains d'un séquestre, qui aura pour mission de payer en premier lieu les créanciers qui se présenteront puis de verser le reliquat au cédant. Cela lui évitera alors de s'en acquitter en lieu et place du cédant.

Par ailleurs, **certaines formalités complémentaires**, liées à des éléments composant le fonds, peuvent être exigées. On peut citer à titre d'exemple l'acte de cession qui doit en principe être signifié au **bailleur**. En outre, le contrat de bail peut prévoir des exigences particulières comme l'agrément du repreneur ou l'obligation de dresser l'acte de cession par acte authentique. De la même façon, si certains matériels ou outillages ont été acquis en crédit-bail, leur cession ne peut être réalisée que par la **société de crédit-bail**. Enfin, la cession de marques ou de brevets doit faire l'objet d'une publicité auprès de l'**INPI**.

##### **b. Les engagements contractuels pris par le vendeur du fonds**

Après que le fonds de commerce a été vendu, quel est le sort des engagements contractuels pris par le vendeur du fonds ?

Dans un arrêt en date du 24 juin 1997 (n° 94-16929), le propriétaire d'un fonds de commerce avait conclu avec une société de surveillance un contrat de location portant sur un matériel d'alarme. Le fonds avait été vendu, mais le matériel loué était resté installé. La société de surveillance réclamait le paiement des loyers à l'acheteur du fonds. Les juges du fond avaient fait droit à cette demande. Ils s'étaient fondés sur le fait que l'acquéreur avait été informé de l'existence du contrat de location au moment de la conclusion de l'acte et que la cession du fonds avait emporté cession du contrat de location. Mais, la Cour de cassation a censuré cette décision au motif que les juges du fond auraient dû chercher s'il y avait un accord de volontés entre l'acquéreur du fonds de commerce et la société de surveillance pour la continuation entre eux du contrat conclu par cette dernière avec le vendeur du fonds de commerce. Il en résulte qu'on ne saurait être lié par un contrat conclu par un autre si on n'a pas manifesté une volonté expresse en ce sens.

### III. LES ASPECTS FISCAUX DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

#### **A. LES CONSÉQUENCES DE LA CESSION D'UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE AU REGARD DE L'IR**

##### **1. L'imposition immédiate**

L'IR dû en raison des bénéfices réalisés dans une entreprise commerciale, industrielle, artisanale ou minière et qui n'ont pas été taxés est immédiatement établi dans le cas de cession de l'entreprise (art. 1663, 2, al. 4, CGI).

L'imposition porte à la fois sur les **bénéfices d'exploitation** et sur les **plus-values d'actif** résultant de la cession et, d'une manière générale, sur tous les **bénéfices en sursis d'imposition (provisions ou plus-values incluses)** dont l'imposition avait été différée.

**REMARQUE**

Il convient de distinguer les **plus-values à long terme** des **plus-values à court terme**. Les critères de distinction à prendre en compte sont la **durée de détention** dans l'entreprise des éléments et leur **nature**.

**Les plus-values sont à court terme :**

- si les éléments ont été acquis ou créés par l'entreprise depuis moins de 2 ans ;
- ou concernant les éléments acquis ou créés par l'entreprise depuis au moins 2 ans, les plus-values à court terme correspondent à des amortissements déduits pour l'assiette de l'impôt (art. 39 duodecies, 2 et 4, CGI).

Les plus-values autres que celles définies ci-avant constituent des **plus-values à long terme**. Sont considérées comme des plus-values à long terme les dépréciations des titres devenus sans objet ainsi que les plus-values de cession de brevets ou assimilés.

Les **plus-values à long terme sont taxées au taux de 16 % (il faut y ajouter les prélèvements sociaux) avec possibilité d'étaler le paiement de l'impôt** si le vendeur accepte un paiement différé ou échelonné du prix (crédit-vendeur). Les moins-values à long terme sont imputables sur les plus-values nettes de même nature des 10 exercices suivants.

En revanche, les **plus-values à court terme sont taxées au taux normal sans possibilité d'étalement** sur 3 ans, l'article 160-0 A du CGI étant néanmoins susceptible de s'appliquer<sup>44</sup>.

En vue de l'établissement de cette imposition, le contribuable est tenu de faire une déclaration dans un délai de 60 jours à compter du jour où la vente a été publiée dans un journal d'annonces légales (art. 201, 1, CGI).

## 2. Les mesures d'exonération des plus-values réalisées lors de la cession

Le vendeur du fonds de commerce peut bénéficier de mesures d'exonération.

### a. L'exonération des plus-values professionnelles en faveur des petites entreprises (art. 151 septies, CGI ; BOI 5 K-01-09, 2 juin 2009)

Entreprise de vente de marchandises, objets, fournitures et denrées à emporter ou à consommer sur place ou de fourniture de logement ou exerçant une activité agricole	
Seuil de recette annuelle HT <sup>(1)</sup>	Régime d'imposition des plus-values professionnelles
≤ 250 000 €	Exonération totale
> 250 000 € et < 350 000 €	Exonération partielle Taux d'exonération = (350 000 - recette annuelle)/100 000
≥ 350 000 €	Absence d'exonération
Autre entreprise (réalisant des prestations de service) ou titulaire de BNC	
Seuil de recette annuelle HT	Régime d'imposition des plus-values professionnelles
≤ 90 000 €	Exonération totale
> 90 000 € et < 126 000 €	Exonération partielle Taux d'exonération = (126 000 - recette annuelle)/36 000
≥ 126 000 €	Absence d'exonération

(1) Les règles applicables lorsque l'entrepreneur individuel est aussi associé d'une société de personnes ou d'un groupement soumis à l'IR sont harmonisées. Il est tenu compte, pour le calcul des recettes, des recettes réalisées par la société ou le groupement à proportion des droits de l'associé ou membre dans les bénéfices.

L'exonération s'applique à condition que l'activité professionnelle ait été exercée pendant au moins 5 ans. Lorsque l'activité de l'entreprise se rattache aux deux catégories d'activité,

44. Art. 163-0 A, al. 1, CGI : « Lorsqu'au cours d'une année un contribuable a réalisé un revenu qui par sa nature n'est pas susceptible d'être recueilli annuellement et que le montant de ce revenu exceptionnel dépasse la moyenne des revenus nets d'après lesquels ce contribuable a été soumis à l'impôt sur le revenu au titre des trois dernières années, l'intéressé peut demander que l'impôt correspondant soit calculé en ajoutant le quart du revenu exceptionnel net à son revenu net global imposable et en multipliant par quatre la cotisation supplémentaire ainsi obtenue. »

l'exonération totale ne s'applique que si le montant global des recettes est inférieur ou égal à 250 000 € et si le montant des recettes afférentes à la 2<sup>e</sup> activité est inférieur ou égal à 90 000 €.

Le montant des recettes annuelles est déterminé par la moyenne des recettes, appréciées hors taxes, réalisées au titre des exercices clos au cours des 2 années civiles qui précèdent l'exercice de la réalisation des plus-values.

La plus-value nette est déterminée après compensation avec les moins-values de même nature.

Ce dispositif exonère également des prélèvements sociaux.

***b. L'exonération des plus-values dans le cadre d'un départ à la retraite  
(art. 151 septies A, CGI)***

Le cédant du fonds peut bénéficier de l'exonération des plus-values si la cession intervient dans les conditions suivantes :

- l'activité doit avoir été exercée pendant au moins 5 ans ;
- la cession est réalisée à titre onéreux et porte sur une entreprise individuelle ;
- le cédant cesse toute fonction dans l'entreprise et fait valoir ses droits à la retraite dans les 2 années suivant ou précédant la cession ;
- le cédant ne détient pas, directement ou indirectement, plus de 50 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de l'entreprise cessionnaire ;
- l'entreprise cédée emploie moins de 250 salariés et soit a réalisé un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'€ au cours de l'exercice, soit a un total de bilan inférieur à 43 millions d'€.

Cette mesure de faveur ne s'applique pas aux biens immobiliers bâtis ou non bâtis cédés en même temps que le fonds (art. 151 septies A, III, CGI).

Les prélèvements sociaux ne sont pas exonérés.

***c. L'exonération des plus-values réalisées à l'occasion de la transmission  
d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité  
(art. 238 quindecies, CGI)***

Ce dispositif prévoit que l'**exonération** des plus-values **est totale** lorsque la valeur des éléments transmis servant d'assiette aux droits d'enregistrement est inférieure ou égale à 300 000 €. **L'exonération est partielle** lorsque la valeur des éléments transmis servant d'assiette aux droits d'enregistrement est supérieure à 300 000 € et inférieure à 500 000 €. En cas d'exonération partielle, le taux d'exonération est égal à  $[(500\,000 - \text{valeur des éléments transmis}) / 200\,000]$ .

L'exonération est subordonnée aux conditions suivantes :

- l'activité doit avoir été exercée pendant au moins 5 ans ;
- le cédant est soumis à l'IR ;
- le cédant n'exerce pas, en droit ou en fait, la direction effective de l'entreprise cessionnaire ou ne détient pas, directement ou indirectement, plus de 50 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de l'entreprise cessionnaire.

Comme la mesure d'exonération prévue dans le cadre de départ à la retraite, cette mesure de faveur ne s'applique pas aux biens immobiliers bâtis ou non bâtis cédés en même temps que le fonds (art. 238 quindecies, V, CGI).

Ce dispositif exonère également des prélèvements sociaux.

***d. L'abattement sur les plus-values immobilières (art. 151 septies B, CGI)***

Les plus-values **à long terme** dégagées lors de la vente de biens immobiliers bâtis ou non bâtis affectés par l'entreprise à sa propre exploitation sont imposées après application d'un abattement de 10 % par année de détention au-delà de la 5<sup>e</sup>, ce qui aboutit à leur exonération totale au bout de 15 ans<sup>45</sup>. L'exonération s'applique également aux prélèvements sociaux. Le taux d'imposition est de 16 % (il faut y ajouter les prélèvements sociaux de 15,50 %).

45. La réforme en 2012 sur les plus-values immobilières privées ne concerne pas les entreprises.



Il convient alors de distinguer deux situations :

- L'hypothèse où le contribuable a maintenu l'immeuble dans son patrimoine privé : il ne l'amortit pas et en cas de vente, il sera taxé au taux de 19 % (avec en outre, application des prélèvements sociaux). S'il détient cet immeuble depuis 30 ans, il bénéficiera d'une véritable exonération (d'impôt sur la plus-value et de prélèvements sociaux).
- L'hypothèse où le contribuable a inscrit l'immeuble à son actif professionnel : il peut l'amortir, mais, au moment de la vente, cet amortissement lui sera « *repris* » au titre de la plus-value à court terme taxable au taux progressif. En revanche, la plus-value immobilière à long terme sera taxée à 16 % (il faut y ajouter les prélèvements sociaux de 15,50 %) en totalité jusqu'à 5 ans, en partie de 5 à 15 ans et sera totalement exonérée après une détention de 15 ans.

### REMARQUE

#### Cumul de différents dispositifs

Le **dispositif de départ à la retraite** est cumulable avec l'exonération prévue à l'occasion d'une transmission d'entreprise (individuelle ou d'une branche complète d'activité) ou avec l'exonération des plus-values professionnelles en faveur des petites entreprises.

Le **dispositif en faveur des petites entreprises** ne peut pas se cumuler avec l'exonération prévue pour l'occasion de la transmission d'entreprise (individuelle ou d'une branche complète d'activité) ni avec celle de report d'imposition.

Le **dispositif d'abattement sur les plus-values immobilières** est cumulable avec les trois autres mesures de faveur.

## B. LES INCIDENCES DE LA TVA SUR LA VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE

La vente globale d'un fonds de commerce constitue une opération commerciale normalement imposable en vertu de l'article 256, IV, 1° du Code général des impôts, selon le régime des prestations de services. Cependant, l'article 257 bis du même code prévoit que :

« Les livraisons de biens et les prestations de services, réalisées entre redevables de la taxe sur la valeur ajoutée, sont dispensées de celle-ci lors de la transmission à titre onéreux ou à titre gratuit, ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens. »

La notion de « *transmission à titre onéreux ou à titre gratuit ou sous forme d'apport à une société, d'une universalité totale ou partielle de biens* » doit être interprétée comme :

« Le transfert d'un fonds de commerce ou d'une partie autonome d'une entreprise, comprenant des éléments corporels et, le cas échéant, incorporels qui, ensemble, constituent une entreprise ou une partie d'une entreprise susceptible de poursuivre une activité économique autonome. »

Instr. BOI 3 A-6-06, 20 mars 2006 ; CJCE, 27 nov. 2003, aff. C-497/01.

Cette notion ne couvre pas les transferts de biens ou de services réalisés au profit d'une personne qui n'entend pas exploiter l'universalité ainsi transmise mais simplement liquider immédiatement l'activité concernée. Cette notion ne couvre pas non plus la simple cession de biens, telle que la vente d'un stock de produits ou de la vente isolée d'un bien immobilisé en dehors de toute opération de transmission d'entreprise ou de restructuration.

Si la revente des biens se fait elle-même dans le cadre d'une nouvelle cession globale du fonds, les mêmes règles peuvent s'appliquer à nouveau.

Le bénéficiaire de la transmission est réputé continuer la personne du cédant en poursuivant l'exploitation de l'universalité transmise sous une forme ou une autre. Il n'est pas exigé qu'il ait préalablement exercé la même activité que le cédant ou qu'il poursuive strictement la même activité que celle précédemment exercée par le cédant.

La dispense de taxation totale ou partielle concerne les opérations entre redevables de la TVA. Si la cession est faite par un assujetti redevable au profit d'un assujetti non redevable, la TVA sera exigible.

La dispense de taxation s'applique à l'ensemble des biens ou des services qui appartiennent à l'universalité transmise, et ce, quelle que soit leur nature, à savoir :

- aux transferts de marchandises neuves et d'autres biens détenus en stocks ;
- aux transferts de biens mobiliers corporels d'investissement qui ont ouvert droit à déduction complète ou partielle de la TVA lors de leur achat, acquisition intracommunautaire, importation ou livraison à soi-même ;
- aux transferts de biens mobiliers incorporels d'investissement ;
- et aux transferts d'immeubles ou de terrains à bâtir.

Si la cession des marchandises n'est pas soumise à la TVA, elle rentre dans le prix de vente du fonds soumis aux droits d'enregistrement et est donc indirectement assujettie à ces derniers.

Le cédant et le bénéficiaire de la transmission d'universalité doivent mentionner le montant total hors taxe de la transmission sur la déclaration de TVA souscrite au titre de la période au cours de laquelle elle est réalisée.

**Lorsque la TVA est exigible, les droits d'enregistrement ne portent que sur la valeur hors TVA des biens vendus.**

### C. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

Les mutations de propriété à titre onéreux de fonds de commerce ou de clientèles sont soumises à un droit d'enregistrement dont les **taux** sont fixés à (%) :

Fraction de la valeur taxable (en euros)	Droit budgétaire (art. 719, CGI)	Taxe départementale (art. 1595, CGI)	Taxe communale (art. 1595 bis, CGI)	Imposition totale
≤ 23 000 <sup>(1)</sup>	0	0	0	0
> 23 000 et ≤ 107 000	2 <sup>(2)</sup>	0,60	0,40	3
> 107 000 et ≤ 200 000	0,60	1,40	1	3
> 200 000	2,60	1,40	1	5

(1) La cession n'excédant pas 23 000 € est soumise au minimum de perception, le droit fixe de 25 € (art. 674, CGI).

(2) Le taux de 2 % du droit de mutation est réduit à 0 % pour les acquisitions de fonds de commerce et de clientèles réalisées dans les zones de redynamisation urbaine, dans les zones franches urbaines ainsi que dans les zones de revitalisation rurale (art. 722 bis, CGI). L'acquéreur doit prendre lors de la mutation, l'engagement de maintenir l'exploitation du bien acquis pendant une période minimale de 5 ans à compter de cette date.

La **base de calcul** des droits est constituée de la valeur vénale des éléments constitutifs du fonds, exception faite des marchandises dont la cession sera soumise à la TVA : l'achalandage, le droit au bail, les objets mobiliers ou autres servant à l'exploitation du fonds. Ces objets doivent donner lieu à un inventaire, détaillé et estimatif, dans un état distinct dont trois exemplaires, rédigés sur des formules spéciales fournies par l'administration, doivent rester déposés au service des impôts où la formalité est requise.

La cession des brevets d'invention est soumise au droit fixe de 125 € (art. 731, CGI).

Les promesses unilatérales de vente portant sur un fonds de commerce sont soumises au droit fixe de 125 €.

Le **redevable** des droits d'enregistrement est le cessionnaire.

### IV. LES ASPECTS SOCIAUX DE LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

L'article L. 1224-1 du Code du travail prévoit que :

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

Cette disposition s'applique à tous les types de contrats de travail. L'acquéreur du fonds est tenu de reprendre les contrats de travail en cours. Il ne peut donc pas modifier les conditions des contrats de travail existants. En effet, la reprise du fonds de commerce ne s'apparente ni à une modification, ni à une interruption du contrat de travail. L'acte de vente doit donc faire état de la liste du personnel repris par l'acquéreur du fonds de commerce. Le cessionnaire du fonds reste tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, des obligations qui incombaient au cédant à la date de la vente, excepté si cette dernière intervient dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

Lorsque le cessionnaire envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour un motif économique, il doit en faire la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. À défaut de réponse dans le délai d'un mois, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée (art. L. 1222-6, C. trav.).

## **SECTION 2. LA CESSIION DE DROITS SOCIAUX**

### **I. LES ASPECTS JURIDIQUES DE LA CESSIION DE DROITS SOCIAUX**

#### **A. LES DIFFÉRENTES FORMES DE CESSIION DE DROITS SOCIAUX**

##### **1. L'augmentation de capital**

L'acquisition de droits sociaux porte généralement sur des titres existants. Mais, un repreneur peut également souscrire à une augmentation de capital.

Les droits d'enregistrement à la charge de l'acquéreur de droits sociaux nouvellement créés sont les droits fixes exigés lors de l'apport en société, de 375 € si le capital de la société est inférieur à 225 000 €, et de 500 € si le capital est supérieur ou égal à 225 000 € (art. 810, I, CGI).

##### **2. La holding de rachat**

Dans ce cas, l'acquéreur va créer une société holding ayant pour objet de prendre une participation majoritaire dans une autre société appelée « *société cible* ».

Il apportera ses capitaux à la société holding. La holding pourra être créée par l'acquéreur seul ou à l'aide d'autres personnes et adopter une forme juridique de son choix (SA, SAS<sup>46</sup> ou SARL, par exemple).

La société holding contractera alors un emprunt auprès d'une banque pour financer le solde de l'opération et acheter ainsi les titres de la société cible. Cette technique permet de faire jouer un « *effet de levier* » à plusieurs degrés. D'un point de vue juridique, l'acquéreur peut détenir le contrôle d'une société sans détenir la majorité de ses titres (puisque ces derniers sont détenus par la holding de rachat). D'un point de vue économique et fiscal, la création de la holding permet de faire indirectement supporter tout ou partie du financement de la prise de contrôle par la société rachetée et non par l'investisseur. La holding s'endette pour acquérir les actions de la société cible alors que les emprunts sont remboursés grâce aux dividendes que la société cible verse à la holding.

De nombreux termes recouvrent aujourd'hui cette réalité juridique qui ne cesse de se développer depuis ces 30 dernières années : LBO, LBI, LMBO, BIMBO, etc. Grâce à ces « *nouveaux* » types de montage, le repreneur peut désormais acquérir une entreprise d'une taille respectable et en pleine cohérence avec son expérience professionnelle, même s'il ne dispose pas personnellement des moyens financiers nécessaires. Il pourra ainsi mettre en œuvre ses compétences au sein d'une entreprise qui lui est familière, dans un secteur qu'il maîtrise. Il peut parfois même s'agir de l'entreprise dont il était le dirigeant salarié (cas du LBO).

46. La majorité des holdings de reprise sont des SAS.

### **a. Le montage d'un LBO ou un MBI**

Pour mettre en œuvre ces montages, il faut mobiliser des capitaux auprès des partenaires financiers ou industriels. Ces derniers vont alors entrer dans le capital de la société holding créée dans le seul but d'acquérir l'entreprise cible. En contrepartie, le repreneur devra accepter de partager, avec ses partenaires, le pouvoir de décision sur les questions importantes de la vie de l'entreprise (en matière d'investissements, d'acquisitions, etc.).

Dans les années qui suivent le montage (4 à 5 ans en règle générale), le repreneur procédera généralement soit à une revente, soit à un nouvel engagement auprès de nouveaux partenaires.

### **b. La typologie des opérations de rachat**

On connaît deux types d'opérations de rachat d'une société avec effet de levier : les LBO (*Leverage Buy Out*) et les LBI (*Leverage Buy In*).

La différence entre ces deux montages réside dans l'origine de l'acquéreur. Dans le cas du LBO, il vient de l'extérieur et entre dans le capital de la société cible. Il s'agit, par exemple, de sociétés de « *private equity* (fond d'investissement) ». Dans le cas du LBI, l'acquéreur est issu de la société cible.

Dans tous les cas et quelle que soit la formule envisagée, il faut bien comprendre que l'effet de levier signifie qu'il y a création d'une société destinée à souscrire un endettement bancaire important. Le principal avantage de ces opérations est de permettre à des cadres dirigeants ou à des investisseurs extérieurs de prendre le contrôle d'une société cible avec un apport personnel minimum. L'acquisition est alors financée par un emprunt bancaire dont le coût est inférieur au taux de rentabilité attendu de la société cible.

La dette bancaire contractée par la société de rachat sera remboursée par la remontée des dividendes de la société cible autant de temps que durera le contrat. Il est nécessaire que ces opérations aient des bases financières solides. C'est pour cette raison que les sociétés cibles sont des sociétés dont la bonne santé financière et la stabilité sont les principales qualités. En effet, en cas de difficultés financières de la cible, l'effet de levier joue alors en sens inverse et la perte est affectée en priorité sur les fonds des investisseurs.

### **c. Le fonctionnement**

L'avantage principal des techniques de LBO/LBI réside dans la possibilité de prendre le contrôle d'une société cible sans détenir les apports nécessaires à son acquisition : l'acquéreur peut acheter une société cible avec un apport équivalent au tiers de sa valeur réelle, le reste étant financé par l'emprunt bancaire, grâce à la holding de rachat.

La société holding doit donc être créée. Son capital social correspondra à l'apport des acquéreurs (plus, le cas échéant, l'apport des investisseurs financiers). Elle va avoir trois objectifs principaux : racheter la société cible, emprunter des fonds pour financer ce rachat et, enfin, rembourser cet emprunt en faisant remonter les bénéfices de la société cible vers elle.

L'emprunt contracté par la holding et le capital social ainsi constitué, la société cible pourra alors être rachetée à 100 % par les repreneurs. La principale difficulté à laquelle ces derniers vont être confrontés sera de rembourser l'emprunt. Pour cela, il faut que la rentabilité de la cible soit supérieure au coût de l'emprunt (ce qu'on appelle effet de levier positif). Pour rembourser son emprunt, la holding fera remonter régulièrement les bénéfices de la cible, et pourra dès lors se désendetter progressivement.

Le problème fréquemment rencontré est l'équilibre à trouver entre les investissements nécessaires pour assurer la croissance et la rentabilité de la société cible (c'est-à-dire que la cible ne doit pas être gênée par un flux trop puissant de ses bénéfices vers la société holding). Parallèlement, la société holding doit pouvoir faire face à ses engagements bancaires : elle doit donc faire remonter des dividendes importants de façon régulière. Il faudra définir de façon très précise les besoins en amont et aval du montage pour ne pas étouffer la société cible, puisque, en effet, le succès de l'opération réside essentiellement dans sa capacité à générer les bénéfices

nécessaires pour assurer la remontée régulière de dividendes vers la société holding. C'est pourquoi dans ce type d'opérations, la société cible doit bénéficier d'une bonne rentabilité, mais surtout d'une bonne visibilité sur ses marchés et d'excellentes perspectives de croissance si les acquéreurs veulent augmenter leurs chances de réussite.

#### **d. LBO et l'abus de droit**

L'administration fiscale a tenté de remettre en cause la technique du LBO sur le fondement de l'abus de droit. Le Conseil d'État n'a pas admis le caractère abusif de l'opération car le seul fait que la holding n'ait pas d'autres activités économiques que la détention des titres de la société cible ne prouve pas, en soi, que la création de la holding n'était motivée que par la volonté du contribuable d'éluder l'impôt (CE, 27 janv. 2011, n° 320313).

### **3. La fusion-absorption**

En cas de fusion-absorption, le repreneur crée une société et la fait fusionner avec la société cible qui est alors absorbée. Une fois absorbée, la société cible transmet à l'autre la totalité de son patrimoine.

Derrière cette démarche se trouvent en réalité une augmentation de capital réalisée par un apport en nature (c'est la société cible) ainsi qu'une dissolution sans liquidation de la société absorbée. Les associés de cette dernière deviennent, grâce à l'émission de nouveaux titres, associés de la société absorbante.

### **4. La location de parts sociales de SARL et d'actions de sociétés par actions (art. L. 239-1 et s., C. com.)**

Le(s) propriétaire(s) des titres et le repreneur (qui ne peut être qu'une personne physique) signent un contrat de location. En même temps, une promesse de vente est négociée. Pendant toute la durée du contrat de location, les deux parties participent aux assemblées générales : les droits sont a priori partagés. Néanmoins, les dividendes sont attribués au seul locataire. Au terme du contrat, ce dernier acquiert les titres précédemment loués. Il permet à un futur acquéreur de droits sociaux de bénéficier d'une « période d'essai » avant de confirmer son intention de participer au capital social d'une société.

Pour que les parts sociales ou actions puissent être mises en location, il faut que :

- les statuts le prévoient ;
- la société dont les actions ou parts sociales sont mises en location soit soumise à l'IS de plein droit ou sur option ;
- la location porte sur des titres nominatifs non négociables sur un marché réglementé, non inscrits aux opérations d'un dépositaire central ou non soumis à l'obligation de conservation ;
- à peine de nullité, le contrat de bail comporte les mentions suivantes : la nature, le nombre et l'identification des actions ou des parts sociales louées, la durée du contrat et du préavis de résiliation, le montant, la périodicité et, le cas échéant, les modalités de révision du loyer, si les actions ou parts sociales louées sont cessibles par le bailleur en cours de contrat, les modalités de cette cession, les conditions de répartition du boni de liquidation, dans le respect des règles légales applicables à l'usufruit (art. R. 239-1, C. com.).

Le contrat de bail est soumis à la procédure de l'enregistrement.

### **5. Les apports partiels d'actif**

Cette opération concerne les reprises de société effectuées par d'autres sociétés. La société qui souhaite prendre le contrôle d'une autre société apporte à celle-ci une branche autonome et complète d'activité. Un ensemble d'éléments d'actif et de passif sont ainsi apportés à cette société. On est donc, une fois de plus, dans le schéma de l'apport en nature.

## 6. Le transfert de la nue-propriété de droits sociaux

Les titulaires de droits sociaux peuvent céder la nue-propriété de ceux-ci tout en conservant l'usufruit.

### B. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE DROIT COMMUN

La vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu (3) de la chose (1) et du prix (2).

#### 1. La chose

La chose devant exister, le cédant garantit l'existence de la société, donc l'existence des droits sociaux cédés. En revanche, il ne garantit pas la valeur des droits. Il a été jugé que l'apparition de pertes importantes n'avait pas mis la société dans l'impossibilité de poursuivre l'activité économique constituant son objet et ne constituait donc pas un vice affectant l'usage des actions cédées (Cass. com., 16 nov. 2004, n° 02-12636). La cession des droits sociaux est en principe une vente. En conséquence, le cédant est tenu de la **garantie des vices cachés** spécifique à la vente. Mais, le cédant ne garantit pas la valeur des droits sociaux cédés mais seulement leur existence. Pour que le vice caché soit retenu, il doit affecter l'usage des droits sociaux (et non seulement leur valeur). Le vice caché doit rendre impropre les titres à leur destination, c'est-à-dire ne pas permettre à la société de poursuivre son activité.

#### 2. Le prix

Le prix doit être déterminé ou déterminable indépendamment de la volonté des parties (Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-21964).

Le prix est quelquefois composé de deux parties : une partie fixe et une partie variable payable ultérieurement.

#### REMARQUES

##### Remarque 1 : Clause d'*earn-out*

La clause d'*earn-out* ou clause de complément de prix, est de plus en plus fréquente. Aux termes de cette clause, un complément de prix sera versé si certains événements se produisent. Le problème du caractère potestatif de la clause relative au complément de prix se pose. La Cour de cassation a précisé dans un arrêt en date du 19 janvier 2010 (n° 08-19376) qu'il appartenait aux juges du fond, pour apprécier si la condition tenant à l'exercice de ses fonctions par le cédant, lors de l'approbation des comptes de l'exercice clos le 31 décembre 2008, revêtait un caractère potestatif, de rechercher si sa réalisation dépendait de la seule volonté de la société cessionnaire.

##### Remarque 2 : Détermination du prix par un tiers

Le Code civil prévoit dans deux articles l'intervention d'un tiers pour déterminer le prix de cession de droits sociaux :

- les articles 1591 et 1592 disposent que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, cependant il peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ;
- l'article 1843-4 du Code civil dispose que dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

Le tiers est le mandataire commun des parties. Dans un cas comme dans l'autre, la décision des tiers-experts ne peut être remise en cause, sauf erreur grossière (Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11586).



### 3. L'accord des parties

Classiquement, le consentement des parties au contrat doit être exempt d'erreur, et ne pas avoir été obtenu par dol ou violence.

#### a. L'erreur

Si l'erreur sur la valeur de la chose ne constitue pas un vice du consentement, l'**erreur sur les qualités substantielles de la chose** (ici des droits sociaux cédés) est en revanche admise en tant que vice du consentement.

#### EXEMPLE

Dans un arrêt en date du 4 décembre 2001 (n° 00-10926), la Cour de cassation a considéré qu'il y avait erreur lorsque l'acquéreur découvrait, après la cession, que la société était en fait privée de la possibilité de réaliser son objet social, la société exploitant un hôtel-restaurant ayant fait l'objet d'une fermeture administrative.

#### b. Le dol

Pour que le dol entraîne la nullité du contrat, il faut prouver trois éléments :

- l'intention de tromper son cocontractant ;
- l'existence de manœuvres ;
- le fait que les manœuvres dolosives ont été déterminantes pour la formation du contrat.

Se rend coupable de **dol** le cédant de parts sociales qui présente en connaissance de cause une comptabilité inexacte à l'acquéreur de parts sociales.

Le problème est plus complexe concernant la **réticence dolosive**. La jurisprudence est plus sévère à l'égard des acheteurs professionnels.

#### EXEMPLES

##### 1. Cas où la réticence dolosive a été retenue (Cass. com., 25 mars 2010, n° 08-13060)

M. X (associé minoritaire) avait cédé à M. A (associé majoritaire-gérant) les parts qu'il détenait dans une société. Un mois après, M. A avait cédé à la société Tarmac l'ensemble des parts qu'il détenait. M. X a assigné M. A en paiement à des dommages-intérêts, reprochant à celui de lui avoir, par **réticence dolosive**, dissimulé l'offre ferme de la société Tarmac à des conditions financières très avantageuses. La cour d'appel a retenu à l'encontre de M. A une réticence dolosive au préjudice de M. X. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. A.

##### 2. Cas où la réticence dolosive n'a pas été caractérisée

- (Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 10-11260) : le cédant n'a pas été regardé comme s'étant rendu coupable de réticence dolosive en dissimulant la rupture de relations d'affaires avec un client dans la mesure où l'acquéreur, expérimenté en matière de rachat de sociétés, avait nécessairement eu des contacts avec les différents clients de la société afin de les informer de la reprise de celle-ci et il avait ainsi eu connaissance de la décision prise par un client de cesser toute collaboration avec la société.
- (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2011, n° 10-16330) : le manquement à une obligation précontractuelle d'information ne pouvait suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoutait pas la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci.

#### c. La violence

Il a été jugé que l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique pouvait constituer une **violence** au sens de la théorie des vices du consentement (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2002, n° 00-12932).

## C. DES CLAUSES PARTICULIÈRES

### 1. La clause d'agrément

#### a. Le domaine d'application des clauses d'agrément

Dans les **sociétés de personnes**, en général, un agrément est obligatoire en cas de cession de parts :

- Dans une **SNC**, les cessions à quelque personne que ce soit, même entre associés, même au profit du conjoint, doivent être autorisées à l'unanimité des associés (art. L. 221-13, C. com.).
- Concernant les **sociétés civiles**, l'agrément est en principe obligatoire, mais les statuts peuvent convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Les statuts d'une société civile peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux. Sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant (art. 1861, C. civ.).

Les **SARL**, sociétés de capitaux, sont pourtant caractérisées par un fort *intuitu personæ* qui influe tant au niveau de sa constitution que de son fonctionnement. En conséquence, le régime des parts de SARL est mixte. L'agrément est obligatoire lorsque le cessionnaire est un tiers alors qu'il est facultatif si le cessionnaire est un coassocié ou un membre de la famille du cédant (art. L. 223-13, L. 223-14, C. com.).

Dans la **SAS**, « les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société » alors que le texte prévoit la nullité de la cession intervenue en violation de la clause statutaire. La liberté conférée aux rédacteurs de statuts est plus grande que dans la SA et donc permet un contrôle des mouvements dans la répartition du capital. En outre, en raison de l'ouverture du capital de la SAS à des personnes physiques, la clause peut aussi couvrir un domaine fermé dans la SA, qui est celui des cessions au conjoint, descendant ou ascendant et celles découlant de succession ou liquidation de communauté.

Les clauses d'agrément dans les **SA** ont été critiquées. Elles soumettent en effet la transmission d'actions à l'accord d'un organe de la société et constituent de ce fait une atteinte au principe de libre négociabilité des actions. Elles introduisent en plus une forme d'*intuitu personæ* dans la SA (société, a priori, ouverte). Cependant, il convient de distinguer deux situations :

- Dans les **sociétés cotées**, s'applique l'interdiction des clauses d'agrément.
- L'insertion des clauses d'agrément s'explique dans les **SA ayant un caractère familial ou professionnel** (sociétés de commissaires aux comptes, expertise comptable, sociétés de presse). Ainsi, dans une **société par actions dont les titres de capital ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé**, la cession de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit, peut être soumise à l'agrément de la société par une **clause des statuts**. Cette clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant. Par ailleurs, une telle clause ne peut être stipulée que si les titres sont nominatifs en vertu de la loi ou des statuts (art. L. 228-23, C. com.). Pour être opposable aux tiers, la clause d'agrément doit faire l'objet d'une publicité légale.

Les clauses d'agrément s'appliquent aux cessions à titre onéreux ou gratuit, en cas d'apport ou de procédure collective (même en cas de fusion si les clauses le prévoient).

Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément statutaire est nulle. Cependant, s'agissant d'une **nullité relative**, seuls la société ou les actionnaires dont l'agrément est requis pour autoriser une cession d'actions peuvent invoquer la nullité de la cession qui pourrait résulter du non-respect ou de l'irrégularité de cet agrément (Cass. com., 14 déc. 2004, n° 00-20287).

#### b. La procédure d'agrément

La demande d'agrément doit être notifiée par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée avec accusé de réception (art. R. 228-23, C. com.). Elle doit comporter une indication des nom, prénom et adresse du cessionnaire, le nombre de titres dont la cession est envisagée et le prix offert (art. L. 228-24, C. com.).

L'organe de la société compétent (généralement le conseil d'administration ou le conseil de surveillance) dispose de 3 mois pour se prononcer.

### c. Le sort de la demande

L'agrément est accordé soit explicitement par notification au demandeur, soit à défaut lorsque la société n'a pas répondu dans les 3 mois de la demande (art. L. 228-24, al. 1<sup>er</sup>, C. com.). En cas de refus d'agrément, celui-ci n'a pas à être motivé. 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 actions, 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, al. 2, C. com.).

#### REMARQUE

L'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple, de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites (Cass. com., 17 janv. 2012, n° 09-17212).

## 2. La clause de garantie de passif

Quand l'acquéreur rachète tous les titres d'une société, c'est l'entité entière qu'il achète avec son actif et son passif, y compris les dettes. Cette démarche est donc très différente de celle concernant l'acquisition d'un fonds de commerce qui, au contraire de la cession de droits sociaux, n'inclut pas la reprise des dettes antérieures. L'acquéreur, par le biais de la société, est alors tenu des dettes antérieures. Pour s'en prémunir, il lui est fortement conseillé de conclure une convention/clause de garantie de passif.

La clause de garantie de passif consiste en un contrat conclu entre l'acheteur et le vendeur, garantissant l'authenticité des éléments comptables qui ont permis de valoriser la société lors des négociations. Dès lors que, après l'acquisition, des différences apparaissent, au passif comme à l'actif (insuffisance d'actif ou passif non déclaré), et qu'elles remettent en cause l'équilibre de la société précédemment établi grâce aux documents comptables, le vendeur des droits sociaux sera tenu d'indemniser l'acquéreur à hauteur du déséquilibre avéré.

### a. La validité de la garantie de passif

La clause de limitation de la garantie de passif est nulle lorsque le cédant a employé des **manœuvres dolosives** pour dissimuler le passif de la société dont le contrôle est cédé (Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-18136 ; 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 2010, n° 08-13060). En outre, le plafond de la garantie de passif est réputé non écrit lorsque son montant est dérisoire ou injustifié et vide ainsi la garantie de sa substance.

#### REMARQUES

##### Remarque 1 : Garantie d'actif et garantie de passif

La garantie d'actif protège le concessionnaire contre toute diminution de l'actif qui pourrait se révéler postérieurement à la cession. Qualifiée de clause de révision de prix, elle profite au cessionnaire.

La garantie de passif est une garantie de reconstitution. On l'appelle également « garantie de passif *stricto sensu* ». Cette garantie profite à la société cédée.

En pratique, on combine souvent les deux garanties.

##### Remarque 2 : Autorisation du conseil d'administration

Les garanties données par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires et financiers font l'objet d'une autorisation du conseil d'administration. La question se pose alors sur la nécessité de l'autorisation du conseil en cas de garantie de passif. Il a été jugé que l'autorisation n'était pas requise car la garantie de passif est donnée au titre du propre engagement de la société et non au titre d'engagements pris par des tiers (Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-16118).

##### Remarque 3 : Engagement souscrit par un seul des covendeurs

Une garantie de passif peut être souscrite par un seul des covendeurs (Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-17858).

**Remarque 4 : La clause de garantie passif n'est ni un acte unilatéral ni un contrat unilatéral**

La convention de garantie de passif, formant un tout avec l'acte synallagmatique portant cession des titres sociaux auquel elle s'intègre, n'est ni un acte unilatéral ni un engagement unilatéral. Elle s'inscrit dans un jeu d'obligations réciproques (Cass. com., 20 sept. 2012, n° 11-13144).

**b. L'étendue de la garantie de passif**

La garantie doit être rédigée par des professionnels car c'est son contenu, c'est-à-dire les différentes clauses, qui permettent d'apprécier et de valider l'engagement pris par le cédant. Les clauses doivent être claires et précises. Quand c'est le cas, le juge doit respecter la loi des parties et ne peut donner un autre sens à la garantie ou y ajouter une condition qui n'a pas été prévue.

**EXEMPLE**

Dans un arrêt en date du 12 juillet 2011 (n° 10-26125), le cédant, par une convention de garantie de passif, garantissait la sincérité et l'exactitude des éléments comptables d'actif et de passif de la société cédée figurant au bilan clos au 31 mai 2003 et garantissait le bénéficiaire contre tout passif nouveau ne figurant pas dans le bilan de l'exercice clos le 31 mai 2003 dès lors que ce passif nouveau aurait une cause ou une origine imputable à des faits antérieurs. En juin et juillet 2003, la société a versé une indemnité de gérance relative à l'année 1996. Cette indemnisation a été considérée comme entrant dans le champ prévu par la convention de garantie car elle avait une cause antérieure au 31 mai 2003.

Les conventions de garantie de passif comportent en général deux parties :

- 1<sup>re</sup> partie : les déclarations relatives à la société cédée ;
- 2<sup>e</sup> partie : l'engagement du cédant de prendre en charge directement ou de régler au bénéficiaire toute augmentation de passif ou diminution d'actif dont l'origine serait antérieure à une date précise et révélée ultérieurement à cette date.

Le cédant peut ajouter de nombreuses annexes à la garantie qui lui permettront d'exclure certains éléments.

La **durée de la garantie** est librement fixée entre les parties au moment de son élaboration. Le cédant a bien entendu intérêt à limiter au maximum cette durée. Généralement, la garantie porte sur l'année en cours ainsi que sur les 3 à 5 années qui suivent.

**c. Le fonctionnement général de la clause de garantie de passif**

La garantie de passif entraîne une responsabilité indéfinie et solidaire de tous les cédants envers l'acquéreur, sauf clause contraire du contrat de cession. Autrement dit, comme dans une SNC, les cédants devront indemniser l'acquéreur en totalité (dans le cas où il y aurait une augmentation du passif suite à un événement non déclaré au moment des négociations) indépendamment du pourcentage de capital précédemment détenu dans la société.

Les bénéficiaires de la garantie doivent être désignés nommément. La garantie peut bénéficier soit à la société cédée (sous forme d'indemnisation : garantie de reconstitution), soit à l'acquéreur (sous forme d'indemnisation ou de réduction de prix : garantie de valeur).

**d. La distinction avec la clause de révision de prix (garantie de valeur)**

Schématiquement, les **clauses de révision/réduction de prix** sont celles par lesquelles le cédant s'engage à garantir l'acquéreur contre la baisse de valeur des titres cédés du fait de l'apparition d'un passif ou de la diminution de la valeur d'un élément d'actif postérieurement à la cession. Le jeu d'une **clause de révision de prix**, par définition, ne devrait pas permettre une restitution supérieure au prix de cession.

Sur le plan fiscal, clause de garantie de passif et clause de réduction de prix entraînent des conséquences distinctes :

- les **clauses de garantie de passif** n'ont pas d'incidence sur le montant de la plus-value déterminé à la date de la cession (CAA Paris, 10 juin 1993, n° 91-973) ; par ailleurs, les versements

effectués par l'entreprise cédante au profit du cessionnaire en exécution de cette garantie ont, au moins pour la fraction excédant le prix de cession des titres<sup>47</sup>, le caractère de dommages-intérêts et sont déductibles de son résultat imposable au taux plein ;

- en revanche, en matière de **clause de réduction de prix**, la doctrine administrative précise que :

« L'article 39 duodecies, 9 fixe les règles applicables en cas d'annulation ou de résolution de la cession d'éléments de l'actif immobilisé, ou en cas de réduction du prix de vente de ces mêmes éléments, lorsque ces événements interviennent pendant un exercice postérieur à celui de la cession. Lorsque la cession a ouvert droit à l'application du régime des plus ou moins-values à long terme, les plus ou moins-values constatées à l'occasion des régularisations qui en résultent sont soumises au même régime des plus ou moins-values à long terme au titre de l'exercice au cours duquel elles interviennent. »

Instr. 4 B-1-08, 4 avr. 2008, n° 170.

Le jeu de ces clauses aboutit à un résultat différent au niveau du prix de revient des titres :

- en présence d'une **clause de garantie de passif**, l'indemnité versée par le cédant ne peut venir en diminution du prix de revient des titres pour l'entreprise cessionnaire (CE, 24 avr. 1981, n° 18346 ; - 24 juin 2003, n° 350451) mais doit être comprise dans les résultats imposables dans les conditions de droit commun, sauf si le versement doit compenser une charge non déductible (CE, 12 mars 1982, n° 17074, ce qui devrait notamment couvrir le cas d'une indemnisation au titre de rectifications en matière d'IS) ;
- en revanche, le jeu d'une **clause de révision de prix** permet au cessionnaire de réduire le prix de revient des titres à due concurrence (D. adm. 4 C-2111, n° 24, 30 oct. 1997).

Concernant les bénéficiaires des clauses :

- si la société cédée est bénéficiaire de la clause de garantie, le cédant s'engage soit à verser les fonds nécessaires dans la caisse sociale, soit à désintéresser directement les créanciers (ex. : le fisc). Dans l'hypothèse où la société cédée a été absorbée, la clause de garantie est transmise à la société absorbante ;
- si le bénéficiaire de la clause de garantie est le cessionnaire, la question est de savoir si ce dernier peut invoquer une telle clause après avoir revendu les titres. Il convient de distinguer deux situations :
  - lorsque la clause de garantie est sous forme d'indemnisation, étant attachée aux droits sociaux cédés, elle ne peut plus être invoquée par le cessionnaire après la revente des titres,
  - lorsque la clause de garantie est sous forme de réduction de prix, seul le cessionnaire peut en bénéficier et il peut l'invoquer même après la revente de titres (Cass. com., 3 avr. 2007, n° 04-15532).

#### REMARQUE

En ce qui concerne les particuliers, pour le cédant, le versement d'une indemnisation en application de la garantie de passif est admis en déduction de la plus-value imposable alors que pour l'acquéreur, la somme reçue ne constitue pas un revenu imposable mais vient diminuer le prix de revient des titres acquis.

#### e. La mise en œuvre de la clause de garantie de passif

À titre liminaire, il convient de remarquer que la connaissance par les bénéficiaires de la garantie du risque couvert par la garantie n'est pas de nature à en bloquer la mise en œuvre (Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19195).

Par ailleurs, la mise en œuvre de la garantie de passif n'est pas conditionnée par l'existence d'un préjudice financier subi par le cessionnaire (au contraire des principes applicables en matière de responsabilité civile) (Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-20010).

47. Cependant, aucune jurisprudence n'a clairement tranché le sort fiscal de la partie des sommes reversées n'excédant pas le prix de cession des titres.



Les cédants souhaitent généralement inclure, dans la garantie, une **obligation d'information à la charge de l'acquéreur**, qui leur permet d'être informés le plus rapidement possible d'un événement qui pourrait déclencher l'application de la garantie. La jurisprudence estime que l'inexécution par le cessionnaire de son obligation d'information fait à elle seule obstacle à ce qu'il invoque le bénéfice de la clause de garantie de passif (Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-17843). À défaut d'une telle clause, les cédants ne pourront reprocher à l'acquéreur de ne pas les avoir prévenus suffisamment tôt de l'événement et se verront dans l'obligation de verser une indemnité sans avoir rien pu faire. À l'évidence, en application du principe de l'exécution de bonne foi des contrats, le bénéficiaire d'une garantie au titre des créances irrécouvrables ne peut s'en prévaloir qu'à la condition de prouver avoir accompli les diligences minimales qui lui incombent pour procéder au recouvrement de celles-ci (CA Lyon, 1<sup>er</sup> juin 2006 : JCP E 2007, n° 1049, n° 4).

Lorsque le bénéficiaire de la garantie de passif est la société dont les titres ont été cédés, l'action du cessionnaire en exécution de cette garantie est recevable à condition que le cessionnaire agisse au profit de cette dernière (Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-15119).

Le **montant de l'indemnisation** en cas d'application de la garantie est en principe illimité. Il peut être supérieur au prix d'acquisition. Cependant, afin d'éviter un engagement trop important du cédant, le montant de la garantie est souvent limité à un certain seuil. Si le plafond est supérieur au prix de cession, on parle de **clause de garantie de passif**. Autrement, on parlera de **clause de garantie de valeur**. Le cédant a également intérêt à stipuler un montant plancher (une sorte de franchise) qui déclenchera l'application de la garantie (cela lui évitera de verser des indemnités si un nouvel impayé de faible valeur apparaît, par exemple). Si la garantie a été conçue comme une réduction de prix, la mise en œuvre de la garantie aboutira, au pire des cas, à la restitution de l'intégralité du prix de cession.

Étant donné l'importance de l'engagement lié à une clause de garantie de passif, l'acquéreur exige de plus en plus de « **garanties pour la garantie** » de la part du cédant telles que des cautions bancaires, compensation en cas de paiement échelonné du prix de cession, etc. Le cédant a intérêt à prendre une assurance sur la garantie de passif. Cela offre la possibilité de garantir à l'acquéreur le paiement de l'indemnité en cas d'application de la garantie, et permet par ailleurs de dégager le cédant de son engagement personnel dans la garantie. Le montant de l'assurance généralement réclamé par les différentes compagnies est généralement compris entre 1 % et 3 % du montant de la cession de droits sociaux.

#### REMARQUE

La question est de savoir si le cessionnaire-bénéficiaire de la garantie peut valablement céder sa créance de garantie au sous-acquéreur de titres. La réponse est positive. En outre, l'absence de stipulation, dans l'acte de cession initial, d'une faculté de transmission de la garantie contractuelle ne fait pas par elle-même obstacle à ce que le bénéficiaire de celle-ci cède la créance en résultant au sous-acquéreur de ses droits sociaux (Cass. com., 9 oct. 2012, n° 11-21528).

### 3. La clause de non-concurrence

Une clause de non-concurrence est limitée dans le temps et dans l'espace. La question est de savoir après l'expiration de cette clause quel est le moyen pour le cessionnaire d'agir contre le cédant qui a développé une activité concurrente de la société cédée. Il peut se fonder sur la **garantie légale d'éviction** prévue à l'article 1626 du Code civil (Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20522) :

« Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente. »



## II. LES ASPECTS FISCAUX DE LA CESSIION DE DROITS SOCIAUX

### A. L'IMPOSITION DES PLUS-VALUES DE CESSIION DE DROITS SOCIAUX<sup>48</sup>

Toutes les plus-values réalisées lors de la cession de droits sociaux ne relèvent pas du même régime. Il convient de distinguer :

- le **régime des particuliers** lorsque la cession a été réalisée par des personnes physiques résidentes fiscales en France qui détiennent les droits sociaux dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé et ne réalisent pas d'opération de bourse à titre habituel caractérisant une activité exercée à titre professionnel ;
- du **régime des plus-values professionnelles** lorsque la cession a été réalisée par une entreprise individuelle<sup>49</sup> ou une société.

#### 1. Le régime des plus-values des particuliers

##### a. Le taux d'imposition

À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, le principe est l'imposition au barème progressif de l'IR des plus-values mobilières réalisées par les particuliers. Cependant, un dispositif spécifique vise à ne pas pénaliser les entrepreneurs.

Les plus-values de cession de droits sociaux réalisées par les particuliers sont soumises au barème progressif de l'IR et aux prélèvements de 15,50 %<sup>50</sup>. Un abattement (de 20 % – 40 %) pour durée de détention (2 à 6 ans) est mis en place (art. 150-0 D, CGI)<sup>51</sup>. Exceptionnellement, une imposition forfaitaire au taux de 24 % est prévue pour les plus-values réalisées au titre de l'année 2012. Les gains réalisés en 2011 sont imposés selon l'ancien régime, c'est-à-dire au taux de 19 % (en plus des prélèvements sociaux).

Les entrepreneurs (dirigeants-associés) échappent à l'imposition au barème progressif de l'IR et bénéficient d'un régime spécial optionnel. Ainsi, sur option, ils peuvent bénéficier d'une imposition au taux forfaitaire de 19 %, sous certaines conditions (notamment l'activité opérationnelle et la détention minimale de 5 ans<sup>52</sup>) (art. 200 A, CGI).

##### b. La détermination des plus-values nettes imposables

Les plus-values nettes sont constituées par la différence entre le **prix effectif de cession** des droits sociaux (net des frais et taxes acquittés par le cédant) et leur **prix effectif d'acquisition** par celui-ci ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, la valeur retenue pour la détermination des droits de mutation<sup>53</sup> (art. 150-0 D, 1, CGI).

Les **moins-values** subies au cours d'une année sont imputables exclusivement sur les plus-values de même nature réalisées au cours de la même année ou des 10 années suivantes, à condition que ces moins-values résultent d'opérations imposables (art. 150-0 D, 11, CGI).

48. Les règles particulières gouvernent l'imposition des plus-values de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière. Elles ne sont pas traitées.

49. Dans le cadre d'une entreprise individuelle, la distinction entre les plus-values des particuliers et les plus-values professionnelles dépend de l'inscription ou non des droits sociaux au bilan de l'entreprise.

50. Il s'agit des CSG, CRDS, prélèvement social, contribution additionnelle au prélèvement social en vue de financer le revenu de solidarité active, contribution additionnelle au prélèvement social visant à financer la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie.

51. L'abattement n'est pas applicable aux prélèvements sociaux. De même, il n'est pas applicable en cas d'option pour le taux proportionnel.

52. Certaines conditions doivent être remplies :

- les titres doivent avoir été détenus de manière continue au cours des 5 années précédant la cession ; ces mêmes titres doivent avoir représenté, de manière continue pendant au moins 2 ans au cours des 10 années précédant la cession des titres, au moins 10 % des droits de vote de la société dont les titres sont cédés et représenter au moins 2 % des droits de vote à la date de la cession ;
- le cédant doit avoir exercé dans la société dont les titres sont cédés une activité salariée ou dirigeante de manière effective et continue au cours des 5 années précédant la cession.

53. Sauf si celle-ci est dépourvue de toute signification (CE, 12 oct. 2011, n° 324717).

Un abattement (de 20 à 40 %) pour durée de détention (2 à 6 ans) est mis en place s'agissant des plus-values réalisées par les particuliers.

L'imposition est due au premier euro de plus-value.

### REMARQUE

#### Fiscalité de la clause d'*earn-out* (ou de complément de prix)

Pour le **cédant** qui reçoit le complément de prix, ce montant est imposable au taux applicable aux plus-values sur titres, au titre de l'année aux cours de laquelle il est reçu. Pour l'**acquéreur** qui verse ce complément de prix, ce montant fait augmenter le prix d'acquisition des titres, servant pour le calcul de la plus-value ou de la moins-value de cession ultérieure.

### c. Les mesures d'exonération

#### ► L'exonération conditionnelle en cas de cession de droits sociaux au profit d'un membre du groupe familial du cédant (art. 150-0 A, I, 3, CGI)

Lorsque les droits détenus directement ou indirectement par le cédant avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants ainsi que leurs frères et sœurs, partenaire pacsé dans les bénéfices sociaux d'une société soumise à l'IS et ayant son siège en France ou dans un pays de l'UE ou de l'EEE ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des 5 dernières années, **la plus-value réalisée lors de la cession de ces droits, pendant la durée de la société, à l'une des personnes mentionnées précédemment, est exonérée si tout ou partie de ces droits sociaux n'est pas revendu à un tiers dans un délai de 5 ans.**

Le montant de ces plus-values est soumis aux prélèvements sociaux dus sur les revenus du patrimoine depuis 2011.

#### ► L'exonération totale de jeunes entreprises innovantes (art. 150-0 A, III, 7, CGI)

Sur option expresse, la plus-value réalisée lors de la cession de parts ou actions de JEI est totalement exonérée si les titres cédés ont été souscrits à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004, que le cédant a conservé les titres cédés, depuis leur libération, pendant une période d'au moins 3 ans et que le cédant et son groupe familial n'ont pas détenu plus de 25 % des droits dans les bénéfices de la société et des droits de vote depuis la souscription des titres cédés.

#### ► Le sursis d'imposition lors d'un apport-cession remplacé par le report d'imposition<sup>54</sup> (art. 150-0 B ter, CGI)

L'opération d'apport-cession consiste à apporter des titres à une société imposable à l'IS afin de bénéficier d'un sursis d'imposition relativement à la plus-value ; peu de temps après, la société bénéficiaire de l'apport peut céder les titres apportés, elle ne réalise aucune plus-value taxable. Une telle opération risque d'être remise en cause par l'administration fiscale sur le terrain de l'abus de droit. La jurisprudence est abondante en la matière. La jurisprudence considère que, lorsqu'il y a réinvestissement d'une part significative du produit de la cession des titres dans une autre activité économique, le montage n'est pas critiquable. En conséquence, l'abus de droit est constitué si la succession des opérations a uniquement pour objet la récupération des liquidités présentes dans la société par le biais, par exemple, de distributions de dividendes (CE, 8 oct. 2010, n° 313139).

Le législateur a enfin institué un report d'imposition automatique des plus-values d'apport de titres à une société contrôlée par l'apporteur afin d'encadrer l'usage abusif de ce schéma. Le nouveau régime s'applique aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012. Les conditions

54. Il convient de distinguer le sursis d'imposition du report d'imposition. Le sursis d'imposition est automatique. En revanche, lors d'un report d'imposition, la plus-value constatée dans l'opération est imposable mais son imposition effective est mise en report sous conditions. Ainsi, le contribuable doit déclarer le montant de la plus-value et solliciter sa mise en report.

exigées sont que l'apport des titres soit réalisé en France ou dans un État membre de l'UE<sup>55</sup> et que **la société bénéficiaire de l'apport et soumise à l'IS soit contrôlée par l'apporteur**. Cependant, la plus-value doit être déclarée dans les conditions de droit commun. Le report d'imposition prend fin et les plus-values deviennent imposables, notamment à l'occasion de la cession à titre onéreux des titres reçus en rémunération de l'apport, de la cession de titres apportés par la société bénéficiaire dans le délai de 3 ans à compter de l'apport (sauf réinvestissement de 50 % du produit de la cession dans un délai de 2 ans dans une activité industrielle, commerciale, agricole ou libérale) ou du transfert de domicile fiscal du contribuable hors de France.

#### REMARQUE

Si l'apporteur de titres n'a pas le contrôle du bénéficiaire de l'apport, le régime de report-imposition ne s'applique pas. S'applique alors le dispositif de sursis d'imposition prévu à l'article 150-0 B du CGI selon lequel n'est pas taxée la plus-value réalisée dans le cadre d'un apport de titres à une société soumise à l'IS.

#### ➡ Le dispositif de report-exonération (art. 150-0 D bis, CGI)

L'imposition de la plus-value retirée de la cession à titre onéreux de droits sociaux peut être reportée. Lorsque les titres ayant fait l'objet de l'apport sont détenus depuis plus de 5 ans, la plus-value en report d'imposition est définitivement exonérée. Le bénéfice de ce dispositif est subordonné au respect des conditions suivantes :

- Les titres cédés doivent avoir été détenus de manière continue depuis plus de 8 ans.
- Les titres détenus par le cédant, directement ou indirectement, doivent avoir représenté, de manière continue pendant les 8 années précédant la cession, au moins 10 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société.
- La société dont les titres sont cédés :
  - est passible de l'IS (de plein droit ou sur option) ;
  - exerce une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière, à l'exception de la gestion de son propre patrimoine mobilier ou immobilier, ou a pour objet social exclusif de détenir des participations dans des sociétés exerçant les activités précitées ;
  - a son siège social dans un État membre de l'UE ou dans un autre État partie à l'accord sur l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.
- Les conditions ayant trait à l'utilisation du produit de la cession :
  - le produit de la cession des titres doit être investi, dans un délai de 24 mois et à hauteur de 50 % du montant de la plus-value net des prélèvements sociaux, dans la souscription en numéraire au capital initial ou dans l'augmentation de capital en numéraire d'une société ;
  - la société bénéficiaire de l'apport doit exercer une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale, agricole ou financière et répondre à certaines conditions ci-devant ;
  - les titres représentatifs de l'apport en numéraire doivent être entièrement libérés au moment de la souscription ou de l'augmentation de capital ou, au plus tard, à l'issue du délai de 36 mois et représenter au moins 5 % des droits de vote et des droits dans les bénéfices sociaux de la société ;
  - les titres représentatifs de l'apport en numéraire doivent être détenus directement et en pleine propriété par le contribuable pendant au moins 5 ans.

Les inconvénients de ce dispositif sont les suivants :

- Le montant de la plus-value non réinvestie est imposé alors que la partie réinvestie est exonérée ; ainsi, l'exonération est proportionnelle au montant du réinvestissement.
- Les prélèvements sociaux sont toujours dus.

55. Ou dans un État ou territoire 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.

**REMARQUE****Nouvelles mesures prévues par le projet de loi de finances (PLF) pour 2014**

Le PLF 2014 a pour objet de simplifier l'ensemble des dispositifs fiscaux applicables aux cessions d'entreprise. Il est envisagé de supprimer toutes les exonérations actuelles afin de ne créer que deux régimes d'abattement. D'une part, les abattements destinés à favoriser les investissements à long terme (abattements de 50 % entre 2 et 8 ans de détention et de 65 % après 8 ans). Et d'autre part, les abattements en vue de favoriser la création d'entreprise (abattement de 50 % à 85 % entre 1 an et plus de 8 ans de détention). Ces mesures seront entrées en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013 alors que les régimes dérogatoires actuels seront supprimés à compter de 2014.

**2. Le régime des plus-values professionnelles****a. Les plus-values réalisées par les entreprises soumises à l'IS****■ Le régime de droit commun**

Sous réserve de l'application du régime spécial prévu pour les plus-values à long terme, les plus-values réalisées et les moins-values subies lors de la cession de droits sociaux sont incluses dans le résultat soumis à l'IS au taux de droit commun de 33,1/3 % (art. 219, I, al. 2, CGI). Ce taux est majoré de la contribution sociale de 3,30 % assise sur le montant de l'IS, après l'application d'un abattement qui ne peut excéder 763 000 € par période de 12 mois (art. 235 ter ZC, CGI).

**■ Le régime spécial des plus-values à long terme**

À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, les plus-values à long terme afférentes à des titres de participation (autres que les titres de société à prépondérance immobilière<sup>56</sup>) détenus depuis au moins 2 ans sont exonérées d'IS (art. 219, I, a. quinquies, CGI). En contrepartie, une quote-part de frais et charges égale à 10 % à compter de 2011 (12 % à la clôture des exercices arrêtés à compter du 31 décembre 2012) du montant brut des plus-values de cession (et non plus du résultat net) est prise en compte pour la détermination du résultat imposable<sup>57</sup>.

Sont exclus du régime spécial des plus-values à long terme, les titres dont le prix de revient est au moins égal à 22 800 000 € et qui satisfont aux conditions ouvrant droit au régime des sociétés mères autres que la détention de 5 % au moins du capital de la société émettrice (art. 219, I, a. sexies-0, CGI).

**REMARQUE****Fiscalité de la clause d'*earn-out* (ou de complément de prix)**

Pour le **cédant** qui reçoit le complément de prix, ce montant est imposable selon le même régime qui a été appliqué au prix initial. En conséquence, en cas de cession de titres de participation, le complément de prix est exonéré, sous réserve de l'application de la quote-part de frais et charges.

**b. Les plus-values réalisées par les entreprises relevant de l'IR**

Dans les entreprises relevant de l'IR, les titres (de participation ou de placement) relèvent du régime des plus-values à long terme ou à court terme lorsqu'ils font partie de l'actif immobilisé.

**■ La notion d'« actif immobilisé »**

Les titres sont considérés comme faisant partie de l'actif immobilisé s'ils sont détenus en portefeuille depuis plus de 2 ans. Si la durée de détention est inférieure à 2 ans, les titres sont

56. Le régime des plus-values à long terme cesse de s'appliquer aux plus-values provenant des cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière non cotées réalisées à compter du 26 septembre 2007 (art. 219, I, a sexies-0 bis, CGI).

57. En conséquence, chaque plus-value à long terme est considérée isolément et l'imposition s'opère sans tenir compte des moins-values à long terme subies au titre du même exercice ou antérieurement.

considérés comme faisant partie de l'actif immobilisé si le portefeuille comprend des titres de même nature détenus depuis plus de 2 ans (D. adm. 4 B-3121, n° 2).

Lorsque les titres ont été achetés moins de 2 ans avant la cession, les profits ou pertes résultant de cette cession sont considérés comme simples bénéfices ou pertes d'exploitation.

### ➡ Le régime d'imposition

- Les plus-values nettes à court terme sont incluses dans le résultat imposable à l'IR dans les conditions de droit commun (sauf si l'entreprise opte pour l'étalement par parts égales sur l'année de leur réalisation et sur les 2 années suivantes des plus-values nettes à court terme prévu à l'article 39 quaterdecies du CGI).

Les **moins-values nettes à court terme** viennent en déduction du résultat imposable dans les conditions de droit commun.

- Les plus-values nettes à long terme peuvent être compensées avec le déficit de l'exercice ou/et avec les moins-values à long terme subies au cours des 10 exercices antérieurs qui n'ont pas encore été imputées. À la suite de la compensation, les plus-values nettes à long terme sont taxées séparément au taux réduit de 16 % (art. 39 quindecies, I, 1, CGI), majoré des impositions additionnelles.

Les **moins-values nettes à long terme** ne peuvent être imputées que sur les plus-values à long terme réalisées au cours des 10 exercices suivants (art. 39 quindecies, I, 2, al. 2, CGI).

Il convient d'indiquer que l'exonération des plus-values est prévue en faveur des petites entreprises (art. 151 septies, CGI), en cas de départ à la retraite (art. 150-0 D ter, CGI<sup>58</sup>, dispositif applicable jusqu'au 31 décembre 2017) ainsi qu'à l'occasion de la transmission d'une branche complète d'activité (art. 238 quindecies, CGI).

58. Art. 150-0 D ter, CGI :

« I. - L'abattement prévu à l'article 150-0 D bis ... s'applique dans les mêmes conditions, à l'exception de celles prévues au V du même article, aux gains nets réalisés lors de la cession à titre onéreux d'actions, de parts ou de droits démembrés portant sur ces actions ou parts, acquis ou souscrits avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, si les conditions suivantes sont remplies :

1° La cession porte sur l'intégralité des actions, parts ou droits détenus par le cédant dans la société dont les titres ou droits sont cédés ou sur plus de 50 % des droits de vote ou, en cas de la seule détention de l'usufruit, sur plus de 50 % des droits dans les bénéfices sociaux de cette société ;

2° Le cédant doit :

a) Avoir exercé au sein de la société dont les titres ou droits sont cédés, de manière continue pendant les cinq années précédant la cession et dans les conditions prévues au 1° de l'article 885 O bis, l'une des fonctions mentionnées à ce même 1° ;

Toutefois, cette condition n'est pas exigée lorsque l'exercice d'une profession libérale revêt la forme d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée et que les parts ou actions de ces sociétés constituent des biens professionnels pour leur détenteur qui y a exercé sa profession principale de manière continue pendant les cinq années précédant la cession ;

b) Avoir détenu directement ou par personne interposée ou par l'intermédiaire de son conjoint ou de leurs ascendants ou descendants ou de leurs frères et sœurs, de manière continue pendant les cinq années précédant la cession, au moins 25 % des droits de vote ou des droits dans les bénéfices sociaux de la société dont les titres ou droits sont cédés ;

c) Cesser toute fonction dans la société dont les titres ou droits sont cédés et faire valoir ses droits à la retraite dans les deux années suivant ou précédant la cession ;

3° La société dont les titres ou droits sont cédés répond aux conditions suivantes :

a) Elle emploie moins de deux cent cinquante salariés au 31 décembre de l'année précédant celle de la cession ou, à défaut, au 31 décembre de la deuxième ou de la troisième année précédant celle de la cession ;

b) Elle a réalisé un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros au cours du dernier exercice clos ou a un total de bilan inférieur à 43 millions d'euros à la clôture du dernier exercice ;

c) Son capital ou ses droits de vote ne sont pas détenus à hauteur de 25 % ou plus par une entreprise ou par plusieurs entreprises ne répondant pas aux conditions des a et b, de manière continue au cours du dernier exercice clos. ... ;

4° En cas de cession des titres ou droits à une entreprise, le cédant ne doit pas détenir, directement ou indirectement, de droits de vote ou de droits dans les bénéfices sociaux de l'entreprise cessionnaire. »



## B. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

### 1. L'obligation d'enregistrement

Doivent être enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date, les actes portant cession d'actions non cotées ou de parts sociales (art. 635, 2, 7°, CGI). À défaut d'acte, les cessions d'actions ou de parts sociales doivent être déclarées dans le mois de leur date (art. 639, CGI).

### 2. L'assiette

Les droits d'enregistrement sont assis sur le **prix exprimé augmenté des charges** éventuelles. Si la valeur réelle est supérieure au prix augmenté des charges, les droits d'enregistrement sont assis sur une estimation des parties (art. 726, II, CGI).

Il existe un **abattement spécifique pour les cessions de parts sociales dans les sociétés dont le capital n'est pas divisé en actions**. Il est appliqué sur la valeur de chaque part sociale un abattement égal au rapport existant entre 23 000 et le nombre total de parts sociales de la société.

#### EXEMPLE

Une SARL dont le capital social est de 100 000 € fait l'objet d'une cession sur 41 % de son capital. L'abattement sur la valeur de chaque part sociale est égal à  $23\,000/100\,000 = 0,23$  euro. L'abattement applicable sur la totalité de la cession est égal à  $0,23 \times 100\,000 \times 41\% = 9\,430$  €.

### 3. Le taux d'imposition

Le taux d'imposition est de (art. 726, CGI) :

- 3 % pour les cessions de parts sociales ;
- 5 % s'agissant des cessions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière<sup>59</sup> ;
- concernant les cessions d'actions cotées ou non<sup>60</sup>, le dispositif a été modifié à deux reprises :
  - avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012, le taux était de 3 % avec un plafonnement de 5 000 € par mutation ;
  - entre le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et le 31 juillet 2012, un système de **barème dégressif** a été instauré (3 % à 0,25 %), sans plafonnement ;
  - à compter du 1<sup>er</sup> août 2012, le taux exigible est de 0,10 % (sans plafonnement).

### 4. Le montant des droits d'enregistrement

Il ne peut être perçu moins de 25 € dans les cas où les sommes et valeurs ne produiraient pas 25 € de droit (art. 674, CGI).

Il convient de réserver le cas où la cession intervient dans les 3 ans de la réalisation définitive de l'apport fait à une société, qui n'est pas passible de l'IS et dont le capital n'est pas divisé en actions (art. 727, CGI). Les cessions de parts sociales, dans ce cas, sont considérées, du point de vue fiscal, comme ayant pour objet les biens en nature représentés par les titres cédés. Pour la perception des droits, chaque élément d'apport est évalué distinctement. À défaut de ces évaluations, les droits sont perçus au tarif immobilier. Cette règle s'applique aux cessions d'actions d'apport et de parts de fondateur effectuées pendant la période de non-négociabilité.

59. L'assiette n'est pas le prix de cession de parts, mais comprend, à concurrence de la fraction des titres cédés, la valeur réelle des biens et droits immobiliers détenus, directement ou indirectement, au travers d'autres personnes morales à prépondérance immobilière, après déduction du seul passif afférent à l'acquisition desdits biens et droits immobiliers, ainsi que la valeur réelle des autres éléments d'actifs bruts (art. 726, CGI).

60. Auparavant, on distinguait les cessions de titres cotés des cessions de titres non cotés. Ce régime a été supprimé avec effet à partir du 1<sup>er</sup> août 2012.



Par ailleurs, le droit liquidé sur les cessions d'actions, de parts de fondateurs ou de parts bénéficiaires des sociétés par actions, cotées ou non, est plafonné à 5 000 € par mutation (art. 726, I, 1°, al. 4, CGI). **Ce dispositif cesse de s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012.**

Les cessions d'actions ou de parts sociales (autres que des participations dans les personnes morales à prépondérance immobilière) sont exonérées de droit d'enregistrement dans les cas suivants :

- en cas d'acquisition de droits sociaux réalisée dans le cadre du rachat de ses propres titres par une société ou d'une augmentation de capital ;
- en cas d'acquisition de droits sociaux de sociétés placées sous procédure de sauvegarde ou en redressement judiciaire ;
- en cas d'acquisition de droits sociaux lorsque la société cédante est membre du même groupe que la société cessionnaire ;
- en cas d'apports de branches complètes d'activité ou d'éléments assimilés représentés par des participations ;
- en cas de cessions effectivement soumises à la nouvelle taxe sur les transactions financières.

### III. L'ASPECT SOCIAL DE LA CESSIION DE DROITS SOCIAUX

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par [...] vente, fusion, [...], tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

Art. L. 1224-1, C. trav.

## CHAPITRE 2. LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT

### SECTION 1. LES CONSÉQUENCES DU DÉCÈS DU CHEF DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE OU DE L'ASSOCIÉ D'UNE SOCIÉTÉ

#### I. LES CONSÉQUENCES DU DÉCÈS DE L'EXPLOITANT INDIVIDUEL

Il convient de distinguer une transmission préparée (A) d'une transmission subie (B).

##### A. LES POSSIBILITÉS DE PRÉPARER LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE

Même s'il n'envisage pas encore de procéder à une transmission de son entreprise de son vivant, l'entrepreneur peut prendre un certain nombre de mesures simples et peu coûteuses pour éviter les inconvénients d'une indivision.

##### 1. L'apport de l'entreprise individuelle en société

La forme sociétaire permet notamment une cession ou une transmission progressive du capital. Contrairement à l'entreprise individuelle, elle dispose d'un patrimoine propre, ce qui facilite grandement l'organisation de la transmission. Son fonctionnement fait par ailleurs prévaloir un certain nombre de règles qui permettent de concilier plusieurs intérêts, a priori opposés. Enfin, la société constitue un écran entre les créanciers de l'entreprise et ses propriétaires, la prise de risque est donc réduite au minimum.

Un autre avantage : en cas de mise en société de l'entreprise individuelle, les apports sont exonérés de tout droit d'enregistrement lorsque l'apporteur s'engage à conserver les titres reçus pendant 3 ans.

## 2. La location-gérance du fonds de commerce

La location du fonds de commerce (ou du fonds artisanal) permet une transmission progressive de l'entreprise à un héritier choisi qui prendra la position de locataire-gérant.

## 3. La donation-partage

La donation-partage est un acte par lequel les ascendants répartissent tout ou partie de leurs biens entre leurs descendants (enfants ou petits-enfants). L'hypothèse la plus fréquente est celle où l'entreprise familiale est attribuée à l'un des enfants. Ce dernier doit alors indemniser, le cas échéant, ses frères et sœurs. Cette technique juridique reste le meilleur moyen d'éviter toute indivision entre les enfants et ces derniers sont ainsi d'accord sur la répartition des lots entre eux.

Il faut noter qu'en matière d'entreprise individuelle, la donation-partage n'est pas limitée aux descendants et peut être ouverte à un tiers.

Si la donation et le partage interviennent dans le même acte, le droit de partage n'est pas dû. Les soultes stipulées dans une donation-partage ne sont pas considérées comme translatives de propriété et ne donnent ouverture à aucun droit.

## 4. Le démembrement de la propriété : la réserve d'usufruit

La réserve d'usufruit permet au chef d'entreprise de conserver de larges pouvoirs sur l'entreprise transmise. Ainsi, cette technique permet d'empêcher la vente de l'entreprise (il y a peu d'intérêt pour un tiers de n'acheter que des droits en nue-propriété) et de continuer à en percevoir les revenus. Le démembrement de propriété n'est pas une donation indirecte (Cass. 19 sept. 2012, n° 11-15460 ; 18 déc. 2012, n° 11-27745).

## 5. La création d'une holding familiale de détention

La création d'une holding familiale de détention peut permettre de maintenir un actionnariat stable et coordonné. Ce mécanisme permet d'attribuer la direction de l'entreprise aux personnes compétentes.

Cette holding familiale de détention est souvent créée sous la forme d'une SAS en raison de la souplesse et de la liberté dont les fondateurs pourront bénéficier dans la gestion de l'entreprise. Les fondateurs peuvent insérer, dans les statuts de la holding des clauses relatives à la stabilité de l'actionnariat, telles que la clause d'agrément ou la clause d'inaliénabilité temporaire.

## 6. Les régimes matrimoniaux (art. 217 à 219, C. civ.)

**Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte** pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

**Un époux peut donner mandat à l'autre de le représenter** dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue.

**Si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté**, l'autre peut se faire habilitier par justice, à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial.

## 7. Les mandats

- Le **mandat à effet posthume** : toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés (art. 812, C. civ.).
- Le **mandat de protection future** : toute personne peut charger une ou plusieurs personnes, par un même mandat, de la représenter, pour le cas où elle ne pourrait plus pourvoir seule à ses intérêts (art. 477 et s., C. civ.).

- Le **mandataire de substitution ou remplaçant** : on peut désigner de façon anticipée des mandataires sociaux qui remplaceront le mandataire social en place si ce dernier décède.

## 8. L'assurance-décès sur la tête du chef d'entreprise

Les indemnités obtenues permettront de compenser la perte résultant de la disparition des chefs d'entreprise.

En outre, la fiscalité en la matière est favorable :

- D'une part, les cotisations versées au titre du contrat d'assurance-vie ou de décès souscrits sur la tête des chefs d'entreprise sont prises en compte dans les charges déductibles.
- D'autre part, l'article 990 I du Code général des impôts prévoit que :

« I.- Lorsqu'elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 757 B, les sommes, rentes ou valeurs quelconques dues directement ou indirectement par un ou plusieurs organismes d'assurance [...], à raison du décès de l'assuré, sont assujetties à un prélèvement de 20 % à concurrence de la part revenant à chaque bénéficiaire de ces sommes, rentes ou valeurs correspondant à la fraction rachetable des contrats et des primes versées au titre de la fraction non rachetable des contrats [...] et souscrits dans le cadre d'une activité professionnelle, diminuée d'un abattement de 152 500 euros.

[...]

Le bénéficiaire n'est pas assujetti au prélèvement visé (ci-dessus) [...] lorsqu'il est exonéré de droits de mutation à titre gratuit [...]. »

## B. LA TRANSMISSION NON PRÉPARÉE OU SUBIE : LE RÉGIME LÉGAL DE LA SUCCESSION

### 1. Les héritiers

#### a. Les personnes héritières

##### ➡ *En l'absence du conjoint successible (conjoint survivant non divorcé)*

Les parents sont appelés à succéder ainsi qu'il suit (art. 734, C. civ.) :

- les enfants et leurs descendants ;
- les père et mère, les frères et sœurs et les descendants de ces derniers ;
- les ascendants autres que les père et mère ;
- les collatéraux autres que les frères et sœurs et les descendants de ces derniers.

Chacune de ces quatre catégories constitue un ordre d'héritiers qui exclut les suivants.

##### ➡ *En présence du conjoint successible*

Il convient de distinguer trois situations :

- **En l'absence d'enfants ou de descendants du défunt et de ses père et mère**, le conjoint survivant recueille toute la succession (art. 757-2, C. civ.).
- **En présence d'enfants ou de descendants** :
  - lorsque tous les enfants sont issus des deux époux, le conjoint survivant recueille, à son choix, l'usufruit<sup>61</sup> de la totalité des biens existants ou la propriété du quart des biens ;
  - lorsqu'un ou plusieurs enfants ne sont pas issus des deux époux, le conjoint survivant recueille la propriété du quart des biens (art. 757, C. civ.)
- **À défaut d'enfants ou de descendants, en présence des père et mère du défunt**, le conjoint survivant recueille la moitié des biens (art. 757-1, C. civ.).

61. Le conjoint survivant peut décider de convertir son usufruit en rente viagère ou en un capital (art. 759 et 761, C. civ.).

**b. L'option des héritiers**

Les héritiers peuvent accepter ou renoncer à la succession. L'acceptation peut être pure et simple ou à concurrence de l'actif net (art. 768, C. civ.).

**■ L'acceptation pure et simple de la succession**

L'acceptation pure et simple peut être expresse ou tacite (art. 782 et s., C. civ.).

Les actes purement conservatoires (par exemple : paiement des frais funéraires ou des impôts dus par le défunt, accomplissement des actes destinés à éviter l'aggravation du passif successoral) ou de surveillance et les actes d'administration provisoire peuvent être accomplis sans emporter acceptation de la succession (art. 784, C. civ.). Les héritiers conservent alors le droit de renoncer à la succession.

Sont réputées être des actes d'administration provisoire les opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession. Sont également réputés être des actes d'administration provisoire le renouvellement des baux qui, à défaut, donneraient lieu au paiement d'une indemnité, ainsi que la mise en œuvre de décisions d'administration ou de disposition engagées par le défunt et nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise (art. 784, C. civ.).

L'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes du défunt. Il n'est alors tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes (art. 785, C. civ.).

**■ L'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net**

L'héritier règle le passif de la succession et les legs de sommes d'argent sont délivrés après paiement des créanciers (art. 796, C. civ.).

**■ La renonciation à la succession**

Le renonçant n'est pas tenu au paiement des dettes et charges de la succession. Toutefois, il est tenu à proportion de ses moyens au paiement des frais funéraires de l'ascendant ou du descendant à la succession duquel il renonce (art. 806, C. civ.).

**2. L'administration de la succession par un mandataire**

L'administration d'une succession peut être confiée à un mandataire désigné par un mandat à effet posthume, par convention ou par le juge.

**a. Le mandat à effet posthume**

Toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés (art. 812, C. civ.).

**b. Le mandataire désigné par convention**

Les héritiers peuvent, d'un commun accord, confier l'administration de la succession à l'un d'eux ou à un tiers (art. 813, C. civ.).

**c. Le mandataire désigné en justice**

Le plus souvent, en cas de difficultés ou d'opposition d'intérêts entre les héritiers, un mandataire peut être désigné par le juge afin de résoudre le conflit et d'assurer le bon déroulement des opérations en cours (art. 813-1, C. civ.).

### 3. Le régime légal de l'indivision

#### a. Les actes relatifs aux biens indivis

##### ➡ Les actes nécessitant l'unanimité des indivisaires

Il s'agit de tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis (par exemple : changement d'affectation du bien, congé donné à bail) et de tout acte de disposition autre que la vente des meubles pour payer les dettes de l'indivision (par exemple : vente d'un immeuble) (art. 815-3, al. 7, C. civ.).

##### ➡ Les actes nécessitant la majorité des deux tiers des droits indivis

Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité (art. 815-3, C. civ.) :

- effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis (par exemple : demande en paiement des loyers) ;
- donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ;
- vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ;
- conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal.

Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. À défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers.

##### ➡ Les actes accomplis par tout indivisaire

- **Les actes que tout indivisaire peut prendre spontanément** : tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis même si elles ne présentent pas un caractère d'urgence (par exemple : acte de revendication d'un bien indivis ou déclaration d'une créance à une procédure collective).

Il peut employer à cet effet les fonds de l'indivision détenus par lui et il est réputé en avoir la libre disposition à l'égard des tiers. À défaut de fonds de l'indivision, il peut obliger ses coindivisaires à faire avec lui les dépenses nécessaires (art. 815-2, C. civ.).

- **Les actes d'administration accomplis par un indivisaire qui dispose d'un mandat tacite** : un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration (mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux) (art. 815-3, C. civ.). À titre d'exemple, un indivisaire gérant l'exploitation peut contracter un emprunt pour payer une dette de l'exploitation.

- **Les actes accomplis par un indivisaire sur autorisation du juge** : si l'un des indivisaires se trouve hors d'état de manifester sa volonté, un autre peut se faire habilitier par décision de justice à le représenter (art. 815-4, C. civ.).

Un indivisaire peut être autorisé par décision de justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci mettrait tout en péril l'intérêt commun (art. 815-5, C. civ.). L'urgence n'est pas une condition. À titre d'exemple, il peut s'agir de surmonter le refus de l'un des indivisaires de consentir à la vente d'un bien indivis pour payer les droits de succession.

##### ➡ Toutes les mesures urgentes prescrites ou autorisées par le juge

Le président du TGI peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes (par exemple : désigner un administrateur provisoire) que requiert l'intérêt commun (art. 815-6, C. civ.).

#### b. Le droit de poursuite des créanciers

Les créanciers de l'indivision sont payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis.

En revanche, les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis. Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur et intervenir dans le partage provoqué par lui (art. 815-17, C. civ.).

#### 4. La suite de l'indivision

##### a. Le partage

En principe, nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision. Le partage peut toujours être provoqué (art. 815, C. civ.). Si des indivisaires entendent demeurer dans l'indivision, le tribunal peut, à la demande de celui qui souhaite le partage, lui attribuer sa part (art. 824, C. civ.).

##### b. Le maintien de l'indivision ordonné par le juge

Il peut être sursis au partage par le juge.

###### ▀ Le maintien de l'indivision pendant 2 ans au plus

À la demande d'un indivisaire, le juge peut ordonner le maintien de l'indivision pour 2 ans au plus dans une des hypothèses suivantes :

- si la réalisation immédiate du partage risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis ;
- si l'un des indivisaires ne peut reprendre l'entreprise dépendant de la succession qu'à l'expiration de ce délai (art. 820, C. civ.).

###### ▀ Le maintien de l'indivision pour 5 ans au plus

Lorsque le défunt laisse des descendants mineurs, à la demande du conjoint survivant ou de tout héritier, le juge peut ordonner le **maintien en indivision de toute entreprise ayant une activité économique** (art. 821, C. civ.). Le tribunal statue en fonction des intérêts en présence et des moyens d'existence que la famille peut tirer des biens indivis. Il fixe les conditions du maintien. Les conditions suivantes doivent être réunies :

- les indivisaires n'ont pas conclu d'accord amiable ;
- l'exploitation de l'entreprise était assurée par le défunt ou par son conjoint ;
- lorsque le défunt n'a pas laissé de descendant mineur, le maintien de l'indivision ne peut être demandé que par le conjoint survivant et à condition qu'il ait été ou soit devenu, du fait du décès, copropriétaire de l'entreprise (art. 822, C. civ.).

Lorsque le défunt laisse des descendants mineurs, à la demande du conjoint survivant ou de tout héritier, le juge peut ordonner le **maintien dans l'indivision de la propriété du local d'habitation ou à usage professionnel**. Le tribunal fixe les conditions de maintien (art. 821-1, C. civ.). Le maintien de l'indivision porte non seulement sur le local lui-même, mais également sur les objets mobiliers garnissant le local d'habitation ou servant à l'exercice de la profession. Cette possibilité de maintien est subordonnée à la condition que :

- à l'époque du décès, ce local ait été effectivement utilisé pour l'habitation ou à usage professionnel par le défunt ou son conjoint ;
- lorsque le défunt n'a pas laissé de descendant mineur, le maintien de l'indivision ne peut être demandé que par le conjoint survivant et à condition qu'il ait été ou soit devenu, du fait du décès, copropriétaire des locaux d'habitation. Il doit avoir résidé dans le local à l'époque du décès ou avoir utilisé pour un usage professionnel (art. 822, C. civ.).

Le maintien dans l'indivision ne peut être prescrit pour une durée supérieure à 5 ans. Il peut être renouvelé jusqu'à la majorité du plus jeune des descendants et jusqu'au décès du conjoint survivant (art. 823, C. civ.).

##### c. L'indivision conventionnelle

Les indivisaires peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de leurs droits indivis (art. 815-1, 1873-1 à 1873-18, C. civ.). Ce mécanisme est peu usité en pratique.

À peine de nullité, la convention doit être établie par écrit.



La convention peut être à durée indéterminée ou à durée déterminée. Dans le premier cas, le partage peut être provoqué à tout moment. Dans le deuxième cas, la convention ne peut pas durer plus de 5 ans, mais elle est renouvelable par une décision expresse des parties. Le partage peut toujours être provoqué pour juste motif.

### 5. Les formalités

Le décès de l'entrepreneur doit être déclaré dans le délai d'un mois au RCS (art. R. 123-45, C. com.).

Il est possible de déclarer le maintien provisoire pendant un délai maximum d'un an (art. R. 123-46, 6°, C. com.).

En cas de propriété indivise des éléments d'exploitation, les indivisaires sont tenus de déclarer leurs identité et adresse (art. R. 123-38, 7°, C. com.).

## II. LES CONSÉQUENCES DU DÉCÈS DU DIRIGEANT D'UNE SOCIÉTÉ

### A. DANS UNE SNC

Une SNC prend en principe fin par le décès de l'un de ses associés. Toutefois, les statuts peuvent prévoir qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuera avec le conjoint survivant, son héritier, toute personne désignée par les statuts ou seulement avec les associés survivants. Les statuts peuvent également contenir une clause d'agrément (art. L. 221-15, C. com.).

Lorsque la société continue avec les associés survivants, l'héritier est seulement créancier de la société et n'a droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur. L'héritier a pareillement droit à cette valeur s'il a été stipulé que, pour devenir associé, il devrait être agréé par la société et que cet agrément lui a été refusé.

En cas de continuation et si l'un ou plusieurs des héritiers de l'associé sont mineurs non émancipés, ceux-ci ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence des successions de leur auteur. En outre, la société doit être transformée, dans le délai d'un an, à compter du décès, en société en commandite dont le mineur devient commanditaire. À défaut, elle est dissoute.

### B. DANS UNE SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE (SCS)

Une SCS continue malgré le décès d'un commanditaire (art. L. 222-10, C. com.).

Si l'associé décédé était le seul commandité et si ses héritiers sont tous mineurs non émancipés, il doit être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société, dans le délai d'un an à compter du décès. À défaut, la société est dissoute de plein droit à l'expiration de ce délai.

S'il est stipulé que malgré le décès de l'un des commandités, la société continue avec ses héritiers, ceux-ci deviennent commanditaires lorsqu'ils sont mineurs non émancipés.

### C. DANS UNE SARL

Une SARL n'est pas dissoute par le décès d'un associé, sauf stipulation contraire des statuts (art. L. 223-41, al. 2, C. com.).

Les parts sociales d'une SARL sont en principe librement transmissibles par voie de succession et librement cessibles entre conjoints et entre ascendants et descendants (art. L. 223-13, C. com.). Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé.

Les statuts peuvent stipuler qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier ou seulement avec les associés survivants. Il peut aussi être stipulé que la société continuerait, soit avec le conjoint survivant, soit avec un ou plusieurs des héritiers, soit avec toute autre personne désignée par les statuts.

**En cas de décès du gérant unique**, le CAC ou tout associé convoque l'assemblée des associés à seule fin de procéder au remplacement du gérant (art. L. 223-27, al. 6, C. com.).

## D. DANS UNE SA

### 1. Le décès du président du conseil d'administration

En cas de décès du président, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président. La délégation vaut jusqu'à l'élection du nouveau président (art. L. 225-50, C. com.). Si le conseil n'a pu le remplacer par un de ses membres, il peut nommer un administrateur supplémentaire qui est appelé aux fonctions de président (art. L. 225-17, C. com.).

### 2. Le décès d'un administrateur ou membre du conseil de surveillance

Il convient de distinguer deux hypothèses :

- **1<sup>re</sup> hypothèse : lorsque le nombre des administrateurs/membres du conseil de surveillance est devenu inférieur au minimum légal**, les administrateurs restants/le directoire sont tenus de convoquer l'AGO en vue de compléter l'effectif du conseil.
- **2<sup>e</sup> hypothèse : lorsque le nombre des administrateurs/membres du conseil de surveillance est devenu inférieur au minimum statutaire, sans être inférieur au minimum légal**, le conseil est tenu de procéder à des nominations à titre provisoire dans le délai de 3 mois (art. L. 225-24, al. 3, C. com.).

En cas de vacance par décès d'un ou plusieurs sièges d'administrateur/membre du conseil de surveillance, le conseil d'administration/de surveillance peut, entre deux AG, procéder à des nominations à titre provisoire (art. L. 225-24, L. 225-78, C. com.).

### 3. Le décès d'un membre du directoire

En cas de vacance d'un siège du directoire, le conseil de surveillance doit pourvoir à son remplacement dans un délai de 2 mois (art. R. 225-36, C. com.). À défaut, tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé, de procéder à cette nomination à titre provisoire.

### 4. Le décès du directeur général

Le président du conseil d'administration convoque le conseil pour pourvoir à son remplacement.

### 5. Le décès d'un actionnaire

En principe, les actions sont librement cessibles. Cependant, il est possible d'insérer une clause d'agrément dans les statuts lorsque les actions de la société ne sont pas cotées (art. L. 228-23, C. com.). Cependant, une telle clause est écartée en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession soit à un conjoint soit à un ascendant ou à un descendant.

**En cas de démembrement de la propriété des actions**, le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les AGO et au nu-propriétaire dans les AGE (art. L. 225-110, C. com.). Les statuts de la société peuvent déroger à cette règle.

**En cas d'indivision**, les copropriétaires d'actions indivises sont représentés aux AG par l'un d'eux ou par un mandataire unique. En cas de désaccord, le mandataire est désigné en justice à la demande du copropriétaire le plus diligent (art. L. 225-110, C. com.).

Le droit à communication des documents appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-propriétaire et à l'usufruitier d'actions (art. L. 225-118, C. com.).

## E. DANS UNE SAS

Toute cession d'actions d'une SAS peut être soumise à une clause d'agrément statutaire (art. L. 227-14, C. com.).

## SECTION 2. LA DONATION DE L'ENTREPRISE OU DES DROITS SOCIAUX

### I. LA VALIDITÉ DE LA DONATION

La donation se fait par donation entre vifs ou par testament (art. 893, al. 2, C. civ.).

#### A. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA DONATION

##### 1. Les conditions de fond

###### a. La capacité

###### ➡ La capacité de disposer

Pour pouvoir consentir une donation, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence (art. 901, C. civ.).

###### ➡ La capacité de recevoir

« Pour recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

Pour recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. »

Art. 906, C. civ.

Des **interdictions** existent. À titre d'exemple, les membres des professions médicales ayant prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou par testament qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours des soins (art. 909, C. civ.).

###### b. L'objet

D'une part, la donation ne peut comprendre que les biens présents du donateur (art. 943, C. civ.).

D'autre part, la liberté de disposer de ses biens est encadrée par la réserve héréditaire. Les donations ne peuvent excéder la moitié des biens du disposant s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre (art. 913, C. civ.). Les donations entre vifs ou par testament ne peuvent excéder les trois quarts des biens, si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant non divorcé (art. 914-1, C. civ.).

###### c. Les conditions de la donation

Est nulle une donation faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur ou sous condition d'acquitter d'autres dettes que celles qui existaient à l'époque de la donation (art. 944 et 945, C. civ.).

###### d. La révocation de la donation consentie

La règle est l'irrévocabilité des donations entre vifs. Cependant, celles-ci peuvent être révoquées unilatéralement par le donateur pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite (paiement de certaines dettes, clause d'inaliénabilité, etc.), pour cause d'ingratitude (assassinat du donateur, etc.) et pour cause de survenance d'enfants du donateur qui n'en avait pas au moment de la donation (art. 953, C. civ.). À l'évidence, une révocation est toujours possible par consentement mutuel.

Les testaments peuvent être révoqués par un testament postérieur, ou par un acte devant notaire portant déclaration du changement de volonté (art. 1035, C. civ.).

## 2. Les conditions de forme

### a. Les actes de donation entre vifs

Les actes de donation entre vifs sont passés devant notaire sous peine de nullité (art. 931, C. civ.).

« La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. »

Art. 932, C. civ.

### b. Le testament

Le testament peut être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique (art. 969, C. civ.).

- Le **testament olographe** n'est pas valable s'il n'est pas écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. Aucune forme n'est requise (art. 970, C. civ.).
- Le **testament par acte public** est reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins (art. 971, C. civ.).
- En cas de **testament mystique**, le papier qui contient les dispositions ou le papier qui sert d'enveloppe est clos, cacheté et scellé (art. 976, C. civ.).

Tout **testament olographe ou mystique** est, avant d'être mis à exécution, déposé entre les mains d'un notaire (art. 1007, C. civ.).

## B. LE RAPPORT DE LA DONATION À LA SUCCESSION

La donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire qui accepte la succession s'impute sur sa part de réserve. La donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire qui renonce à la succession est traitée comme une donation faite hors part successorale (art. 919-1, C. civ.). Ce mécanisme n'a aucune incidence fiscale directe. Il convient de le distinguer du rapport à la succession des donations passées depuis moins de 10 ans en droit fiscal (art. 784, CGI).

## C. LA RÉDUCTION

Les donations qui portent atteinte à la réserve d'un ou plusieurs héritiers, sont réductibles à la quotité disponible lors de l'ouverture de la succession (art. 920, C. civ.).

La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existant au décès du donateur ou testateur (art. 922, C. civ.).

## II. LES DIFFÉRENTES FORMES DE DONATION

### A. LA DONATION ENTRE ÉPOUX

La donation entre époux peut être faite cumulativement sur des biens présents et à venir, en tout ou partie, à charge ou non (art. 1084, C. civ.).

La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable (art. 1096, C. civ.). Il s'agit d'une dérogation à la règle d'irrévocabilité des donations entre vifs.

## B. LES LIBÉRALITÉS-PARTAGE

### 1. La donation-partage

La donation-partage est faite aux héritiers présomptifs ou à des descendants de degrés différents (par exemple : enfants et petits-enfants). Si le disposant possède une entreprise individuelle ou des droits sociaux d'une société dans laquelle il exerce une fonction de dirigeant, il peut faire, sous forme de donation-partage, la distribution et le partage entre des héritiers présomptifs, des descendants de degrés différents et des tiers (art. 1075-2, C. civ.). Cette donation-partage doit avoir pour effet de n'attribuer aux tiers que la propriété ou la jouissance de tout ou partie des biens affectés à l'exploitation de l'entreprise.

La donation-partage ne peut avoir pour objet que des biens présents (art. 1076, C. civ.).

### 2. Le testament-partage

Le testament-partage produit les effets d'un partage. Les bénéficiaires ne peuvent renoncer à se prévaloir du testament pour réclamer un nouveau partage de la succession (art. 1079, C. civ.).

## **SECTION 3. LA FISCALITÉ DE LA TRANSMISSION À TITRE GRATUIT DE L'ENTREPRISE**

### I. L'IMPOSITION DES BÉNÉFICES ET/OU DES PLUS-VALUES

#### A. EN CAS DE TRANSMISSION D'UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE

##### 1. En cas de donation

###### a. Le principe d'imposition immédiate

En principe, la donation de l'entreprise individuelle entraîne les mêmes conséquences que la vente de l'entreprise, c'est-à-dire l'imposition immédiate des bénéfices et des plus-values. Toutefois, des exceptions existent.

###### b. Les mesures de faveur prévues

En premier lieu, la donation peut bénéficier d'une exonération totale lorsque la valeur des éléments transmis est inférieure ou égale à 300 000 €, ou d'une exonération partielle lorsque la valeur des éléments transmis est supérieure à 300 000 € et inférieure à 500 000 € (**art. 238 quindecies, CGI**).

En deuxième lieu, à défaut de possibilité d'application de la mesure prévue à l'article 238 quindecies du CGI, l'exonération des plus-values en faveur des petites entreprises prévue à l'article **151 septies du CGI** s'applique (seuils : 250 000 ou 90 000 €).

Enfin, les plus-values réalisées par une personne physique, à l'occasion de la transmission à **titre gratuit** d'une entreprise individuelle et afférentes aux éléments de l'actif immobilisé, peuvent bénéficier du **report d'imposition** jusqu'à la date de cession ou de cessation de l'entreprise ou jusqu'à la date de cession d'un de ces éléments si elle est antérieure. Lorsque l'activité est poursuivie pendant au moins 5 ans à compter de la date de la transmission, les plus-values demeurant en report sont définitivement exonérées (art. 41, CGI). L'imposition en report est supportée par le bénéficiaire en cas de vente ou de nouvelles donations dans les 5 ans. L'exonération est maintenue lorsque le bénéficiaire de la transmission transforme l'entreprise individuelle en société, à condition qu'il s'engage à acquitter l'impôt en report qui deviendrait exigible avant la fin du délai de report de 5 ans (art. 151 octies, CGI).

## 2. En cas de décès

Le décès de l'exploitant individuel entraîne en principe l'**imposition immédiate des bénéfices**, même si ses héritiers poursuivent l'exploitation (art. 201, 4, CGI)<sup>62</sup>. Les ayants droit du défunt doivent produire les renseignements nécessaires pour l'établissement de l'impôt dans les 6 mois de la date du décès.

La jurisprudence confirme que les droits de mutation acquittés par les héritiers, donataires ou légataires d'une entreprise à raison des biens affectés à l'exploitation sont déductibles de leur résultat professionnel imposable dès leur exigibilité (CE, 19 février 2003, n° 229373).

## B. EN CAS DE TRANSMISSION DE PARTS DANS UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

### 1. L'imposition du résultat d'exploitation

En cas de **décès d'un associé**, la jurisprudence pose le principe d'imposition des héritiers à l'exception du cas où les statuts de la société prévoient que les héritiers n'acquièrent pas la qualité d'associé (CE, 10 juin 1983, n° 28922 ; Rép. de Courson : AN, 2 avr. 2001, p. 1963, n° 53707). Ainsi, les bénéfices de la société sont imposables entre les mains des associés présents à la clôture de l'exercice et au nom personnel des héritiers de l'associé décédé.

En cas de **transmission des droits d'un associé personne physique dans une société de personnes qui exerce une activité professionnelle non commerciale**, l'IR peut être immédiatement établi au nom de cet associé pour sa quote-part dans le résultat de la société réalisé depuis la fin de la dernière période d'imposition jusqu'à la date de la transmission. Le bénéficiaire de la transmission est imposable à raison de la quote-part correspondant à ses droits dans le bénéfice réalisé par la société au cours de l'année d'imposition, diminuée de la part du résultat imposé au nom de l'associé sortant (art. 93 B, CGI).

### 2. L'imposition des plus-values

La plus-value constatée à l'occasion de la transmission à titre gratuit à une personne physique de droits sociaux dans une société de personnes considérés comme des éléments d'actif afférents à l'exercice de la profession peut bénéficier d'un **report d'imposition**. L'imposition peut faire l'objet d'un report jusqu'à la date de cession, de rachat, d'annulation ou de transmission ultérieure de ces droits. Lorsque l'activité est poursuivie pendant au moins 5 ans à compter de la date de la transmission, la plus-value en report est définitivement exonérée (art. 151 nonies, CGI).

### 3. La déductibilité des droits de mutation acquittés

Les associés d'une société de personnes, dont la participation a le caractère d'un actif professionnel personnel, peuvent déduire de leur quote-part de bénéfices les droits de mutation à titre gratuit acquittés lors de la transmission des parts.

## C. EN CAS DE TRANSMISSION DE DROITS SOCIAUX D'UNE SOCIÉTÉ SOUMISE À L'IS

La transmission à titre gratuit (par décès ou entre vifs) de droits sociaux dans une société soumise à l'IS n'entraîne pas l'imposition des plus-values. Les héritiers, donataires ou légataires retiennent, en tant que prix d'acquisition des titres, la valeur réelle retenue pour le calcul des droits de mutation à la date de la transmission, sauf si elle est dépourvue de toute signification.

62. Ce qui est normal puisque, aux termes de l'article 6 du CGI, en cas de décès de l'un des conjoints, l'impôt afférent aux bénéfices ou revenus non encore taxés est établi au nom des époux.



**REMARQUE****Donation-cession et abus de droit**

Le juge de l'impôt s'est prononcé sur le montage de donation-cession de titres. En l'espèce, Mme Motte avait, en avril 2003, donné des titres dans une société familiale à ses enfants. Quelques semaines plus tard, ces titres ont été cédés par les donataires. Si les titres avaient été cédés par M. Motte et qu'ensuite elle avait donné le fruit de cette cession à ses enfants, une plus-value aurait été imposable au niveau de Mme Motte. Dans notre cas, au niveau des enfants, aucune plus-value imposable n'a été constatée dès lors que les titres, transmis gratuitement, avaient été cédés pour la valeur déclarée pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit. L'administration a remis en cause ce montage sur le fondement de l'abus de droit. La CAA de Douai a confirmé cette position en considérant que la donation-partage suivie de la cession de titres par les enfants reposait sur une construction visant exclusivement à atténuer la charge fiscale qu'ils auraient normalement supportée, eu égard à leur situation et à leurs activités réelles, s'ils n'avaient pas passé ces actes. Cependant, le CE a refusé la remise en cause d'une telle opération dès lors que celle-ci n'était pas fictive puisque les donateurs ne se sont pas réappropriés les sommes issues de la vente par les donataires des titres et ce, malgré certaines clauses limitatives insérées dans l'acte de donation (par exemple, la clause de remploi ou la clause d'inaliénabilité du vivant des donateurs sans leur accord) qui ne remettaient pas en cause le dépouillement définitif des donateurs (CE, 30 déc. 2011, n° 330940).

**II. LES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT****A. L'ASSIETTE DES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT****1. L'évaluation des biens**

Pour les transmissions à titre gratuit de **biens meubles autres que des valeurs mobilières cotées et des créances à terme**, la valeur servant de base à l'impôt est déterminée par la déclaration détaillée et estimative des parties (art. 758, CGI).

Pour les **valeurs mobilières cotées**, la valeur est déterminée par le cours moyen au jour de la transmission ou, pour les successions, par la moyenne des 30 derniers jours qui précèdent la transmission (art. 759, CGI).

La valeur de **titres non cotés en bourse** doit être appréciée en tenant compte de tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir une évaluation aussi proche que possible de celle qu'aurait entraîné le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel à la date du fait générateur de l'impôt.

**EXEMPLE**

Un différend a opposé un actionnaire X à ses coassociés. Les titres de la société ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. Finalement, certains associés ont accepté de céder leurs participations dans la société à X.

Deux mois après avoir acquis ces actions, X les a données à son fils. Le prix déclaré dans l'acte de donation était identique à celui auquel X les avait acquises auprès des actionnaires avec qui il était en litige.

Il a été jugé que la cession avait été matérialisée par une convention réelle et était intervenue dans un temps proche de la donation. En l'absence de soupçon d'un prix de convenance, il n'y avait pas lieu de recourir aux méthodes de calcul mises en œuvre par l'Administration fiscale (Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-14855 ; CE, 3 juill. 2009, n° 306363, n° 301299).

**En cas de décès** d'un gérant d'une SARL ou d'une SCA non cotée, de l'un des associés d'une société de personnes, de l'une des personnes qui assument la direction générale d'une société par actions non cotée, de l'exploitant d'un fonds de commerce, il est tenu compte de la **dépréciation** éventuelle résultant dudit décès et affectant la valeur des titres ou des actifs incorporels ainsi transmis (art. 764 A, CGI).

## 2. Le passif déductible

### a. En cas de décès

Pour la liquidation des droits de mutation **par décès**, les dettes à la charge du défunt sont déduites lorsque leur existence au jour de l'ouverture de la succession est dûment justifiée (art. 768, CGI). En revanche, ne sont pas prises en compte les dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers ou de personnes interposées (art. 773, CGI).

### b. En cas de donation entre vifs

Dans certaines conditions, le passif grevant les biens donnés est déductible (art. 776 bis, CGI). Ainsi, les dettes contractées par le donateur pour l'acquisition ou dans l'intérêt des biens objet de la donation qui sont mises à la charge du donataire sont déductibles. Il faut réunir les conditions suivantes pour en bénéficier :

- les dettes sont mises à la charge du donataire dans l'acte de donation ;
- la prise en charge des dettes par le donataire est notifiée au créancier ;
- lorsque la donation porte sur la totalité ou sur une quote-part indivise des biens affectés à l'exploitation d'une entreprise individuelle ayant une activité économique, la dette ne doit pas être contractée auprès soit du donataire ou du conjoint de celui-ci, soit de son conjoint ou de ses ascendants, soit de ses frères et sœurs ou descendants, soit de ses ascendants ou de leurs frères et sœurs ;
- lorsque la donation porte sur d'autres biens que les biens affectés à l'exploitation d'une entreprise, la dette doit être contractée auprès d'un établissement de crédit.

## 3. Le rapport des donations consenties antérieurement

Concernant les donations réalisées et des successions ouvertes à compter du 18 août 2012, pour la perception des droits de mutation à titre gratuit, il convient de distinguer les donations consenties depuis plus ou moins de 15 ans<sup>63</sup>.

- les donations consenties depuis plus de 15 ans ne sont plus prises en compte ;
- les donations consenties par le défunt au même bénéficiaire depuis moins de 15 ans sont prises en compte. Ainsi, la perception des droits de mutation est effectuée en ajoutant à la valeur des biens compris dans la déclaration de succession la valeur des biens ayant fait l'objet de donations antérieures (art. 784, CGI).

## B. LES TARIFS DES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT (ART. 777)

Fraction de part nette taxable revenant à chaque ayant droit (en €)	Tarif applicable (%)
<b>En ligne directe :</b>	
≤ 8 072	5
Comprise entre 8 072 et 12 109	10
Comprise entre 12 109 et 15 932	15
Comprise entre 15 932 et 552 324	20
Comprise entre 552 324 et 902 838	30
Comprise entre 902 838 et 1 805 677	40
> 1 805 677	45
<b>Entre époux et partenaires liés par un PACS :</b>	
≤ 8 072	5
Comprise entre 8 072 et 15 932	10
Comprise entre 15 932 et 31 865	15
Comprise entre 31 865 et 552 324	20
Comprise entre 552 324 et 902 838	30
Comprise entre 902 838 et 1 805 677	40
> 1 805 677	45
<b>Entre frères et sœurs vivants ou représentés :</b>	
≤ 24 430	35
> 24 430	45
<b>Entre parents jusqu'au 4<sup>e</sup> degré inclusivement</b>	55
<b>Entre parents au-delà du 4<sup>e</sup> degré et entre personnes non parentes</b>	60

63. Ce délai était de 6 ans avant la loi du 29 juillet 2011 et de 10 ans avant la loi du 16 août 2012.

## C. LES ABATTEMENTS<sup>64</sup> APPLICABLES SUR L'ACTIF NET TRANSMIS À TITRE GRATUIT

Personnes concernées	Transmission par décès	Donation entre vifs <sup>(1)</sup>
Conjoint ou partenaire lié par un PACS	Sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié par un PACS (art. 796-0 bis, CGI)	80 724 € sur la part du conjoint ou du partenaire lié par un PACS du donateur (art. 790 E et 790 F, CGI)
Ascendants, enfants survivants ou représentés par suite de prédécès ou de renonciation	100 000 € <sup>(2)</sup> sur la part de chacun des ascendants ou enfants (art. 779, I, CGI)	100 000 € sur la part de chacun des ascendants et enfants (art. 779, I, CGI)
Petits-enfants	1 594 € sur la part de chacun des petits-enfants (art. 788, IV, CGI)	31 865 € sur la part de chacun des petits-enfants (art. 790 B, CGI)
Arrière-petits-enfants	1 594 € sur la part de chacun des arrière-petits-enfants (art. 788, IV, CGI)	5 310 € sur la part de chaque arrière-petit-enfant (art. 790 D, CGI)
Neveux et nièces	7 967 € sur la part de chacun des neveux et nièces (art. 779, V, CGI)	7 967 € sur la part de chacun des neveux et nièces (art. 779, V, CGI)
Tout héritier qui fait des dons à certains organismes	Un abattement correspondant à la valeur des biens reçus du défunt, évalués au jour du décès et remis par l'héritier à une fondation ou association reconnue d'utilité publique (art. 788, III, CGI) <sup>(3)</sup>	Néant
Tout héritier handicapé	159 325 € sur la part de tout héritier handicapé (art. 779, II, CGI)	159 325 € sur la part de tout héritier handicapé (art. 779, II, CGI)
Tout héritier, à défaut d'autre abattement, à l'exception de celui prévu en faveur des dons consentis par des héritiers à certains organismes,	1 594 € <sup>(4)</sup> sur chaque part successorale (art. 788, IV, CGI)	Néant

(1) Le programme ne couvrant que la transmission de l'entreprise, les dons manuels de sommes d'argent ne sont pas traités.

(2) Cet abattement s'applique sans limitation de degré aux ascendants. En revanche, il est réservé, en ligne descendante, aux enfants du défunt et aux représentants des enfants prédécédés ou renonçant, c'est-à-dire aux petites enfants. Cet abattement est susceptible de se cumuler avec l'abattement spécifique aux donations consenties par des grands-parents à leurs petits-enfants (Rép. Min., n° 53538 à Bernard Perrut : JOAN Q, 29 sept. 2009, p. 9211).

(3) Cet abattement n'est pas cumulable avec le bénéfice de la réduction d'IR prévue à l'article 200 du CGI. Cet article prévoit une réduction d'IR égale à 66 % du montant du don et dans la limite de 20 % du revenu imposable des dons aux fondations ou associations reconnues d'utilité publique.

(4) Le montant de cet abattement est actualisé, le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, dans la même proportion que la limite supérieure de la première branche du barème de l'IR et arrondi à l'euro proche le plus.

Par ailleurs, un **abattement spécifique** est prévu en cas de **donation d'entreprise aux salariés** (art. 790 A, CGI). Ainsi, en cas de donation en pleine propriété d'un fonds (artisanal, commercial, agricole), d'une clientèle d'une entreprise individuelle ou de parts ou actions d'une société, le donataire peut exercer l'option pour un abattement de 300 000 € sur la valeur du fonds, de l'entreprise ou sur la fraction de la valeur des titres représentatifs du fonds ou de la clientèle, à condition que :

- l'entreprise ou la société exerce une activité économique (industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale) ;
- la donation soit consentie aux salariés titulaires d'un CDI depuis au moins 2 ans ou aux apprentis en formation au jour de la transmission ;
- lorsque le fonds, l'entreprise ou les titres ont été acquis à titre onéreux par le donateur, celui-ci les détient depuis plus de 2 ans ;
- les donataires poursuivent, à titre d'activité professionnelle unique et de manière effective et continue, l'exploitation de l'entreprise pendant les 5 années suivant la transmission. L'un des donataires doit par ailleurs assurer pendant ce délai la direction effective de l'entreprise.

**Le bénéfice de cette mesure de faveur est exclusif de l'application du régime d'exonération prévu aux articles 787 B (pacte Dutreil) et 787 C du CGI (voir ci-après).**

64. On peut ne pas prendre en compte un pourcentage de la base imposable dans le calcul de l'impôt. Ce pourcentage s'appelle « *abattement* ». Il n'est ni une charge déductible ni une réduction d'impôt.

## D. LES RÉDUCTIONS DE DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

### 1. Les réductions de droits prévues tant en cas de succession qu'en cas de donation

Des réductions de droits sont prévues pour charges de famille et en faveur des mutilés de guerre.

#### a. La réduction pour charges de famille (art. 780, CGI)

Lorsqu'un héritier, donataire ou légataire a trois enfants ou plus, vivants ou représentés au jour de la donation ou au moment de l'ouverture de ses droits à succession, il bénéficie d'une réduction d'impôt de 100 %. Cette réduction d'impôt ne peut toutefois excéder 610 € en cas de succession ou de donation en ligne directe et de donation entre époux ou partenaires liés par un Pacs. Le montant de 610 € est ramené à 305 € pour les autres transmissions.

#### b. La réduction en faveur des mutilés de guerre (art. 782, CGI)

Les mutilés de guerre frappés d'une invalidité de 50 % au maximum bénéficient d'une réduction de 50 % des droits dus. Cette réduction d'impôt est plafonnée à 305 €.

### 2. La réduction de droit liée à l'âge du donateur uniquement en cas de donation d'entreprise

Les donations en pleine propriété des titres d'une société ou d'une entreprise individuelle ayant une activité économique bénéficient d'une réduction de 50 %, lorsque le donateur est âgé de moins de 70 ans. Ce dispositif ne s'applique qu'en cas où le donateur détient en direct les titres de la société opérationnelle (art. 790, CGI modifié par la loi du 29 juill. 2011).

## E. LES EXONÉRATIONS DE DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

### 1. Les exonérations en cas de succession ou de donation d'entreprise

Il s'agit des pactes Dutreil qui ont été assouplis par la loi du 29 juillet 2011.

Il convient de distinguer la transmission de parts ou d'actions d'une société de la transmission d'une entreprise individuelle.

#### a. La transmission de parts ou d'actions d'une société (art. 787 B, CGI)

Est exonérée de droit de mutation à titre gratuit, à concurrence de 75 % de leur valeur, la transmission (succession ou donation) de parts ou d'actions d'une société ayant une activité économique (industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale). L'exonération est soumise aux conditions cumulatives suivantes :

- Les parts ou actions doivent faire l'objet d'un engagement collectif de conservation<sup>65</sup> d'une durée minimale de 2 ans en cours au jour de la transmission. L'engagement doit avoir été pris par le défunt ou le donateur, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, avec d'autres associés.
- Si l'un des signataires cède ses titres, l'exonération de 75 % n'est pas remise en cause à l'égard des signataires autres que le cédant :
  - si les titres demeurés sous engagement continuent de représenter la quotité requise de 34 % ou de 20 % jusqu'au terme de l'engagement ;
  - ou si le cessionnaire s'associe à l'engagement collectif à raison des titres cédés.

En cas de non-respect de cette condition par suite d'une fusion ou d'une scission, l'exonération n'est pas remise en cause si les signataires respectent l'engagement prévu jusqu'à son terme.

65. Les articles 294 bis à 294 quater de l'annexe II du CGI fixent la liste des obligations déclaratives.

- L'engagement collectif de conservation doit porter sur au moins 20 % des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres émis par la société si les titres sont cotés ou sur au moins 34 % de ces mêmes droits si les titres ne sont pas cotés.  
En cas de non-respect de cette condition par suite d'une fusion ou d'une scission, l'exonération n'est pas remise en cause si les signataires respectent l'engagement prévu jusqu'à son terme.
- Chacun des héritiers, donataires ou légataires prend l'engagement, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, de conserver les parts ou actions transmises pendant une durée de 4 ans à compter de la date d'expiration du délai de 2 ans (engagement pris par le défunt ou le donateur).  
Si les personnes citées ci-avant font à leur tour une donation, l'exonération de 75 % accordée n'est pas remise en cause, à condition que le(s) donataire(s) soi(en)t le(s) descendant(s) du donateur et que le(s) donataire(s) poursuive(nt) l'engagement jusqu'à son terme.
- L'un des associés du défunt ou du donateur ou l'un des héritiers, donataires ou légataires exerce effectivement dans la société, pendant la durée de l'engagement de 2 ans et pendant les 3 années suivant la date de la transmission, son activité professionnelle principale (si la société est une société de personnes) ou une des fonctions de direction<sup>66</sup> (si la société est soumise à l'IS de plein droit ou sur option).
- La déclaration de succession ou l'acte de donation doit être appuyée d'une attestation de la société dont les parts ou actions font l'objet de l'engagement collectif de conservation certifiant que les engagements ont été remplis jusqu'au jour de la transmission.
- Lorsque le donateur se réserve l'usufruit des parts ou actions, les droits de vote du donateur (usufruitier) doivent être statutairement limités aux décisions concernant l'affectation des bénéfices.

En cas de non-respect de ces conditions, le complément de droits de mutation à titre gratuit doit être acquitté, majoré de l'intérêt de retard.

Cette exonération s'applique également aux transmissions de parts ou actions de sociétés holding interposées (Instr. 7 mars 2012, 7 G-2-12). La holding doit animer le groupe (Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-19770). Dans cette hypothèse, l'engagement collectif est pris par la holding sur les titres de la société cible. À l'issue de l'engagement collectif, les associés prennent un engagement individuel sur les titres de la holding. Si la holding cède elle-même, en cours d'engagement individuel, sa participation dans la société cible, l'application de l'exonération partielle sera remise en cause (Rép. min., n° 76733, à S. Huyghe : JOAN Q 29 juin 2010).

### ***b. La transmission d'une entreprise individuelle (art. 787 C, CGI)***

Est exonérée de droits de mutation à titre gratuit, à concurrence de 75 % de leur valeur, une entreprise individuelle ayant une activité économique (industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale) transmise par décès ou entre vifs. Les conditions suivantes doivent être réunies pour en bénéficier :

- L'entreprise individuelle a été détenue depuis plus de 2 ans par le défunt ou le donateur lorsqu'elle a été acquise à titre onéreux.
- Chacun des héritiers, donataires ou légataires prend l'engagement, pour lui et ses ayants cause à titre gratuit, de conserver l'ensemble des biens affectés à l'exploitation de l'entreprise pendant une durée de 4 ans à compter de la date de la transmission.  
Si ces personnes citées font à leur tour une donation, l'exonération de 75 % accordée n'est pas remise en cause, à condition que le(s) donataire(s) soi(en)t le(s) descendant(s) du donateur et que le(s) donataire(s) poursuive(nt) l'engagement jusqu'à son terme.
- L'un des héritiers, donataires ou légataires engagés poursuit effectivement pendant les 3 années suivant la date de la transmission de l'exploitation de l'entreprise.

Lorsque le donateur se réserve l'usufruit de l'entreprise, cette mesure d'exonération n'est pas cumuleable avec la réduction liée à l'âge du donateur prévue à l'article 790 du CGI.

66. Il s'agit du gérant dans une SARL ou SCA, de l'associé en nom d'une société de personnes, du président, du directeur général, du président du conseil de surveillance, membre du directoire dans une société par actions (art. 885 O bis, 1°, CGI).

## 2. Les exonérations prévues en cas de transmission par décès

Tout d'abord, pour les successions ouvertes à compter du 22 août 2007, sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié par un Pacs (art. 796-0 bis, CGI).

Par ailleurs, la part de chaque frère et sœur est exonérée de droits de succession, à la double condition (art. 796-0 ter, CGI) :

- qu'il soit, au moment de l'ouverture de la succession, âgé de plus de 50 ans ou qu'il soit handicapé ;
- qu'il ait été constamment domicilié avec le défunt pendant les 5 années ayant précédé le décès.

Enfin, sont exonérées de droits de succession les personnes dispensées de dépôt de déclaration de succession (art. 796-0, CGI). Sont dispensés de cette déclaration (art. 800, CGI) :

- les ayants-cause en ligne directe, le conjoint survivant, le partenaire lié par un Pacs lorsque l'actif brut successoral est inférieur à 50 000 € à condition que ces personnes n'aient pas bénéficié antérieurement de la part du défunt, d'une donation ou d'un don non enregistré ou non déclaré ;
- des personnes autres que les ayants-cause en ligne directe, le conjoint survivant et le partenaire lié par un Pacs, lorsque l'actif brut successoral est inférieur à 3 000 €.

## F. L'OBLIGATION DE DÉCLARATION DE LA TRANSMISSION

Les héritiers, donataires ou légataires sont tenus de souscrire une déclaration détaillée et de la signer sur une formule imprimée fournie par l'administration. La déclaration est établie en double exemplaire (art. 800, CGI).

## G. LA LIQUIDATION DES DROITS

### 1. Le débiteur des droits

Les droits de succession sont payés par les héritiers ou légataires.

Les droits de donation sont en principe acquittés par le donataire. Cependant, le donateur a la faculté de se substituer à ce dernier pour le paiement des droits sans que cela constitue une libéralité supplémentaire soumise aux droits de mutation (Rép. Geoffroy : Sén. 8 oct. 1975, p. 2835, n° 17406).

### 2. Le paiement différé ou fractionné

Les droits sont acquittés en principe au comptant au moment du dépôt de la déclaration de succession ou de la transmission entre vifs. Cependant, le paiement des droits peut être fractionné ou différé (c'est-à-dire bénéficier d'un crédit de paiement) (art. 1717, CGI). Le paiement fractionné ou différé<sup>67</sup> est ouvert aux contribuables qui en font la demande en offrant des garanties suffisantes. En contrepartie, les droits dont le paiement est fractionné ou différé donnent lieu au versement d'intérêts dont le taux est égal à celui de l'intérêt légal<sup>68</sup> au jour de la demande de crédit (art. 401, CGI, ann. III).

#### a. En cas de mutation par décès

Les droits de mutation par décès peuvent bénéficier d'un **paiement fractionné** sur une période maximale de 5 ans (ou de 10 ans lorsque l'actif héréditaire comprend à concurrence de 50 % au moins des biens non liquides) (art. 396, 1° et 404 A, I, CGI ann. III).

67. Le paiement différé et fractionné ne s'étend pas aux droits résultant d'un redressement fiscal (rép. min. budget, n° 80054 à M. Roubaud, JOAN Q, 12 oct. 2010, p. 11140).

68. Le taux en 2010 est égal au taux d'intérêt légal arrondi à la décimale inférieure, soit 0,60 % (Décr. n° 2010-127, 10 févr. 2010).



Le paiement des droits de mutation par décès peut être **différé** jusqu'à l'expiration d'un délai qui n'excède pas 6 mois à compter (art. 404 B, CGI ann. III) :

- de la date de la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ou de la cession totale ou partielle de cette dernière, lorsque la succession comporte dévolution de biens en nue-propriété ;
- ou du terme du délai imparti à l'attributaire, le légataire ou le donataire pour le paiement des sommes dont il est débiteur envers ses cohéritiers, lorsque la succession donne lieu à l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole.

Une règle spécifique est prévue **en cas de transmission d'entreprise** (art. 397 A, CGI, ann. III). Dans ce cas, le paiement des droits de mutation peut être différé pendant 5 ans à compter de la date d'exigibilité des droits et, à l'expiration de ce délai, fractionné pendant 10 ans, lorsque les mutations portent :

- sur l'ensemble des biens affectés à l'exploitation d'une entreprise individuelle ayant une activité économique et exploitée par le donateur ou le défunt ;
- ou sur les parts sociales ou actions d'une société ayant une activité économique, non cotée, à condition que le bénéficiaire reçoive au moins 5 % du capital social.

#### **b. En cas de donation entre vifs**

Les régimes de paiement fractionné ou différé des droits de mutation prévus en cas de succession ne sont pas applicables aux donations, sauf celui prévu en cas de transmission d'entreprise et prévu à l'article 397 A de l'annexe III du CGI (*voir ci-avant*).

## **TITRE 2. LA DISPARITION DE L'ENTREPRISE**

### **CHAPITRE 1. LA CESSATION D'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE : RÉGIME JURIDIQUE ET FISCAL**

#### **SECTION 1. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA CESSATION D'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE**

#### **I. LES DÉMARCHES À EFFECTUER EN TANT QU'EXPLOITANT INDIVIDUEL**

Lorsque l'entreprise cesse son activité, l'exploitant doit effectuer plusieurs déclarations.

##### **A. LA DÉCLARATION AUPRÈS DU CENTRE DE FORMALITÉS DES ENTREPRISES (CFE)**

Une déclaration indiquant tous les renseignements nécessaires à la prise en compte de la cessation doit être déposée au CFE dans les 30 jours suivant la cessation d'activité. Le CFE transmettra la demande de radiation à l'ensemble des administrations concernées<sup>69</sup>.

Pour que la cessation d'activité soit opposable aux tiers, les formalités de publicité suivantes sont à accomplir dans le délai d'un mois suivant la cessation d'activité : avis dans un journal d'annonces légales, dépôt au greffe du tribunal de commerce et radiation du RCS ou du répertoire des métiers.

La liquidation de l'entreprise doit par la suite être effectuée.

69. Il s'agit du greffe du tribunal de commerce, de la Direction départementale du travail et de l'emploi et de la formation professionnelle, de l'INSEE, de la Caisse régionale d'assurance maladie, de l'URSSAF, des services fiscaux, de la Caisse maladie régionale des non salariés et de la Caisse vieillesse des non salariés.

## B. LA DÉCLARATION AUPRÈS DE L'ADMINISTRATION FISCALE

La cessation, en totalité ou en partie<sup>70</sup>, d'une entreprise individuelle entraîne l'imposition immédiate des bénéfices non encore taxés. De ce fait, l'entrepreneur doit adresser au service des impôts des entreprises une déclaration des bénéfices de l'entreprise, accompagnée d'un résumé du compte de résultat et de la déclaration du chiffre d'affaires de la dernière période d'activité. Le délai est de 60 jours à compter de la fermeture définitive de l'entreprise (art. 201, CGI).

## C. LA DÉCLARATION AUPRÈS DES ORGANISMES SOCIAUX

Les démarches auprès des organismes sociaux sont effectuées en principe par le CFE. Il est cependant prudent d'informer parallèlement les caisses concernées.

### 1. Pour les cotisations d'assurance maladie-maternité, d'allocations familiales et de retraite de base

L'exploitant doit faire connaître la cessation de son activité au Régime social des indépendants (RSI). Ce dernier procède à sa radiation à compter de la date effective de la cessation d'activité.

S'il a versé l'intégralité du montant dû au titre du mois ou du trimestre au cours duquel cette cessation est intervenue, le trop-versé est soit imputé sur le complément de cotisations dû, soit remboursé à l'intéressé dans les 45 jours suivant la date de réception de la déclaration des revenus. Le complément de cotisations résultant de la régularisation doit être acquitté dans le délai de 30 jours suivant l'envoi de l'avis d'appel du complément.

Le régime auquel l'exploitant adhérerait continue à le couvrir pendant un an. Au-delà d'un an, il peut être couvert au titre d'un autre régime (par exemple : salarié) ou souscrire une assurance volontaire personnelle auprès de la Sécurité sociale.

### 2. Pour les cotisations de retraite complémentaire

L'exploitant doit procéder à sa radiation du régime d'assurance vieillesse dont il dépend (RSI ou caisse d'assurance vieillesse des professions libérales).

## II. LES OBLIGATIONS EN TANT QU'EMPLOYEUR

La cessation d'activité entraîne l'arrêt automatique et immédiat du contrat de travail.

L'employeur est tenu d'adresser, dans le délai de 60 jours, à l'Assedic (Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce) une déclaration nominative faisant ressortir, pour chacun des salariés, le montant total des rémunérations payées au cours de l'année précédente. Cette déclaration est accompagnée du versement régularisateur (art. R. 243-14, CSS). L'Assedic clôture le compte de l'entreprise.

L'exploitant remet au salarié une attestation Pôle emploi qui lui permet d'exercer ses droits aux prestations auprès de l'Assedic (attestation d'assurance chômage) (art. R. 1234-9, C. trav.).

En principe, toute rupture du contrat de travail d'un salarié entraîne l'obligation pour l'employeur de verser une cotisation dont le montant est fixé dans la limite de 12 mois de salaire brut calculé sur la moyenne mensuelle des salaires versés au cours des 12 derniers mois travaillés. Cependant, cette cotisation n'est pas due en cas de licenciement résultant d'une cessation d'activité de l'employeur pour raison de santé ou de départ en retraite (art. L. 321-13, C. trav.).

70. La cessation totale s'entend de l'abandon de l'ensemble de l'activité alors que la cessation partielle s'entend de l'abandon de l'une des branches d'activité ou de l'un des établissements de l'entrepreneur.

## **SECTION 2. LES CONSÉQUENCES FISCALES DE LA CESSATION D'ACTIVITÉ D'UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE**

### **I. AU REGARD DE L'IR**

Le principe est l'imposition immédiate (art. 201, 1, CGI). L'imposition porte sur :

- les bénéfices d'exploitation de l'activité jusqu'à la cessation d'activité ;
- les plus-values d'actif qui résulteraient de la cessation ;
- tous les bénéfices en sursis d'imposition, provisions ou plus-values dont l'imposition avait été différée.

### **II. AU REGARD DE LA TVA**

Les redevables relevant du régime du réel normal doivent produire leur dernière déclaration de TVA dans les 30 jours, ceux relevant du réel simplifié souscrivent à la déclaration de régularisation dans les 60 jours (art. 287, 4, CGI).

La cessation d'activité entraîne la liquidation définitive du solde du compte de TVA, déterminé par différence entre les taxes collectées et les taxes déductibles. Le crédit de TVA peut faire l'objet d'un remboursement pour son montant total (art. 242-0 G, CGI, ann. II).

Les sommes perçues après la cessation d'activité doivent être soumises à la TVA lorsque celles-ci se rapportent à des opérations réalisées avant la date de cessation et pour lesquelles l'exigibilité intervient lors de l'encaissement.

Concernant les régularisations de TVA, il convient de distinguer les biens meubles des immeubles.

- Est assimilée à une livraison de biens effectuée à titre onéreux, donc soumise à la TVA, la détention de biens meubles par un assujetti ou par ses ayants droit en cas de cessation de son activité économique taxable, lorsque ces biens ont ouvert droit à déduction complète ou partielle lors de leur acquisition ou de leur affectation, par l'assujetti aux besoins de son entreprise (art. 257, II, 1, 4°, CGI).
- En outre, lors du prélèvement des immeubles, suite de la cessation d'activité, par l'assujetti ou par ses ayants droit, il y a lieu à procéder à une régularisation globale. Le montant de la régularisation globale est égal à la somme des régularisations annuelles qui auraient été effectuées jusqu'au terme de la période de régularisation (celle-ci est de 20 ans pour les immeubles immobilisés). La régularisation prend la forme d'un reversement de la TVA initialement déduite.

## **CHAPITRE 2. LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ : RÉGIME JURIDIQUE ET FISCAL**

Des difficultés de plusieurs sortes peuvent conduire les associés d'une société commerciale à mettre fin à l'activité de l'entreprise qu'ils exploitent. On parle alors de **dissolution anticipée volontaire** ou de **dissolution conventionnelle**.

## SECTION 1. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ

### I. LES CONDITIONS DE LA DISSOLUTION

#### A. LES CAUSES DE LA DISSOLUTION

##### 1. Les causes communes à toutes les sociétés

Une société prend fin (art. 1844-7, C. civ.) :

« 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée<sup>71</sup>, sauf prorogation [expresse<sup>72</sup> ou tacite] [...] ;

2° par la réalisation ou l'extinction de son objet [le cas est rare, il s'agit souvent des sociétés en participation créées pour une opération ponctuelle, par exemple, pour le financement d'un film] ;

3° par l'annulation du contrat de société [le cas est rare puisque le droit français offre de larges possibilités de régularisation] ;

4° par la dissolution anticipée décidée par les associés ;

5° par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ;

6° par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal [...] [lorsque toutes les parts sociales se retrouvent réunies en une seule main, et si cette situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an (à l'exception des EURL ou SASU, art. L. 223-4 et L. 227-4, C. com.)] ;

7° par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ;

8° pour toute autre cause prévue par les statuts [par exemple : changement de nationalité d'un associé, baisse continue du chiffre d'affaires, etc.]. »

#### REMARQUE

##### Justes motifs

L'interprétation par le juge des « justes motifs » de dissolution anticipée est stricte. Dans un arrêt rendu le 23 mars 2010 (n° 08-22073), une société était en sommeil depuis des années, son gérant qui connaissait des problèmes de santé, ne l'administrait plus, aucune AG n'avait été convoquée depuis des années, sa cessation d'activité avait été mentionnée d'office au RCS aboutissant à sa radiation d'office, faute de régularisation de la situation, il n'y avait pas de projet de réactiver la société. Pour la cour d'appel, ces circonstances constituaient un juste motif de dissolution au sens de l'article 1844-7, 5° du Code civil. Mais, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt en jugeant qu'« en se déterminant par de tels motifs impropres à établir l'impossibilité pour la société de fonctionner normalement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

##### 2. Les causes spécifiques à chaque type de société

###### a. Pour les SNC

La société prend fin par le **décès de l'un des associés**, sauf clause statutaire contraire (art. L. 221-15, C. com.).

71. La durée de la société ne peut excéder 99 ans (art. 1838, C. civ.).

72. La prorogation de la société est décidée à l'unanimité des associés, ou, si les statuts le prévoient, à la majorité prévue pour la modification de ceux-ci (art. 1844-6, al. 1, C. civ.).

La **révocation d'un des gérants associés** décidée à l'unanimité entraîne la dissolution de la société. La dissolution peut être écartée si la continuation de la société est prévue par les statuts ou si les autres associés décident la continuation à l'unanimité (art. L. 221-12, C. com.).

La société est dissoute lorsqu'une mesure d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité est devenue définitive à l'égard d'un des associés. La dissolution peut être écartée si la continuation de la société est prévue par les statuts ou si les autres associés décident la continuation à l'unanimité (art. L. 221-16, C. com.).

### **b. Pour les SCS**

Si l'associé décédé d'une SCS était le seul commandité et si ses héritiers sont tous mineurs non émancipés, il doit être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société, dans le délai d'un an à compter du décès. À défaut, la société est dissoute à l'expiration de ce délai (art. L. 222-10, C. com.).

En cas de redressement ou de liquidation judiciaires d'un des associés commandités, d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou d'incapacité frappant l'un des associés commandités, la société est dissoute. La dissolution est écartée s'il existe un ou plusieurs autres associés commandités, et que la continuation de la société est prévue par les statuts ou que les associés la décident à l'unanimité (art. L. 222-11, C. com.).

### **c. Pour les SARL**

Le nombre des associés d'une SARL ne peut être supérieur à 100. Si la société vient à **comprendre plus de 100 associés**, elle est dissoute au terme d'un délai d'un an. Cependant, si pendant le délai d'un an, le nombre des associés est devenu égal ou inférieur à 100 ou que la société a fait l'objet d'une transformation, il n'est pas procédé à la dissolution de la société (art. L. 223-3, C. com.).

Une SARL **ne peut avoir pour associé unique une autre SARL composée d'une seule personne**. En cas de violation de cette règle, tout intéressé peut demander la dissolution des sociétés irrégulièrement constituées. Lorsque l'irrégularité résulte de la réunion en une seule main de toutes les parts d'une société dont la forme nécessite qu'il y ait plus d'un associé, la demande de dissolution ne peut être faite moins d'un an après la réunion des parts. Le tribunal peut accorder un délai maximal de 6 mois pour régulariser la situation et ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (art. L. 223-5, C. com.).

Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, **les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social**, les associés décident, dans les 4 mois qui suivent l'approbation des comptes, s'il y a lieu de procéder à la dissolution anticipée de la société (art. L. 223-42, C. com.).

### **d. Pour les SA**

Le capital social d'une SA doit être de 37 000 € au moins. La **réduction du capital social à un montant inférieur** ne peut être décidée que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital. En cas d'inobservation de cette règle, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société. Cette dissolution ne peut être prononcée si, au jour où le tribunal statue sur le fond, la régularisation a eu lieu (art. L. 224-2, C. com.).

Le tribunal de commerce peut, à la demande de tout intéressé, prononcer la dissolution de la société, si **le nombre des actionnaires est réduit à moins de 7 depuis plus d'un an**. Il peut accorder à la société un délai maximal de 6 mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu (art. L. 225-247, C. com.).

Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, **les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social**, le conseil d'administration ou le directoire est tenu dans les 4 mois qui suivent l'approbation des comptes, de convoquer l'AGE à l'effet de décider s'il y a lieu de procéder à la dissolution anticipée de la société (art. L. 225-248, C. com.).

**e. Pour les SAS**

« Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière [...] de dissolution, [...] sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. »

Art. L. 277-9, al. 2, C. com.

**REMARQUE**

La dissolution de la société ne doit pas constituer une manœuvre délibérée destinée à lui permettre de se soustraire à ses obligations légales ou contractuelles.

**B. LES FORMALITÉS DE LA DISSOLUTION****1. L'organe compétent pour décider de la dissolution**

La **dissolution judiciaire** d'une société commerciale est de la compétence du tribunal de commerce (art. R. 210-15, C. com.).

L'associé d'une **société unipersonnelle** peut dissoudre cette société à tout moment, par déclaration au greffe du tribunal de commerce, en vue de la mention de la dissolution au RCS (art. R. 210-14, C. com.).

La **dissolution anticipée** de la société est décidée par l'AGE. Cette décision correspond en fait à une modification des statuts (art. L. 225-246, C. com.). Il est aussi possible, dans les SARL, de décider la dissolution de la société par **consultation écrite** des associés (art. L. 223-27, C. com.).

**2. La procédure de dissolution**

Le projet de dissolution de la société doit être transmis au commissaire aux comptes 30 jours avant la date de dissolution prévue pour les SA et les SAS, ainsi que pour toutes les sociétés dotées d'un commissaire aux comptes.

Une lettre de convocation à l'AGE doit être envoyée aux associés dans les mêmes délais. Elle doit préciser l'ordre du jour, à savoir la dissolution de la société, ainsi que la nomination d'un liquidateur.

Les documents nécessaires à la prise de décision doivent être transmis ou mis à la disposition des associés au lieu du siège social.

Les dirigeants sociaux et, le cas échéant, le commissaire aux comptes doivent ensuite rédiger un rapport 15 jours avant la date prévue de la réunion de l'AGE devant statuer sur la dissolution.

Les associés sont alors réunis en AGE afin de statuer sur la dissolution de la société.

Lorsque la dissolution peut être décidée par consultation écrite des associés, ces derniers doivent être informés par écrit du projet de dissolution. Une lettre les informant du résultat de la consultation doit ensuite leur être communiquée.

Dans une SNC, par l'unanimité des associés, les statuts peuvent prévoir une majorité pour prendre la décision de dissolution de la société. Les statuts peuvent prévoir que les décisions sont prises par voie de consultation écrite, si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés.

**3. La publicité de la dissolution**

Les formalités de publicité suivantes sont à accomplir dans le délai d'un mois suivant la décision de l'AGE :

- enregistrement de l'acte de dissolution au tarif fixe de 375 ou 500 € ;
- avis dans un journal d'annonces légales ;
- déclaration auprès du CFE. Le CFE transmettra la demande de radiation aux différents organismes concernés, dont le greffe du tribunal de commerce. Ce dernier en fait mention au RCS et en assure la publicité au Bodacc.



La dissolution ne produit d'effet à l'égard des tiers qu'après sa publication au RCS (art. 1844-8, C. civ.).

### REMARQUE

#### Publication au RCS de la dissolution de la société

Cette publication est très importante. Il a été jugé que la disparition de la personnalité juridique d'une société n'est rendue opposable aux tiers que par la publication au RCS des actes ou événements l'ayant entraînée, même si ceux-ci ont fait l'objet d'une autre publicité légale (Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-15068).

## II. LES EFFETS DE LA DISSOLUTION

### A. LA SURVIE DE LA PERSONNALITÉ MORALE

La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci (art. 1844-8, al. 3, C. civ.). Autrement dit, la personnalité subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés. En outre, postérieurement à la clôture de la liquidation, la procédure de liquidation peut être recouverte, la société recouvre sa personnalité morale.

Par ailleurs, une société en liquidation peut être absorbée par une autre ou fusionner avec une autre pour créer une société nouvelle. Elle peut également être scindée (art. 1844-4, al. 1, C. civ.).

### B. LA LIQUIDATION ET LE PARTAGE

**La dissolution d'une société entraîne sa liquidation.**

Cependant, concernant les **sociétés unipersonnelles**, il convient de distinguer deux situations :

- **lorsque l'associé unique est une personne physique**, la dissolution est suivie d'une liquidation ;
- **lorsque l'associé unique est une personne morale**, la dissolution de la société unipersonnelle entraîne la transmission universelle du patrimoine de celle-ci à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation (art. 1844-5, al. 3, C. civ.).

« La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu.

L'appartenance de l'usufruit de toutes les parts sociales à la même personne est sans conséquence sur l'existence de la société.

En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation. Les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente<sup>73</sup> jours à compter de la publication de celle-ci. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. La transmission du patrimoine 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.

Les dispositions du troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique. »

Art. 1844-5, C. civ.

73. Le délai de 30 jours a été allongé à 60 jours par une loi du 5 novembre 2013. Au jour de la rédaction du présent fascicule, la loi n'est pas encore entrée en vigueur.

La nomination et la révocation du liquidateur sont décidées par les statuts, les associés ou par décision de justice.

La liquidation permet éventuellement de procéder au partage des éléments d'actif restants entre les associés, après que le passif a été réglé. Le partage est effectué dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf convention contraire. Les règles concernant le partage des successions s'appliquent aux partages entre associés (art. 1844-9, C. civ.).

Une AGO doit être convoquée et réunie pour permettre la clôture de la liquidation<sup>74</sup>. Elle statue sur le rapport du liquidateur et du CAC, le cas échéant. Un avis dans un journal d'annonces légales doit être publié. Le procès-verbal de l'AGO doit être déposé au greffe du tribunal compétent. Enfin, la radiation au RCS doit être demandée et effectuée dans un délai de 4 mois suivant la réunion de l'AGO ayant statué sur la clôture de la liquidation.

Si la clôture de la liquidation n'est pas intervenue dans un délai de 3 ans à compter de la dissolution, le ministère public ou tout intéressé peut saisir le tribunal en vue de faire procéder à la liquidation ou à l'achèvement (art. 1844-8, C. civ.).

## **SECTION 2. LE RÉGIME FISCAL DE LA DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ**

### **I. L'IMPOSITION DES BÉNÉFICES**

#### **A. AU NOM DE LA SOCIÉTÉ EN LIQUIDATION**

Que la société relève de l'IS ou de l'IR, **sa dissolution est assimilée à une cessation d'entreprise** qui entraîne l'imposition immédiate des bénéfices et des plus-values non encore imposées.

Lorsque la liquidation de la société dure plusieurs années, les déclarations annuelles souscrites par le liquidateur présentent un caractère provisoire. Les impositions établies au vu de ces déclarations viennent en déduction de l'imposition définitive.

Concernant des déficits constatés lors de la liquidation, il convient de distinguer :

- 1<sup>re</sup> hypothèse : **lorsque la société relève de l'IR**, les déficits sont toujours imputables sur le revenu global des associés dans les conditions habituelles ;
- 2<sup>e</sup> hypothèse : **lorsque la société relève de l'IS**, le droit au report des déficits est perdu sauf certains cas particuliers (par exemple : en cas de fusion sur agrément).

#### **B. AU NOM DES ASSOCIÉS DE LA SOCIÉTÉ EN LIQUIDATION**

En présence de bénéfices à la clôture de la liquidation, il convient de distinguer selon que la société en liquidation relève de l'IR ou de l'IS.

##### **1. La société en liquidation relevant de l'IS**

La société en liquidation **paie l'IS sur le boni de liquidation** au taux de droit commun.

##### **2. La société en liquidation relevant de l'IR**

Les associés ne paient pas d'impôt si le montant de la part qui leur est attribuée ne dépasse pas le montant de leurs apports réels faits à la société. Ceci est normal car ils ne sont pas enrichis.

En revanche, toutes les sommes leur revenant qui dépassent le montant de leurs apports initiaux (il s'agit du **boni de liquidation**) sont en principe imposables en tant que **revenu distribué** (art. 112, 3°, CGI).

74. La dissolution et la liquidation constituent deux opérations distinctes qui nécessitent la tenue de deux AG et deux publications.

## II. LES DROITS D'ENREGISTREMENT

### A. EN L'ABSENCE DE PARTAGE DES BIENS SOCIAUX

Il convient de distinguer deux situations :

- **Lorsque l'acte de dissolution de société ne porte aucune transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou au profit d'autres personnes**, celui-ci est enregistré au droit fixe de 375 ou 500 € (pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 €) (art. 811, 2°, CGI).
- **Lorsqu'il y a transmission de biens**, l'acte de dissolution est soumis au régime prévu en cas de liquidation. Les ventes de biens sociaux réalisées au cours de la liquidation sont soumises aux droits de mutation à titre onéreux selon la nature des biens.

### B. EN PRÉSENCE D'UN PARTAGE DES BIENS SOCIAUX

#### 1. Lorsque la société est passible de l'IS

Il convient de distinguer deux situations :

- **Lorsque les biens ont bénéficié, lors de leur apport, de l'exonération de droit ou du taux réduit**, leur attribution à un associé autre que l'apporteur ouvre droit à la perception des droits de mutation à titre onéreux (art. 810, III, der. Al., CGI). Si les biens ont été attribués à l'apporteur, aucun droit de mutation ou de partage n'est dû (il s'agit du principe de la mutation conditionnelle des apports<sup>75</sup>).
- **Lorsque les biens n'ont pas bénéficié, lors de leur apport, des exonérations de droit ou de taux réduit**, le partage de ces biens donne lieu au paiement du droit de partage de 1,10 % (2,5 % à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012) (art. 746, CGI). Ce droit est liquidé sur le montant de l'actif net partagé, la qualité de la personne attributaire n'étant pas prise en compte.

#### 2. Lorsque la société n'est pas passible de l'IS

Il convient de distinguer deux situations :

- **Lorsque le partage porte sur des acquêts sociaux** (biens acquis ou créés par la société, choses fongibles apportées à la société, apports à titre onéreux), le partage donne lieu au paiement du droit de partage de 1,10 % (2,5 % à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012).
- **Lorsque les biens partagés sont des corps certains** (fonds de commerce, immeuble, etc.) qui ont fait l'objet d'un apport pur et simple et qui ont bénéficié de l'exonération de droit, les droits de mutation à titre onéreux sont exigibles si les biens sont attribués à un associé autre que l'apporteur. Si les biens sont attribués à l'apporteur, aucun droit n'est perçu (il s'agit du principe de la mutation conditionnelle des apports).

## III. LA TVA

Le régime est identique à celui exposé en cas de cessation d'activité de l'entreprise.

75. Le principe de la mutation conditionnelle des apports s'applique sans restriction aux sociétés non passibles de l'IS. On peut le définir comme un apport qui n'opère mutation, en droit fiscal, que sous la condition suspensive de son attribution ultérieure à un autre que l'apporteur. Il a été supprimé pour les sociétés passibles de l'IS en 1965 et rétabli depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1991 uniquement pour certains biens : ceux qui ont bénéficié, lors de leur apport, de l'exonération de droit, du droit fixe ou du taux réduit de 1 %. Il a été encore élargi en 2000 avec l'exonération de droits subordonnée à l'engagement des associés de conserver pendant 3 ans les titres reçus en contrepartie de l'apport. En résumé, n'en sont exclus que les immeubles non professionnels.

## Synthèse de la partie 10

### I. Transmission de l'entreprise

#### A. La transmission à titre onéreux

##### 1. Transmission à titre onéreux d'un fonds de commerce

Un fonds de commerce est composé de biens meubles, corporels et incorporels, mis en œuvre par le commerçant pour son exploitation. Sont exclus les immeubles ainsi que les créances et dettes.

Juridiquement, la vente d'un fonds de commerce est strictement encadrée afin de protéger le vendeur, l'acquéreur et les créanciers du vendeur. La validité de la vente est soumise à :

- des **conditions de fond** :
  - **conditions générales** : capacité, consentement non vicié, objet de vente déterminé et licite, cause existante et licite,
  - **conditions spécifiques** : clauses stipulées dans le contrat de bail commercial (clause d'agrément, d'interdiction de cession du bail, etc.) ;
- des **conditions de forme** :
  - les **mentions obligatoires** (l'origine du fonds, l'état des inscriptions grevant le fonds, le chiffre d'affaires et les bénéfices réalisés au cours des 3 derniers exercices, les conditions relatives au bail),
  - des **documents comptables**,
  - des **formalités de publicité**.

Le vendeur bénéficie d'un **privilège** pour le paiement du prix de cession. Les créanciers du vendeur ont la possibilité de s'opposer au paiement du prix. L'administration fiscale peut engager la responsabilité solidaire de l'acheteur dans la limite du prix du fonds pour le paiement de l'impôt dû par le vendeur.

Concernant l'impôt sur les bénéfices de l'exploitant-cédant, en raison de la cessation d'activité, ce dernier s'expose à une **imposition immédiate**. Cependant, des **mesures d'exonération** sont prévues :

- l'exonération des PV professionnelles **en faveur des petites entreprises** ;
- l'exonération des PV dans le cadre d'un **départ à la retraite** ;
- l'exonération des PV réalisées **à l'occasion de la transmission d'une entreprise individuelle** ;
- l'abattement sur les PV immobilières<sup>76</sup>.

Le tarif des **droits d'enregistrement** applicable à la cession d'un fonds est progressif (0 % à 5 %).

Au plan du **droit du travail**, l'acquéreur du fonds est tenu de reprendre les contrats de travail en cours.

##### 2. Transmission à titre onéreux de titres d'une société

Deux particularités doivent être signalées :

- **Clause de garantie de passif** (définition, étendue, fonctionnement, mise en œuvre) : la cession de titres porte sur le patrimoine d'une société, ce qui signifie que l'évaluation du prix de vente dépend tout à la fois de l'actif et du passif de la société. Une garantie de passif a pour objet d'assurer à l'acheteur que les fluctuations du passif seront prises en charge par le vendeur pendant une certaine durée.

76. Concernant le niveau de précision que vous devez maîtriser sur les conditions d'application de ces régimes de faveur, je vous invite à vous référer aux corrigés de l'État.

- **Clause d'agrément ou de préférence** : la loi ou les statuts peuvent prévoir ou contenir une clause restreignant le droit de vendre les titres.

Concernant l'imposition des PV réalisées lors de la cession de titres, il convient de distinguer :

- les **PV des particuliers** : à compter de 2011, les PV réalisées donnent prise à l'IR sans considération de l'ampleur des cessions réalisées dans l'année. Les mesures de faveurs sont prévues ;
- les **PV professionnelles** :
  - lorsque des PV sont réalisées par des **entreprises soumises à l'IS**, elles sont imposables au taux de droit commun de l'IS (les PV à long terme sont en revanche exonérées d'IS),
  - dans les **entreprises relevant de l'IR**, les titres relèvent du régime des PV à long terme ou à court terme lorsqu'ils font partie de l'actif immobilisé.

Le taux des **droits d'enregistrement** est de 3 % s'agissant des cessions de parts sociales avec un abattement de 23 000 €, de 5 % s'agissant des cessions de participations dans des sociétés à prépondérance immobilière. S'agissant des cessions d'actions, le tarif est de 0,10 % à compter du 1<sup>er</sup> août 2012 (sans plafond). Certaines opérations sont cependant exonérées.

### **B. Transmission à titre gratuit**

La transmission à titre gratuit peut être réalisée **entre vifs ou par décès**. La transmission par décès peut être préparée afin d'éviter les effets contraignants d'une indivision (régime légal).

La fiscalité de la transmission à titre gratuit est un sujet de préoccupation pour les chefs d'entreprise.

En matière d'**imposition sur les bénéfices**, concernant les entrepreneurs individuels ou les associés d'une société de personnes, le principe est l'imposition immédiate, sauf exceptions (exonération ou report d'imposition). La transmission à titre gratuit de titres dans une société soumise à l'IS n'entraîne pas l'imposition des PV.

Le tarif des **droits d'enregistrement** est **progressif** (5 à 60 %). Des **abattements** applicables à l'actif net transmis, des **réductions et exonérations** des droits sont prévus (réduction liée à l'âge du donateur, exonération à concurrence de 75 % de la valeur de l'entreprise transmise, etc.).

## **II. Disparition de l'entreprise**

### **A. Cessation d'activité de l'entreprise individuelle**

Lorsque l'entreprise cesse son activité, l'exploitant doit effectuer des démarches auprès du CFE, de l'administration fiscale, des organismes sociaux. En outre, il est tenu, en tant qu'employeur, d'adresser une déclaration pour l'arrêt du contrat de travail.

En matière d'impôt sur les bénéfices, le principe est l'imposition immédiate.

### **B. Dissolution de la société**

Les **causes de dissolution** d'une société sont nombreuses (dissolution anticipée, dissolution judiciaire, etc.). Des causes spécifiques existent pour chaque type de forme sociale.

La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. En principe, la dissolution entraîne la liquidation. Cependant, la dissolution des sociétés unipersonnelles dont l'associé unique est une personne morale entraîne la transmission universelle du patrimoine de celle-ci à l'associé unique.

Concernant l'**impôt sur les bénéfices**, la dissolution de la société entraîne l'imposition immédiate des bénéfices non encore imposés :

- si la société en liquidation relève de l'IS, la société paie l'IS sur le boni de liquidation au taux de droit commun ;
- si la société en liquidation relève de l'IR, les associés paient l'impôt, au titre des revenus distribués, pour les sommes leur revenant qui dépassent le montant de leurs apports initiaux.

En matière de **droits d'enregistrement** :

• **En l'absence de partage des biens sociaux :**

- lorsqu'il y a transmission de biens, la vente de biens sociaux est soumise aux droits de mutation à titre onéreux selon la nature des biens ;
- dans le cas contraire, l'acte de dissolution est enregistré au droit fixe de 375 ou 500 €.

• **En cas de partage des biens sociaux :**

- lorsque la société est passible de l'IS :
  - si les biens ont bénéficié, lors de leur apport, de l'exonération de droits ou du taux réduit, leur attribution à un associé autre que l'apporteur ouvre droit à la perception des droits de mutation à titre onéreux. Si les biens ont été attribués à l'apporteur, aucun droit de mutation ou de partage n'est dû,
  - lorsque les biens n'ont pas bénéficié, lors de leur apport, des exonérations de droit ou de taux réduit, le partage de ces biens donne lieu au paiement du droit de partage de 1,10 % (2,5 % à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012) ;
- lorsque la société n'est pas passible de l'IS :
  - lorsque le partage porte sur des acquêts sociaux, le partage donne lieu au paiement du droit de partage de 1,10 % (2,5 % à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012),
  - lorsque les biens partagés sont des corps certains qui ont fait l'objet d'un apport pur et simple et qui ont bénéficié de l'exonération de droit, les droits de mutation sont exigibles si les biens sont attribués à un associé autre que l'apporteur. Si les biens sont attribués à l'apporteur, aucun droit n'est perçu.



# ASSOCIATIONS ET AUTRES ORGANISMES À BUT NON LUCRATIF

Partie rédigée par Hervé KRUGER, Marie-Claude RIALLAND et Haiying WANG-FOUCHER

## TITRE 1. LES ASSOCIATIONS

### CHAPITRE 1. LE RÉGIME JURIDIQUE

Le régime juridique des associations s'inscrit dans l'esprit et les principes du droit commun des contrats régis par le Code civil.

#### SECTION 1. LA DÉFINITION DE L'ASSOCIATION ET DE DIFFÉRENTES ASSOCIATIONS

##### I. LA DÉFINITION DE L'ASSOCIATION

« L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices.

Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations. »

Art. 1, loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901.

À travers cet article de la loi, on remarque d'abord que **l'association est un contrat** et ensuite que le législateur a laissé une grande liberté dans l'objet et le but que peuvent poursuivre les individus qui s'associent à ce contrat. En effet, les membres de l'association se réunissent dans un but autre que de partager des bénéfices. On peut difficilement trouver un objet plus vaste.

##### II. DE DIFFÉRENTES FORMES D'ASSOCIATION

###### A. L'ASSOCIATION DE FAIT OU NON DÉCLARÉE

L'existence de **l'association non déclarée** résulte d'une constatation de fait. Elle est un contrat consensuel qui ne nécessite aucun écrit. Cependant, non déclarée, elle ne jouit pas de la capacité juridique et n'a pas d'existence juridique distincte de celle de ses membres. Elle n'a donc pas de patrimoine, même si elle peut recevoir des cotisations. Ce sont les membres de l'association qui engagent leur responsabilité personnelle en raison de l'activité.

## B. L'ASSOCIATION DÉCLARÉE

L'**association déclarée** acquiert une personnalité juridique propre distincte de celle de ses membres et la capacité juridique<sup>77</sup> dès lors qu'elle a été rendue publique par ses fondateurs, par publication de la déclaration d'existence au Journal officiel de la République française, sur récépissé de déclaration.

La déclaration est effectuée à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement de la domiciliation définie dans les statuts. Lorsque l'association a sa domiciliation à Paris, la déclaration se fait alors à la préfecture de police de Paris.

La déclaration est rédigée sur papier libre, elle indique le titre, l'objet et le siège de l'association, le nom, le domicile et la nationalité de ses dirigeants.

## C. L'ASSOCIATION RECONNUE D'UTILITÉ PUBLIQUE

### 1. Les préalables à la reconnaissance d'utilité publique

- La **déclaration et la publication** : les associations qui sollicitent la reconnaissance d'utilité publique doivent avoir rempli préalablement les formalités imposées aux associations déclarées.
- Une **existence de 3 ans** : avant de pouvoir être reconnue d'utilité publique, l'association doit justifier d'une durée minimale de fonctionnement de 3 ans comme association déclarée et publiée.
- Les **statuts types** : l'association qui souhaite être reconnue d'utilité publique a l'obligation de respecter des statuts types imposé par le Conseil d'État.

### 2. La reconnaissance d'utilité publique et ses effets

La reconnaissance d'utilité publique est accordée par un décret du ministère de l'intérieur après avis du Conseil d'État.

L'avantage principal de la reconnaissance d'utilité publique est qu'elle offre la possibilité de recevoir des dons et des legs. En contrepartie de ces avantages, un contrôle spécifique des pouvoirs publics est exercé (ex. : communication annuelle des comptes au Préfet).

## D. L'ASSOCIATION AGRÉÉE

L'agrément de l'association n'est pas issu de la loi de 1901 mais résulte de pratiques plus récentes propres à certains ministères.

L'agrément recouvre en réalité une volonté de certains ministères d'entretenir des relations privilégiées avec une association en particulier. Certains agréments sont la condition d'accès aux subventions, c'est-à-dire que l'association ne peut obtenir de subventions qu'à la condition préalable d'avoir été agréée. D'autres agréments augmentent la capacité juridique de l'association et lui offrent la possibilité de se porter partie civile. C'est le cas, par exemple, pour les associations agréées par le ministère de l'environnement ou de la consommation. L'agrément peut en outre entraîner l'autorisation administrative d'ouverture d'un établissement (secteur sanitaire et social).

L'agrément est soumis au respect de certaines règles. Par exemple, pour les associations sportives, l'agrément est notamment fondé sur l'existence de dispositions statutaires garantissant le fonctionnement démocratique de l'association, la transparence de sa gestion et l'égal accès des femmes et des hommes à ses instances dirigeantes.

77. La capacité des associations déclarées à posséder des immeubles est limitée puisque cela ne peut se faire qu'en respectant des conditions encadrées.

## SECTION 2. LA CRÉATION ET LA DISSOLUTION D'UNE ASSOCIATION

### I. LA CRÉATION D'UNE ASSOCIATION

La constitution d'une association n'est soumise à aucun formalisme particulier ni à aucune autorisation particulière. **Le dépôt de la demande de déclaration ne constitue pas une demande d'autorisation.**

#### A. LE CONTRAT ASSOCIATIF (LES STATUTS DE L'ASSOCIATION)

Les statuts représentent le contrat de l'association. Ce sont eux qui vont lier les membres entre eux et vis-à-vis des tiers.

Les statuts sont obligatoires du fait qu'ils doivent être présentés en préfecture pour que l'association puisse être déclarée.

##### 1. Les conditions de fond de formation du contrat associatif

Le législateur a défini un cadre peu contraignant à la création de l'association afin de rendre sa création accessible au plus grand nombre. Cette grande souplesse est aussi l'une des raisons qui contribuent au choix de ce régime juridique.

##### a. Les conditions générales de validité

Pour constituer une association, il faut respecter les conditions générales de validité du contrat : la capacité des parties qui s'engagent, un consentement non vicié, un objet et une cause licites.

##### b. Les règles particulières

Tout d'abord, **les parties doivent être au moins deux**, personnes physiques ou morales. Concernant les personnes physiques, seuls les majeurs capables ou assimilés (mineurs émancipés, majeurs protégés selon certaines conditions) pourront s'associer à ce contrat. Un mineur doit être représenté par ses représentants légaux pour s'associer. Cependant, un mineur peut être mandaté. Une circulaire du ministère de la jeunesse et des sports du 24 janvier 1985 prévoit qu'un mineur de 16 à 18 ans peut participer à l'assemblée générale de l'association et même être élu au conseil d'administration. Toutefois, il ne pourra pas exercer les fonctions de président, trésorier, secrétaire général.

Par ailleurs, des réserves sont apportées pour certaines catégories de personnes, non pas quant à leur possibilité d'adhérer à une association, mais pour la diriger, comme par exemple les militaires, les agents publics sous certaines conditions ainsi que les personnes déchues de leurs droits civiques, ou déchues du droit de diriger une personne morale.

Puis, **l'objet doit consister en un apport de connaissances ou d'activité de manière permanente**. Il est cependant possible de faire des apports en nature ou en numéraire.

Les raisons de recourir à la forme associative sont quasi illimitées. Ce grand principe est prescrit a contrario, en définissant uniquement les interdits à la création d'une association :

« Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, est nulle et de nul effet. [...] »

Art. 3, loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901.

Cependant et malgré le caractère très large de l'acceptation de l'objet, une association dont l'objet serait illicite ou contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public serait immédiatement frappée de nullité et dissoute (art. 7, loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901).

Enfin, **le but lucratif est interdit**. L'association peut avoir des activités lucratives, mais elle ne peut pas être créée dans l'objectif de rechercher un bénéfice. Il est, par ailleurs, interdit aux associations de partager les excédents éventuels.

## 2. Les conditions de forme de formation du contrat associatif

L'écrit est obligatoire si l'association doit être déclarée. Les statuts sont préparés en amont de l'assemblée générale constitutive.

Les statuts doivent contenir des mentions obligatoires et peuvent contenir des mentions facultatives.

### a. Les mentions obligatoires

- la **dénomination** : elle est libre, mais doit être originale ;
- l'**objet** : il doit être licite, non contraire aux bonnes mœurs, ne pas porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement, sous peine de nullité de l'association ;
- le **siège** : mention importante qui détermine la compétence territoriale des juridictions ;
- la **désignation des membres et leurs compétences** (art. 5, loi du 1<sup>er</sup> juill. 1901).

Il faut aussi mentionner **certaines clauses rendues obligatoires** pour les associations émettrices de valeurs mobilières, et pour les associations sportives scolaires et universitaires, les associations réalisant des activités économiques ainsi que pour les associations sportives.

Enfin, il est essentiel de respecter des **statuts types** dans des cas de structures particulières. Ces statuts sont obligatoires pour les associations reconnues d'utilité publique, pour certaines associations agréées, ainsi que pour les associations particulières (fédérations départementales de chasseurs, conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement) et les associations et fédérations sportives.

### b. Les mentions facultatives

- la durée ;
- l'organisation : le mode d'élection des dirigeants et leurs pouvoirs ;
- les règles de convocation et de tenue des assemblées ;
- les modalités de dissolution.

### REMARQUES

#### Remarque 1 : Modification des statuts

Toute modification des statuts doit être déclarée et publiée pour être opposable aux tiers.

Dès lors qu'un changement intervient dans l'administration ou la direction d'une association déclarée ou publiée, cette dernière aura l'obligation d'en informer la préfecture concernée dans un délai de 3 mois à compter de la date de modification effective.

Les conditions de modification des statuts sont prévues par les statuts (ex. : organe compétent, majorité acquise).

Si l'association ne procède pas à la déclaration de modification ou de suppression, des sanctions civiles (inopposabilité aux tiers), pénales (contravention de 5<sup>e</sup> classe), administratives (par exemple, la suppression de subvention lorsque l'association en perçoit) peuvent être prononcées par les autorités compétentes.

#### Remarque 2 : Registre spécial obligatoire

Chaque association doit tenir un registre spécial sur lequel seront consignés les éventuels changements intervenus dans sa direction et les modifications apportées à ses statuts.

Ce registre spécial permet de suivre les événements statutaires et le fonctionnement de l'association. Il est lié à la vie de l'association et devra être conservé indéfiniment, au même titre qu'un livret de famille pour une personne physique.

Le registre doit être tenu et conservé au siège de l'association.

La non-utilisation du registre spécial peut entraîner des sanctions par l'autorité administrative, pouvant aller jusqu'à la dissolution de l'association.

Le registre spécial devra être présenté aux autorités administratives ou judiciaires chaque fois qu'elles en feront la demande.

**Remarque 3 : Règlement intérieur**

Un règlement intérieur précisera le fonctionnement interne de l'association. Il n'est cependant pas obligatoire. Il peut venir compléter ou préciser les statuts : montant des cotisations, modalités de réunion du bureau, etc.

**3. L'assemblée constitutive**

Les membres fondateurs d'une association se réunissent pour approuver des statuts au cours d'une assemblée générale constitutive. Cette assemblée constitutive fera l'objet d'un procès-verbal qui permet d'effectuer les formalités de déclaration en préfecture.

**B. LES FORMALITÉS DÉCLARATIVES**

Afin d'obtenir la capacité juridique, l'association doit effectuer une déclaration préalable à la préfecture et être rendue publique par les soins des fondateurs, cette publicité résultant d'une insertion au Journal officiel.

La déclaration d'existence doit être établie en deux exemplaires sur papier libre par ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de la direction ou de l'administration de l'association.

La déclaration doit comporter les mentions suivantes :

- le titre de l'association ;
- l'objet ;
- le siège de l'association et ses établissements ;
- les nom, profession, domicile et nationalité des personnes qui à un titre quelconque sont chargées de son administration. La fonction qui sera exercée par chaque dirigeant devra être précisée, conformément au modèle présenté dans les sous-préfectures.

La déclaration devra être accompagnée d'un exemplaire des statuts daté et signé par au moins deux fondateurs ou administrateurs ainsi que de la demande d'insertion au Journal officiel.

L'autorité ayant enregistré la déclaration dans un délai de 5 jours devra produire un récépissé. Le récépissé contiendra l'énumération des pièces annexées (statuts et demande d'insertion au Journal officiel).

**REMARQUE****Associations reconnues d'utilité publique**

Concernant les associations reconnues d'utilité publique, la demande présentée formellement est établie sur papier libre et doit être signée par toutes les personnes déléguées à cet effet par l'assemblée générale. Elle doit être adressée au ministère de l'intérieur, accompagnée de l'ensemble des pièces justificatives.

**II. LA DISSOLUTION DE L'ASSOCIATION****A. LES CAUSES DE DISSOLUTION**

Il existe quatre types de dissolution :

- La **dissolution volontaire** : la dissolution anticipée peut être décidée par l'AG aux conditions statutaires de majorité des décisions extraordinaires, ou, à défaut de dispositions statutaires, à l'unanimité. La dissolution peut être prévue par les statuts (ex. : réalisation de l'objet).
- La **dissolution par l'effet de la loi**.
- La **dissolution judiciaire** : elle est prononcée par le TGI du ressort du siège social, à la demande de tout intéressé. Le tribunal, s'il y donne suite, peut nommer un curateur qui est chargé de réunir l'AG des membres en vue d'organiser cette dissolution.
- La **dissolution administrative**.

## B. LES EFFETS DE LA DISSOLUTION

La personnalité morale de l'association est maintenue pour les besoins de la liquidation et jusqu'à son terme. La dissolution peut faire l'objet d'une déclaration en préfecture.

La liquidation se déroule selon les conditions statutaires. À défaut de dispositions statutaires, l'assemblée générale désigne le liquidateur. Sur requête du procureur de la République, le tribunal peut désigner un curateur chargé de convoquer l'assemblée générale afin de décider de la dévolution des biens (art. 9, loi du 1<sup>er</sup> juill. 1901).

Les apports sont repris selon les modalités prévues par les statuts ou par l'acte d'apport, qui doit être authentique.

L'assemblée générale doit se prononcer sur la dévolution du boni de liquidation. Il est interdit aux membres de se partager ce boni qui peut être confié :

- à une autre association ;
- ou à une personne morale ou physique, à condition que cette dernière ne soit pas membre de l'association liquidée.

### REMARQUE

#### Confusion des patrimoines

La confusion des patrimoines s'applique non seulement aux associations et à leurs sociétaires. Dans un arrêt en date du 5 avril 2011 (n° 10-16496), un couple avait constitué une association d'accueil de familles en difficultés. Le liquidateur judiciaire de l'association avait assigné le couple fondateur aux fins d'extension de la procédure de liquidation en raison de l'existence de flux financiers anormaux. En effet, les subventions publiques servaient à ce couple pour vivre au quotidien, payer des remboursements bancaires, donner de l'argent à leur fille et acheter des vêtements. Par ailleurs, l'association et les comptes personnels étaient mélangés.

## SECTION 3. LE FONCTIONNEMENT DE L'ASSOCIATION

### I. LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE L'ASSOCIATION

#### A. LE FINANCEMENT

Les sources de financement des associations sont diverses.

- Le **droit d'entrée** : certaines associations peuvent fixer un droit d'entrée versé en une seule fois au moment de l'adhésion.
- Les **apports** : ils doivent faire l'objet d'un acte notarié et doivent être affectés à l'objet statutaire.
- Les **cotisations** : elles représentent une somme d'argent mise à la charge des sociétaires pour financer l'activité de l'association. En principe, elles sont versées annuellement.
- Les **subventions publiques** : ce sont des aides sans contrepartie accordées par une personne morale de droit public. Un agrément ministériel de l'association est parfois imposé pour pouvoir les recevoir.
- Les **libéralités** :
  - les **dons manuels** : ce sont des dons faits de la main à la main, toute association peut les recevoir, sans autorisation ;
  - les **dons autres que manuels et les legs** : seules les associations reconnues d'utilité publique, les associations cultuelles et les associations ayant pour but exclusif la bienfaisance, l'assistance, la recherche scientifique ou médicale peuvent les recevoir sur déclaration à l'autorité préfectorale. Les associations sont tenues de produire une déclaration de libéralités au préfet du département où elles ont leur siège, au terme de 4 mois, à compter de la date de l'accusé de réception du dossier de déclaration, l'absence de notification d'une



décision expresse du préfet vaut absence d'opposition à l'acceptation d'une libéralité (Décr. 20 avr. 2010) ;

- les **quêtes et les collectes sur la voie publique** : elles doivent être autorisées par l'autorité préfectorale.
- **L'emprunt obligataire** : les associations ayant une activité économique, qui fonctionnent depuis au moins 2 ans et qui sont immatriculées au RCS, peuvent émettre des emprunts obligataires.

## B. LES ACTIVITÉS

### 1. Le principe de spécialité

L'association comme toute personne morale est soumise au principe de spécialité : la capacité juridique est limitée à la réalisation de l'objet de l'association.

### 2. Les activités non lucratives

L'association peut exercer librement toute activité non lucrative licite, sauf si la loi réserve l'activité à d'autres personnes morales ou la soumet à une réglementation spécifique.

Il est par exemple interdit d'exercer une activité réservée aux officiers publics ou à des organismes publics. On ne peut pas créer une chambre d'agriculture associative qui se présenterait comme un organisme alternatif de la chambre d'agriculture. En effet, les chambres d'agriculture sont des établissements publics ayant pour mission de représenter et défendre les intérêts agricoles.

### 3. Les activités lucratives

Les activités lucratives sont permises, mais il est interdit de distribuer les bénéfices qui en découlent.

- **Si l'activité est artisanale et que l'association n'emploie pas plus de 10 salariés**, l'association doit s'immatriculer au répertoire des métiers.
- **Si l'activité est commerciale**, l'association sera considérée comme commerçant.

#### REMARQUE

Seules les associations émettrices d'obligations ou de titres de créances négociables peuvent être immatriculées au RCS.

## C. LE DROIT D'AGIR EN JUSTICE

### 1. La défense des intérêts propres de l'association

L'association qui jouit de la personnalité morale peut agir en justice lorsqu'elle subit un préjudice qui lui est propre.

### 2. La défense des intérêts collectifs de ses membres

L'association peut agir devant les juridictions non répressives lorsque l'action entre dans l'objet statutaire. Le préjudice doit être commun à tous ses membres et résulter d'une atteinte à l'intérêt collectif que l'association poursuit.

L'association peut se constituer partie civile devant les juridictions répressives lorsqu'une infraction pénale porte atteinte aux intérêts communs de ses membres. Pour cela, elle doit en subir un préjudice personnel et direct et elle doit avoir pour mission de défendre ces intérêts.

**EXEMPLE**

L'article L. 421-1 du Code de la consommation permet aux associations de consommateurs agréées de se constituer partie civile **relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs**. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008 (n° 06-88948), à la suite de l'absorption de médicaments préparés à base d'un acide toxique, deux personnes étaient décédées. Le fabricant et le distributeur ont été poursuivis du chef d'homicide involontaire. L'association « UFC Que choisir » a vu sa constitution de partie civile déclarée irrecevable par le juge du fond. Le juge du fond a considéré que l'association ne subissait pas de préjudice direct dans le cadre des homicides involontaires. La Cour de cassation a censuré la décision du juge du fond. Ainsi, pour la Cour suprême, l'association de consommateurs était recevable dans sa constitution de partie civile, car le médicament ayant provoqué le décès des deux victimes ne présentait pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et avant par conséquent porté atteinte à la santé des personnes.

### 3. La défense des intérêts collectifs de portée générale

**Certaines associations reconnues d'utilité publique** peuvent agir devant les juridictions pénales et exercer les droits reconnus à la partie civile pour des infractions déterminées par un texte et lorsque l'infraction porte atteinte aux intérêts collectifs défendus par l'association. Par exemple, il s'agira d'associations de lutte contre les discriminations, pour la protection de l'enfance, ou de l'environnement d'association des consommateurs.

## II. LA RESPONSABILITÉ DE L'ASSOCIATION

### A. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

L'association est responsable des infractions commises, pour son compte, par ses organes ou représentants, ainsi que toute personne morale.

Par exemple, un club de football a pu être poursuivi pour travail dissimulé et condamné à 50 000 € d'amende dont 35 000 € avec sursis :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure, que l'association Sud Nivernais Imphy-Decize (SNID), club de football amateur, a été citée par le procureur de la République devant le tribunal correctionnel pour avoir, de juin 2003 à juin 2005, étant employeur de 27 joueurs, omis de leur remettre un bulletin de paye et omis de procéder à la déclaration nominative préalable à l'embauche, et pour avoir mentionné sur le bulletin de paie de Christian Y... un nombre d'heures de travail inférieur à celui réalisé ; que l'association SNID a également été citée par les Assedic de Franche-Comté Bourgogne pour n'avoir pas, dans les mêmes circonstances et concernant les mêmes personnes, procédé aux déclarations obligatoires auprès des organismes sociaux ;

[...]

Attendu qu'en l'état de ces énonciations dont il résulte que l'infraction a été commise par le président de l'association pour le compte de la personne morale, et qui caractérisent un lien de subordination entre les parties, la cour d'appel a justifié sa décision ; »

Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-87575.

### B. LA RESPONSABILITÉ CIVILE

#### 1. La responsabilité civile à l'égard des tiers

En tant que personne morale, l'association engage sa responsabilité civile contractuelle ou délictuelle. Elle est tenue par ses engagements.

## 2. La responsabilité civile à l'égard des membres

L'association est tenue par :

### a. Une obligation de sécurité

C'est le cas notamment des associations sportives.

#### EXEMPLE

« Vu l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ;  
Attendu, selon ce texte, que les associations sportives, ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres au cours des compétitions et entraînements auxquels ils participent, sont responsables des dommages qu'ils causent à cette occasion, dès lors qu'une faute caractérisée par une violation des règles du jeu est imputable à l'un de ses membres, même non identifié ; »

Cass. civ 2, 22 sept. 2005, n° 04-14092.

### b. Une obligation de réaliser l'objet statutaire

#### EXEMPLE

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Syndicat national des pilotes et professionnels de l'aviation légère (le syndicat) a fait assigner la Fédération française des planeurs ultralégers motorisés (la Fédération) régie par la loi de 1901, devant le tribunal de grande instance de Créteil, au motif qu'elle exerçait des activités commerciales étrangères à ses missions statutaires, génératrices d'une situation de concurrence illicite et déloyale à l'égard des entreprises des professionnels de l'aviation légère ; »

Cass. civ 1, 11 févr. 2003, n° 00-13761.

## III. LES MEMBRES DE L'ASSOCIATION

Parmi les membres de l'association, on distingue les **sociétaires ou adhérents (A)**, qui profitent de l'activité de l'association des **bénévoles (B)** qui participent activement à la réalisation de l'activité.

### A. LES ADHÉRENTS

Le **principe de liberté** prévaut pour les adhérents, avec son corollaire, le **principe de liberté de sélection pour l'association**. En conséquence, une personne est libre d'adhérer ou non à une association, et l'association est libre d'accepter ou de refuser une adhésion en sélectionnant ses membres.

#### EXEMPLE

L'article 8 des statuts de l'association des Gîtes de France et du tourisme vert de la Vienne prévoyait que l'adhésion était limitée à une année et que son renouvellement ne pouvait être tacite mais subordonné à un accord tant de l'adhérent que de l'association. L'association avait pris la décision de ne pas renouveler l'adhésion de Mme X et par conséquent, il lui était interdit d'utiliser la marque « *Gîtes de France* ». La Cour de cassation a jugé qu'en vertu de la liberté contractuelle, l'association pouvait refuser le renouvellement au terme du contrat initial sans avoir à justifier des motifs de son refus (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, n° 09-66969).

Les adhérents ou sociétaires ont l'obligation de respecter les dispositions statutaires, notamment le paiement des cotisations annuelles.

Ils n'encourent aucune responsabilité à l'égard des dettes de l'association en raison de l'accomplissement de l'activité.

## B. LES BÉNÉVOLES

### 1. Le régime juridique

Le bénévolat ne bénéficie d'aucun statut juridique.

Le bénévole est le plus souvent membre de l'association mais, ce n'est pas une obligation. Il intervient et participe au fonctionnement de l'association sans rémunération ni contrepartie et ne bénéficie d'aucun avantage en nature. Enfin, n'étant pas salarié de l'association, il ne peut recevoir aucun ordre impératif et ne peut être sanctionné par l'association. Il n'a pas un lien de subordination vis-à-vis de l'association et reste libre de cesser son bénévolat à tout moment.

Le bénévole n'est jamais rémunéré mais peut être remboursé, sur justificatifs, des frais qu'il aurait engagés dans le cadre de son activité. Il n'a pas le statut de salarié et n'a pas de contrat de travail. En principe, l'activité bénévole n'ouvre donc droit à aucune protection sociale (maladie, maternité, assurance vieillesse).

Dans la pratique, le risque est grand de confusion entre la qualification de bénévole et la qualification de salarié. Un arrêt du 29 janvier 2002 (Cass. soc., n° 99-42697) reconnaît la qualification de salariés à des bénévoles liés à la Croix-Rouge selon les termes suivants :

« [...] Et attendu que la cour d'appel, devant laquelle Mlle Z. et M. Y. n'ont jamais prétendu qu'ils étaient sociétaires de la Croix-Rouge française, a relevé que, non seulement les intéressés effectuaient un travail d'accompagnement des voyageurs sous les ordres et selon les directives de l'association, qui avait le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels, mais encore que les intéressés percevaient une somme forfaitaire dépassant le montant des frais réellement exposés ; D'où il suit qu'elle a exactement décidé que les intéressés étaient liés à la Croix-Rouge française par un contrat de travail ; que le moyen n'est pas fondé [...]. »

L'exercice d'une activité bénévole n'empêche pas de conserver le statut de demandeur d'emploi. Toutefois, l'activité ne peut être exercée chez l'ancien employeur. Le bénévole ne doit en aucun cas remplacer un salarié. Il faut donc exclure du bénévolat les cas dans lesquels l'activité bénévole est exercée dans un organisme lucratif. Enfin, le bénévolat ne doit pas empêcher de rechercher activement un emploi.

Une personne peut cumuler bénévolat et retraite dans les mêmes conditions, notamment si elle ne perçoit pas de rémunération au titre de bénévole.

### 2. La protection du bénévole

En cas d'accident, le bénévole n'est pas protégé par la réglementation propre aux accidents du travail, mais la jurisprudence considère que l'association doit l'indemniser en vertu d'une convention de tacite assistance. Pour se prémunir contre ces risques, il est donc conseillé aux dirigeants d'associations de souscrire une assurance responsabilité civile.

Dans certains cas, liés au type d'association rencontré, il peut y avoir un assujettissement afin de protéger les bénévoles contre les accidents en cours d'exercice de l'activité bénévole. On distingue deux régimes : le régime obligatoire et le régime volontaire.

- Le régime obligatoire concerne les bénévoles des organismes sociaux (la liste des associations concernées est indiquée à l'article D. 412-79 du Code de la Sécurité sociale). Ils bénéficient d'une couverture en cas d'accident.

- Le régime volontaire concerne les associations d'intérêt général<sup>78</sup>. Ces associations peuvent souscrire une assurance volontaire couvrant les risques « *accidents du travail et maladies professionnelles* » de leurs bénévoles. La cotisation est prise en charge par l'association et son montant est fixé forfaitairement par arrêté ministériel, en fonction des tâches effectuées par les bénévoles (travaux administratifs, travaux autres qu'administratifs, participation au conseil d'administration, à l'assemblée générale ou à des réunions organisées par l'autorité publique, à l'exclusion de toute autre activité).

Enfin, un salarié d'une association peut être aussi bénévole à la condition qu'il ait obtenu l'accord de son employeur. Il faudra veiller à bien séparer les deux fonctions afin de ne pas faire requalifier le temps de bénévolat en temps salarié. La requalification de l'activité du bénévole en activité salariée entraînera automatiquement l'affiliation de ce dernier au régime général de Sécurité sociale.

#### IV. L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

La loi de 1901 ne précise pas le rôle de l'assemblée générale, hormis pour régler la dévolution des biens en cas de dissolution.

De ce fait, son rôle et ses modalités de fonctionnement doivent être précisés dans les statuts ou dans le règlement intérieur, selon le principe de liberté contractuelle.

Cependant, l'assemblée générale doit obligatoirement être réunie dans les associations reconnues d'utilité publique, ainsi que dans certaines associations ou fédérations. En effet, cette obligation résulte des statuts types qu'elles sont obligées d'adopter. On citera, à titre d'exemple, les fédérations sportives agréées ou encore les associations autorisées à émettre des valeurs mobilières.

Le rôle, les missions et les compétences de l'assemblée générale seront variables et dépendront donc du pouvoir que souhaitent lui conférer les membres fondateurs et leurs successeurs.

Les statuts (ou le règlement intérieur) prévoient souvent la périodicité de la tenue de l'assemblée générale ordinaire (annuelle, le plus souvent) et de l'assemblée générale extraordinaire. Cette question d'organisation est laissée à la libre appréciation de chaque association, sous réserve toutefois des règles particulières applicables à certaines associations soumises à des statuts types ou à une réglementation impérative. Il y a donc ici une perte d'autonomie de l'association et de la liberté contractuelle.

La tenue d'une assemblée générale est obligatoire dans les cas suivants :

- Lorsque l'association sollicite la reconnaissance d'utilité publique, elle doit présenter, conjointement à sa demande, la délibération de l'assemblée autorisant cette demande.
- Lorsque l'association émet des obligations, elle doit réunir ses membres en assemblée générale une fois par an minimum afin de procéder à l'approbation des comptes annuels. La règle est la même pour les fédérations et les associations sportives.
- Lorsque l'association fait l'objet d'une dissolution volontaire, statutaire ou prononcée par justice, ses biens seront dévolus conformément aux statuts ou, à défaut de disposition statutaire, suivant les règles déterminées en assemblée générale.

78. Il s'agit des associations d'intérêt général au sens de l'article 200 du Code général des impôts (œuvres ou organismes d'intérêt général ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'œuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises).

**REMARQUE****Procès-verbal des délibérations**

La tenue d'un procès-verbal des délibérations n'est en aucun cas obligatoire. Néanmoins, elle est fortement conseillée.

En effet, au cours de la vie de l'association, ces procès-verbaux peuvent être exigés par les administrations ou par les organismes sociaux, que ce soit pour accorder un agrément, une subvention ou pour contrôler l'utilisation des fonds. L'administration fiscale pourra aussi exiger la production des procès-verbaux dans le cadre de la formalité annuelle relative à la soumission de l'association à l'IS, sous réserve de son assujettissement.

**V. LES ORGANES DIRIGEANTS**

L'association est composée de différentes instances qui se répartiront des compétences et des pouvoirs afin d'assurer une bonne organisation.

**A. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DE PRINCIPE**

La loi laisse le soin aux statuts de déterminer les modalités de la gouvernance des associations, pour respecter le principe de liberté contractuelle.

En principe, les dirigeants sont élus par l'assemblée générale des adhérents.

Cependant, la déclaration d'existence déposée en préfecture doit contenir l'identité des personnes chargées de l'administration.

Les statuts types imposés à certaines associations prévoient les modalités précises de l'administration : par exemple, les statuts types des associations reconnues d'utilité publique publiés par le ministère de l'intérieur dans les articles de 5 à 12.

**EXEMPLES**

« L'association est administrée par un conseil dont le nombre des membres, fixé par délibération de l'assemblée générale, est compris entre < > membres au moins et < > membres au plus. [...] »

Art. 5.

« Le président représente l'association dans tous les actes de la vie civile. Il ordonne les dépenses. Il peut donner délégation dans des conditions qui sont fixées par le règlement intérieur (le règlement intérieur est facultatif). [...] »

Art. 9.

Dans la pratique, la plupart des associations présentent une structure d'administration semblable. On y trouve, au minimum, un bureau composé d'un président, d'un secrétaire et d'un trésorier, ainsi que leurs suppléants. S'y ajoute parfois un conseil d'administration.

**B. LE DIRIGEANT DE L'ASSOCIATION****1. La qualité du dirigeant de l'association**

Les dirigeants d'une association **peuvent être des personnes physiques ou morales**.

Les personnes physiques doivent jouir de la capacité civile d'exercice.

Cependant, un mineur non émancipé peut être dirigeant à condition que le secrétaire et le trésorier soient capables civilement.



**Ne peuvent être dirigeants :**

- les personnes interdites de gérer si l'association émet des obligations ;
- les personnes ayant subi une faillite personnelle si l'association a une activité économique.

Par ailleurs, il existe certaines **incompatibilités**. Par exemple, un parlementaire ne peut pas diriger une association qui exécute des prestations pour une personne publique, les militaires ne peuvent être membres d'association à caractère politique ou syndical.

**2. Les pouvoirs et les responsabilités des dirigeants**

Les **pouvoirs** sont à préciser dans les statuts. En principe, les statuts prévoient que :

- le président reçoit le pouvoir de représenter l'association légalement ;
- le secrétaire est chargé des tâches administratives ;
- et le trésorier gère les recettes et les dépenses.

Si les statuts prévoient d'autres organes d'administration, ils en fixent la mission.

Les dirigeants engagent leur **responsabilité** lorsqu'ils commettent des fautes :

- dans le cadre de la **responsabilité pénale**, le dirigeant doit répondre à des infractions commises à l'occasion du fonctionnement ou de la représentation de l'association ;
- dans le cadre de la **responsabilité civile**, le dirigeant engage sa responsabilité à l'égard des tiers, s'il commet une faute d'une particulière gravité, détachable de ses fonctions ;

Le **dirigeant de fait** engage sa responsabilité comme le dirigeant de droit. Il en résulte qu'un adhérent s'immisçant dans la gestion est responsable des fautes personnelles qu'il commet.

**SECTION 4. LE CONTRÔLE LÉGAL DE L'ASSOCIATION**

L'établissement de comptes annuels et la nomination d'un commissaire aux comptes sont obligatoires :

- pour les associations qui dépassent deux des trois seuils suivants :
  - 1 550 000 € pour le total du bilan,
  - 3 100 000 € pour le chiffre d'affaires ou les ressources,
  - 50 pour l'effectif ;
- pour les associations qui reçoivent, pour un montant supérieur à 153 000 €, une ou plusieurs subventions publiques ou des dons de personnes physiques ou morales donnant droit à un avantage fiscal<sup>79</sup> ;
- pour les associations rémunérant leurs dirigeants ;
- pour les associations reconnues d'utilité publique ;
- pour les associations émettant des obligations, etc.

Les associations non soumises à l'obligation ont cependant la faculté de nommer un commissaire aux comptes.

**CHAPITRE 2. LE RÉGIME FISCAL DES ASSOCIATIONS**

Les associations et, plus généralement, les organismes réputés être sans but lucratif ne sont pas en principe soumis aux impôts dus par les personnes exerçant une activité économique (notamment la TVA, l'IS).

S'inscrivant dans une logique de simplification du droit, l'instruction fiscale du 18 décembre 2006<sup>80</sup> renouvelle et compile l'ensemble des dispositions fiscales relatives aux associations. Elle

79. La Cour des comptes peut contrôler la conformité entre les objectifs des organismes bénéficiant de dons ouvrant droit à un avantage fiscal et les dépenses financées par ces dons, lorsque le montant annuel de ceux-ci excède 153 000 € (art. L. 111-8, C. jur. fin.).

80. Bulletin officiel des impôts, instruction 4 H-5-06 n° 208 du 18 décembre 2006 : <http://cneap.scolanet.org/BibliRessources/PagesSystem/ViewNodeFile.ashx?idnode=3550>

offre une véritable prise en compte de l'évolution législative et jurisprudentielle récente. Elle consiste en un document unique qui présente le régime fiscal d'ensemble des organismes sans but lucratif et traite des obligations déclaratives, de la rémunération des dirigeants salariés, de la TVA et des franchises d'impôts commerciaux. L'instruction permet ainsi de faciliter la gestion de la fiscalité de l'association.

L'administration fiscale a nommé des inspecteurs des impôts spécialistes de la fiscalité des organismes à but non lucratif « **correspondant association** ». Ils ont reçu notamment pour mission de statuer sur le caractère lucratif ou non de ces organismes. L'association qui a un doute sur son régime fiscal peut s'adresser au correspondant association de la direction des services fiscaux de leur département. Les positions prises par l'administration lui sont opposables, sous réserve du caractère complet et sincère des informations fournies et sauf changement ultérieur de la situation de l'organisme (**rescrit fiscal**).

## **SECTION 1. LA DÉTERMINATION DU CARACTÈRE LUCRATIF D'UN ORGANISME SANS BUT LUCRATIF**

L'administration fiscale doit prouver le caractère lucratif de l'activité au moyen d'une démarche en trois étapes :

- La gestion de l'association est-elle désintéressée ? (I)
- L'association exerce-t-elle une activité concurrentielle ? (II)
- Quelles sont les conditions d'exercice de l'activité ? (III)

### **I. L'ÉTAPE 1 : LA GESTION EST-ELLE DÉSINTÉRESSÉE ?**

#### **A. LE PRINCIPE**

Lorsque la gestion de l'association n'est pas désintéressée, l'association est imposable aux impôts commerciaux.

Si elle est désintéressée, on passe à la deuxième étape.

La gestion désintéressée est définie à l'article 261, 7, 1°, d du CGI et implique que :

- l'association est gérée et administrée à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée (conjoint, ascendant, enfant, etc.), aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ;
- l'association ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfice, à quelque titre que ce soit ;
- aucun membre de l'association ni leurs ayants droit n'est attributaire d'une part quelconque de l'actif à la dissolution (sauf reprise éventuelle des apports).

#### **B. LA RÉMUNÉRATION VERSÉE AUX DIRIGEANTS**

La rémunération des dirigeants ne remet pas en cause le caractère désintéressé de la gestion :

- lorsque les dirigeants perçoivent une rémunération annuelle inférieure à 75 % du SMIC ;
- ou lorsque les dirigeants perçoivent une rémunération égale à trois fois le plafond de la Sécurité sociale, dès lors qu'elle est la contrepartie de l'exercice effectif du mandat de dirigeant, proportionnelle à son temps de travail et comparable à celle qui peut être versée pour des responsabilités comparables.

En outre, les ressources annuelles de l'association doivent être constatées par un CAC. Le nombre de dirigeants rémunérés dépend des ressources financières de l'association (hors subventions des personnes publiques) (art. 261, 7, 1°, CGI) :

Montant des ressources <sup>(1)</sup>	Nombre de dirigeants
< 200 000 €	0
De 200 000 à 500 000 €	1
De 500 000 à 1 000 000,00 €	2
> 1 000 000 €	3

(1) En moyenne sur les 3 exercices clos précédant celui pendant lequel la rémunération est versée. Le montant des ressources hors ressources issues des versements effectués par des personnes morales de droit public est constaté par un commissaire aux comptes.

Une association peut verser des rémunérations si ses statuts le prévoient explicitement et si une décision de son organe délibérant l'a expressément décidé à la majorité des 2/3 de ses membres. Le montant de toutes les rémunérations versées à chaque dirigeant ne peut en aucun cas excéder trois fois le montant du plafond visé à l'article L. 241-3 du Code de la Sécurité sociale.

## II. L'ÉTAPE 2 : L'ACTIVITÉ EXERCÉE EST-ELLE CONCURRENTIELLE ?

Si son activité ne fait pas concurrence aux entreprises commerciales, l'association ne sera pas soumise aux impôts commerciaux.

Dans le cas contraire, il faut s'interroger sur les conditions d'exercice de l'activité concurrentielle (étape 3).

## III. L'ÉTAPE 3 : QUELLES SONT LES CONDITIONS D'EXERCICE D'UNE ACTIVITÉ CONCURRENTIELLE ?

L'administration fiscale applique la **règle des 4P**. Elle examine le produit, le public, le prix, la publicité.

- **Le produit** : on recherche si le produit ou le service fourni par l'association est similaire à ceux offerts par le marché.  
Même si c'est le cas, il faut encore se demander si l'association n'exerce pas cette activité concurrentielle du fait de l'insuffisance du marché. C'est par exemple le cas des services à la personne, souvent assurés par des associations, notamment dans le milieu rural.
- **Le public** : on doit se demander si le produit est offert aux seuls adhérents ou à des personnes justifiant de l'octroi d'avantages particuliers au regard de leur situation économique (chômeurs, personnes handicapées, enfants défavorisés, etc.), ou enfin si le produit est offert à tous.
- **Le prix** : même si le produit est similaire à ceux du marché et offert à tous, le prix est-il le même que celui des entreprises commerciales concurrentes ? Pour échapper aux impôts commerciaux, il faudra que le prix soit nettement inférieur à ceux pratiqués pour des prestations similaires et qu'il soit variable en fonction de la situation des usagers.
- **La publicité** : l'utilisation des moyens de la publicité commerciale peut apparaître comme un indice de recherche de profits. Il s'agit de vérifier que l'association choisit les contenus et les supports en fonction du public visé.

En conclusion, si l'association a une gestion désintéressée, si son activité n'est pas concurrentielle, elle ne sera pas soumise aux impôts commerciaux ; si au contraire sa gestion est intéressée ou si elle a une activité concurrentielle exercée de façon similaire à une entreprise commerciale, elle sera, alors, soumise aux impôts commerciaux.

## SECTION 2. LA FRANCHISE D'IMPÔT

Dans le cas où l'association est soumise à l'impôt, il existe un régime de franchise d'impôts sous certaines conditions (art. 206, 1 bis, CGI) :

- première condition : la gestion doit être désintéressée ;
- deuxième condition : les activités non lucratives doivent être significativement prépondérantes ;
- troisième condition : le montant des recettes d'exploitation encaissées dans l'année civile au titre des activités lucratives ne doit pas excéder 60 000 €.

L'association devient passible de l'IS à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année au cours de laquelle l'une des trois conditions n'est plus remplie.

Impôts/taxes	Activités lucratives prépondérantes	Activités lucratives non prépondérantes	
		Recettes lucratives annuelles inférieures ou égales à 60 000 €	Recettes lucratives supérieures à 60 000 €
IS	Taxation de la totalité des activités	Franchise	Option : taxation sur la totalité des activités ou sectorisation
TVA	Taxation de la totalité des activités	Franchise	Taxation des activités lucratives

### SECTION 3. LES REVENUS PATRIMONIAUX

Même lorsqu'elles sont considérées comme sans but lucratif ou bénéficiant de la franchise d'impôt, les associations demeurent redevables de l'impôt sur les sociétés, à un taux spécifique, sur certains de leurs revenus « *patrimoniaux* » :

- Les locations d'immeuble sont soumises à l'IS au taux de 24 % (appliqué aux locations nettes, après prise en compte des charges, amortissement inclus).
- Les revenus mobiliers, quant à eux, sont taxables :
  - au taux de 10 % pour les revenus d'obligations et intérêts de titres de créance négociable ;
  - au taux de 15 % pour les dividendes ;
  - au taux de 24 % pour les intérêts de créances non négociable (intérêts de comptes-courants par exemple).

Cependant, les associations non soumises à l'IS restent en tout état de cause exonérées sur :

- les plus-values de cessions de valeurs mobilières ;
- les revenus mobiliers provenant de certains placements (livret A par exemple).

## TITRE 2. LES FONDATIONS ET AUTRES ORGANISMES À BUT NON LUCRATIF

Le terme « *fondation* » recouvre une multitude de possibilités contractuelles et financières qui offrent une réponse claire et fiable juridiquement aux questions que se posent de nombreux organismes.

### CHAPITRE 1. LES FONDATIONS

#### SECTION 1. LA DÉFINITION ET LES TEXTES APPLICABLES

La loi<sup>81</sup> définit désormais la fondation comme une convention par laquelle :

« [...] Une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources, à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif. »

81. La loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (JO, 24 juill. 1987) a été modifiée à de nombreuses reprises et une nouvelle version consolidée de la loi a été publiée le 16 mai 2009.

L'intérêt général peut être d'ordre philanthropique, humanitaire, artistique, culturel, scientifique ou pédagogique.

L'activité des fondations peut s'exercer sous des structures juridiques diverses.

Quelle que soit la fondation, le mécène bénéficie d'avantages fiscaux. Les particuliers peuvent bénéficier d'une réduction de l'IR pour 66 % du don dans la limite de 20 % du revenu imposable ou d'une réduction de l'ISF de 75 % du don dans la limite de 50 000 €. Les entreprises peuvent déduire 60 % du don de l'impôt dans la limite de 0,5 % du chiffre d'affaires.

## **SECTION 2. LES DIFFÉRENTES FONDATIONS**

### **I. LES FONDATIONS ABRITÉES OU SOUS ÉGIDE**

Les fondations abritées agissent sous l'égide d'une autre fondation.

La fondation peut être créée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales qui consentent une libéralité. Le gratifié est la fondation qui reçoit cette libéralité, on parle de fondation abritante ou fondation mère. Le fondateur et le gratifié sont liés par une convention selon laquelle le gratifié reçoit la charge de gérer les biens reçus dans le respect de l'affectation voulue par le fondateur. Le projet de fondation doit être accepté par le gratifié. La convention peut être conclue à durée déterminée ou indéterminée.

La fondation abritée ne bénéficie pas de la personnalité morale, mais le mécène peut lui donner une dénomination : par exemple la fondation Ch'ti Fonds créée par Dany Boon sous l'égide de la Fondation de France.

### **II. LES FONDATIONS RECONNUES D'UTILITÉ PUBLIQUE**

#### **A. LES CARACTÉRISTIQUES**

Les fondations reconnues d'utilité publique peuvent être créées par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public. La création de la fondation naît de la déclaration de volonté par laquelle le fondateur exprime sa volonté d'affecter, de manière irrévocable, des biens à une œuvre déterminée, soit de son vivant, soit après sa mort.

La reconnaissance d'utilité publique est attribuée par décret en Conseil d'État et confère à la fondation la personnalité morale après publication au Journal officiel.

La dissolution de la fondation est décidée par l'organe d'administration avec l'approbation du ministère de tutelle ou prend effet par retrait de la reconnaissance d'utilité publique.

#### **B. LA GOUVERNANCE**

La fondation reconnue d'utilité publique doit adopter des statuts conformes aux statuts types élaborés par le Conseil d'État.

Deux possibilités s'offrent lorsqu'il y a la volonté de créer une fondation reconnue d'utilité publique. Les fondateurs peuvent choisir entre un conseil d'administration et un conseil de surveillance accompagné d'un directoire.

On distingue, en général, trois collèges dans le conseil d'administration ou de surveillance :

- le collège des fondateurs ou leurs représentants, qui doit être minoritaire dans le but d'assurer l'indépendance de la fondation à l'égard des fondateurs ;
- le collège des personnalités qualifiées ;
- le collège des représentants de l'État : depuis la loi de 2003, la représentation des ministères de tutelle n'est plus obligatoire au sein des organes de gestion. Cependant, l'État est représenté par un commissaire du gouvernement avec voix consultative.

Il est possible de représenter au sein des organes de gestion des représentants des salariés, ou des donateurs, etc.

### C. LA CAPACITÉ JURIDIQUE ET LE CONTRÔLE

La capacité juridique des fondations reconnues d'utilité publique correspond sensiblement à celle des associations reconnues d'utilité publique. Cependant, elle leur offre plus de possibilités tant d'un point de vue patrimonial qu'au niveau de la gestion.

En effet, contrairement aux associations qui ne peuvent détenir d'immeubles qu'à la condition qu'ils soient destinés à leur activité ou à servir de locaux, les fondations reconnues d'utilité publique peuvent détenir des immeubles dans le but de faire des placements. Cela leur permet de placer leurs capitaux et d'en obtenir rémunération. Cependant, cette faculté est tempérée par l'obligation d'établir des comptes annuels et de nommer un commissaire aux comptes.

## III. LES FONDATIONS D'ENTREPRISE

### A. LES CARACTÉRISTIQUES

Une fondation d'entreprise peut être créée par toute société, civile ou commerciale, tout établissement public, toute mutuelle, toute coopérative, toute institution de prévoyance.

Cette liste exclut les associations, les autres fondations, les personnes physiques, les syndicats, les collectivités territoriales.

La fondation d'entreprise est autorisée par le préfet après vérification du montant de son programme pluriannuel et du but d'intérêt général. La personnalité juridique naît de la publication de l'autorisation du préfet au Journal officiel.

La capacité juridique est moindre que celle d'une association reconnue d'intérêt général.

La dissolution prend effet par l'arrivée du terme, par décision des fondateurs, ou par retrait de l'autorisation administrative.

### B. LE FINANCEMENT DE LA FONDATION D'ENTREPRISE

La fondation doit établir un programme d'action pluriannuel d'une durée d'au moins 5 ans, qui peut être prorogée pour une durée de 3 ans.

Ce programme doit être d'un montant de 150 000 € minimum. Les fondateurs s'engagent à verser les sommes prévues par le programme et ne peuvent se retirer de la fondation avant d'avoir intégralement versé les sommes sur lesquelles ils se sont engagés.

La fondation d'entreprise peut être financée par des subventions publiques, les revenus de la dotation initiale ou les produits de services rendus. Elle peut détenir un portefeuille de valeurs mobilières composées de titres au nominatif.

Elle ne peut pas faire appel à la générosité du public. Cependant, il existe une exception, les salariés du groupe de l'entreprise fondatrice peuvent faire des dons manuels qui bénéficient de l'avantage fiscal accordé aux donateurs à destination des fondations.

Elle ne peut détenir d'immeubles que s'ils sont nécessaires à l'accomplissement de son objet.

Elle ne peut pas recevoir des dons et legs.



### C. LA GOUVERNANCE

La fondation d'entreprise est gouvernée par un conseil d'administration composé pour deux tiers au plus par les représentants des fondateurs et les représentants du personnel et pour un tiers au moins par des personnalités qualifiées dans le domaine d'intervention de la fondation.

Le président du conseil d'administration représente légalement la fondation.

## IV. LES FONDATIONS NOUVELLEMENT CRÉÉES

### A. LA FONDATION DE COOPÉRATION SCIENTIFIQUE

La fondation de coopération scientifique est créée par décret simple du ministre en charge de la recherche. Elle ne bénéficie pas de la reconnaissance d'utilité publique, mais elle est dotée de la personnalité juridique. Son domaine d'intervention est lié exclusivement à la recherche scientifique.

La dotation est constituée en totalité ou en majorité par des personnes publiques.

Le conseil d'administration est composé d'enseignants chercheurs et des représentants des fondateurs.

### B. LA FONDATION UNIVERSITAIRE

La fondation universitaire est abritée par l'université qui la crée, par simple décision du conseil d'administration. Elle n'a pas la personnalité juridique et son objet est la réalisation d'œuvres ou d'activités d'intérêt général à but non lucratif, conformes aux missions de service public de l'enseignement supérieur.

Les fondateurs sont l'établissement public d'enseignement supérieur qui la crée et les personnes physiques ou morales qui participent au projet. Ces dernières n'ont pas la possibilité de prendre l'initiative de la création.

Son budget est géré selon les règles de gestion privée des fondations.

### C. LA FONDATION PARTENARIALE

Les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics à caractère scientifique et technologique et les établissements publics de coopération scientifique peuvent créer, en vue de la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général conformes aux missions du service public de l'enseignement supérieur, une ou plusieurs personnes morales à but non lucratif dénommée « *fondation partenariale* ». Ils peuvent créer cette fondation seuls ou avec toutes personnes morales et physiques, françaises ou étrangères (art. L. 719-13, Code de l'éducation).

On applique à la fondation partenariale les règles de la fondation d'entreprise, à la différence que l'autorisation administrative est délivrée par le recteur de l'académie.

Le conseil d'administration de la fondation partenariale est composé majoritairement des représentants des établissements publics qui l'ont créée.

## CHAPITRE 2. LE FONDS DE DOTATION

L'article 140 de la LME du 4 août 2008 dispose que :

« I.- Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général.

Le fonds de dotation est créé par une ou plusieurs personnes physiques ou morales pour une durée déterminée ou indéterminée.

II.- Le fonds de dotation est déclaré à la préfecture du département dans le ressort duquel il a son siège social. Cette déclaration est assortie du dépôt de ses statuts.

Le fonds de dotation jouit de la personnalité morale à compter de la date de publication au Journal officiel de la déclaration faite à la préfecture.

Les modifications des statuts du fonds sont déclarées et rendues publiques selon les mêmes modalités ; elles ne sont opposables aux tiers qu'à compter de leur publication.

[...] »

### Synthèse de la partie 11

L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, de façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, pour sa validité, par les **principes généraux du droit** applicable aux contrats et obligations.

L'association déclarée acquiert la capacité juridique dès lors qu'elle a été rendue publique par ses fondateurs. L'association qui jouit de la personnalité morale peut agir en justice lorsqu'elle subit un préjudice direct et personnel. Certaines associations reconnues d'utilité publique peuvent agir devant les juridictions pénales et exercer les droits reconnus à la partie civile pour des infractions déterminées par un texte et lorsque l'infraction porte atteinte aux intérêts collectifs qu'elles défendent.

L'association et l'organisme à but non lucratif **ne sont pas en principe soumis aux impôts commerciaux** (IS, TVA, etc.). Cependant, ils le sont lorsque l'administration prouve le caractère lucratif de leur activité au moyen d'une démarche en **trois étapes** :

- La gestion de l'association est-elle désintéressée ?
- L'association exerce-t-elle une activité concurrentielle ?
- Quelles sont les conditions d'exercice de l'activité (règle des 4P) ?

L'association ayant un doute sur son régime fiscal peut s'adresser au **correspondant association** de l'administration et les positions prises par lui sont opposables à l'administration (**rescrit fiscal**).

Dans le cas où l'association est soumise à l'impôt, un régime de **franchise d'impôt** s'applique sous certaines conditions (ex. : si le montant des recettes d'exploitation encaissées dans l'année civile au titre des activités lucratives ne dépasse pas 60 000 €).

# EXERCICES AUTOCORRIGÉS

Ne pas envoyer à la correction

## Exercice 1

### ÉNONCÉ

M. Dubosc est dirigeant d'une entreprise de taille moyenne spécialisée dans l'installation et la vente de systèmes de climatisation. Il en est le seul actionnaire et sa PME est évaluée à un million d'euros. Il est fatigué et souhaite prendre sa retraite rapidement.

Il a toujours voulu transmettre son entreprise à l'une de ses deux filles mais aucune des deux ne veut reprendre l'entreprise familiale. Cependant, son petit-fils Marc, âgé de 18 ans, vient de s'engager dans des études de géothermie et se déclare prêt à reprendre le flambeau dès l'obtention de son diplôme.

### TRAVAIL À FAIRE

#### 1. Qu'en pensez-vous ?

Parallèlement, Marc et deux de ses amis (Francine, 21 ans, et Pierre, 19 ans) ont décidé de monter une association pour venir en aide aux élèves en difficulté et faire du soutien scolaire. Ils ignorent comment se passe concrètement la création d'une association et quelles sont les démarches à entreprendre.

#### 2. Pouvez-vous les leur rappeler ?

Les parents de Francine sont très fortunés et veulent encourager leur fille dans sa démarche. Ils ont décidé de vendre à l'association un immeuble de rapport pour une somme modique. Cet immeuble comprend quatre logements dont trois sont loués à des particuliers et rapportent mensuellement 3 400 €. Le quatrième appartement serait destiné à abriter les locaux de l'association.

#### 3. L'association va-t-elle pouvoir acquérir l'immeuble ?

### CORRIGÉ

#### Question 1

Dans un premier temps, M. Dubosc peut attribuer, notamment par testament, tout ou partie de l'entreprise au profit de Marc. Si son patrimoine ne peut pas être divisé en parts égales dont l'une contiendrait l'entreprise dans son entier, ses deux filles devront renoncer à tout ou partie de leur héritage futur au profit de Marc. Il faut donc un consensus familial non équivoque.

M. Dubosc a désormais la possibilité de rédiger un mandat à effet posthume parallèlement à son testament. Ce mandat lui permettra de désigner de son vivant une personne, mandatée pour administrer la société à son décès en attendant que Marc soit en mesure de tenir les rênes.

Enfin, conformément à la loi Dutreil, il peut signer avec ses héritiers un engagement collectif de conservation des parts sociales de l'entreprise. À son décès, les parts ou actions ayant fait l'objet de cette conservation seront exonérées de droit de succession à hauteur de 75 % de leur valeur.

## Question 2

### Création d'une association

#### Règles de droit applicables

Pour exister, l'association n'a pas besoin d'être déclarée. Cependant, si elle ne l'est pas, elle ne pourra pas jouir de la capacité juridique. Elle pourra percevoir des cotisations, mais non des subventions publiques.

Une association non déclarée peut cependant ouvrir un compte bancaire et en jouir de la même façon qu'une personne physique. Les représentants de l'association de fait seront des personnes physiques, tout au moins dans les relations de l'association avec les organismes bancaires.

#### Application

Il semble donc préférable de déclarer l'association que veulent créer Marc, Pierre et Francine afin que leur association bénéficie des avantages de la capacité juridique, à savoir : pouvoir ester en justice, recevoir des dons, des subventions de l'État et des collectivités territoriales, percevoir les cotisations de ses membres.

#### Démarches à suivre

Toute association qui voudra obtenir la capacité juridique prévue par l'article 6 devra être rendue publique par les soins de ses fondateurs.

L'association ne sera rendue publique que par insertion au *Journal officiel*, sur production du récépissé de déclaration.

La déclaration est effectuée à la sous-préfecture de l'arrondissement de la domiciliation définie dans les statuts. Lorsque l'association a sa domiciliation à Paris, la déclaration se fait alors à la préfecture de police de Paris.

Un exemplaire des statuts est joint à la déclaration.

Les dirigeants de l'association doivent faire connaître le titre de l'association, ses buts, le siège (c'est-à-dire la domiciliation de l'association et des établissements qui en dépendent s'il y a lieu), les noms, professions, domiciles et nationalités de ceux qui sont chargés de l'administration ou de la direction de l'association.

## Question 3

### Règles de droit applicables

Une association a la possibilité d'être propriétaire et donc peut posséder et administrer un bien immobilier. Néanmoins, ce bien immobilier ne peut être que le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres ou encore les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose.

#### Application

Le fait de posséder des immeubles de rapport n'entre pas dans l'un de ces deux cadres. L'association ne pourra donc pas l'acquérir dans sa totalité. Cependant, l'acquisition du quatrième appartement, destiné à abriter les locaux de l'association, est possible et peut avoir lieu. L'association peut donc devenir propriétaire mais uniquement du quatrième appartement.

**Exercice 2****ÉNONCÉ**

Thierry et Annick vivent en concubinage et créent ensemble une SCI pour acquérir un bien immobilier.

Une partie de l'immeuble est mise à la disposition du couple, le surplus est loué à une société commerciale. Thierry, associé majoritaire, est le gérant de la SCI.

Après quelques années de vie commune, le couple se sépare. Thierry occupe les locaux avec sa nouvelle compagne. Il demande à Annick, par courrier, de supporter une quote-part des travaux dont il a décidé lui-même l'exécution sans information préalable de sa coassociée comme les statuts le prévoient. Celle-ci souhaite que la société soit dissoute, ce que refuse Thierry.

**TRAVAIL À FAIRE**

1. Que peut faire Annick pour obtenir la dissolution de la société ?
2. Si la dissolution est prononcée, par qui la société sera-t-elle liquidée ?
3. Les règles de la liquidation judiciaire s'appliqueront-elles ?

**CORRIGÉ****Question 1****Règle juridique**

L'article 1844-7 du Code civil prévoit les causes de dissolution des sociétés. Le 5° de cet article prévoit que le tribunal peut prononcer la dissolution anticipée à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

**Application**

Annick peut demander la dissolution anticipée au tribunal de grande instance à condition de prouver que son coassocié n'a pas respecté les statuts et qu'il en découle une paralysie du fonctionnement de la société.

**Question 2****Règle juridique**

En cas de dissolution anticipée, le liquidateur est désigné par les statuts, par les associés ou par décision judiciaire.

**Application**

En l'espèce, si les statuts ne prévoient pas la désignation du liquidateur, Annick devra demander au juge de le désigner lui-même.

**Question 3**

Lorsqu'il s'agit d'une dissolution anticipée qui n'est pas motivée par la cessation des paiements, on applique les règles de la liquidation amiable. Le régime légal s'appliquera en l'absence de dispositions conventionnelles.

**Exercice 3****ÉNONCÉ**

M. Campan est actuellement associé dans une SARL dénommée INITIÉS SARL constituée comme suit :

- M. Campan : 120 parts sociales ;
- M. Légitimus : 120 parts sociales ;
- M. Bourdon : 60 parts sociales.

Le capital social de la SARL Initiés s'élève à 7 500 € et son objet est la création, la production et la vente de produits de farces et attrapes. Son siège social est à Senlis.

Aujourd'hui, la société va mal : l'entente cordiale des débuts a disparu pour faire place à des difficultés de communication et M. Campan a décidé de se retirer pour monter une société de production de films dramatiques avec Mme Carré. Il veut vendre ses parts au plus vite.

M. Youn est très intéressé et le prix qu'il propose convient à M. Campan. L'affaire est donc entendue et conclue entre les deux compères.

M. Bourdon s'étonne de voir arriver ce nouvel associé sans plus d'explications le jour de l'AGO.

Par ailleurs, Mme Campan, très jalouse de Mme Carré, veut absolument que son époux reste dans la société SARL Initiés. Elle considère que son mari a manqué à son devoir en lui imposant d'emblée son départ de la SARL et se demande dans quelle mesure le régime matrimonial est pris en compte en cas de cession de parts sociales. Malheureusement, elle est un peu brouillonne et a égaré tous ses papiers. Elle n'arrive pas à se souvenir si l'acquisition des parts a eu lieu avant ou après son mariage en 1989 mais précise qu'elle s'est mariée sous le régime de la communauté.

**TRAVAIL À FAIRE**

Pouvez-vous aider chacun à y voir plus clair ?

**CORRIGÉ****M. Campan****Règles de droit applicables**

L'associé de SARL qui veut quitter la société doit céder ses parts sociales. Pour que cette cession soit valable, il convient de respecter un certain formalisme.

Si la cession se fait en faveur d'une personne étrangère à la société, le cédant doit notifier par huissier ou lettre recommandée avec accusé de réception (LRAR) à la société et à chacun des associés sa décision de vendre ses parts sociales.

Dans un délai de 8 jours à compter de cette notification, le gérant doit convoquer une assemblée générale ou, si les statuts le permettent, consulter les associés par écrit sur ledit projet. Le cessionnaire doit ensuite être agréé par les associés.

Pour obtenir cet agrément, le cessionnaire doit recueillir la majorité des voix de l'AGO réunissant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte. Le cédant prend normalement part au vote.

L'agrément peut également être donné lors de la signature de l'acte de cession ; il faut alors que tous les associés soient présents ou dûment représentés.

En cas de silence des associés pendant 3 mois à compter de la notification de la cession, l'agrément est réputé acquis au profit du cessionnaire indiqué sur ladite notification.

Toute cession effectuée en violation des règles ci-avant est nulle.



**Application**

M. Campan aurait dû réaliser la cession dans les conditions citées ci-avant et procéder à une demande d'agrément de M. Youn par ses coassociés. La cession de parts sociales entre M. Campan et M. Youn n'est pas valable. M. Campan doit donc présenter M. Youn et obtenir l'agrément de ses coassociés, dans les conditions prévues par la loi s'il veut que la cession soit valable.

**Mme Campan****Règles de droit applicables**

Dans le cas où les parts cédées sont des biens communs, le conjoint doit donner son consentement à la cession.

Dans le cas où les parts ont été acquises avec des biens propres (héritage, par exemple) et qu'elles ne rentrent pas dans la communauté, le cédant est libre de les vendre sans en avertir son époux(se).

**Application**

On ignore si les parts sociales appartiennent ou non aux deux époux ou si seul M. Campan en est propriétaire. Si les parts sociales sont des biens communs, M. Campan aurait dû avertir son épouse de la cession de parts sociales et obtenir son consentement pour que la cession soit valable. Dans le cas où les parts ont été acquises avec des biens propres avant le mariage, et qu'elles ne rentrent pas dans la communauté, M. Campan est alors libre de les vendre sans en avertir son épouse.

**Exercice 4****ÉNONCÉ**

La SARL « Les Feux de la rampe », spécialisée dans la vente de luminaires, est bien située au cœur de Saint-Brieuc. Elle s'est spécialisée dans l'équipement des bureaux et des locaux professionnels.

La SARL emploie 5 salariés et réalise un chiffre d'affaires annuel H.T. d'environ un million d'euros.

Mais depuis quelques mois, les répercussions de la crise économique se font ressentir et la société a perdu deux gros clients. Mélanie Lorier, la gérante, n'avait pas anticipé cette perte de clientèle, mais elle a des projets pour trouver de nouveaux débouchés dans le secteur de la décoration de vitrines.

Cependant, les mois à venir risquent d'être difficiles et Mélanie n'est pas sûre, si elle reste inerte, d'éviter la cessation des paiements. L'aggravation de la situation pourrait avoir des conséquences pour l'emploi d'au moins un des vendeurs-installateurs parmi les trois qui sont employés actuellement. L'allongement de certains délais de paiement pourrait permettre d'obtenir du temps pour se réorganiser.

À la demande de Mélanie Lorier, le tribunal de commerce de Saint-Brieuc a ouvert une procédure de sauvegarde le 10 avril 2012 et a fixé la durée de la période d'observation à quatre mois.

**TRAVAIL À FAIRE**

1. La SARL « Les Feux de la rampe » obéissait-elle aux conditions fixées pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ?
2. La durée de la période d'observation est-elle légale ?
3. Qui va assurer l'administration de la société pendant la période d'observation ?

**CORRIGÉ****Question 1****Règle juridique**

La procédure de sauvegarde est ouverte à la demande du débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. La procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

**Application**

La SARL n'est pas encore en état de cessation des paiements mais elle connaît des difficultés qui peuvent l'y mener. Elle remplit les conditions exigées pour l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le but poursuivi par la gérante est d'obtenir des délais afin de pouvoir réorganiser l'activité et surtout maintenir l'emploi.

**Question 2****Règle juridique**

Le jugement ouvre une période d'observation d'une durée maximale de six mois, renouvelable une fois.

**Application**

La durée de la période d'observation fixée à 4 mois est inférieure à six mois, elle est donc tout à fait légale.

**Question 3****Règle juridique**

L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant.

Si un administrateur judiciaire est désigné, il n'a qu'un rôle de surveillance du débiteur dans sa gestion et d'assistance pour les actes déterminés par le jugement.

Le tribunal peut ne pas désigner un administrateur judiciaire si le chiffre d'affaires H.T. est inférieur à 3 000 000 d'euros et le nombre de salariés est inférieur à 20.

**Application**

C'est Mélanie Lorier qui continuera à gérer la société. En outre, le tribunal peut ne pas désigner un administrateur judiciaire puisque les seuils ne sont pas atteints (chiffre d'affaires de 1 000 000 € et effectif de 5 salariés).

# INDEX

- Actif disponible 40
- Administrateur judiciaire 34
- Alerte (procédure d') 13
- Apport de l'entreprise individuelle en société 111
- Apports partiels d'actif 97
- Arrêt du cours des inscriptions 56
- Arrêt du cours des intérêts des créances 56
- Association 152
  - Association agréée 142
  - Association déclarée 142
  - Association non déclarée 141
  - Capacité juridique de l'association 146
  - Contrat de l'association 143
  - Contrôle légal de l'association 153
  - Responsabilité pénale de l'association 148
  - Sources de financement des associations 146
- Assurance AGS 71
- Assurance-décès sur la tête du chef d'entreprise 113
- Auxiliaires non professionnels 36
- Auxiliaires professionnels 34
- Avocat 37
- Bail commercial 84
- Banqueroute 62
- Cessation d'activité de l'entreprise individuelle 129
- Cession de droits sociaux 79, 95
- Cession de l'entreprise individuelle 79
- Cession du bail commercial 85
- Clause de garantie de passif 101, 103, 104
- Clause de garantie de valeur 104
- Clause de non-concurrence 104
- Clause de réduction de prix 103
- Clause de révision de prix 102, 103
- Clause d'interdiction de cession du bail sauf à un successeur 85
- Clauses de garantie de passif 102
- Clauses de révision 102
- Comité départemental des problèmes de financement des entreprises (CODEFI) 26
- Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI) 26
- Commissaire à l'exécution du plan 36
- Conciliation (procédure de) 21
- Confusion de patrimoine 29
- Confusion des patrimoines 61
- Contrat associatif 143
- Contrôleurs 36
- Correspondant association 154
- Créances postérieures non privilégiées 57
- Créances postérieures privilégiées 56
- Décès du directeur général 118
- Décès d'un actionnaire 118
- Décès d'un administrateur ou membre du conseil de surveillance 118
- Décès d'un membre du directoire 118
- Décès du président du conseil d'administration 118
- Déclaration de créances 32, 57
- Démembrement de la propriété 112
- Dissolution 133, 134, 145
- Dissolution anticipée 134, 145
- Dissolution anticipée volontaire 131
- Dissolution conventionnelle 131
- Dissolution judiciaire 134
- Dol 99
- Donation entre époux 120
- Donation-partage 112, 121
- Droits propres 60
- Exonération des plus-values dans le cadre d'un départ à la retraite 92
- Exonération des plus-values professionnelles en faveur des petites entreprise 91
- Exonération des plus-values réalisées à l'occasion de la transmission d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité 92
- Expertise de gestion 17
- Extension de la procédure collective 32
- Faillite personnelle 68
- Fictivité 29
- Fondation 156
  - Fondation de coopération scientifique 159
  - Fondation d'entreprise 158
  - Fondation partenariale 159
  - Fondations abritées 157
  - Fondations reconnues d'utilité publique 157
  - Fondation universitaire 159
- Fonds de commerce 79
- Fonds de dotation 160
- Forclusion 58
- Fusion-absorption 97
- Garantie de passif 102
- Garantie des vices cachés 98
- Garantie légale d'éviction 104

Gestion désintéressée	154	Médiateur du crédit aux entreprises	27
Gestion prévisionnelle	10	Ministère public	34
Greffier	36	New money (privilège de)	24
Groupe de sociétés	31	Païement fractionné ou différé	128
Groupement de prévention agréé	12	Passif exigible	39
Héritiers	113	Période d'observation	45
Holding familiale de détention	112	Période suspecte	45
Homologation	23, 24	Plus-values à long terme	108
Imposition des plus-values de cession de droits sociaux	105	Plus-values immobilières	92
Indivision conventionnelle	116	Privilège du bailleur	48
Information comptable	10	Publicité des privilèges	12
Insuffisance d'actif	66	Radiation d'office	28
Intervenants à la procédure collective	33	Règle de l'arrêt des poursuites individuelles	55
Juge-commissaire	33	Règle des 4P	155
LBO	96	Représentant des salariés	37
Liquidation	135	Réserve d'usufruit	112
Liquidation judiciaire	39, 49	Sauvegarde	44
Liquidation simplifiée	52	Sauvegarde financière accélérée	38
Location de parts sociales de SARL et d'actions de sociétés par actions	97	Société dissoute	29
Location-gérance du fonds de commerce	112	Société nulle	30
Maintien de l'indivision	116	Super-privilège	71
Mandat à effet posthume	112, 114	Survie de la personnalité morale	135
Mandataire <i>ad hoc</i>	24	Testament	120
Mandataire judiciaire	35, 36	Testament-partage	121
Mandataire-liquidateur	36	Vente du fonds de commerce	79, 89, 94
Mandat de protection future	112	Vices du consentement	99
		Violence	99

À envoyer à la correction

Auteurs : Patrick COLLIN et Haiying WANG-FOUCHER

**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 doit comporter au maximum **5 pages recto** (police 12, interligne simple). **Seules les 5 premières pages seront corrigées.**

En cas de constatation de copies présentant des similitudes troublantes, aucune des copies concernées ne sera notée.

Pour augmenter vos chances de réussir l'épreuve, il est impératif que vous vous entraîniez à faire des devoirs dans des conditions similaires à celles de l'examen, c'est-à-dire sur support papier.

**EXERCICE 1 : ENTREPRISE DUVAL (6 POINTS)**

Mme Duval exploite depuis plus de quinze ans un salon de coiffure dans le cadre d'une entreprise individuelle.

Cette activité est exercée dans un local dont elle a hérité de ses grands-parents il y a vingt ans.

Mme Martin souhaite racheter cette entreprise. Le prix de vente est fixé à 200 000 €.

Le fonds de commerce n'est pas situé dans une zone ouvrant droit à des avantages fiscaux particuliers.

**TRAVAIL À FAIRE**

1. Après avoir défini le fonds de commerce, précisez quels en sont les éléments susceptibles d'être vendus. (2 points)
2. Quelles sont les mentions obligatoires devant figurer dans l'acte de cession du fonds de commerce et quelles sont les formalités de publicité de cet acte ? (2 points)
3. Chiffrez le coût fiscal de l'opération pour Mme Martin. (2 points)

**EXERCICE 2 : SOCIÉTÉ PAR ACTION SIMPLIFIÉE PATOU (6 POINTS)**

La société Patou est une société par action simplifiée.

Elle a une activité de transport de vin.

Son fondateur, actionnaire majoritaire, M. Leab, souhaiterait céder sa participation et investir les fruits de la cession dans d'autres activités commerciales.

M. Dauphin souhaiterait racheter les titres détenus par M. Leab dans la société Patou.

Une promesse synallagmatique a été signée entre les deux hommes. La condition suspensive prévue par la promesse synallagmatique ayant été réalisée, M. Leab s'est rendu compte de l'intention de M. Dauphin de revendre les titres Patou à un tiers à bref délai. Pour préserver la société d'une possible instabilité de son actionnariat, M. Leab refuse d'accomplir les opérations nécessaires au transfert de propriété des titres. Pour cela, il invoque l'absence d'*affectio societatis*, qui est un élément constitutif du contrat de société, de la part de M. Dauphin. Ce dernier menace d'agir en justice.

**TRAVAIL À FAIRE**

1. L'argument de M. Leab relatif à l'absence d'*affectio societatis* sera-t-il susceptible d'être retenu par le juge ? Pourquoi ? Pour répondre à cette question, vous pourrez vous aider de l'arrêt joint en annexe 1. (2 points)

Finalement, M. Leab a cédé sa participation dans la société Patou à M. Dauphin.

Une clause de garantie de passif limitée à 200 000 euros a été stipulée au bénéfice de la société Patou.

Postérieurement à la cession, M. Dauphin a déclenché la mise en œuvre de la clause de garantie de passif. M. Leab a invoqué le plafond stipulé. Ayant rapporté la preuve des manœuvres dolosives employées par M. Leab afin de dissimuler une partie du passif de la société Patou, M. Dauphin considère que la clause plafonnant le montant de garantie ne peut pas jouer.

2. M. Leab, coupable d'un dol, peut-il invoquer le plafond de la garantie de passif ? [Attention : le caractère dolosif des manœuvres de M. Leab n'a pas à être traité]. (2 points)

Par la suite, l'intégralité des actions de la société Patou a été cédée. Désormais, la société, devenue une SASU, est détenue par une associée unique, Mme Jacqueline. Cette dernière a organisé le changement de direction.

La société Château Emile, en relation d'affaires avec la société Patou depuis cinq ans, a décidé de mettre fin à un contrat conclu un an plus tôt pour une durée de quatre ans. Estimant que cette résiliation était brutale et fautive, la société Patou a fait assigner la société Château Emile en paiement de dommages-intérêts. En réplique, cette dernière invoque le changement d'actionnariat et de direction de la part de la société Patou.

3. La cession de l'intégralité des titres d'une société entraînant le changement de l'actionnariat et de la direction de la société dont les titres ont été cédés autorise-t-elle la rupture anticipée d'un contrat conclu ? Justifiez votre réponse. Pour répondre à cette question, vous pourrez vous aider de l'arrêt joint en annexe 2. (2 points)

**ANNEXE 1****Cass. com., 11 juin 2013, n° de pourvoi : 12-22296**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 février 2012), que par acte du 3 avril 2008, M. X... a promis de vendre à Mme Y... et à M. Z..., qui se sont engagés à les acquérir, une partie des actions représentant le capital de la société par actions simplifiée Modèles et stratégies, ayant pour objet la gestion de portefeuilles, dont il était l'actionnaire majoritaire ; que M. X... ayant refusé, après la levée des conditions suspensives, d'accomplir les opérations nécessaires au transfert de la propriété des titres, Mme Y... et M. Z... l'ont fait assigner en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen, qu'à l'instar du contrat de société originaire, qui postule l'*affectio societatis* des associés fondateurs, la cession partielle de titres sociaux, lorsqu'elle vise pour le cédant à partager le contrôle de sa société avec de nouveaux associés spécialement choisis à cet effet, exige aussi bien l'existence d'une *affectio societatis* de la part du cédant et du cessionnaire, chacun étant appelé à s'associer et à concourir ensemble à la réalisation de l'objet social ; qu'en l'espèce, M. X... faisait valoir que la convention de cession n'avait pu se former faute d'*affectio societatis* de la part de Mme Y... et de M. Z... ; qu'en écartant ce moyen au seul motif que le contentieux en cause ne concernait pas le contrat de société originaire, les juges du fond ont violé les articles 1134 et 1832 du Code civil ;

Mais attendu que l'*affectio societatis* n'est pas une condition requise pour la formation d'un acte emportant cession de droits sociaux ; que c'est donc à bon droit que l'arrêt retient que le défaut d'*affectio societatis* en la personne de Mme Y... et de M. Z..., à le supposer avéré, n'a pas fait obstacle à la formation de la promesse synallagmatique de vente d'actions conclue par ces derniers avec M. X... ; que le moyen n'est pas fondé ;

.../...



.../... Sur le deuxième moyen :

Attendu que M. X... fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, que l'*affectio societatis* étant requise du cessionnaire de titres sociaux appelé à partager le contrôle de la société avec le cédant, ce dernier doit être admis à renoncer unilatéralement à l'opération s'il apparaît, une fois la promesse conclue, que l'*affectio societatis* fait défaut chez le cessionnaire ; qu'en décidant le contraire, motif pris de ce que l'*affectio societatis* ne serait exigée qu'au jour de la formation du contrat de société, les juges du fond ont violé les articles 1184 et 1832 du Code civil ;

Mais attendu que les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel de ceux qui les ont faites ou pour les causes que la loi autorise ; que l'absence d'*affectio societatis* en la personne du cessionnaire de droits sociaux ne constitue pas l'une de ces causes ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le troisième moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

## ANNEXE 2

### Cass. com., 29 janv. 2013, n° de pourvoi : 11-23676

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 17 mai 2011), que les sociétés Castes industrie et Seeb, après avoir été en relations d'affaires pendant deux ans, ont conclu en février 1999 une convention de distribution et de licence de marque accordant à la seconde une exclusivité de vente dans un secteur déterminé, pour une durée initiale de 2 ans, tacitement renouvelable par période d'un an ; qu'ayant appris que l'intégralité du capital de la société Seeb était, à la suite d'une cession totale, détenue par un actionnaire unique et que cette situation avait entraîné un changement de dirigeant social, la société Castes industrie a entendu mettre un terme au contrat en décembre 2007 ; qu'estimant que cette brusque résiliation était fautive, la société Seeb l'a fait assigner en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Castes industrie fait grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ que le contrat conclu en considération de la personne du dirigeant est résilié de plein droit en cas de changement de cette personne non agréé par le partenaire ; que cette résiliation intervient de plein droit et ne peut présenter aucun caractère abusif ; qu'un contrat de distribution est un contrat intuitu personae par nature, compte tenu de l'intégration du distributeur au réseau et de la confiance entre partenaires que cela suppose ; qu'en refusant, pour apprécier les circonstances de sa rupture, de tenir compte du caractère intuitu personae du contrat de distribution, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6-1-5° du Code de commerce ;

2°/ qu'en retenant, pour écarter le caractère intuitu personae du contrat, que la société Castes avait continué à approvisionner la société Seeb, la cour d'appel, qui a confondu la rupture du contrat de distribution litigieuse et le fait que la société Castes ait accepté de satisfaire, hors réseau, les commandes de la société Seeb, a violé l'article L. 442-6-1-5° du Code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant justement énoncé qu'en raison du principe d'autonomie de la personne morale cette dernière reste inchangée en cas de cession de la totalité des parts ou actions d'une société ou de changement de ses dirigeants et relevé l'absence de stipulation contractuelle autorisant la rupture avant échéance dans de telles hypothèses, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir qu'il n'était pas établi que la convention de distribution exclusive ait été conclue en considération de la personne du dirigeant, en a déduit à bon droit, sans écarter le caractère intuitu personae du contrat, qu'en l'absence d'une stipulation particulière, la convention était maintenue en dépit des changements survenus ; que le moyen, qui manque en fait en sa seconde branche, n'est pas fondé en sa première branche ;

...

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

### EXERCICE 3 : ENTREPRISE LIPEAU (6 POINTS)

M. Lipeau exploite depuis plus de quinze ans une activité de ventes d'appareils électro-ménagers. Il souhaite céder son entreprise individuelle et partir à la retraite.

M. Flex souhaite racheter l'entreprise individuelle exploitée par M. Lipeau.

La cession devrait dégager une plus-value sur le fonds de commerce.

Le montant total de la cession est de 400 000 €.

Le montant des plus-values est de 150 000 €.

La moyenne du chiffre d'affaires hors taxes réalisé au cours des deux derniers exercices est de 320 000 €.

M. Lipeau est imposé à un taux moyen d'impôt sur le revenu de 41 %. Il n'est pas tenu compte de la déductibilité partielle de la CSG dans les bases de l'IR.

#### TRAVAIL À FAIRE

Déterminez le montant imposable de la plus-value professionnelle réalisée à l'occasion de la cession de l'entreprise individuelle en appliquant, le cas échéant, les différents régimes d'exonération prévus :

1. En cas de départ à la retraite de l'exploitant (art. 151 septies A, CGI). (2 points)
2. En raison du chiffre d'affaires (art. 151 septies, CGI). (2 points)
3. En raison de la valeur des éléments cédés (art. 238 quinquies, CGI). (2 points)

[Attention : les conditions d'application de ces différents régimes ou leur cumul n'ont pas à être traités.]

### EXERCICE 4 : ASSOCIATION D'AIDE AUX MÈRES CÉLIBATAIRES EN DIFFICULTÉ (2 POINTS)

Mme Andrée voudrait créer une association d'aide aux mères célibataires en difficulté. Elle vient vous consulter concernant le financement de cette association.

#### TRAVAIL À FAIRE

1. L'association pourra-t-elle recevoir des dons ou legs ? (1 point)
2. Les statuts de l'association pourront-ils prévoir la reprise de l'apport par l'apporteur lors de la dissolution de l'association ? (1 point)