

Sommaire

REVUES

	2
Chronique de procédure civile — Avril 2012 (Preuve libre et preuve légale des contrats : la complexité du système français des preuves civiles)	2
Confidentialité des communications des salariés protégés	7
Retour sur la location et le commodat du fonds libéral ou de clientèle d'avocats	12
Chronique de droit fiscal des entreprises — Avril 2012	15
Une réflexion fondamentaliste de la Cour de cassation autour du <i>triumvirat</i> "cautionnement, faute du créancier et compensation"	21
Mesures sociales des candidats à l'élection présidentielle	25
Signature d'un partenariat entre l'ACE et l'AFJE : vers un rapprochement des avocats et des juristes d'entreprise — Questions à William Feugère, président de l'ACE et Hervé Delannoy, président de l'AFJE	31
Recel de violation de secret professionnel et liberté d'expression	34
Obligation de reclassement consécutive à un avis d'inaptitude et formation à un nouveau poste	39
Loi de simplification du droit et d'amélioration des procédures : impact sur les sociétés commerciales non cotées	44

Revue

01

Lexbase La lettre juridique n°482 du 19 avril 2012

[Procédure civile] Chronique

Chronique de procédure civile — Avril 2012 (Preuve libre et preuve légale des contrats : la complexité du système français des preuves civiles)

7019443

N° Lexbase: N1564BT4

par Etienne Vergès, Professeur à l'Université de Grenoble, membre de l'Institut universitaire de France

Lexbase Hebdo — édition privée vous propose, cette semaine, de retrouver la chronique trimestrielle d'actualité en procédure civile réalisée par Etienne Vergès, agrégé des facultés de droit et Professeur à l'Université de Grenoble II, membre de l'Institut universitaire de France. L'auteur revient sur les difficultés relatives au droit de la preuve en matière contractuelle.

Le droit français de la preuve des obligations navigue entre la preuve légale et la preuve libre. Les deux systèmes s'opposent autour de trois règles. Lorsque la preuve est légale, les modes de preuve admissibles sont limités, ils sont hiérarchisés, et le juge est lié par les preuves produites devant lui. A l'inverse, lorsque la preuve est libre, elle peut se faire par tout moyen, les preuves ne sont pas hiérarchisées et le juge n'est pas lié par les preuves produites devant lui (intime conviction). Ces modèles sont théoriques. En droit positif, aucun système de preuve ne regroupe ces trois règles sans connaître d'exception. En droit des contrats, le principe de base est celui de la preuve légale, symbolisé par l'article 1341 du Code civil (N° Lexbase : L1451ABD), selon lequel : "*il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre*".

Cette disposition est interprétée comme imposant la preuve par écrit des actes juridiques dont le montant dépasse 1 500 euros. L'article 1341 du Code civil contient également une règle hiérarchique selon laquelle une preuve écrite ne peut être combattue que par un autre écrit. En conséquence, un témoignage ne peut avoir la même valeur qu'un écrit.

Ce système, simple en apparence, connaît de nombreuses exceptions, mais également de multiples nuances dans son application. La jurisprudence récente et abondante montre, qu'en réalité, la preuve du contrat est au cœur d'une imbrication entre preuve libre et preuve légale.

I — Les modes de preuve du contrat

A — Champ d'application de la preuve littérale

– **La preuve par écrit d'un contrat de prêt (Cass. civ. 1, 8 avril 2010, n° 09-10.977, F-P+B+I N° Lexbase : A5569EUS)**

Le Code civil impose la preuve par écrit en fonction du montant de l'obligation, mais pas en fonction de la nature du contrat. Dans un arrêt du 8 avril 2010, la Cour de cassation avait à statuer sur la preuve d'un contrat de prêt. Le litige concernait des sommes qui avaient été versées entre deux particuliers. Le demandeur, qui avait versé les fonds, soutenait qu'il n'avait pas été remboursé des sommes prêtées. En réponse, la défenderesse alléguait que les sommes en jeu avaient fait l'objet d'une libéralité. Elle ajoutait que le demandeur n'apportait pas la preuve de l'existence du contrat de prêt conformément à l'article 1341 du Code civil.

Cet arrêt, qui portait sur le traditionnel problème de la distinction entre le prêt et la libéralité, lorsque la nature du contrat est contestée, soulevait ici la question plus particulière de la preuve du contrat de prêt.

Entre particuliers, le contrat de prêt est un contrat réel. Il se forme par la remise de la chose prêtée. Cette remise constitue une condition de formation du contrat. A l'inverse, l'échange des consentements, même formulé par écrit, ne suffit pas pour que le contrat soit valablement conclu. Cette prédominance de la remise de la chose sur le consensualisme pourrait avoir des conséquences probatoires, en dispensant celui qui se prévaut du contrat d'en faire la preuve par écrit. C'est l'attitude que semble avoir adoptée la cour d'appel dans cet arrêt, en affirmant que *"la preuve d'un prêt est apportée en relevant que la matérialité du transfert des fonds en cause est établie, en s'appuyant sur deux attestations"*. La matérialité du transfert des fonds correspond bien à la remise de la chose prêtée.

Pourtant, la première chambre civile de la Cour de cassation casse l'arrêt, au motif que *"la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer, la cour d'appel [...] n'a pas constaté que la preuve du prêt litigieux était apportée conformément aux règles qui gouvernent la preuve des actes juridiques"*. L'arrêt est rendu au visa de l'article 1341 du Code civil. Ce qui signifie clairement, que la Cour de cassation exige que la preuve du contrat de prêt soit établie par écrit.

Cette solution n'est pas nouvelle. Déjà, dans un arrêt du 4 décembre 1984, la Cour de cassation affirmait que *"la preuve de la remise des fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue"* (Cass. civ. 1, 4 décembre 1984, n° 83-14.360 N° Lexbase : A2543AAG, Bull. civ. I, n° 324, RTDCiv., 1985, p. 733, obs. Mestre, 28 février 1995). Elle présente une certaine logique. D'une part, il n'existe pas de justification pour que les contrats réels échappent à la preuve littérale imposée par l'article 1341 du Code civil. D'autre part, la preuve de la remise de fonds est un fait ambigu qui ne permet pas de connaître la nature du contrat. Il peut s'agir d'un prêt, mais également d'une libéralité. Il peut encore s'agir du paiement d'une dette liée à un contrat synallagmatique. Celui qui exige la restitution des sommes prêtées doit donc apporter en justice, soit la preuve écrite du contrat de prêt, soit à défaut, un commencement de preuve par écrit corroboré par d'autres éléments (1). Cette rigueur probatoire ne s'applique pas à l'interprétation du contrat.

– **La liberté de la preuve pour l'interprétation du contrat (Cass. civ. 1, 26 janvier 2012, n° 10-28.356, F-P+B+I N° Lexbase : A4126IBG)**

Le champ d'application de la preuve légale est limité. Il concerne la preuve de l'existence, voire de la nature du contrat. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'interpréter un contrat obscur, l'écrit n'est plus d'aucun secours, précisément en raison de l'ambiguïté qu'il contient. La liberté de la preuve retrouve alors tout son sens.

Dans l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 26 janvier 2012, un établissement de crédit avait accordé un prêt à un couple. En garantie de ce prêt, le mari avait accepté le nantissement d'un compte plan d'épargne populaire (PEP) qu'il détenait. L'opération avait été conclue par acte authentique, mais cette preuve littérale contenait une erreur matérielle. Le compte PEP visé dans l'acte authentique ne correspondait pas à celui détenu par l'emprunteur. Ce dernier ayant été mis en liquidation judiciaire, l'établissement de crédit demanda en justice l'attribution de son gage. Toutefois, en première instance, les juges du fond rejetèrent la demande au motif que le numéro de compte visé dans l'acte n'était pas le même que celui détenu par le débiteur.

Cette espèce illustre, de façon intéressante, les limites du système des preuves légales. Lorsque l'écrit contient une erreur matérielle, la preuve littérale perd toute son utilité. Ici, le compte PEP visé par l'écrit authentique n'était pas celui du débiteur. Cette simple erreur faisait perdre toute garantie à la banque, faute de pouvoir établir la preuve du nantissement par écrit.

La Cour de cassation résout cette difficulté en considérant, que *"s'il n'est reçu aucune preuve par témoins ou présomptions contre et outre le contenu des actes, cette preuve peut cependant être invoquée pour interpréter un acte obscur ou ambigu"*. Confirmant le raisonnement de la cour d'appel, elle retient que le débiteur était titulaire

d'un seul compte PEP et qu'il ne pouvait ignorer que le nantissement accordé à la banque portait sur ce compte. En conséquence, au regard de leur pouvoir souverain d'appréciation, les juges du second degré pouvaient estimer que le contrat était entaché d'erreur matérielle. Pour tenir ce raisonnement, la cour d'appel s'est fondée sur des témoignages et présomptions.

Cette jurisprudence est classique. Dès 1978 (2), la Cour de cassation retenait que les juges du fond pouvaient s'appuyer sur tout élément de fait pour constater qu'un contrat d'assurance contenait une erreur dactylographique et devait être interprété comme établissant une garantie au profit de l'assuré. Elle tend à montrer que la liberté de la preuve constitue un complément indispensable lorsque la rigidité de la preuve légale risque de faire perdre au contrat l'effet voulu par les parties.

B — Le formalisme de la preuve littérale et la reconnaissance de dette (Cass. civ. 1, 12 janvier 2012, n° 10-24.614, FS-P+B+I N° Lexbase : A5282IAU)

Le formalisme de la preuve littérale est parfois renforcé. L'article 1326 du Code civil (N° Lexbase : L1437ABT) prévoit ainsi, que "*l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres*".

On admet généralement que cette disposition s'applique à la reconnaissance de dette (3). En effet, la reconnaissance de dette peut constituer le "*titre*" qui constate l'engagement d'une seule partie envers une autre.

Toutefois, l'application de l'article 1326 du Code civil à la reconnaissance de dette soulève des difficultés, comme l'illustre l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 janvier 2012. Dans cette affaire, un époux agissait contre son épouse en remboursement d'une somme de 60 000 euros en se fondant sur une reconnaissance de dette qui mentionnait que l'épouse avec reçu cette somme à titre de prêt.

La reconnaissance de dette constituait bien un écrit, mais elle ne satisfaisait pas aux conditions de forme de l'article 1326 du Code civil. En effet, elle était dépourvue de la mention en chiffres et en lettres de la somme due. Conformément à une jurisprudence constante, la cour d'appel considéra que ce titre ne constituait qu'un commencement de preuve par écrit, et devait être complété par d'autres éléments afin que l'époux rapporte la preuve du versement effectif de la somme litigieuse entre les mains de son épouse.

En réalité, la cour d'appel opérait une confusion. Dans cette espèce, la reconnaissance de dette ne visait pas à prouver l'existence d'un acte par lequel une seule partie s'engage envers une autre, mais elle permettait de démontrer l'existence d'un contrat de prêt. Or, en l'espèce, la preuve portait sur la remise des fonds par l'époux à l'épouse, c'est-à-dire sur la cause de l'obligation de l'épouse. Il fallait alors faire application de l'article 1132 du Code civil (N° Lexbase : L1232ABA), selon lequel, "*la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée*". Cette disposition pose, selon la jurisprudence, une présomption d'existence de la cause (4). Cela signifiait que la reconnaissance de dette, en établissant la preuve du contrat de prêt, faisait également présumer la remise des fonds à l'emprunteur.

C'est pour cette raison que la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel en affirmant, que "*la règle énoncée par l'article 1132 du Code civil, qui institue une présomption que la cause de l'obligation invoquée existe et est licite, n'exige pas, pour son application, l'existence d'un acte répondant aux conditions de forme prescrites par l'article 1326 du même code*". Une solution identique avait été retenue par le passé (5). Elle tend à démontrer que la reconnaissance de dette n'est pas un acte créateur d'obligation, mais la preuve de cet acte. Dès lors, pour savoir si la preuve est soumise aux formalités de l'article 1326 du Code civil, il faut, avant tout, résoudre la question de l'objet de la preuve. En l'espèce, il s'agissait de savoir si les fonds avaient été remis à l'emprunteur. Autrement dit, il s'agissait de savoir si l'engagement de rembourser, établi par la reconnaissance de dette, avait une cause. Cet objet de preuve tombait sous le coup de l'article 1132 du Code civil qui présume la cause, dès lors que l'existence du contrat est établie. En l'espèce, le contrat de prêt était constaté dans la reconnaissance de dette. Cet acte sous seing privé suffisait à faire présumer la cause de l'engagement de l'emprunteur. Il n'était donc pas nécessaire de se conformer aux formalités de l'article 1326 du Code civil.

II — La contestation de la preuve littérale (la hiérarchie des preuves)

A — Nécessité d'un écrit pour contester l'écrit (Cass. civ. 1, 23 février 2012, n° 11-11.230, F-P+B+I N° Lexbase : A1460IDG)

Dans une précédente chronique (6), nous avons signalé un important arrêt rendu par la première chambre civile de

la Cour de cassation le 4 novembre 2011, qui confirmait la jurisprudence selon laquelle *"si celui qui a donné quittance peut établir que celle-ci n'a pas la valeur libératoire qu'implique son libellé, cette preuve ne peut être rapportée que dans les conditions prévues par les articles 1341 et suivants du Code civil"* (7). Cette solution constante en jurisprudence pouvait désormais paraître surprenante au regard de l'évolution jurisprudentielle sur la preuve du paiement. Ainsi, dans un arrêt du 16 septembre 2010 (8), la Cour de cassation avait affirmé que *"la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens"*. Or, celui qui conteste une quittance qu'il a donnée, conteste alors le fait qu'il a reçu un paiement. Il conteste donc bien un fait juridique. Plus précisément, il invoque le défaut de paiement de son débiteur. On pourrait ainsi considérer que le défaut de paiement se prouve de la même façon que le paiement, puisque l'objet de la preuve est de même nature : un fait juridique.

Mais, face à une quittance qui constitue un écrit, il est nécessaire d'appliquer une autre règle, toujours exprimée par l'article 1341 du Code civil : *"il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes"*. La règle de preuve ne dépend donc plus de l'objet de la preuve. Il s'agit d'une règle hiérarchique. Si le paiement a été prouvé au moyen d'une quittance, alors seul un écrit permet d'établir une preuve contre cette quittance.

Cette rigueur de la hiérarchie des preuves est appliquée de façon identique à la reconnaissance de dette. Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 23 février 2012, en fournit une bonne illustration. En l'espèce, une concubine avait établi une reconnaissance de dette, au profit de son concubin, qui correspondait à des remboursements de prêts bancaires et à divers travaux effectués par ce dernier. Après leur séparation, le créancier assigna sa débitrice en paiement de la dette. Celle-ci invoqua la fausseté partielle de la cause de la dette. Pour admettre cette argumentation, la cour d'appel s'est fondée sur une expertise qu'elle avait ordonnée. La Cour de cassation censure cette décision pour violation de la loi, en affirmant que *"dans les rapports entre les parties, la preuve de la fausseté de la cause exprimée à l'acte doit être administrée par écrit, dans les conditions prévues par l'article 1341 du Code civil"*.

Cette solution a déjà été retenue auparavant. Dans un arrêt du 4 juillet 1995 (9), la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que celui qui contestait l'existence d'un contrat de prêt, constaté par une reconnaissance de dette, devait produire un écrit de nature à prouver l'inexistence de ce contrat (10). Dans un autre arrêt rendu le 14 mars 2006 (11), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que *"dans les rapports entre les parties, la preuve de la fausseté de la cause exprimée à l'acte doit être administrée par écrit, dans les conditions prévues par l'article 1341 du Code civil, et que la cause d'une reconnaissance de dette est constituée par l'obligation préexistante en contrepartie de laquelle le souscripteur de l'acte a consenti à s'engager"*. La solution est donc constante, mais la Chambre commerciale de la Cour de cassation commet une erreur en recherchant la *"cause de la reconnaissance de dette"*. En réalité, la reconnaissance de dette permet, avant tout, de prouver l'existence d'un contrat (un prêt, une prestation de service, etc) qui fait naître une dette. C'est ce que constatait justement la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 4 juillet 1995 (précité). En établissant la preuve littérale de l'existence d'un contrat, la reconnaissance de dette fait présumer la cause de ce contrat.

Il faut retenir de cette jurisprudence, que la reconnaissance de dette constitue l'écrit exigé par l'article 1341 du Code civil pour apporter la preuve du contrat. Dès lors, la reconnaissance de dette se combat uniquement par un écrit, conformément à la règle hiérarchique posée par le même article.

S'agissant de la cause de l'obligation, cette règle hiérarchique connaît, tout de même, une exception. Dans un arrêt déjà ancien (12), la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'illicéité de la cause d'un contrat de bail constaté dans une reconnaissance de dette pouvait être constatée par tout moyen (décision implicite).

La reconnaissance de dette, en tant qu'écrit constatant le contrat, a ainsi une valeur probante importante. Encore faut-il, que cette preuve littérale ne devance pas la naissance de l'obligation.

B — Absence de valeur probatoire de l'écrit antérieur à la naissance de l'obligation (Cass. civ. 1, 9 février 2012, n° 10-27.785, F-P+B+I N° Lexbase : A3551IC)

La reconnaissance de dette n'est pas un acte juridique créateur d'obligation. Il s'agit d'un acte qui se borne à constater l'existence d'une obligation déjà née. Cette distinction entre la reconnaissance de dette et l'obligation, est essentielle pour comprendre l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 février 2012. Dans cette affaire, un avocat avait rédigé une reconnaissance de dette liée à un prêt. Dans l'acte rédigé le 31 octobre 1987, il était prévu que les fonds prêtés seraient remis à l'emprunteur le 1er janvier 1988. Par la suite, l'avocat fut placé en redressement judiciaire et le prêteur déclara sa créance au passif de la procédure. Cette créance fut pourtant rejetée par le juge commissaire.

La question se posait de savoir si la reconnaissance de dette faisait présumer la remise des fonds, qui constituait la cause de l'obligation de l'emprunteur. La cour d'appel, appliquant une jurisprudence constante, répondit par

l'affirmative, faisant produire son plein effet probatoire à la reconnaissance de dette. Pourtant, la Cour de cassation prit une position inverse. Elle affirma "*qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que la remise des fonds avait été fixée par les parties au 1er janvier 1988, ce dont il se déduisait que le contrat de prêt n'étant pas définitivement formé à la date de la reconnaissance de dette litigieuse, celle-ci ne pouvait faire présumer la cause de l'obligation de l'emprunteur prétendument constituée par cette remise*".

Le raisonnement de la Cour de cassation est éclairant. Le contrat de prêt entre particuliers est un contrat réel. Il ne se forme qu'à compter de la remise de la chose prêtée à l'emprunteur. La reconnaissance de dette ne crée aucune obligation contractuelle, mais elle prouve l'existence d'une obligation déjà née ou qui naît concomitamment à l'acte. Ainsi, dans l'espèce étudiée, il était établi que la reconnaissance de dette était antérieure à la remise des fonds, donc à la formation du prêt. La Cour de cassation en déduit logiquement qu'elle ne peut produire aucun effet probatoire. En n'établissant pas la preuve du prêt, elle ne peut faire présumer la cause de l'obligation de l'emprunteur.

Conclusion

Cette foison de jurisprudences sur la preuve civile des obligations montre, si cela était nécessaire, la persistance des difficultés probatoires nées du système complexe instauré par le Code civil en 1804 et peu réformé depuis. On y constate la domination de l'écrit, mais compensée par de nombreuses dérogations et nuances. On mesure également la place essentielle de la reconnaissance de dette dans la preuve, non seulement de l'obligation, mais plus généralement du contrat. Cette reconnaissance de dette est un acte juridique complexe, dont l'effet purement probatoire n'est pas toujours identifié par la Cour de cassation et par les plaideurs.

(1) Par exemple, un reçu peut constituer ce commencement de preuve par écrit. Cf. Cass. civ. 1, 28 février 1995, n° 92-19.097 (N° Lexbase : [A6183AHH](#)), Bull. civ. I, n° 107 ; Defrénois, 1995, p. 735.

(2) Cass. civ. 1, 26 avril 1978, n° 76-12 174 (N° Lexbase : [A0603CKK](#)), Bull. civ. I, n° 152.

(3) Cass. civ. 1, 21 mars 2006, n° 04-18.673, F-P+B (N° Lexbase : [A7972DNL](#)), Bull. civ. I, n° 167.

(4) Cass. civ., 22 mai 1944, DA, 1944, p. 106.

(5) Cass. civ. 1, 14 juin 1988, n° 86-15.435 (N° Lexbase : [A1971AHH](#)), D. 1989, somm. 230.

(6) Nos obs., *Chronique de procédure civile — Novembre 2011*, Lexbase Hebdo n° 463 du 24 novembre 2011 — édition privée (N° Lexbase : [N8932BSM](#)).

(7) Cass. civ. 1, 4 novembre 2011, n° 10-27.035, F-P+B+I (N° Lexbase : [A5175HZZ](#)).

(8) Cass. civ. 1, 16 septembre 2010, n° 09-13.947, F-P+B+I (N° Lexbase : [A4755E9Y](#)).

(9) Cass. civ. 1, 4 juillet 1995, n° 93-16.236 (N° Lexbase : [A5318CMW](#)).

(10) Solution déjà affirmée dans un arrêt antérieur. Cf. Cass. civ. 1, 6 février 1968, n° 66-10.659 (N° Lexbase : [A7329IIB](#)), Bull. civ. I, n° 50.

(11) Cass. com., 14 mars 2006, n° 04-17.433, F-P+B (N° Lexbase : [A6075DNC](#)).

(12) Cass. civ. 3, 10 octobre 1968 (N° Lexbase : [A7820IIH](#)), Bull. civ. III, n° 371.

Revue

02

Lexbase La lettre juridique n°482 du 19 avril 2012

[Rel. collectives de travail] Jurisprudence

Confidentialité des communications des salariés protégés

7019485

N° Lexbase: N1461BTB

par Sébastien Tournaux, Professeur à l'Université des Antilles et de la Guyane

Réf.: Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20.845, F-P+B (N° Lexbase : A1250II7)

La confidentialité des communications, avatar du secret des correspondances et de la protection de la vie privée, est activement protégée dans l'entreprise. Outre que le Code du travail interdit la mise en place de système de collecte de données personnelles dans l'entreprise sans que les salariés aient été individuellement informés (1), la Commission nationale de l'informatique et des libertés est, elle aussi, très active afin que soit assurée l'effectivité de la protection accordée aux communications des salariés. S'il existe donc une protection générale de la confidentialité des communications, cette protection doit être renforcée lorsque d'autres intérêts sont en jeu, lorsque les intérêts défendus par les salariés protégés dans l'entreprise sont en cause. C'est à propos de cette protection qu'intervient l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation, le 4 avril 2012, réaffirmant le principe de la confidentialité des communications des salariés protégés (I) et procédant, par la même occasion, à une extension de la protection accordée à ce titre (II).

Résumé

Pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache les salariés protégés, au nombre desquels se trouvent les membres du conseil et les administrateurs des caisses de Sécurité sociale, doivent pouvoir disposer sur leur lieu de travail d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants.

L'examen par l'employeur des relevés téléphoniques du téléphone mis à disposition du salarié permettant l'identification des correspondants de celui-ci porte ainsi atteinte à cette protection.

Commentaire

I — La confidentialité réaffirmée des communications des salariés protégés

– Généralités : surveillance des communications téléphoniques dans l'entreprise

Qu'il s'agisse de surveiller la circulation d'informations sensibles ou, plus prosaïquement, de contrôler les dépenses de communications téléphoniques dans l'entreprise, il est parfois tentant pour l'employeur de mettre en place des systèmes de contrôle des communications (2). S'il n'est pas toujours nécessaire d'utiliser des systèmes très intrusifs tels que les écoutes téléphoniques (3), d'autres procédés comme la mise en place d'un autocommutateur permettant la surveillance des durées de communications sont relativement fréquents (4).

D'une manière générale, le caractère intrusif et l'atteinte potentielle au secret des correspondances de tels procédés de contrôle avaient mené la CNIL à imposer très tôt qu'ils fassent l'objet d'une déclaration simplifiée, d'une information individuelle des salariés et d'une consultation du comité d'entreprise (5).

– L'interdiction de surveiller les communications des représentants du personnel

Par un arrêt rendu le 6 avril 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'était prononcé, pour la première fois, sur l'obligation à la charge de l'employeur d'assurer la confidentialité des communications téléphoniques des représentants du personnel dans l'entreprise (6). La Chambre sociale énonçait alors que *"pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache les salariés investis d'un mandat électif ou syndical dans l'entreprise doivent pouvoir y disposer d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants"*. Outre qu'il s'agissait de la première reconnaissance explicite du droit des représentants du personnel à bénéficier d'une ligne téléphonique (7), la décision impliquait la restriction du droit de l'employeur, nonobstant toute déclaration auprès de la CNIL, de surveiller les communications téléphoniques des représentants du personnel.

La règle posée par la décision de 2004 était relativement générale. Ainsi, par exemple, les textes relatifs aux locaux mis à la disposition des représentants du personnel n'avaient pas fait l'objet d'un visa, ce qui permettait de penser que toutes les communications devaient être protégées et non, seulement, celles passées depuis ces locaux. Elle comportait en revanche quelques limites.

D'abord, seuls semblaient concernés les salariés exerçant *"un mandat électif ou syndical dans l'entreprise"*. Ainsi pouvait-on en déduire que les conseillers prud'hommes, les conseillers du salarié ou, comme dans l'espèce sous examen, les administrateurs de caisses de Sécurité sociale n'étaient pas concernés par la protection accordée. Ensuite, la décision intéressait une situation dans laquelle était mis en place un autocommutateur sans faire référence à d'autres systèmes de surveillance. Si l'on pouvait penser, *a fortiori*, que les systèmes d'écoutes téléphoniques devaient être soumis à la règle posée, des interrogations pouvaient demeurer quant au système plus simple de facture détaillée fournie par l'opérateur de téléphonie et permettant à l'employeur d'avoir accès à la liste des communications passées et des destinataires joints par le salarié. Le doute était d'autant plus permis que, s'agissant des salariés ne bénéficiant pas d'une protection particulière liée à un mandat de représentation, la Cour de cassation considérait que la vérification par l'employeur d'un relevé de communications téléphoniques du salarié ne constituait pas un procédé de surveillance illicite pour ne pas avoir été préalablement porté à la connaissance des salariés (8).

– L'espèce

Dans cette affaire, un salarié était titulaire d'un mandat d'administrateur d'une URSSAF et occupait (9), dans son entreprise, des fonctions de directeur des ressources humaines. Dans le cadre de cet emploi lui était mis à disposition un téléphone portable professionnel. L'employeur avait pris la liberté de consulter la liste des appels passés *via* ce terminal, cela au moyen du relevé fourni par l'opérateur de téléphonie mobile. Le salarié saisit la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation judiciaire du contrat de travail, comme cela est à nouveau permis aux salariés protégés depuis 2005 (10).

La cour d'appel à laquelle l'affaire était présentée refusa de prononcer la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Son argumentation reposait sur le fait que l'employeur s'était contenté d'examiner les relevés fournis par l'opérateur de téléphonie et n'avait, par conséquent, pas mis en place de système automatisé de surveillance des communications faisant l'objet d'une déclaration à la CNIL. Faute d'avoir mis en place un système de surveillance illicite, l'employeur ne pouvait se voir reprocher un manquement à ses obligations et la rupture ne pouvait être prononcée.

Malgré ce raisonnement, conforme à la position adoptée par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2001 qui considérait alors que la consultation des relevés des opérateurs n'imposaient pas une information individuelle de chaque salarié (11), la même Chambre sociale casse la décision des juges d'appel au visa de l'article L. 2411-1, 13° du Code du travail (N° Lexbase : L3619IPQ), des articles 6, 17 et 21 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

informatique et liberté (N° Lexbase : L8794AGS) et, enfin, de l'article 7 de la délibération CNIL n° 2005-019 du 3 février 2005 (N° Lexbase : X0260ADY).

Reprenant et complétant les dispositions de l'article 7 de la délibération n° 2005-019 de la CNIL, la Chambre sociale dispose que "*pour l'accomplissement de leur mission légale et la préservation de la confidentialité qui s'y attache les salariés protégés, au nombre desquels se trouvent les membres du conseil et les administrateurs des caisses de sécurité sociale, doivent pouvoir disposer sur leur lieu de travail d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants*". Constatant que "*l'examen par l'employeur des relevés téléphoniques du téléphone mis à disposition du salarié permettait l'identification des correspondants de celui-ci*", la cour d'appel aurait dû prononcer la résiliation judiciaire du contrat de travail.

II — La confidentialité renforcée des communications des salariés protégés

– Confidentialité des communications accordée à tout salarié protégé

Cela apparaît clairement, l'arrêt sous examen étend sensiblement la portée du droit des salariés protégés à la confidentialité de leurs communications, principalement d'ailleurs sous l'influence des délibérations de la CNIL dont on ne peut plus douter aujourd'hui qu'elles constituent une source du droit du travail qui ne peut plus être négligée. En effet, la délibération n° 2005-019 visée dans cet arrêt comporte des dispositions beaucoup plus générales que la délibération n° 94-113 que la Chambre sociale avait invoqué en 2004 puisqu'elle ne vise plus seulement les mesures spécifiques à adopter en matière d'autocommutateur téléphonique mais, plus globalement, les mesures spécifiques à l'usage des services de téléphonie, précisant que les salariés protégés "*doivent pouvoir disposer d'une ligne téléphonique excluant toute possibilité d'interception de leurs communications ou d'identification de leurs correspondants*".

En reprenant cette disposition, la Chambre sociale étend la protection des représentants du personnel à au moins deux égards.

D'abord, la confidentialité n'est plus assurée seulement en faveur des salariés investis d'un "*mandat électif ou syndical dans l'entreprise*" mais à tout "*salarié protégé*". La catégorie des salariés protégés est vaste et hétérogène : aux représentants du personnel et syndicaux de l'entreprise (délégué du personnel, membre du comité d'entreprise, délégué syndical ou représentant de la section syndicale) s'ajoutent les titulaires de mandats hors de l'entreprise (conseiller prud'hommes, administrateur de caisse de sécurité sociale, conseiller du salarié) et, même, des salariés qui n'exercent aucune mission de représentation (médecin du travail). On se souviendra, en outre, que le salarié qui demande l'organisation d'élections dans l'entreprise, les candidats aux élections professionnelles, les représentants à l'issue de leur mandat sont tous des salariés protégés... La catégorie des salariés protégés est donc autrement plus large que celle retenue jusqu'alors des salariés disposant d'un mandat électif ou syndical.

– Une confidentialité étendue au-delà des systèmes automatisés de collecte d'informations

Ensuite donc, ce ne sont plus seulement les systèmes de surveillance automatisés qui sont prohibés mais tout moyen de porter atteinte à la confidentialité des communications. Si la mesure est louable tant il est indispensable que les représentants du personnel puissent préserver leur indépendance par le biais du secret des communications et correspondances, sa mise en œuvre pourrait soulever quelques difficultés.

Faut-il, en effet, interdire à l'employeur de consulter les factures détaillées des opérateurs de téléphonie auprès desquels il a souscrit des abonnements pour les salariés en cause ? On peut penser que, plus simplement, l'employeur pourra s'interdire de demander des factures détaillées à l'opérateur.

Malgré tout, si la surveillance des factures est parfois détournée de son objectif premier afin de contrôler l'activité des salariés représentants du personnel, c'est oublier un peu vite qu'avant toute chose, la facture permet à l'employeur de s'assurer que le cocontractant, l'opérateur de téléphonie, n'exige pas de paiement pour des prestations dont l'employeur n'aurait pas bénéficié... Faudra-t-il, comme en matière de consultation des correspondances privées du salarié (12), que l'employeur ait recours à l'ordonnance sur requête pour contrôler qu'il n'a pas été floué par son fournisseur ?

– Une ambiguïté : la mise à disposition de moyens de communication à tous les salariés protégés ?

Une autre difficulté pourrait émerger de la formule adoptée par la Chambre sociale comme d'ailleurs par la délibération de la CNIL. L'une comme l'autre énoncent, en effet, que les salariés protégés "*doivent pouvoir disposer sur leur lieu de travail d'un matériel ou procédé excluant l'interception de leurs communications téléphoniques et l'identification de leurs correspondants*". Deux interprétations de cette formule peuvent être adoptées.

La première laisse penser, simplement, que les procédés mis à disposition des salariés protégés doivent garantir la confidentialité des communications. La seconde, plus large, pourrait signifier que tout salarié protégé doit avoir accès à un procédé de communication téléphonique, lequel doit en outre garantir la confidentialité. Si une telle position devait être adoptée, il s'agirait d'une évolution fondamentale des moyens accordés aux salariés protégés dans l'entreprise. En effet, si les membres de la section syndicale, les membres du comité d'entreprise et les délégués du personnel disposent de moyens de communication dans le cadre du local que le Code du travail impose le plus souvent de mettre à leur disposition, aucune règle générale n'imposait jusqu'ici que tous les salariés protégés, dont nous avons rappelé qu'il s'agissait d'une catégorie très vaste, puissent bénéficier d'un moyen de communication téléphonique qui, en outre, soit protégé. Chaque conseiller du salarié, chaque conseiller prud'hommes, chaque administrateur de caisse de Sécurité sociale devrait pouvoir utiliser un téléphone protégé de l'accès de l'employeur à l'identification des correspondants.

Il est possible cependant de penser que cette interprétation ne sera pas retenue. En effet, nonobstant la généralité de la formule, la décision de la Chambre sociale comme la délibération de la CNIL n'intéressent pas le statut des représentants du personnel et salariés protégés d'une manière générale mais, plus spécialement, la protection de la confidentialité de leurs communications. Il paraît dès lors opportun d'interpréter la règle dans son environnement, eu égard à sa finalité, et de considérer ainsi qu'elle n'a seulement pour objet que de protéger les communications des salariés protégés lorsque un moyen de communication est mis à leur disposition.

(1) C. trav., art. L. 1222-4 (N° Lexbase : L0814H9Z).

(2) Portant atteinte au droit à la protection de la confidentialité des communications, la mesure doit être justifiée par la nature des tâches à accomplir et proportionnée au but recherché comme l'exige l'article L. 1121-1 du Code du travail (N° Lexbase : L0670H9P).

(3) V. par ex. TGI Paris, 4 avril 2006, n° RG 05/18 400 (N° Lexbase : A6828DPL) et les obs. de G. Auzero, *Obligations de l'employeur en cas de mise en place d'un dispositif d'écoutes téléphoniques*, Lexbase Hebdo n° 218 du 8 juin 2006 — édition sociale (N° Lexbase : N9155AKB). V. également Cass. soc., 14 mars 2000, n° 98-42.090, inédit (N° Lexbase : A4968AG4).

(4) Pour une illustration, v. Cass. soc., 29 janvier 2008, n° 06-45.279, F-D (N° Lexbase : A6083D43) ; JSL, 2008, p. 228 et la note de J. — E. Turreil ; RDT, 2008, p. 242, obs. C. Sachs-Durand et R. de Quénaudon.

(5) Délibération CNIL n° 84-31 du 18 septembre 1984 ; Délibération CNIL n° 94-113 du 20 décembre 1994 (N° Lexbase : L0045DYC).

(6) Cass. soc., 6 avril 2004, n° 02-40.498, publié (N° Lexbase : A8005DB4) et les obs. de G. Auzero, *Exercice des mandats de représentants du personnel et confidentialité des communications téléphoniques*, Lexbase Hebdo n° 116 du 15 avril 2004 — édition sociale (N° Lexbase : N1221ABT) ; D., 2004, p. 1122 ; TPS, 2004, comm. 194 ; SSL, 2004, n° 1166.

(7) V. G. Auzero, préc..

(8) Cass. soc., 15 mai 2001, n° 99-42.937, inédit (N° Lexbase : A4308ATQ).

(9) Mandat ouvrant droit à la protection offerte aux salariés protégés, v. C. trav., art. L. 2411-1, 13° (N° Lexbase : L3619IPQ).

(10) Cass. soc., 16 mars 2005, n° 03-40.251, publié (N° Lexbase : A2739DHW) et les obs. de Ch. Radé, *Le représentant du personnel peut demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail*, Lexbase Hebdo n° 160 du 24 mars 2005 — édition sociale (N° Lexbase : N2298AIX).

(11) Cass. soc., 15 mai 2001, préc..

(12) Cass. soc., 23 mai 2007, n° 05-17.818, FS-P+B+R+I (N° Lexbase : A3963DWP) et les obs. de Ch. Radé, *La recherche de la vérité plus forte que le respect de la vie privée*, Lexbase Hebdo n° 262 du 31 mai 2007 — édition sociale (N° Lexbase : N1969BBK).

Décision

Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20.845, F-P+B (N° Lexbase : A1250II7)

Cassation, CA Lyon, ch. soc., B, 19 mai 2010, n° 08/08 897 (N° Lexbase : A8518GIC)

Textes visés : C. trav., art. L. 2411-1, 13° (N° Lexbase : L3619IPQ); loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 6, 17 et 21 (N° Lexbase : L8794AGS); délibération CNIL n° 2005-019 du 3 février 2005 (N° Lexbase : X0260ADY).

Mots-clés : salariés protégés, communications téléphoniques, confidentialité des communications, consultation des relevés téléphoniques

Liens base : (N° Lexbase : E2630ETL)

Revue

03

Lexbase La lettre juridique n°481 du 12 avril 2012

[Avocats/Gestion de cabinet] Le point sur...

Retour sur la location et le commodat du fonds libéral ou de clientèle d'avocats

7012709

N° Lexbase: N1388BTL



par Cédric Tahri, Directeur de l'Institut rochelais de formation juridique (IRFJ), Chargé d'enseignement à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Un cabinet d'avocat est considéré aujourd'hui comme un fonds libéral et son mode d'organisation s'apparente désormais à celui d'une entreprise libérale. Or, c'est la réification de l'entreprise libérale, sous la forme du fonds libéral, qui autorise, non seulement la cession, mais encore d'autres pratiques contractuelles fondées sur le droit commun, tels la location et le commodat dudit fonds.

Les deux opérations doivent être clairement distinguées même si l'une et l'autre sont des contrats nommés et réglementés par le Code civil lui-même. Aux termes de l'article 1709 du Code civil (N° Lexbase : L1832ABH), le contrat de louage de choses est celui "par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer". Ce contrat est consensuel et synallagmatique. Il est également commutatif, à titre onéreux et à exécution successive. Par ailleurs, d'après l'article 1875 du Code civil (N° Lexbase : L1745IED), le prêt à usage, autrefois appelé "commodat" (1), est le contrat "par lequel l'une des parties [le commodant ou prêteur] livre une chose à l'autre [le commodataire ou l'emprunteur] pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi". A la différence du contrat de louage de choses, le contrat de commodat est "essentiellement gratuit" (C. civ., art. 1876 N° Lexbase : L2093AB7). Il s'agit, en cela, d'un contrat de service gratuit, d'un contrat de bienfaisance. Par conséquent, dès lors que la mise à disposition de la chose trouve une contrepartie dans une prestation réciproque, qu'il s'agisse d'un loyer, d'une simple redevance ou de prestations matérielles, le contrat cesse d'être un prêt pour devenir une location.

Cela étant, la pratique de la location ou du commodat de fonds libéral souffre de l'absence d'une reconnaissance légale. Certes, il existe des professions libérales non réglementées, pour lesquelles la liberté contractuelle demeure

la règle de principe et qui, en conséquence, peuvent sans nul doute pratiquer aisément, dans le silence des textes, la location ou le commodat de fonds libéral. Mais les restrictions professionnelles sont fortes, en ce qui concerne la plupart des professions réglementées, de sorte que doit être saluée l'initiative prise par la profession d'avocat, en vue de reconnaître (I) et d'encadrer (II) la pratique des conventions de location et commodat de fonds libéral.

I — L'avènement de la location et du commodat du fonds libéral ou de clientèle d'avocats

Pendant un siècle et demi, chaque convention visant à opérer un transfert de clientèle était, en principe, vouée aux foudres prétoriennes. L'hostilité manifestée trouvait son fondement dans l'affirmation du caractère *intuitu personae* de ces clientèles et dans la sacralisation du principe de libre choix dont découlait la règle de l'extracommercialité de la clientèle. Certes, le tempérament prétorien que constituait l'admission de la pratique des conventions de présentation pouvait autoriser à valider les locations ou commodats de clientèles civiles, dans la mesure où ces dernières accédaient, par ce biais, à une forme de patrimonialité. Toutefois, cette patrimonialisation s'opérait indirectement, par le truchement de la valorisation financière d'une prestation réalisée par le titulaire du poste professionnel au profit d'un tiers : la présentation du tiers à la clientèle du titulaire. Dans ces conditions, une évolution de la jurisprudence apparaissait nécessaire pour permettre véritablement la pratique de la mise à disposition d'une entreprise libérale au bénéfice d'autrui.

Dans un arrêt rendu le 7 novembre 2000 (2), la première chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement spectaculaire en considérant que "*la cession d'une clientèle médicale n'est pas illicite, dès lors que la liberté du choix du patient est expressément sauvegardée*". Transposé à la profession d'avocat, l'arrêt autorise désormais la cession à titre onéreux ou gratuit, non plus du seul droit de présentation à clientèle mais de la clientèle, elle-même, prise en tant qu'entité c'est-à-dire comme élément incorporel du fonds d'exercice libéral. Il autorise également d'autres opérations telles que les contrats de location et de commodat (3).

Prenant acte "avec satisfaction" de cette évolution prétorienne sur la question de la patrimonialité des clientèles libérales, le Conseil national des barreaux (CNB) a pris position en faveur de la validation des contrats permettant à un praticien de conférer l'utilité de son fonds libéral à un confrère. En effet, sur présentation d'un rapport de la Commission du Statut fiscal, social et financier de l'avocat, et après avis favorable de la Commission des Règles et Usages réunie le 4 décembre 2004, l'Assemblée générale du CNB, réunie les 11 et 12 mars 2005 à Paris, a adopté une résolution validant la location et le commodat du fonds libéral ou de clientèle d'avocats (4). Le texte insiste sur le fait que ce type de convention constitue une technique juridique souple de nature à faciliter le rapprochement souhaité des cabinets d'avocats. Il peut répondre à de nombreuses motivations : création d'une période d'essai avant l'acquisition définitive, exploitation d'un cabinet par un tiers en cas d'omission, mandats électifs, maladie ou décès, constitution d'une capacité de financement pour l'avocat locataire en vue d'une future acquisition. Surtout, il offre une grande souplesse (5) et comporte un intérêt fiscal certain (6).

II — L'encadrement de la location et du commodat du fonds libéral ou de clientèle d'avocats

Le cabinet considéré comme un fonds libéral peut être l'objet de contrats de location ou de commodat, à condition qu'ils respectent certaines règles déontologiques, notamment le principe de libre choix du client, certaines modalités d'inscription au tableau et l'arbitrage du Bâtonnier.

Précisément, la résolution adoptée par le CNB indique que la location ou le commodat du fonds d'exercice libéral ou de la clientèle doivent être obligatoirement soumis au Bâtonnier de l'Ordre où sont inscrites respectivement les deux parties. Il est également recommandé que le contrat comprenne une clause obligeant en toutes circonstances à respecter le choix, par le client, de son conseil. Cette recommandation rappelle la solution de l'arrêt fondateur du fonds libéral, lequel avait subordonné la validité de la convention de cession de clientèle civile au respect du libre choix de son praticien par le client ou patient, affirmant littéralement "*que, si la cession de la clientèle n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient*". Depuis lors, la Cour de cassation maintient cette exigence propre aux activités libérales (7). Initiée en matière de professions médicales, elle a été précisée dans la jurisprudence postérieure, le respect du principe évoqué paraissant s'imposer à toutes activités libérales et relever de l'appréciation souveraine des juges du fond (8).

Ensuite, la résolution du CNB impose que l'avocat loueur soit inscrit et ait exercé pendant au moins cinq ans. Il s'agit d'éviter toute spéculation sur la clientèle de l'avocat, par respect pour la clientèle elle-même, ainsi que par souci déontologique. Encore la force majeure devrait-elle, sans doute, justifier la levée de l'exigence d'ancienneté (par exemple en cas de décès, de maladie ou d'omission du tableau du praticien titulaire).

De plus, la résolution dispose que l'avocat loueur ne peut se réinstaller au titre de la clientèle, objet de la convention, pendant toute la durée du contrat. La raison en est que le commodataire ou preneur doit être garanti de toute tentative du loueur, ou du prêteur, de lui faire concurrence.

Par ailleurs, le texte précise que le contrat comprend, à défaut d'une promesse de vente, un droit de préemption ou de préférence au profit du locataire et que le Bâtonnier arbitre les conflits, tranche les litiges et autorise, le cas échéant, une dérogation aux règles précédentes.

Enfin, l'attention des avocats est attirée sur la nécessité absolue d'obtenir parallèlement l'accord du bailleur à défaut de dispositions du bail professionnel autorisant expressément la sous-location. Les tiers à la convention ne sont donc pas "oubliés" par le CNB qui veille, notamment, à ce que le propriétaire du local dans lequel est exploité le fonds soit associé à la démarche contractuelle.

Un arrêt de la cour d'appel de Douai, rendu le 25 octobre 2010 (9), rappelle que l'obligation de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat, le prêteur demeurant propriétaire de la chose prêtée. Le prêt à usage concernant un fonds de clientèle libérale, le matériel professionnel et un bail professionnel, l'article 1832-2 du Code civil (N° Lexbase : L2003ABS) est inapplicable, dans la mesure où le commodat exclut tout acte de disposition sur la communauté et où la clientèle reste propriété de ladite communauté. L'arrêt, qui concerne la profession de chirurgien ophtalmologiste, mais qui est transposable à la profession d'avocat, rappelle également que l'article 1424 du Code civil (N° Lexbase : L2300IBS) énonce que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables, et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations. Et, en application de l'article 262-2 du Code civil (N° Lexbase : L2645ABL), toute obligation contractée par l'un des époux à la charge de la communauté, toute aliénation de biens communs faite par l'un d'eux dans la limite de ses pouvoirs, postérieurement à la requête initiale en divorce sera déclarée nulle, s'il est prouvé qu'il y a eu fraude aux droits de l'autre conjoint. Aussi, la société d'exercice libéral à laquelle l'un des conjoints en instance de divorce transfère l'usage par l'intermédiaire d'un commodat est nulle, les parts sociales acquises au moyen d'une donation étant considérées comme des biens propres, le conjoint commodant n'ayant, dès lors, plus de comptes à rendre à la communauté en ce qui concerne les bénéfices perçus par la société dans laquelle il s'est associé avec un tiers, ainsi que sur les actifs détenus par cette société.

(1) L'expression a été supprimée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (N° Lexbase : L1612IEG).

(2) Cass. civ. 1, 7 novembre 2000, n° 98-17.731 (N° Lexbase : A7780AHM), JCP éd. E, 2001, p. 419, note G. Loiseau. V. également, Cass. civ. 1, 2 mai 2001, n° 99-11.336 (N° Lexbase : A3498ATQ), Bull. civ. I, n° 110.

(3) V. F. Vialla, *Les contrats du fonds libéral*, Dr. et patrimoine, septembre 2002, p. 32.

(4) V. F. Vialla, *Les contrats portant sur le fonds libéral. Résolution du Conseil national des barreaux*, D., 2005, n° 1500.

(5) V. M. — H. Monsérié-Bon, *Utilisation des contrats de location et de commodat par les professions libérales*, Dr. et patrimoine, juillet-août 1999, p. 28.

(6) V. G. Notté, *Location et commodat du fonds libéral ou de clientèle d'avocats*, JCP éd. E, 2005, actu. n° 130.

(7) V. par exemple, Cass. civ. 1, 16 janvier 2007, n° 04-20.711, FS-P+B (N° Lexbase : A6133DTC), Rev. Lamy dr. civ. mars 2007, n° 2435, obs. S. Doireau, à propos d'une convention à titre onéreux permettant l'exercice privilégié d'actes infirmiers dans le cadre d'une maison de retraite.

(8) V. Cass. civ. 1, 30 juin 2004, n° 99-20.286, F-P (N° Lexbase : A9187DCA), D., 2005, somm. p. 405, obs. J. Penneau.

(9) CA Douai, 1ère ch., 1ère sect., 25 octobre 2010, n° 08/09 690 (N° Lexbase : A1704GDH).

Revue

04

Lexbase La lettre juridique n°481 du 12 avril 2012

[Fiscalité des entreprises] Chronique

Chronique de droit fiscal des entreprises — Avril 2012

7010227

N° Lexbase: N1357BTG



par *Frédéric Dal Vecchio, Avocat à la Cour, Docteur en droit, Chargé d'enseignement à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines*

Lexbase Hebdo — édition fiscale vous propose, cette semaine, de retrouver la chronique d'actualité en droit fiscal des entreprises réalisée par Frédéric Dal Vecchio, Avocat à la Cour, Docteur en droit et Chargé d'enseignement à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines. Cette chronique fait, tout d'abord, le point sur la jurisprudence relative au régime mère-fille dans l'hypothèse où les titres détenus auraient été démembrés (CE 10° et 9° s-s-r., 20 février 2012, n° 321 224, mentionné aux tables du recueil Lebon). Ensuite, elle revient sur la position prise par le juge administratif quant au traitement fiscal du reversement, par une société commerciale, d'une fraction de ses recettes à des associations humanitaires (CE 9° et 10° s-s-r., 15 février 2012, n° 340 855, mentionné aux tables du recueil Lebon). Enfin, elle reprend un arrêt rendu par la Cour de cassation, dans lequel, s'agissant de la taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles possédés en France par des entités juridiques, elle exclut toute exonération en faveur des loueurs en meublé (Cass. com., 21 février 2012, n° 11-12.456, F-D).

– Régime mère-fille : inéligibilité des titres démembrés (CE 10° et 9° s-s-r., 20 février 2012, n° 321 224, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A1440IDP)

La loi fiscale permet à une société qui conserve (1), pendant deux ans, au moins 5 % du capital d'une autre société (2), quelle que soit sa forme juridique, de ne pas inclure dans sa base imposable les dividendes versés par la filiale, évitant -presque— ainsi une double imposition ; cette dernière s'élevant en fait à 1,67 % (CGI, art. 145 N° Lexbase : L8238IET ; CGI, art. 216 N° Lexbase : L3998HLN ; instruction du 19 mars 2007, BOI 4 H-3-07 N° Lexbase : X8327ADR). En effet, la société mère va déduire, sur la déclaration 2058-A (3), la somme perçue minorée d'une quote-part de frais et charges, forfaitairement fixée à 5 % depuis l'adoption de la loi de finances pour

2011 (loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, art. 10 N° Lexbase : L9901INZ) (4), qui reste soumise à l'impôt sur les sociétés (IS), sauf si elle a opté pour le régime distinct de l'intégration fiscale (5) (CGI, art. 223 B N° Lexbase : L5534H9T). De plus, la loi fiscale exige, de façon constante depuis 1979, la détention en pleine propriété des titres de participation (CGI Annexe II, art. 54 N° Lexbase : L3720HZS). Or, la "mode" fiscale étant au démembrement des titres de société, la détention de titres en usufruit est à l'origine d'une jurisprudence qui n'est pas favorable aux contribuables dans le cadre du régime mère-fille. C'est ainsi que le juge administratif a déjà eu à écarter les prétentions des contribuables dans de nombreux litiges qui tendent à se multiplier avec l'administration fiscale (notamment : CAA Douai, 2ème ch., 30 décembre 2011, n° 10DA00 628, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A9616IBR ; CAA Nancy, 4ème ch., 19 octobre 2009, n° 07NC01 201, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A2349EMX ; CAA Douai, 2ème ch., 7 décembre 2004, n° 00DA01 085, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A9602DED). Il ressort de la jurisprudence que le régime mère-fille est réservé aux titres permettant, non seulement une participation financière de la société mère détentrice, mais également un contrôle sur la vie sociale et la politique de sa filiale. Or, en cas de démembrement de titres dans les sociétés anonymes, "*le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires*" (C. com., art. L. 225-110 N° Lexbase : L5981AID).

En droit des sociétés, un usufruitier n'est pas assimilable à un nu-proprétaire, ce dernier devant être considéré comme associé (*Mémento Sociétés commerciales*, Editions Francis Lefebvre, 2012, § 2400 ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n° 173 ; *contra* : J. Derruppé, LPA, 13 juillet 1994, p. 15), bien que la question ne soit pas nettement tranchée semble-t-il (P. Merle et A. Fauchon, *Sociétés commerciales*, Dalloz, coll. : Précis, 14ème édition, 2010, p. 330). Selon la doctrine administrative, pour pouvoir prétendre à ce régime dérogatoire, les titres doivent comporter un droit aux dividendes et un droit de vote, car l'administration fiscale a précisé la philosophie du régime mère-fille, qui ne peut bénéficier qu'aux seules "*sociétés qui participent de manière active à la gestion de leur filiale par l'exercice du droit de vote*" (doc. adm. 4 H 2112, § 70, 1er mars 1995). Cet aspect est souligné par la jurisprudence, lorsque les juges du fond relèvent que "*la société requérante n'était donc [pour les titres détenus en usufruit] ni détentrice de leur pleine propriété ni de l'entier [nous soulignons] droit de vote*".

S'agissant de la décision commentée, il est parfaitement indifférent que l'usufruitier soit statutairement attributaire du droit de vote tant aux assemblées générales ordinaires qu'extraordinaires : le démembrement du droit de propriété entraîne le rejet du bénéfice du régime mère-fille (CAA Nancy, 2ème ch., 1er août 2008, n° 06NC00 586, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A8779D9Z). En cassation, c'est sans surprise que le Conseil d'Etat rejette le pourvoi de la société requérante au motif que "*si la qualité d'usufruitier permet une participation aux éventuels bénéfices, elle ne confère pas à son titulaire des droits équivalents, notamment vis-à-vis du capital et de l'exercice du droit de vote, à ceux d'un propriétaire détenteur du titre*". On rapprochera cette décision de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a adopté la même solution que celles rendues par les juridictions françaises en ce sens que la notion de participation doit s'entendre, au regard de la Directive du 23 juillet 1990 (Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents N° Lexbase : L7669AUL), comme ne comprenant pas les titres détenus en usufruit (CJUE, 22 décembre 2008, aff. C-48/07 (6) N° Lexbase : A9981EBB).

– **BIC : constitue une charge intégralement déductible le reversement, par une société, d'une fraction de ses recettes commerciales à une association humanitaire, en présence d'une contrepartie (CE 9° et 10° s-s-r., 15 février 2012, n° 340 855, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A8541ICC)**

Est-il fiscalement rentable, pour une société commerciale, de reverser une partie de son chiffre d'affaires à des œuvres caritatives sans risquer un redressement de ce chef ?

Les faits à l'origine de cette décision ne sont pas courants en jurisprudence car, si l'on trouve des exemples relatifs au parrainage d'exploits automobiles ou d'écuries de course par des entreprises -le hasard voulant que leurs dirigeants ou leurs principaux associés pilotent parfois eux-mêmes ces véhicules (CE 8° et 7° s-s-r., 4 novembre 1983, n° 33 823, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A9821ALC ; CE 9° et 7° s-s-r., 21 janvier 1991, n° 75 070, mentionné aux tables du recueil Lebon N° Lexbase : A9014AQW ; CAA Douai, 3ème ch., 28 mai 2003, n° 99DA20 073, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A4851C9K ; CAA Bordeaux, 4ème ch., 12 octobre 2006, n° 03BX00 856, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A9831DSW ; CAA Paris, 5ème ch., 30 juin 2011, n° 09PA04 731, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A4752HXB ; v. pour les versements d'une société anonyme à deux autres personnes morales finançant ainsi la carrière automobile du fils des actionnaires de la généreuse donatrice : CAA Nantes, 1ère ch., 28 novembre 2005, n° 03NT01 769, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A8706DME)-, très rares, en revanche, sont les décisions de justice opposant l'administration fiscale et les entreprises lorsqu'il s'agit de parrainer des projets humanitaires (v. pour la mise à disposition par une société de moyens matériels lors d'un repas de réveillon au profit d'une association caritative : CAA Douai, 3ème ch., 12 mai 2005, n° 02DA00 749, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A2368DKW). L'administration est certainement plus sourcilieuse à l'égard de dirigeants qui financent

leurs loisirs automobiles par le biais de dépenses publicitaires... Toujours est-il qu'il existe en France au moins une entreprise qui se propose de favoriser le développement de projets humanitaires, c'est-à-dire tournés vers des personnes nécessiteuses : au cas particulier, la société requérante a une activité de vente par correspondance de matériels de bureau et d'articles d'hygiène auprès de professionnels démarchés par téléphone à partir des annuaires postaux. La société contribuable s'est engagée à reverser 5 % au moins du prix d'achat facturé à des associations humanitaires pour financer des projets.

Il est particulièrement intéressant de souligner que la juridiction administrative s'appuie sur un ensemble d'éléments, démontrant ainsi l'intérêt de l'anticipation d'un litige fiscal par la société, et qui s'est traduit par la rédaction *ad hoc* de contrats et d'accessoires aux contrats opposables à l'administration fiscale :

- les statuts de la société rédigés en ce sens ;
- les conditions générales de vente de la société redressée mentionnant la nature et le montant des reversements ;
- l'existence de conventions pour la mise en œuvre des projets humanitaires non critiquées par l'administration fiscale ;
- les factures adressées aux clients sur lesquelles figuraient les noms des organismes bénéficiaires des 5 % du prix payé par les clients et les actions spécifiques qu'ils ont contribué à réaliser grâce à leur générosité.

La SARL requérante estimait alors que ces versements, qui constituent, au sens de l'article 39, 7°, du CGI (N° Lexbase : L3894IAH), des frais de parrainage ("*sponsoring*"), représentaient un argument commercial permettant de vendre à un prix supérieur à celui de ses concurrents et de justifier la déduction de ces montants de son résultat imposable. Lors d'une vérification de comptabilité au titre des exercices 2001 et 2002, l'administration fiscale a retenu une lecture totalement différente des dispositions du CGI : en effet, selon le service, les versements n'étaient pas des charges déductibles mais des dons plafonnés (7), effectués au profit d'œuvres ou d'organismes d'intérêt général (CGI art. 238 bis N° Lexbase : L4774HLE). Cette qualification est exclusive, selon le Conseil d'Etat, de celle de charge déductible au titre de l'article 39, 1-7°, du CGI.

L'affaire portée devant le juge de l'impôt va voir la thèse de la société contribuable triompher : devant la cour administrative d'appel de Marseille (CAA Marseille, 4ème ch., 27 avril 2010, n° 07MA02 993, inédit au recueil Lebon N° Lexbase : A5363IGQ), les juges du fond prononcent la décharge totale des suppléments de cotisations au titre de l'impôt sur les sociétés et de la contribution d'IS de 10 % au titre des exercices 2001 et 2002 pour des montants respectivement de 144 450,08 euros et 83 376,43 euros. En effet, la société requérante faisait valoir que les reversements effectués entraînaient une contrepartie -non contestée par le service— en termes de promotion de son action et de la notoriété de son image de marque, stimulant ainsi son chiffre d'affaires. On remarquera, s'agissant toujours de la contrepartie, que si la cour administrative d'appel de Marseille avait relevé que le reversement des sommes en cause permettait le maintien et l'accroissement du chiffre d'affaires (8), la Haute juridiction administrative mentionne une alternative résultant soit du maintien du chiffre d'affaires, soit de son accroissement. Le fait que la contrepartie directe ne soit pas fournie par les organismes bénéficiaires des versements est indifférent, ce qui doit être approuvé dès lors que ce sont bien les actions caritatives financées par les clients par l'intermédiaire de la contribuable qui lui permettent de maintenir ou d'accroître son chiffre d'affaires.

La SARL requérante opposait également un argument démontrant la relation directe -exigée par l'article 39, 1-7°, du CGI— entre les dépenses engagées et l'intérêt direct de l'exploitation de l'entreprise, c'est-à-dire en l'espèce, entre les versements aux œuvres et la croissance de son chiffre d'affaires : l'absence de partenariats conclus avec les organismes caritatifs ne lui aurait pas permis de vendre ses produits, consacrant ainsi le caractère direct de la contrepartie. A ce titre, la doctrine administrative (doc. adm. 4 C 426, § 11, 30 octobre 1997) précise que le critère du lien direct est satisfait lorsque :

"— l'identification de l'entreprise qui entend promouvoir son image de marque dans le cadre du parrainage est assurée. Peu importe à cet égard le support qui permet cette identification (affiches, annonces de presse, effets médiatiques, etc.) ; — les dépenses engagées sont en rapport avec l'avantage attendu par l'entreprise. Celle-ci doit être en mesure de justifier que les charges supportées à l'occasion d'une action de parrainage ne sont pas excessives eu égard à l'importance de la contrepartie attendue. Cette justification résulte de l'analyse des circonstances de fait et de l'application des critères doctrinaux et jurisprudentiels existants".

- **Taxe de 3 % sur la valeur vénale des immeubles situés en France : les loueurs en meublé ne sont pas exclus du champ d'application de cette taxe (Cass. com., 21 février 2012, n° 11-12.456, F-D N° Lexbase : A3130IDB)**

Lors de la résurrection de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) en 1989, digne héritier de l'impôt sur les grandes fortunes (IGF), le législateur a introduit une taxe de 3 % (CGI, art. 990 D N° Lexbase : L5483H9X), assise sur la valeur vénale des immeubles situés en France et possédés par toute entité juridique, afin de décourager certains contribuables de recourir à des montages fiscalement attrayants : il était tentant de constituer, par exemple, une société, dans un pays n'ayant pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative, propriétaire de l'immeuble français dont les associés se réservaient, de fait, la jouissance (9). Ce dispositif a suscité, de la part des contribuables, des critiques quant à son application au regard du droit interne (CGI, art. 990 E N° Lexbase : L5484H9Y ; Cons. const., décision n° 2011-165 QPC du 16 septembre 2011 (10) N° Lexbase : A7449HX8), mais également quant à sa compatibilité avec le Traité CE (Cass. com., 13 décembre 2005, n° 02-10.359, FS-P+B N° Lexbase : A9787DL3 ; CJUE, 11 octobre 2007, aff. C-451/05 N° Lexbase : A7180DYL ; Cass. com., 8 avril 2008, n° 02-10.359, FS-P+B+R+I N° Lexbase : A8041D7X), entraînant une très forte incitation à une réforme immédiate des textes français, lorsque les intérêts financiers de l'Etat sont concernés (loi n° 2007-1824, 25 décembre 2007, de finances rectificative pour 2007 N° Lexbase : L5490H3Q ; CGI, art. 990 D). On remarquera également que les commentaires de l'administration fiscale (instruction du 7 août 2008, BOI 7 Q-1-08 N° Lexbase : X3940AEN) prennent grand soin de préciser que la jurisprudence communautaire précitée était "*limitée aux seuls Etats membres de l'Union européenne à l'exclusion des sociétés ayant leur siège hors Union européenne (considérant n° 19), les mouvements de capitaux entre les Etats membres et les pays tiers s'inscrivant dans un contexte juridique différent*" (instruction du 10 novembre 2009, BOI 7 Q-2-09 N° Lexbase : X6389AGQ).

La location meublée a des atouts que la presse grand public ne cesse de mettre en valeur (M. Pellefigue, *Le Monde Argent*, 28 mars 2012, p. 2). Toutefois, la Cour de cassation vient de se prononcer sur le champ d'application de la taxe de 3 % en présence d'une location meublée. Il s'agissait, en l'espèce, d'une société de droit suisse propriétaire d'une maison à usage d'habitation située en France. Après avoir déposé une demande d'exonération de la taxe de 3 % sur les immeubles détenus en France par une société étrangère, l'administration fiscale lui a notifié une proposition de rectification. Les recours devant l'administration étant épuisés, la société contribuable a alors saisi l'ordre judiciaire, compétent pour trancher ce type de litige (LPF, art. L. 199 N° Lexbase : L8478AEQ). Le moyen soulevé par la contribuable tentait d'opposer les dispositions de l'article 990 E du CGI, dans leur rédaction applicable aux faits de l'espèce, selon lesquelles cette taxe n'est pas applicable aux personnes morales dont les actifs immobiliers, situés en France, représentent moins de 50 % des actifs français. Cette exonération, liée à la qualité d'entité juridique à non-prépondérance immobilière, est toujours en vigueur depuis la réforme opérée par la loi de finances rectificative pour 2007, mais elle a été modifiée par rapport au régime antérieurement applicable (instruction du 7 août 2008, BOI 7 Q-1-08, § 47 et s., N° Lexbase : X3940AEN).

La notion de non-prépondérance immobilière exonératoire a été discutée en jurisprudence : c'est ainsi que la prépondérance immobilière doit être appréciée tant au niveau de la personne morale étrangère que de la personne interposée (Cass. com., 3 juin 1998, n° 96-13.883, inédit N° Lexbase : A8707CL3), ou encore, un contribuable ne peut être exonéré lorsqu'il prétend avoir conclu un contrat de location-gérance d'un fonds de commerce, alors qu'aucune clientèle antérieure n'a pu être constituée et qu'il s'agissait, en réalité, d'une location d'immeuble équipé et aménagé à usage de résidence de tourisme (Cass. com., 13 février 2007, n° 04-11.726, inédit N° Lexbase : A2055DUN). Au cas d'espèce, pour l'application de cette disposition, ne sont pas inclus dans les actifs immobiliers les actifs affectés par les contribuables à leur propre activité professionnelle autre qu'immobilière. Par conséquent, la société requérante en déduisait qu'une personne morale exerçant une activité professionnelle commerciale de loueur en meublé n'était pas assujettie à la taxe de 3 % pour les immeubles possédés en France et affectés à cette activité commerciale. Ce raisonnement est rejeté par la Cour régulatrice qui considère que l'immeuble détenu en France par la société requérante constituait son seul actif français affecté à sa propre activité professionnelle de loueur en meublé, de sorte qu'elle était bien à prépondérance immobilière.

(1) Instruction du 19 mars 2007, BOI 4 H-3-07 et loi n° 2005-1720 du 30 décembre 2005, de finances rectificative pour 2005 (N° Lexbase : L6430HEU) : "*l'obligation de souscrire l'engagement de détention de deux ans est supprimée pour les titres de participation non souscrits à l'émission. A cet engagement se substitue une obligation de conservation pendant deux ans de tous les titres, qu'ils soient souscrits ou non à l'émission*".

(2) Il existe des dispositions particulières si le prix de revient des participations est au moins égal à 22 800 000 euros concernant, notamment, les banques mutualistes ou les sociétés anonymes coopératives d'intérêt collectif pour l'accession à la propriété (Sacicap).

(3) Ligne XA.

(4) Ce qui interdit, depuis lors, la déduction d'une quote-part fixée selon un montant réel.

(5) Le régime de l'intégration fiscale permet à une société intégrante de "*se constituer seule redevable de l'impôt*".

sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés dont elle détient 95 % au moins du capital, de manière continue au cours de l'exercice" (CGI, art. 223 A N° Lexbase : L3718IAX); les sociétés intégrées étant alors tenues, à titre de garantie, à hauteur de l'impôt qu'elles auraient acquitté si elles n'avaient pas été intégrées.

(6) "39. — Par conséquent, il résulte du libellé de l'article 3 de la Directive 90/435 que la notion de participation dans le capital d'une société, au sens de cette disposition, ne comprend pas l'usufruit que détient une société sur les parts du capital d'une autre société. 40. — Cette analyse est confortée par l'économie des dispositions de la Directive 90/435. 41. — En effet, en premier lieu, l'article 4, paragraphe 1, de cette Directive vise l'hypothèse dans laquelle "une société mère reçoit, à titre d'associée de sa société filiale, des bénéfices distribués". Or, l'usufruitier des parts d'une société reçoit les dividendes distribués par celle-ci en vertu de son usufruit. Sa situation juridique vis-à-vis de la société filiale n'est pas de nature à lui conférer la qualité d'associée, dès lors que cette situation découle uniquement de l'usufruit que lui a transféré le propriétaire des parts dans le capital de la société filiale, ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 57 de ses conclusions. 42. — En second lieu, conformément à l'article 4, paragraphe 2, de la Directive 90/435, les Etats membres gardent la faculté de prévoir que des moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère. Cette disposition permet aux Etats membres d'adopter des mesures pour empêcher que la société mère jouisse d'un double avantage fiscal. En effet, cette société pourrait, d'une part, en vertu de l'article 4, paragraphe 1, premier tiret, de cette Directive, percevoir des bénéfices sans être taxée et, d'autre part, obtenir une réduction de l'impôt par le jeu de la déduction à titre de charges des moins-values de la participation résultant de la distribution desdits bénéfices. 43. — Or, comme il ressort des observations écrites du Gouvernement belge, l'usufruitier a seulement droit aux bénéfices distribués tandis que les bénéfices mis en réserve reviennent au nu-propriétaire. Ainsi, en cas de distribution des bénéfices, ni l'usufruitier ni le nu-propriétaire ne peuvent jouir d'un double avantage fiscal, le nu-propriétaire ne recevant pas de bénéfices et l'usufruitier n'ayant droit qu'aux bénéfices distribués. Lorsque la distribution de bénéfices engendre une moins-value de la participation, la faculté ouverte à tout Etat membre de prévoir que cette moins-value n'est pas déductible du bénéfice imposable de la société mère ne peut être mise en œuvre que dans l'hypothèse où une même société reçoit les bénéfices distribués et subit la moins-value de sa participation résultant de cette distribution. Cela confirme que le législateur communautaire a considéré que la "société mère" au sens de la Directive 90/435 est une seule et même société. 44. — Partant, eu égard au libellé clair et non ambigu des dispositions de la Directive 90/435, tel qu'il est conforté par leur économie, on ne saurait interpréter la notion de participation dans le capital de la société d'un autre Etat membre figurant à l'article 3 de ladite directive en ce sens qu'elle s'étend à la détention de parts en usufruit dans le capital d'une société d'un autre Etat membre et élargir par là-même les obligations des Etats membres y afférentes (voir, par analogie, arrêts du 8 décembre 2005, aff. C-220/03, Rec. p. I-10 595, point 31 N° Lexbase : A8945DLU, et du 28 février 2008, aff. C-263/06, Rec. p. I-1077, point 48 N° Lexbase : A0708D7D)".

(7) Aux termes de ce texte, dans la rédaction applicable aux faits de l'espèce, la déduction du montant du bénéfice imposable était limitée à 2,25 pour 1 000 du chiffre d'affaires. Le texte prévoyait alors une possibilité, lorsque les plafonds étaient dépassés au cours d'un exercice, que l'excédent soit déduit des bénéfices imposables des cinq exercices suivants, après déduction des versements effectués au titre de chacun de ces exercices. Le taux de 2,25 pour 1 000 pouvait être porté à 3,25 pour 1 000, dans l'hypothèse de fondations ou associations reconnues d'utilité publique ou encore aux associations culturelles ou de bienfaisance qui sont autorisées à recevoir des dons et legs et aux établissements publics des cultes reconnus d'Alsace-Moselle.

(8) "que ces éléments établissent que la société requérante avait un intérêt direct dans la démarche commerciale suivie incluant, comme elle s'y était engagée, le reversement des sommes en cause pour maintenir et accroître [nous soulignons] son chiffre d'affaires" (CAA Marseille, 27 avril 2010, n° 07MA02 993, inédit au recueil Lebon, précité); "que la société en avait retiré une contrepartie dans la promotion de son action qui lui avait permis de maintenir ou d'accroître [nous soulignons] son chiffre d'affaires" (arrêt commenté).

(9) "84. — Selon le Gouvernement français, la taxe litigieuse vise à dissuader les contribuables assujettis à l'impôt français sur la fortune d'échapper à une telle imposition en créant des sociétés, qui deviennent propriétaires d'immeubles situés en France, dans des Etats n'ayant pas conclu avec la République française une convention d'assistance administrative ou un traité comportant une clause de non-discrimination selon la nationalité en application de laquelle ces sociétés ne doivent pas être soumises à une imposition plus lourde que celle à laquelle sont assujetties les sociétés établies en France. 85. — La taxe litigieuse viserait, en particulier, à combattre les pratiques consistant dans la création, par des personnes physiques ayant leur domicile fiscal en France et dont les immeubles seraient normalement soumis à l'impôt sur la fortune, de sociétés qui ont leur domicile fiscal dans un autre Etat, duquel la République française ne peut obtenir les informations appropriées sur les personnes physiques détenant des participations dans ces sociétés", CJUE, 11 octobre 2007, aff. C-451/05 (N° Lexbase : A7180DYL).

(10) "5. Considérant qu'en instituant la taxe forfaitaire de 3% prévue aux articles 990 D et 990 E (N° Lexbase : L5484H9Y), le législateur a entendu dissuader les contribuables assujettis à l'impôt de solidarité sur la fortune d'échapper à une telle imposition en créant, dans des Etats n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, des sociétés qui deviennent propriétaires d'immeubles situés en France ; qu'ainsi, il a voulu assurer la mise en œuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales ; que, pour ce faire, il a notamment prévu, dans le 3° de l'article 990 E, d'exempter de la taxe les entreprises qui communiquent annuellement à l'administration fiscale ou prennent et respectent l'engagement de le faire sur sa demande des informations sur la situation et la consistance des immeubles possédés en France, l'identité et l'adresse des actionnaires, associés ou autres membres, le nombre des actions, parts ou autres droits détenus par chacun d'eux et la justification de leur résidence fiscale ; qu'ainsi, au regard des possibilités de contrôle de l'administration, ces entreprises se trouvent dans une situation différente de celles qui, n'étant pas soumises aux mêmes règles de transmission d'informations, ne présentent pas les mêmes garanties ; que le législateur a donc institué une différence de traitement en rapport direct avec l'objet de la loi ; qu'il s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels ; qu'en conséquence, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration de 1789 (N° Lexbase : L1360A9A) par le 3° de l'article 990 E du CGI doit être écarté ; que cette disposition n'instituant pas une sanction ayant le caractère d'une punition, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 9 de la Déclaration de 1789 est inopérant (N° Lexbase : L1373A9Q)".

Revue

05

Lexbase La lettre juridique n°481 du 12 avril 2012

[Garanties] Jurisprudence

Une réflexion fondamentaliste de la Cour de cassation autour du *triumvirat* "cautionnement, faute du créancier et compensation"

7012666

N° Lexbase: N1329BTE



par Alexandre Bordenave, avocat au barreau des Hauts-de-Seine, chargé d'enseignement à l'ENS Cachan

Réf.: Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-28.635, FS-P+B (N° Lexbase : A8741IEH)

Le droit des sûretés personnelles, parce que la vocation de ces dernières est d'améliorer quantitativement la situation du créancier, est par essence trinitaire en ce qu'il réunit dans une communion houleuse le créancier, son débiteur et un troisième larron, le garant. De cette configuration particulière découle, notamment en matière de cautionnement, une grande variété de règles et de conséquences : de manière plutôt inattendue, la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'en est fait l'écho dans son arrêt rendu le 13 mars 2012.

Le scénario juridique était celui qui suit. Aux termes d'un acte notarié en date du 27 octobre 2001, une personne physique s'était portée caution (la caution) d'une dette bancaire contractée par une société civile immobilière (la SCI), envers une banque (la banque). Lorsque la SCI se montra défaillante au titre de ses obligations résultant du prêt bancaire conclu avec la banque, cette dernière appela la caution en paiement. Après une procédure judiciaire à rebondissements, conclue devant la cour d'appel d'Orléans :

- la caution fut condamnée à payer la banque, en exécution de son engagement ;
- pour sa part, la banque fut condamnée à payer la caution, à titre de dommages et intérêts ;
- les deux créances décrites ci-dessus étant réciproques, leur compensation fut prononcée ;
- la banque se tourna vers la SCI, son débiteur principal, à l'occasion d'une procédure de saisie-immobilière, pour obtenir le paiement de ce qui lui était dû.

Se prévalant de l'extinction partielle de la créance principale de la banque, du fait de la compensation entre la créance de cette dernière envers la caution et la créance de dommages et intérêts de la caution envers la banque, mais ne recevant pas satisfaction, la SCI et la caution (1) se pourvurent en cassation.

La saisine de la Haute juridiction n'était pas une première dans l'affaire qui nous retient, puisque, par un arrêt du 7 avril 2009, la Cour de cassation (Cass. com., 7 avril 2009, n° 08-10.427, F-D N° Lexbase : A1073EGT), avait déjà eu l'occasion de rejeter les prétentions de la banque qui affirmait alors qu'elle ne pouvait être condamnée à verser des dommages et intérêts à la caution. Cette fois, il s'agissait, pour la Cour de cassation, de se prononcer sur le point de savoir si le paiement par compensation de la dette de la caution avait éteint, en proportion, la dette principale.

En la matière, rappelant sa position déjà établie, à savoir que pouvait être mise à la charge de la banque une créance de dommages et intérêts compensable avec la dette de la caution, la Cour de cassation prit, le 13 mars 2012, une position pour le moins radicale en estimant que "*la compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts [de la banque...] et celle due par [la caution...] n'éteint pas la dette principale garantie, mais à due concurrence, l'obligation de la caution*".

La solution oscille ostensiblement entre un classicisme certain, eu égard à la compensation des dettes réciproques de la banque et de la caution (I), et une sévérité lourde, résultant d'une application très (trop ?) rigoureuse des textes, s'agissant du refus de prendre en compte les effets de cette compensation dans le rapport principal d'obligation (II) : nous nous proposons désormais d'étudier la décision sous cet angle double.

I — Une solution juridiquement classique quant aux rapports entre le créancier et la caution

L'acte premier du drame judiciaire dont nous nous autoriserons le commentaire ne surprend guère : il voit la Cour de cassation rappeler la condamnation de la banque, en sa qualité de créancier principal, à des dommages et intérêts pour manque de diligences à l'égard d'une caution profane (A), puis le paiement de cette dette par compensation avec les sommes dues par la caution elle-même (B).

A — La mise de dommages et intérêts à la charge du créancier

Aussi bizarre que cela puisse paraître, en dépit de sa "consumérisation" à l'extrême, qui a récemment amené certains à parler en la matière de bilatéralisation (2), le droit du cautionnement ne contient pas en son sein toutes les dispositions spéciales nécessaires à la défense des intérêts de la caution. C'est notamment vrai lorsque celle-ci se trouve lésée par le comportement indélicat du créancier qu'elle garantit.

Certes, il existe bien la sanction pour perte du recours subrogatoire, prévue par l'article 2314 du Code civil (N° Lexbase : L1373HIP), mais on sait que les conditions de sa mise en œuvre sont sévères. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a bâti, sur le fondement des obligations de conseil et de mise en garde, un palliatif quasi-généralisé, apte à protéger les cautions non-averties aux prises avec des créanciers professionnels. Dans les faits de notre espèce, c'est évidemment sur ce ressort qu'avait initialement joué la Cour de cassation en rejetant, dans son arrêt du 7 avril 2009, le pourvoi initié par la banque contre le premier arrêt d'appel qui avait confirmé la condamnation de la banque à des dommages et intérêts au bénéfice de la caution.

En mentionnant dans l'attendu de la décision commentée qu'il y avait eu lieu, au préalable, à une "*compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts, résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière*", la Cour de cassation insiste sur sa jurisprudence usuelle. La caution vérifiait effectivement les conditions habituelles, appréciées *in concreto*, pour être considérée comme non-avertie, puisque n'occupant aucune fonction de direction au sein de la SCI et n'étant pas une professionnelle du crédit. Au surplus, il n'est pas déraisonnable de penser que la banque avait effectivement failli à certaines de ses diligences à son égard, compte tenu du caractère disproportionné de l'engagement obtenu de la caution (3). Dont acte.

B — La compensation des dettes réciproques du créancier et de la caution

Pour continuer dans les développements d'ordre canonique, il convient de s'attarder un instant sur le mode de paiement particulier de la créance de dommages et intérêts née en justice dans le patrimoine de la caution.

Comme c'est régulièrement le cas, les tribunaux ont raisonné dans cette affaire en procédant à une compensation entre les dettes et créances réciproques de la caution et de la banque (4). Il ne fait évidemment pas de doute que les conditions de la compensation prévues par l'article 1291 du Code civil (N° Lexbase : L1401ABI) étaient ici bien remplies :

— les deux dettes portaient sur une somme d'argent, d'une part, le paiement correspondant à la mise en œuvre du cautionnement, d'autre part, le paiement des dommages et intérêts ;

— les deux dettes étaient liquides, puisque monétaires ;

— les deux dettes étaient exigibles, les conditions d'appel de la caution étant réunies et la condamnation de la banque étant devenue définitive (ce que rappelle très justement le moyen).

Répetons-le : jusqu'ici, il n'y a rien de choquant ou d'inhabituel. La solution dégage ainsi un *statu quo*, sorte de match nul judiciaire (5). En l'espèce, la compensation intervenue entre la caution et la banque a éteint la créance de cette dernière à hauteur de 103 142,64 euros soit le montant des dommages et intérêts alloués à la caution, permettant ainsi les échanges de flux entre les deux protagonistes.

Toutefois, de rivages cléments, la solution va tôt s'aventurer vers des eaux bien plus houleuses. Si, sur le pur plan de l'équité, on peut s'en émouvoir, une lecture rigoureuse, même si peut-être fondamentaliste, de notre cher Code civil est susceptible de pousser à d'autres conclusions.

II — Une solution chantre de la rectitude quant aux rapports entre le créancier et le débiteur principal

Accessorium sequitur principale -ou l'accessoire suit le principal, pour les partisans d'une réforme "litigico-juridique"— demeure, encore, un des *credo* du droit des sûretés. Et pourtant ! Se fondant sur une lecture des articles 1234 (N° Lexbase : L0970ABK), 1294 (N° Lexbase : L1404ABM) et 2288 (N° Lexbase : L1117HI9) du Code civil, la Cour de cassation l'ignore dans les grandes largeurs (A), contraignant à imaginer des systèmes de repli (B).

A — La lettre de l'article 1294 : toute la lettre, plus que la lettre ?

C'était le cœur du débat dans l'arrêt du 12 mars 2012 : la SCI, en sa qualité de débiteur principal, pouvait-elle opposer à la banque la compensation dont il vient d'être question ? Cela semblerait logique pour une raison assez simple : la compensation est un mode de paiement (6), et en voyant sa créance de dommages et intérêts compensée avec son propre dû, on peut donc légitimement penser que la caution a payé sa dette, et donc la dette principale, puisqu'il y a identité entre ses deux dettes conformément à l'article 2288 du Code civil. En conséquence, la banque devrait être désintéressée à hauteur de cette compensation et ne plus pouvoir agir contre la SCI.

Que nenni répond la Chambre commerciale ! En effet, l'article 1294 du Code civil, en son deuxième alinéa, disposant que "*le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution*", constitue aux yeux de la formation commerciale de la Cour de cassation un fondement approprié pour interdire à la SCI, débiteur principal de l'espèce, de se prévaloir de la compensation réalisée entre la caution et la banque comme suite au premier dénouement au fond de l'affaire. Le message lancé par les magistrats est dépourvu d'ambiguïté : puisque la caution a payé sa dette envers la banque par voie de compensation, la SCI se trouve empêchée d'invoquer ledit paiement.

La lettre du texte est-elle respectée ? Oui, assurément. Néanmoins, cette interprétation du texte nous semble pour le moins teintée de fondamentalisme juridique. Car, en sa qualité de débiteur principal, la SCI ne désirait pas tant opposer à la Banque la compensation de ses dettes réciproques avec celles de la caution qu'objecter que, par le jeu de ladite compensation, la dette principale était éteinte (7). Sur le plan de l'équité, cela paraît d'autant plus dérangeant du fait que la créance de dommages et intérêts de la caution était née, précisément, de sa qualité de caution et non pas à l'occasion de rapports autres que la banque et la caution auraient pu entretenir par ailleurs.

On peut donc regretter que la Cour de cassation ait retenu cette lecture "maximalisante" de l'article 1294 du Code civil. Que le débiteur ne puisse pas *ex ante* faire jouer une compensation dans les rapports obligationnels de la caution et de son créancier est une chose, que ce même débiteur principal ne soit pas en mesure d'invoquer le paiement par la caution de la dette principale par voie de compensation en est une autre. Permettons-nous d'y déceler une croupière manifestement taillée dans l'habit de l'accessoire dont on pare généralement le cautionnement.

B — Le recours nécessaire à une contractualisation tripartite

On ne saurait trop prédire l'avenir de l'arrêt de la Chambre commerciale du 13 mars 2012. Sa publication au Bulletin est peut-être révélatrice d'une volonté de ne pas le laisser trop isolé. Pour palier le cas où cela devrait se confirmer, il est nécessaire d'imaginer une solution protectrice du débiteur principal, sacrifié en l'espèce par la Cour de cassation.

De façon assez peu originale, nous suggérons de réfléchir à la conclusion d'une convention tripartite entre le créancier principal, le débiteur principal et la caution (8), stipulant que tout paiement, quel que soit son mode (y compris par voie de compensation, donc), reçu par le créancier principal de la part de la caution éteindra à due

concurrence la dette principale. Nous le croyons possible dans la mesure où rien n'indique que l'article 1294 du Code civil est d'ordre public et que, ce faisant, aucun interdit du droit du cautionnement n'a l'air franchi. Convenons que, sans la position nouvelle prise par la Cour de cassation, la précaution aurait été mâtinée de superfétatoire : le climat prétorien invite à la prudence !

Vient-on d'assister à un sensible rééquilibrage des droits, opéré par la Chambre commerciale de la Cour de cassation au profit du créancier bénéficiant d'une caution ? L'intention n'était peut-être pas celle-là, mais c'est l'effet concret de la décision qui nous a retenus. Paradoxalement, dans l'ensemble trinitaire réunissant le créancier, le débiteur principal et la caution, cela aboutit à un tableau dans lequel la caution est protégée et le créancier sanctionné dans ses rapports avec cette dernière, sans pour autant que toutes les conséquences de cette sanction ne soient tirées dans le rapport principal d'obligation. Voilà une étrangeté juridique, certes respectueuse de la lettre de l'article 1294 du Code civil mais peut-être pas complètement de son esprit. Quant aux effets économiques de cet arrêt, s'il devait être suivi par d'autres décisions, ils consisteraient vraisemblablement en un léger regain d'intérêt pour le cautionnement sans pour autant oublier une réalité froide : lorsque la caution est appelée à payer, c'est que le débiteur principal n'est pas en position de le faire lui-même. On peut donc rééquiper à loisir le créancier face au débiteur, cela ne pourrait finalement changer que peu à sa situation.

(1) Dont on peut penser qu'elle était une associée de la SCI, donc responsable indéfiniment des dettes de cette dernière en application de l'article 1857 du Code civil (N° [Lexbase : L2054ABP](#)).

(2) M. Sejean, *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, LGDJ, 2011.

(3) Ce que met bien en évidence le premier arrêt d'appel.

(4) Comme avait pu le faire, en son temps, le fameux arrêt "Macron" (Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, publié N° [Lexbase : A1835ACX](#) ; voir, not., RTDCiv., 1998, p. 157, obs. P. Crocq).

(5) Sous réserve du paiement d'une éventuelle soulte, cela va sans dire.

(6) Quoique puisse en dire, de manière quelque peu abrupte, l'article 1234 du Code civil.

(7) L'extinction était d'ailleurs le terme expressément employé par le moyen du pourvoi.

(8) Ce qui, en pratique, est parfois déjà le cas.

Revue

06

Lexbase La lettre juridique n°481 du 12 avril 2012

[Social général] Focus

Mesures sociales des candidats à l'élection présidentielle

7012708

N° Lexbase: N1444BTN



par Grégory Singer, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition sociale et Justine Molinier — SGR droit social

La dernière ligne droite de la campagne à l'élection présidentielle est lancée. Deux semaines avant le premier tour, les candidats alternent émissions de télévision et *meetings* afin de convaincre les électeurs français. En cette période de crise, l'accent est notamment mis sur le social, l'emploi, l'égalité professionnelle et les retraites. Mais que proposent les différents candidats ? Afin de tenter de mieux comprendre les enjeux de cette campagne, Lexbase Hebdo — édition sociale revient cette semaine sur les principales mesures des différents candidats au siège suprême.

I — Les mesures en droit du travail

Afin de favoriser l'emploi en France, chaque candidat utilise ces techniques différentes.

A - L'emploi

Pour favoriser l'embauche des plus jeunes, **François Hollande**, le candidat du Parti socialiste, propose notamment la création de 150 000 emplois d'avenir dans l'innovation environnementale et sociale en priorité dans les quartiers populaires et de 500 000 "contrats de génération", une entreprise embauchant un jeune bénéficie d'allègements de charge durant trois ans si elle maintient en parallèle un senior en emploi. François Hollande envisage également une augmentation des cotisations chômage sur les entreprises qui abusent des emplois précaires selon un dispositif de notation sociale qui n'est pas encore développé. **François Bayrou**, candidat du Modem, prévoit l'exonération de charge pendant deux ans pour un CDI à un jeune ou un chômeur pour les entreprises de moins de 50 salariés. Il évalue cette mesure à 50 milliards d'euros. Le président sortant, **Nicolas Sarkozy**, souhaite mettre en place également une exonération de charges patronales mais seulement pour toute embauche d'un chômeur de plus de 55 ans en CDI ou en CDD d'au moins six mois. A la différences des mesures précédemment énoncées, **Jean-Luc Mélenchon**, du Front de gauche, ambitionne d'instaurer un quota maxi d'intérimaires et de CDD dans les sociétés : 5 % des effectifs dans les grandes entreprises et 10 % dans les PME. Fidèle à leur programme traditionnel, le Front

national, par le biais de **Marine Le Pen**, prévoit de privilégier l'embauche de personnes de nationalité française tout en réservant une embauche sur trois aux plus de 45 ans dans le public.

Afin de développer l'intégration des jeunes dans l'entreprise, Marine Le Pen ainsi que François Bayrou souhaitent favoriser le rapprochement entre l'Education nationale et l'entreprise et Nicolas Sarkozy les liens entre l'Université et l'entreprise.

En ce contexte de crise et de fermeture d'entreprises, certains candidats vont tenter de lutter contre les licenciements dits "boursiers". Par exemple, François Hollande préconise de renchérir le coût des licenciements collectifs pour les entreprises qui versent des dividendes alors que Jean-Luc Mélenchon recommande, ni plus, ni moins, que l'interdiction des licenciements boursiers.

B - Le dialogue social

Le dialogue social n'est pas oublié par les candidats à l'élection présidentielle. **François Hollande** envisage son inscription au sein de la Constitution allant plus loin que la loi "Larcher" du 31 janvier 2007 (loi n° 2007-130, de modernisation du dialogue social N° Lexbase : L2479HUD) (1) qui prévoit à l'article 1 du Code du travail que *"tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation"*. **François Bayrou** énonce dans son programme, une évolution de la composition des conseils d'administrations des entreprises de plus de 500 salariés avec la présence de représentants des salariés possédant un droit de vote. **Jean-Luc Mélenchon** envisage également une augmentation du pouvoir des représentants du personnel par un droit de veto sur les décisions stratégiques (dont les délocalisations ou fermetures de site) et un droit de reprise en coopérative. A la différence des autres partis, Marine Le Pen souhaite une révision des modalités d'élection des syndicats. **Nicolas Sarkozy** insiste dans son programme sur les droits et devoirs des chômeurs. Ainsi, il prévoit la mise en place d'allocations chômage dégressives dans le temps, dès que le taux de chômage commencera à diminuer, couplé avec un droit à la formation pour tous les chômeurs et une obligation d'accepter un emploi.

C - Le temps de travail

Peu de mesures sur le temps de travail sont prévues par les candidats. Dans le prolongement des discussions actuelles sur les accords compétitivité-emploi, **Nicolas Sarkozy** souhaite leur instauration ainsi qu'une négociation au niveau des branches sur le temps de travail. **François Bayrou** n'envisage pas une négociation du temps de travail et les salaires au niveau de l'entreprise mais uniquement au niveau des branches. **La leader du Front national** ne préconise une renégociation possible du temps de travail que si cette dernière s'accompagne d'une augmentation proportionnelle du salaire. **Jean-Luc Mélenchon** marque sa différence avec le rétablissement des 35 heures.

D - Le pouvoir d'achat

Pour favoriser le pouvoir d'achat des français, de nombreuses mesures sont prévues pour augmenter les salaires, notamment sur l'augmentation du Smic. **Jean-Luc Mélenchon** prévoit que ce salaire sera égal à 1 700 euros bruts dès 2012 et 1 700 euros nets en 2017. **Le candidat du Parti socialiste** nuance cette augmentation en l'indexant le Smic sur la croissance et non plus sur l'inflation. Tous deux sont cependant d'accord pour prévoir un écart maximal de rémunération de 1 à 20 dans toutes les entreprises, François Hollande souhaitant cependant ne limiter cette mesure qu'aux entreprises publiques. **Nicolas Sarkozy** et **Marine Le Pen** envisagent une augmentation des salaires. L'actuel président de la République prévoit une hausse du salaire net de 840 euros par an pour les salariés gagnant entre 1 000 et 1 400 euros par l'intégration de la prime pour l'emploi. Marine Le Pen recommande d'augmenter les salaires de 200 euros jusqu'à 1,4 fois le Smic. Toujours dans cette optique d'augmentation du pouvoir d'achat, les différents candidats prévoient, dans leur programme, des modifications des aides actuellement versées par l'Etat. Comme indiqué précédemment, Nicolas Sarkozy envisage une augmentation des salariés par l'intégration de la prime pour l'emploi. En effet, ce dernier souhaite fusionner la prime pour l'Emploi et le revenu de solidarité active, les bénéficiaires du RSA ayant l'obligation de travailler sept heures par semaine, payées au Smic, la volonté de l'actuel président étant créer une différence plus importante entre les revenus du travail et les revenus de l'assistance. **Jean-Luc Mélenchon** préconise de fixer et d'indexer les minimas sociaux sur le Smic. François Hollande ne prévoit, à l'heure actuelle, que d'augmenter de 25% l'allocation de rentrée scolaire et Marine Le Pen, à l'instar de sa politique d'embauche, de réserver les allocations familiales aux familles dont un des parents est Français.

L'égalité professionnelle est un sujet plus prolix en mesures marquée une volonté commune des candidats de lutter

contre les inégalités. Plusieurs candidats envisagent l'instauration d'un ministère. Ainsi, **François Bayrou** souhaite créer un ministère de l'Egalité, qui s'occupera de toutes les égalités nécessaires en France et de la lutte contre les discriminations. **Le candidat du Front de gauche** propose un ministère des Droits des femmes et de l'Egalité, doté de moyens, et appuyé par des délégués interministériels chargés de la mise en œuvre de l'égalité sociale et économique et prône le rétablissement de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (Halde). **François Hollande** préconise un ministère des Droits de la femme ainsi que la mise en place d'une autorité indépendante chargée de lutter contre les discriminations et de promouvoir l'égalité. Plusieurs candidats souhaitent favoriser l'égalité de rémunération au sein des entreprises. **Jean-Luc Mélenchon** préconise d'instaurer une négociation annuelle entre les partenaires sociaux sur le respect de l'égalité professionnelle (embauche, salaires, retraites, promotions) au niveau des branches et des entreprises et François Hollande de supprimer les exonérations de cotisations aux entreprises qui ne respecteraient pas l'égalité entre les hommes et les femmes en matière de carrière professionnelle et de rémunération. **François Bayrou** poursuit un but commun en garantissant l'égalité salariale entre hommes et femmes en pénalisant financièrement les entreprises et en combattant la multiplication des contrats à durée déterminée à temps partiel qui concernent surtout les femmes. Le candidat du Front de Gauche désire une refonte du Code du travail et de la définition du harcèlement sexuel et une loi en faveur des personnes en situation de handicap dont l'objectif sera notamment de favoriser leur intégration professionnelle, toutes ces mesures faisant ensuite l'objet d'un bilan annuel sur les discriminations. François Hollande souhaite généraliser les CV anonymes sans nom et photo.

E - La formation professionnelle

Enfin, les candidats à l'élection présidentielle envisagent de réformer le système de la formation professionnelle souvent sujet à critiques. **François Bayrou** prévoit la mise en place d'un Fonds de formation professionnelle financés par les entreprises et gérés par les partenaires sociaux, d'une Agence nationale de la formation et la mutualisation des moyens de Pôle emploi, des chambres de commerce, des missions locales et des maisons de l'emploi. Le candidat socialiste souhaite également un renforcement des moyens de Pôle emploi afin de cibler la formation sur les publics les moins formés, notamment, les chômeurs. **Marine Le Pen** envisage un "Service public de la formation tout au long de l'existence", avec des "chèques formation" et **Jean-Luc Mélenchon** le développement de fonds nationaux et régionaux de formation professionnelle.

La formation touchant les salariés individuellement, **Nicolas Sarkozy** souhaite l'instauration d'un compte individuel de formation dont le capital de départ serait inversement proportionnel à la formation initiale et François Bayrou, un compte formation continue personnel. Enfin, **François Hollande** prévoit de renforcer la sécurisation des parcours professionnels en prévoyant notamment une sécurité sociale professionnelle, matérialisée par un compte temps-formation, permettant à chacun de reprendre des études, de réaliser un projet personnel et de choisir les modalités de son départ en retraite.

II — Les mesures en droit de la Sécurité sociale

Parmi tous les thèmes abordés en matière de Sécurité sociale et de protection sociale par les candidats, nous nous focaliserons sur les problématiques les plus récurrentes, occupant une large place dans les préoccupations des français et ainsi, nous étudierons les programmes des candidats en matière de retraite (A) et de système de santé (B).

A — La retraite de base du régime général

En travaillant, et en contrepartie des cotisations salariales et patronales prélevées sur leurs rémunérations, les salariés du secteur privé s'ouvrent des droits à une pension de vieillesse du régime général de la Sécurité sociale. Si, de 1945 à 1983, les réformes des régimes de retraite vont dans le sens d'une progression des droits des salariés, à partir des années 1990, les réformes visent, d'abord, à réduire les déficits des différentes caisses de retraite.

En effet, depuis quelques années, différentes réformes se sont succédées. Il y a, d'abord, eu la loi du 22 juillet 1993, dite réforme "Balladur" (loi n° 93-936 N° Lexbase : L8411INT), concernant exclusivement le régime général géré par la Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés et les régimes alignés (salariés agricoles, artisans, industriels et commerçants). Cette loi augmente, notamment, le nombre d'années de cotisation nécessaires à l'obtention d'une retraite à taux plein (40 ans de cotisation, soit 160 trimestres, au lieu de 37,5 ans auparavant soit 150 trimestres). Si un salarié n'atteint pas la durée de cotisation exigée, il lui est appliquée une décote s'il liquide sa pension avant ses 65 ans. Le montant des pensions est calculé en référence au salaire moyen des 25 meilleures années au lieu des 10 meilleures années. La série de revalorisations des salaires retenus pour calculer le salaire de référence des 25 meilleures années est indexée sur l'évolution des prix et non plus sur celle du salaire moyen et la revalorisation annuelle des pensions se fait sur l'indice des prix à la consommation. Enfin, la loi de 1993 a créé un Fonds de solidarité vieillesse (FSV) chargé de financer les avantages non contributifs (minimum vieillesse,

avantages familiaux...).

La loi portant réforme des retraites, dite loi "Fillon", du 21 août 2003 (loi n° 2003-775 N° Lexbase : L9595CAM) a suivi, alignant, notamment, à raison de deux trimestres supplémentaires par an, la durée de cotisation des agents de la Fonction publique sur les salariés du privé (soit 40 annuités) entre 2004 et 2008. Cette loi a également instauré le passage progressif (à raison d'un trimestre par an) à 41 ans pour tous les salariés en 2012, avec instauration d'une décote en cas d'anticipation ou au contraire d'une surcote en cas de retardement de son départ en retraite. Désormais, l'indexation des retraites était prévue sur les prix (et non plus sur les traitements des fonctionnaires), afin de garantir le pouvoir d'achat des pensions. La loi "Fillon" a mis en place deux nouveaux dispositifs d'épargne retraite facultatifs : un contrat individuel, le PERP (Plan d'épargne retraite populaire) et un contrat collectif, en entreprise, le PERCO (Plan d'épargne pour la retraite collectif).

Promis par l'actuel président de la République, en 2007, la réforme des retraites a continué pour aboutir à la loi du 9 novembre 2010 (loi n° 2010-1330 N° Lexbase : L3048IN9). Cette loi allonge la durée minimale de cotisation (41,5 ans) et l'âge à partir duquel la retraite à taux plein est acquise. Les dispositions les plus importantes du texte sont entrées en vigueur le 1er juillet 2011.

Actuellement, l'âge minimal pour bénéficier de cette retraite, toujours fixé à 60 ans pour celles et ceux nés avant le 1er juillet 1951, est porté progressivement à 62 ans pour les salariés nés à compter du 1er janvier 1955 (sauf hypothèses de retraite anticipée). Le nombre de trimestres requis pour bénéficier d'une retraite à taux plein (soit 50 %), c'est-à-dire sans décote, varie selon l'année de naissance de l'assuré. Cependant, celui-ci obtient automatiquement une retraite à taux plein, quel que soit le nombre de trimestres validés, s'il fait liquider sa retraite à partir d'un âge fixé entre 65 et 67 ans selon son année de naissance. Le montant de la pension est déterminé à partir de trois paramètres : le salaire annuel moyen de l'assuré, calculé sur ses 25 meilleures années (pour les assurés nés à partir de 1948), le taux déterminé à partir de la durée totale de sa carrière et sa durée d'assurance dans le régime général. Des avantages complémentaires (par exemple, majoration pour trois enfants et plus) peuvent venir augmenter le montant de la pension. Par ailleurs, la pension versée ne peut pas être inférieure, ni supérieure à un certain montant.

Sujet sensible et intéressant tous les français, chaque candidat à la présidentielle s'attaque à la réforme de la retraite de base. Nous vous proposons d'y revenir afin de comparer les différents programmes.

François Hollande, candidat socialiste, entérine les 41,5 années de cotisation, mais avec un départ à la retraite à 60 ans. La pénibilité et la décote seront négociées ensuite. Il propose de relever de 0,1 point par an les cotisations salariales et patronales. En fin de quinquennat, les cotisations vieillesse seraient ainsi relevées de 1 point par rapport à 2012 (0,5 pour les salariés et 0,5 pour les employeurs). Elles se trouvent actuellement à 6,75 % pour les salariés et à 9,90 % pour les employeurs (dont une partie uniquement sur une fraction du salaire) (2).

Nicolas Sarkozy, l'actuel président de la République, souhaite le maintien de sa réforme de 2010. Il propose d'instaurer un minimum vieillesse réservé aux étrangers ayant cotisé 5 ans et vécu 10 ans sur le territoire français ainsi que le paiement des retraites le 1er du mois (actuellement elles le sont le 8).

François Bayrou, candidat du Modem, souhaite mettre en place une retraite qui fonctionne grâce à un système par points. Rappelons qu'un système par points attribue des droits à pension mais ne fixe pas le niveau des pensions, qui dépend de la valeur des points, laquelle n'est pas donnée *a priori*. Un tel système joue donc sur la distribution des pensions au sein d'une même génération. Il propose également un relèvement du montant des petites retraites en particulier dans le monde agricole et chez les artisans.

Jean-Luc Mélenchon, candidat du Front de gauche, propose le départ à 60 ans à taux plein. Il souhaite également abroger les réformes de 2010, 1993 et 2003, revaloriser les montants pour atteindre au moins 75 % du dernier salaire et indexer les pensions sur les salaires et non sur les prix. Il met en place son financement par des taxes sur l'intéressement, la participation, stocks-options et par l'augmentation des cotisations patronales. Enfin, aucune retraite en dessous du SMIC.

Marine Le Pen, candidate du Front national, souhaite fixer le départ à la retraite à 60 ans avec 40 années de cotisation (mise en place progressive), un abaissement de l'âge de la retraite pour les mères avec au moins trois enfants, ou un enfant handicapé. Elle propose une revalorisation des retraites agricoles. Un financement élargi aux revenus du capital et dans un premier temps aux produits des douanes, avec une forte incitation à la natalité. Enfin, un minimum vieillesse réservé aux étrangers ayant travaillé et cotisé en France pendant 10 ans.

B — Le système de santé

Avec des comptes de la Sécurité sociale en déficit chronique depuis des années, le système de Sécurité sociale français est réputé coûteux. Une réputation qui ne contredira pas le dernier rapport publié en novembre 2011 par l'OCDE. Selon ce rapport, en effet, les dépenses de santé ont représenté 11,8 % du PIB Français en 2009. Ce qui place la France à la troisième place du classement des membres de l'organisation derrière les Etats-Unis, qui occupent la tête avec 17,4 %, et les Pays-Bas (12 %). Un chiffre qui est en légère augmentation par rapport aux 10,1% du PIB consacré aux dépenses de santé en 2000 (3). Chaque candidat à la présidentielle de 2012 propose des solutions afin de régler le déficit. Rappelons que la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2012 (loi n° 2011-1906 N° Lexbase : L4309IRZ) confirme l'effort de maîtrise de la dépense avec la limitation de la progression de l'Objectif national de dépenses d'assurance maladie (Ondam) à + 2,5 % (au lieu de + 2,8 % prévu initialement) et est fixé à 167,1 milliards d'euros.

Concernant l'assurance maladie, le candidat socialiste, **François Hollande** déclare la baisse du prix des médicaments ainsi que l'encadrement des dépassements d'honoraires par spécialité et par région, l'augmentation de la part de rémunération forfaitaire des médecins généralistes, l'arrêt de la convergence tarifaire entre les secteurs public et privé, la suppression du droit d'entrée dans l'aide médicale d'Etat, introduit en 2011 et la généralisation du tiers payant.

Concernant la dépendance des personnes âgées, il souhaite mettre en place une contribution de solidarité nationale et créer un guichet unique pour l'accès à l'information et au conseil.

Nicolas Sarkozy, s'agissant de l'assurance maladie, souhaite instaurer la promotion du "juste soin" par la disparition des examens et prescriptions inutiles, la mise en place d'une "carte sociale sécurisée" biométrique pour limiter la fraude et la conclusion de "contrat de santé aux professionnels et aux patients pour renforcer l'accessibilité géographique et financière des soins". Enfin, dans la lignée de la réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004 (loi n° 2004-810 relative à l'assurance maladie N° Lexbase : L0836GT7), l'actuel président propose une individualisation du parcours de soin avec le recours à la télémédecine.

Pour la dépendance, promis en 2007, le "cinquième risque" une réforme devait intervenir afin de faire face à la hausse importante du prix de la dépendance, en améliorant, notamment, les conditions de financement de l'allocation personnalisée d'autonomie. Son programme de 2012 souhaite "poser les bases" de la réforme de la dépendance en 2013.

François Bayrou, concernant l'assurance maladie, propose la mise en place d'une Autorité indépendante (sur le modèle de l'Autorité de sûreté nucléaire), la révision de la formation des médecins, *via* une incitation à poursuivre en médecine générale et modification des règles de l'internat, la création d'un "bouclier santé" pour les personnes aux faibles revenus mais sans minimas sociaux et enfin, s'inspirer du régime local de l'Alsace Moselle.

Pour la dépendance, le candidat du Modem veut créer une cinquième branche de la Sécurité sociale et mettre en place une ou plusieurs journées de solidarité qui seraient assises sur la totalité des revenus.

Jean-Luc Mélenchon souhaite un remboursement à 100 % des dépenses de santé (dont l'interruption volontaire de grossesse), la création d'un pôle public du médicament, la préservation de l'aide médicale d'Etat, la suppression des agences régionales de santé (ARS, anciennement agences régionales de l'hospitalisation), la suppression des forfaits et franchises médicales et l'inscription, dans la Constitution, du droit à l'avortement.

Concernant la dépendance, le candidat du Front de gauche veut augmenter l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) et créer un "droit universel de compensation à la perte d'autonomie".

Enfin, **Marine Le Pen** souhaite mettre en place, pour l'assurance maladie un délai de carence d'un an de résidence en France avant de bénéficier des avantages de la Sécurité sociale. La candidate du Front national propose de lutter contre la fraude (carte Vitale biométrique, lutte contre les arrêts maladie "de complaisance"), d'instaurer une procédure de vente au détail des médicaments prescrits et remboursés par la Sécurité sociale, le remboursement de certains médicaments qui sont, actuellement, déremboursés et la suppression de l'aide médicale d'Etat.

Elle veut également créer une cinquième branche pour la dépendance, financée par les économies générées grâce à la "*reprise en main totale de la Sécurité sociale*" et à partir d'"*incitations publiques à une couverture prévoyance personnelle*".

(1) Sur cette loi, lire, *Le centre de gravité des relations de travail se trouve dans l'accord collectif — Questions à Jean-Denis Combexelle, Directeur Général du travail*, Lexbase Hebdo n° 479 du 29 mars 2012 — édition sociale ([LXB= N1050BT3]) et les obs. de F. Lalanne, *Quand les partenaires sociaux font le droit...*, Lexbase Hebdo n° 385 du 4 mars 2010 — édition sociale (N° Lexbase : N4675BNH).

(2) J. — B. Chastand *Hollande veut financer la retraite à 60 ans par une hausse de cotisations*, Le Monde.fr, 26 janvier 2012.

(3) R. Renier *Le système de santé français est le troisième le plus coûteux au monde, mais...*, 23 novembre 2011, La Tribune.fr.

Revue

07

Lexbase La lettre juridique n°480 du 5 avril 2012

[Interprofessions] Questions à...

Signature d'un partenariat entre l'ACE et l'AFJE : vers un rapprochement des avocats et des juristes d'entreprise — Questions à William Feugère, président de l'ACE et Hervé Delannoy, président de l'AFJE

7003313

N° Lexbase: N1324BT9



par *Sophie Cazaillet, Rédactrice en chef*

Le lundi 5 mars 2012 a été signé un contrat de partenariat entre les Avocats conseil d'entreprise (ACE) d'une part, et l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) d'autre part. Cet événement, célébré dans les nouveaux locaux de l'ACE, marque une nouvelle étape dans le renforcement des professions du droit et, notamment entre deux métiers souvent opposés : les avocats et les juristes d'entreprise. En effet, ces deux professions, bien qu'issues de la même famille, la famille du droit, n'échangent pas suffisamment. Parfois même, elles se confrontent. Cela s'explique par les différences qui existent entre elles : les avocats sont une profession libérale, les juristes une profession salariée. Les avocats ont un diplôme spécifique qui leur permet d'exercer, le CAPA. Ils ont le pouvoir de représenter leur client devant une cour, pouvoir que les juristes d'entreprise n'ont pas. Les juristes sont au service d'une entreprise, leur employeur, les avocats choisissent leurs clients. Toutefois, ces différences ont tendance à s'estomper. En effet, de plus en plus de juristes ont eux-mêmes le CAPA, lequel est parfois exigé par les entreprises. Les avocats se regroupent dans des cabinets de plus en plus importants, fonctionnant comme de véritables entreprises. Enfin, avocats et juristes passent, parfois, d'une profession à une autre, un avocat peut ainsi intégrer une entreprise, et un juriste peut intégrer un cabinet, que ce soit en qualité d'*of counsel* ou en qualité d'avocat s'il a prêté serment. La dernière différence reste les attributs de la profession libérale : le pouvoir de représentation et le secret professionnel. Un pas supplémentaire est sur le point d'être franchi avec l'envoi aux différents acteurs du droit d'un document de travail, qui propose la création du statut d'avocat salarié en entreprise.

Pour revenir sur les motifs et les enjeux du partenariat ACE/AFJE, Lexbase Hebdo — édition professions a interrogé **William Feugère, président de l'ACE**, et **Hervé Delannoy, président de l'AFJE**, qui ont accepté de répondre à nos questions.

Lexbase : Quelles sont les raisons qui ont poussé l'ACE et l'AFJE à se rapprocher par la signature de ce partenariat ? Est-ce une demande de la part des membres de ces deux associations ?

William Feugère : C'était naturel. Les avocats conseils d'entreprises et les juristes travaillent ensemble quotidiennement. Pourtant, il n'y avait à ce jour aucun cadre organisé pour les réunir, leur permettre de réfléchir ensemble sur leurs matières, sur les évolutions juridiques. Prenons l'exemple fiscal : six réformes en dix-huit mois, chaque disposition posant des difficultés d'interprétation ou d'application. Réunir les fiscalistes des deux associations permet d'échanger les points de vue, de confronter les avis, et même de faire des propositions ensuite aux pouvoirs publics.

Hervé Delannoy : Nous avons de nombreux contacts. Il y a eu le souhait de les organiser et de les encadrer davantage pour mieux en tirer profit tant le lien paraissait naturel. Nous avons donc signé ce partenariat. Il est, bien entendu, destiné à nos membres respectifs qui, de façon générale, cherchent à enrichir leurs contacts et leurs pratiques auprès de professionnels proches de leur métier.

Lexbase : Quel est le contenu du partenariat ?

William Feugère : Il est prévu une coopération en matière de formations (organisation de colloques, tables rondes) et des réunions de commissions techniques communes. Nos deux associations ont une organisation assez similaire à cet égard : nous avons des commissions pour les principaux domaines du droit, qui réunissent des avocats ou juristes spécialisés. Nous commencerons par des réunions conjointes de commissions "pilotes" : droit fiscal, droit social, droit des sociétés, développement durable et droit international. Par ailleurs, des membres de l'AFJE interviendront à notre congrès dans les différents ateliers et notre revue trimestrielle inclura une rubrique de l'AFJE, outre des articles que pourrait publier l'AFJE dans les différents dossiers.

Hervé Delannoy : Ce partenariat prévoit de favoriser et de développer les échanges entre nos deux associations et nos membres. Dans un premier temps, nous allons ouvrir certaines séances de nos commissions respectives aux membres de la commission correspondante du partenaire (commission fiscale, sociale, concurrence...). Nous allons également publier dans notre revue Juriste d'Entreprise Magazine (JEM) des articles de membres de l'ACE et nous écrirons dans leur revue, afin de partager nos expériences et points de vue. Nous participerons à certaines manifestations de notre partenaire et l'inviterons, également, à rejoindre certains de nos événements. Nous mettrons en œuvre toutes les bonnes idées ou initiatives qui pourraient ensuite découler de ces premières réunions et de nos contacts réguliers. Nous en profitons aussi pour avoir une réflexion commune sur nos métiers et leur avenir.

Lexbase : Cette signature s'est opérée juste après l'envoi par la Chancellerie du document de travail sur la création du statut d'avocat salarié en entreprise. Coïncidence ou volonté de votre part ?

William Feugère : Un peu des deux. Coïncidence en ce qui concerne le document de travail lui-même. En fait, nous avons évoqué notre partenariat plusieurs mois avant que le rapport "Prada" ne soit rédigé. Mais en même temps, il est évident que ce partenariat s'inscrit dans une logique : avocat et juristes d'entreprises partagent une même formation, une même compétence et exercent tous deux leur métier au profit des entreprises. Ce constat fonde autant notre partenariat qu'il légitime la réforme de l'avocat en entreprise, que nous appelons de nos vœux.

Hervé Delannoy : A la fois une coïncidence mais ce n'est pas non plus un pur hasard. Nous avons, bien entendu, mené ce partenariat en dehors du calendrier d'envoi de ce document de travail, mais il faut reconnaître aussi que les discussions que nous avons eues entre nous sur la création du statut d'avocat en entreprise ont, de par leur qualité, favorisé la conclusion de ce partenariat. Cela nous permet de bien connaître nos professions respectives, d'apprécier les enjeux et problématiques en cause, et d'avoir ainsi une image assez complète du sujet, à la fois côté juristes d'entreprise et côté avocats.

Lexbase : Quelles sont les positions de l'ACE et de l'AFJE sur ce document de travail ? Allez-vous adopter une position commune ?

William Feugère : Je le souhaite. Mais pas seulement entre ACE et AFJE. Je crois profondément que cette réforme interviendra dans les mois qui viennent. C'est le sens de l'histoire, et l'intérêt autant des deux professions que des entreprises. Et c'est parfaitement compatible avec le respect absolu des principes déontologiques des avocats. Réunissons avocats et juristes, de tous horizons, et essayons ensemble de donner corps à cette réforme.

Hervé Delannoy : L'AFJE estime que ce document de travail ouvre le débat à un moment où, compte tenu des élections, il n'y a pas d'échéance imminente, et donc nous avons le temps de parler et d'approfondir le débat qui le mérite. Ce document de travail contient des propositions qui nous paraissent impossibles à retenir comme point de départ. Si la profession de juriste d'entreprise doit s'exercer sous le titre d'avocat en entreprise, il faut que tous les juristes d'entreprise qui rempliront les conditions pour devenir avocat en entreprise puissent le devenir, et ce sans conditions de responsabilité ou de pouvoir de décision dans l'organisation et le fonctionnement de l'entreprise. Ce critère de pouvoir sur l'organisation et la décision n'est pas pertinent, et, de plus, sa mise en œuvre serait aussi

difficile qu'inadaptée. La délégation de confidentialité à certains collaborateurs ne tient pas non plus compte de la réalité de l'organisation des entreprises et de leurs services juridiques, et crée une grande confusion dans la protection de la confidentialité. Le contenu de la protection doit aussi être examiné plus précisément. La reconnaissance de l'indépendance intellectuelle comme dans le rapport "Prada" est positive. Il faut donc discuter de ce statut en sachant si l'on veut vraiment créer, pour tous les juristes d'entreprise exerçant leur métier, un nouveau cadre d'exercice sous le statut d'avocat en entreprise. Cela n'est pas très clair quant aux intentions des uns et des autres puisque, lorsque l'on lit les réactions, peu sont satisfaits et cela pour des raisons différentes. Peut-être ce document de travail est-il le reflet de ces tiraillements contradictoires. Cela prouve qu'il faut d'abord savoir ce que l'on veut. Est-ce au-delà de la confidentialité une réelle volonté de modernisation de la pratique du droit en entreprise tenant compte des deux professions ou est-ce seulement la recherche de quelques avantages pour l'une d'entre elles sous couvert d'un statut ambigu ? Inutile de poursuivre sur cette voie si cela ne vise pas totalement les deux professions. L'avantage de notre partenariat avec l'ACE est de pouvoir réfléchir ensemble à un vrai statut d'avocat en entreprise et d'en discuter sereinement et techniquement, en connaissance des données des deux professions actuelles d'avocat et de juriste d'entreprise.

Revue

08

Lexbase La lettre juridique n°480 du 5 avril 2012

[Pénal] Jurisprudence

Recel de violation de secret professionnel et liberté d'expression

7003280

N° Lexbase: N1158BT3



par Romain Ollard, Maître de conférences à l'Université Montesquieu
— Bordeaux IV, Institut de sciences criminelles et de la justice (ISCJ :
EA 4633)

Réf.: Cass. crim., 6 mars 2012, n° 11-80.801, FS-P+B (N° Lexbase : A3871IE4)

Derrière la question somme toute assez banale du recel de choses consécutif à une violation du secret professionnel, se cachait, en réalité, dans cette affaire ayant donné lieu à une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 6 mars 2012, une autre question, plus large, tenant à l'articulation du recel avec la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (N° Lexbase : L4743AQQ). Dans le conflit entre la protection de la vie privée des personnes publiques (droit *sur* l'information) et le droit du public à l'information, la Chambre criminelle a parfois tendance à faire prévaloir le second objectif, ainsi qu'en témoigne la réticence manifeste de la jurisprudence à sanctionner, au titre du recel, des journalistes qui divulguent des informations confidentielles relatives à la vie privée de personnes publiques, réticence dont cette décision pourrait constituer une nouvelle illustration.

Le 22 août 2008, un journaliste publie dans les colonnes du journal "l'Equipe" un article faisant état de résultats du bilan sanguin d'un athlète international, faisant apparaître des suspicions de dopage. Poursuivi du chef de recel de violation du secret professionnel, le journaliste fut déclaré coupable par la cour d'appel aux termes d'un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, afin de caractériser l'infraction préalable nécessaire à la constitution du recel, la cour d'appel relève que le bilan sanguin d'une personne, qui ne peut être fait que par des professionnels de santé, constitue une donnée à caractère médical protégée par le secret professionnel au sens de L. 1110-4 du Code de la santé publique (N° Lexbase : L9587IQ7), qui dispose que le secret médical "*couvre, sauf dérogations*

expressément prévues par la loi, l'ensemble des informations, concernant la personne, venues à la connaissance du professionnel de santé". En conséquence, toute personne prise en charge par un professionnel de santé a droit à la confidentialité des informations médicales la concernant, de sorte que la divulgation de ces informations en l'absence de consentement constitue une violation du secret professionnel. L'infraction d'origine, préalable nécessaire à la constitution du recel, ainsi relevée, la cour d'appel s'attache, ensuite, à caractériser l'élément matériel du délit en relevant que l'utilisation, dans le cadre d'un article de presse, d'un document comportant des informations confidentielles provenant d'une violation du secret médical constitue l'infraction de recel de choses. Toutefois, la Chambre criminelle de la Cour de cassation censure cette décision de condamnation, au visa des articles 226-13 (N° Lexbase : L5524AIG) et 321-1 (N° Lexbase : L1940AMS) du Code pénal, en décidant qu'en se prononçant ainsi, "sans caractériser la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en aurait été dépositaire", la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.

En censurant la décision des juges du fond sur le fondement du défaut de constitution de l'infraction de violation de secret professionnel, préalable nécessaire à la constitution du recel de choses (I), la Cour de cassation s'est évitée d'avoir à connaître de la question principale -celle du recel d'information-, qui cristallise pourtant les difficultés (II).

I — L'infraction préalable de violation de secret professionnel

La constitution du recel de choses suppose que la chose recelée provienne d'un crime ou d'un délit, ce qui implique que le recel ne peut être puni que si cette infraction préalable, dite également d'origine, est elle-même constituée en tous ses éléments. Certes, le recel peut être sanctionné même si l'auteur de l'infraction d'origine n'est pas punissable pour une cause qui lui est propre (prescription, décès, etc.) ou s'il n'est pas identifié. Il n'est donc pas nécessaire que l'infraction d'origine soit effectivement punie ou poursuivie (1). Mais, les juges n'en doivent pas moins caractériser l'existence d'une infraction d'origine punissable, de sorte que le recel n'est pas constitué si l'acte d'origine a cessé d'être délictueux, en raison de faits justificatifs par exemple (2). La Cour de cassation se montre particulièrement vigilante sur ce point, en exigeant des juges du fond qu'ils identifient expressément une infraction d'origine, caractérisée en tous ses éléments (3). Or, c'est précisément ce défaut de constitution de l'infraction d'origine qui justifie la décision de cassation en l'espèce, la Chambre criminelle reprochant aux juges du fond de n'avoir pas caractérisé l'infraction de violation de secret professionnel, qui sanctionne, aux termes de l'article 226-13 du Code pénal, la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire (4).

Sans doute était-il possible, tout d'abord, de relever en l'espèce un secret au sens du texte d'incrimination. Si la notion est d'appréciation délicate, il est admis que le secret se définit moins par son contenu, indifférent, que par sa confidentialité, de sorte que le secret n'a pas nécessairement à porter sur un élément de l'intimité de l'individu. De même, il n'est pas exigé que le secret concerne une information inconnue de tous, excepté des dépositaires du secret, la jurisprudence ayant pu décider que "la connaissance par d'autres personnes, de faits couverts par le secret professionnel, n'est pas de nature à enlever à ces faits leur caractère confidentiel et secret" (5). En d'autres termes, s'il est évident qu'une information publique ou notoire, connue de tous, ne saurait constituer un secret protégé, une information partagée par une communauté d'individus peut être confidentielle. La qualification de secret ne faisait pas difficulté en l'espèce, dès lors que le bilan sanguin d'une personne constitue une donnée à caractère médical protégée par le secret professionnel au sens de L. 1110-4 du Code de la santé publique, qui dispose que le secret médical "couvre [...] l'ensemble des informations, concernant la personne, venues à la connaissance du professionnel de santé.

Sans doute était-il encore possible de relever, en l'espèce, une révélation dudit secret médical, d'autant que la jurisprudence retient une conception large de cet acte matériel en décidant que "la révélation d'une information à caractère secret [...] n'en suppose pas la divulgation ; elle peut exister [...] alors même qu'elle est donnée à une personne unique" (6). La communication de l'information protégée par le secret n'a donc pas à prendre la forme d'une diffusion publique, à destination du plus grand nombre. *A fortiori*, l'élément matériel du délit est-il constitué lorsque, comme en l'espèce, la révélation prend la forme d'une diffusion au public, en l'occurrence par voie de presse.

Mais, c'est sur le fondement d'un autre élément de l'infraction de violation de secret professionnel que la décision de cassation a été prononcée en l'espèce. La protection du secret implique, en effet, qu'il ait été communiqué à une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, ce qui impliquerait que le dépositaire du secret soit expressément identifié. Or, c'est précisément le défaut d'identification, par les juges du fond, de la personne dépositaire du secret qui constitue le fondement de la censure en l'espèce. Alors que la cour d'appel avait cru pouvoir relever que "le bilan sanguin d'une personne ne peut être fait que par des professionnels de santé", astreints au secret médical, cette présomption de fait est sanctionnée par la Cour de cassation au motif que la cour d'appel n'a pas caractérisé "la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en aurait été dépositaire". Ainsi que le relevait le pourvoi, il n'existait, en effet, aucun

élément susceptible d'établir si le journaliste poursuivi tenait ces informations d'un professionnel de santé soumis au secret médical, de sorte que d'autres sources étaient possibles. Aussi, en déclarant constitué le délit de violation du secret médical, alors que l'auteur de la divulgation n'avait pas été expressément identifié, la cour d'appel n'a pu, selon la Cour de cassation, valablement caractériser l'infraction d'origine, préalable nécessaire à la constitution du recel de choses.

Si la solution n'est pas nouvelle (7), la censure pourrait, toutefois, apparaître bien sévère, lorsque l'on sait que la jurisprudence criminelle n'hésite pas à recourir à une semblable présomption dans d'autres domaines, spécialement celui de la responsabilité des personnes morales. Si, pendant longtemps, la Cour de cassation a exigé que l'infraction imputée à la personne morale soit caractérisée en la personne de ses organes ou représentants (8), lesquels devaient, dès lors, nécessairement être identifiés, la Haute juridiction, faisant fi de cette exigence d'identification, pose, désormais, une présomption d'imputation de l'infraction à la personne morale lorsque "*l'infraction n'a pu être commise, pour le compte de la personne morale, que par ses organes ou représentant*" (9). En d'autres termes, dès lors que l'infraction a été réalisée dans le cadre de l'activité de l'entreprise, elle ne peut avoir été commise que par un organe ou un représentant de la personne morale, pour le compte de cette dernière. La situation était-elle vraiment différente en l'espèce, seul un professionnel intervenant dans le système de santé pouvant avoir accès à l'information divulguée ? La distinction des solutions pourrait, toutefois, s'expliquer par la volonté de la Cour de cassation de protéger, en la matière, la liberté d'expression, spécialement la liberté de la presse, garantie par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Quoi qu'il en soit, en censurant la solution des juges du fond sur le fondement du défaut de constitution de l'infraction d'origine, préalable nécessaire à la constitution du recel de choses, la Cour de cassation s'est évitée d'avoir à trancher la question du recel d'informations, qui cristallise les difficultés.

II — Le recel d'information

La question de savoir si le recel peut porter sur des biens immatériels, spécialement sur des informations, comme en l'espèce, est aujourd'hui encore largement débattue.

Certes, par un arrêt fameux "Fressoz" du 3 avril 1995 (10), la jurisprudence est venue affirmer la nécessaire corporalité de la chose objet du recel : "*une information quelle qu'en soit la nature ou l'origine échappe aux prévisions de l'article 321-1 du Code pénal qui ne réprime que le recel de choses*". Toutefois, certaines décisions postérieures sont venues semer le trouble en admettant que le recel pouvait porter sur des biens immatériels, qu'il s'agisse d'un secret de fabrique (11) ou d'une information, provenant d'un délit d'initié (12) ou obtenue en violation du secret professionnel (13). De même, la jurisprudence a-t-elle encore admis, le recel d'une créance (14), d'un service (15) ou encore de l'attribution d'un marché (16). La contradiction des solutions jurisprudentielles paraît d'autant plus patente que certains arrêts continuaient d'affirmer, en parallèle, qu'une information échappe aux prévisions de l'article 321-1 du Code pénal qui ne réprime que le recel de choses (17).

La contradiction, cependant, n'est peut-être qu'apparente car il faut, en réalité, opérer une distinction selon que les poursuites trouvent leur fondement dans l'alinéa 1er ou, au contraire, dans l'alinéa 2 de l'article 321-1 du Code pénal. En effet, toutes les décisions qui admettent que le recel peut porter sur un bien immatériel se bornent, en réalité, à faire application de ce qu'il est convenu de nommer le "recel profit", c'est-à-dire de l'alinéa 2 du texte, qui incrimine le fait de bénéficier du "produit" d'un crime ou d'un délit. Or, le "recel profit" tolère, quant à lui, une dématérialisation de son objet dès l'instant qu'il est admis qu'il est matériellement possible de profiter d'avantages immatériels. Le concept de profit est donc suffisamment accueillant pour permettre la condamnation d'individus qui jouissent de biens immatériels ou, qui exploitent ou utilisent des informations en connaissance de leur origine frauduleuse, comme tel était le cas en l'espèce. En revanche, lorsqu'ils raisonnent sur le recel détention, réprimé à l'alinéa 1er du texte, les juges n'admettent d'entrer en voie de condamnation que lorsque l'information est matérialisée dans un document ou plus largement dans un support matériel : la "chose" objet du recel doit alors nécessairement revêtir une nature corporelle (18).

Que faut-il penser d'une telle distinction dont la cour d'appel avait, d'ailleurs, précisément fait application en l'espèce ?

En premier lieu, il faut préciser que cette distinction semble devoir être comprise au regard de la nature de l'acte matériel constitutif du recel. Si les juges admettent la dématérialisation du recel profit (alinéa 2), c'est qu'il est matériellement possible de bénéficier d'avantages immatériels. Au contraire, ils refuseraient la dématérialisation du recel détention (alinéa 1er), dès lors que la détention d'une chose impliquerait son appréhension physique. Mais, si ce raisonnement est, sans doute, celui adopté par les magistrats répressifs (19), il pourrait, néanmoins, être contesté comme procédant, tout d'abord, d'une conception archaïque de la détention. Celle-ci peut être, en effet, comprise, non point comme la seule mainmise physique sur la chose qui en est l'objet, mais, plus largement,

comme un pouvoir de fait impliquant un rapport de maîtrise, pouvant n'être qu'intellectuel, sur le bien (20). Ensuite, si l'alinéa 1er de l'article 321-1 du Code pénal vise, effectivement, la détention d'une chose, il incrimine, par ailleurs, le fait de dissimuler ou de transmettre une chose provenant d'une infraction. Or, même à supposer que la détention ne puisse être exercée que sur une chose corporelle, ces différents actes semblent, quant à eux, pouvoir porter sur des biens immatériels, dès lors qu'il est possible de dissimuler une information, en taisant un renseignement, de même qu'il serait possible de la transmettre, par divulgation (21).

En second lieu, même à supposer cohérente cette distinction des alinéas 1er et 2nd de l'article 321-1 du Code pénal, il reste encore à déterminer dans quel cas privilégier l'une ou l'autre des deux formes de recel. A cet égard, il est possible d'observer que toutes les décisions jurisprudentielles qui ont pu exclure le recel d'information, en se fondant donc sur l'alinéa 1er du texte, sont, en réalité, intervenues en matière de presse (22). Une telle solution pourrait d'abord se justifier par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*, le texte général du recel devant être exclu au profit de ceux, spéciaux, relatifs au droit de la presse (23). Ensuite et peut-être surtout, une telle distinction pourrait être justifiée par la volonté des hauts magistrats de faire prévaloir l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui consacre la liberté d'expression et de communication (24).

En d'autres termes, dans le conflit entre la protection de la vie privée des individus (droit *sur* l'information) et le droit du public à l'information (droit *à* l'information), la Chambre criminelle de la Cour de cassation aurait tendance à faire prévaloir le second, ainsi qu'en témoigne la réticence manifeste de la jurisprudence répressive à sanctionner, au titre du recel, des journalistes qui divulguent par voie de presse des informations confidentielles relatives à la vie privée de personnes publiques. Il faut, toutefois, relever que le décryptage des décisions est particulièrement malaisé en la matière car, loin de se fonder expressément sur un tel argument tiré de la liberté d'expression, la Haute juridiction, préférant avancer masquée, se fonde sur la distinction purement technique des alinéas 1er et 2nd de l'article 321-1 du Code pénal.

(1) V. toutefois, Cass. crim., 14 décembre 2000, n° 99-87.015 (N° Lexbase : A0992IH9), Bull. crim., n° 281.

(2) Cass. crim., 17 mai 1989, n° 85-96.520 (N° Lexbase : A8646CHP), Bull. crim., n° 205, RSC, 1990, p. 576, obs. P. Bouzat.

(3) Cass. crim., 13 mai 1991, n° 90-83.520 (N° Lexbase : A3429ACY), Bull. crim., n° 200.

(4) Sur cette infraction, v. R. Ollard, F. Rousseau, *Droit pénal spécial*, Bréal, 2011, p. 211 et s.

(5) Cass. crim., 16 mai 2000, n° 99-85.304 (N° Lexbase : A7207CHE), Bull. crim., n° 192.

(6) Cass. crim., 16 mai 2000, précité.

(7) V. déjà, dans le même sens, pour la censure d'une décision des juges du fond ayant établi une semblable présomption, Cass. crim., 24 mai 2005, n° 03-86.460, FS-P+F (N° Lexbase : A7657DIG), Bull. crim., n° 155.

(8) Cass. crim., 2 décembre 1997, n° 96-85.484 (N° Lexbase : A1341ACN), JCP, 1998, II, 10 023, Rapport F. Desportes (infraction intentionnelle); Cass. crim., 18 janvier 2000, n° 99-80.318 (N° Lexbase : A3244AUP), D., 2000, J. 636, note J. — C. Saint-Pau (infraction d'imprudence).

(9) D'abord limité aux infractions d'imprudence (Cass. crim., 20 juin 2006, n° 05-85.255, F-P+F+I N° Lexbase : A3845DQH, JCP éd. G, 2006, II, 10 199, note E. Dreyer; D., 2007, J. 617, note J. — C. Saint-Pau; Cass. crim., 26 juin 2007, n° 06-84.821, F-D N° Lexbase : A7685HED, DP, 2007, comm. 135, obs. M. Véron; Cass. crim., 15 janvier 2008, n° 06-87.805, F-D N° Lexbase : A8430EC9, DP, 2008, comm. 71, obs. M. Véron), le domaine de cette présomption a récemment été étendu à des infractions intentionnelles (Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-80.261, FS-P+F N° Lexbase : A1152EAW, Revue Sociétés, 2008, p. 873, note crit. H. Matsopoulou).

(10) Cass. crim., 3 avril 1995, n° 72-93.034 (N° Lexbase : A8340ABI), Bull. crim., n° 142; JCP, 1995, II, 22 429, note E. Derieux. Adde, F. Deboissy, J. — Ch. Saint-Pau, *La divulgation d'une information patrimoniale*, D., 2000, Chr. 267.

(11) Cass. crim., 7 novembre 1974, n° 72-93.034 (N° Lexbase : A1105AA8), Bull. crim., n° 323.

(12) Cass. crim., 26 octobre 1995, n° 94-83.780 (N° Lexbase : A1555ATR), Bull. crim., n° 324; DP, 1996, comm. 189, J. — H. Robert.

(13) Cass. crim., 26 octobre 1995, n° 94-84.858 (N° Lexbase : A8945ABW), Bull. crim., n° 328; Cass. crim., 20 juin

2006, n° 05-86.491 (N° Lexbase : A0780IHD).

(14) Cass. crim., 18 janvier 1988, n° 87-80.298 (N° Lexbase : A7200AAW), Bull. crim., n° 22.

(15) Cass. crim., 7 mai 2002, n° 02-80.797, F-P+F (N° Lexbase : A6159AYR), Bull. crim., n° 108 ; RTDCom., 2002, p. 736, obs. B. Bouloc.

(16) Cass. crim., 28 janvier 2004, n° 02-86.597, F-P+F (N° Lexbase : A3305DBZ), Bull. crim., n° 23 ; DP, 2004, comm. 92, obs. M. Véron.

(17) Cass. crim., 12 juin 2007, n° 06-87.361, F-P+F (N° Lexbase : A9551DWN), Bull. crim., n° 157 ; JCP, 2007, II, 10 159, note F. Fourment, C. Michalski, Ph. Piot ; J. — Ch. Saint-Pau, RPDP, 2008, p. 113. *Adde* Cass. crim., 19 juin 2001, n° 99-85.188 (N° Lexbase : A6373AT9), Bull. crim., n° 149 ; JCP, 2002, II, 10 064, Concl. D. Commaret, note A. Lepage ; D., 2001, J. 2538, note B. Beignier, B. de Lamy ; Cass. crim., 19 octobre 2005, n° 04-85.098 (N° Lexbase : A0778IHB) ; Cass. crim., 19 septembre 2006, n° 05-85.360 (N° Lexbase : A0779IHC).

(18) D. Chevrotin, *Bévue sur le caractère non recelable d'une information*, DP, 2001, Chr. 12 ; S. Jacopin, *Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse*, DP, 2001, Chr. 16.

(19) V., particulièrement net en ce sens, Cass. crim., 19 juin 2001, précité.

(20) F. Alt-Maès, *Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention*, RSC, 1987, p. 21.

(21) En ce sens, C. de Jacobet de Nombel, *Le recel d'information*, DP, septembre 2008, Chr. 21, n° 14 et s. ; V. Peltier, *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999, n° 556 et s.

(22) V. Cass. crim., 3 avril 1995 ; Cass. crim., 12 juin 2007, précités.

(23) En ce sens, v. particulièrement J. — Ch. Saint-Pau, RPDP, 2008, p. 116.

(24) V. en ce sens C. de Jacobet de Nombel, *Recel de choses*, Juris-classeur Affaire, 2008, n° 36 ; *Le recel d'information*, *op. cit.*, spéc. n° 33 et s. ; J. — Ch. Saint-Pau, *op. cit.*, p. 116 et s..

Revue

09

Lexbase La lettre juridique n°480 du 5 avril 2012

[Santé] Jurisprudence

Obligation de reclassement consécutive à un avis d'inaptitude et formation à un nouveau poste

7003318

N° Lexbase: N1207BTU



par Marion Del Sol, Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale (IODE UMR CNRS 6262-Université de Rennes I)

Réf.: Cass. soc., 7 mars 2012, n° 11-11.311, FS-P+B (N° Lexbase : A3809IES)

La décision rendue par la Chambre sociale, le 7 mars 2012, concerne un contentieux à la fois classique et abondant, celui de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur consécutivement à un avis d'inaptitude délivré par le médecin du travail pour un salarié ayant été victime d'un accident du travail. Pour autant, la question soulevée par le cas d'espèce n'est pas de celles dont la chronique judiciaire rend compte habituellement dans ce type de contentieux, raison sans doute pour laquelle cet arrêt de rejet aura les honneurs d'une publication au Bulletin. Etait, en effet, en jeu la question des capacités du salarié, et non celle de son aptitude médicale, à occuper un emploi de reclassement. En arrière-plan, le débat portait sur les liens à établir entre proposition de reclassement et formation, liens quelque peu modifiés depuis que la loi du 24 novembre 2009 (loi n° 2009-437, relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie N° Lexbase : L9345IET) a précisé que le médecin du travail doit désormais formuler, dans certaines circonstances, "des indications sur l'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation destinée à lui proposer un poste adapté" (C. trav., art. L. 1226-10 N° Lexbase : L6283ISI).

Résumé

Lorsque le salarié à la suite d'un accident du travail est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur doit lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités.

I— La double exigence concernant les emplois proposés au reclassement

Quelle que soit l'origine -professionnelle ou non— de l'inaptitude du salarié à son poste antérieur, l'employeur doit assumer la charge d'une obligation de reclassement exprimée dans des termes identiques, d'une part, à l'article L. 1226-2 (N° Lexbase : L1006H97) (inaptitude d'origine non professionnelle) et, d'autre part, à l'article L. 1226-10 du Code du travail (inaptitude consécutive à un accident du travail ou une maladie professionnelle). L'employeur doit proposer au salarié "*un autre emploi approprié à ses capacités*" prenant en compte "*les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise*". Cette double exigence était au cœur du contentieux soumis à la Cour de cassation.

En l'espèce, après à un accident du travail survenu en 2002, un salarié avait été déclaré, en février 2005, inapte à son poste de magasinier cariste par le médecin du travail, l'avis formulé précisant que le salarié pouvait toutefois "*effectuer des tâches simples en position assise ou debout telles que des tâches administratives, standard téléphonique et activité commerciale*". Après un avis conforme du médecin du travail et des délégués du personnel (1), l'employeur avait alors reclassé le salarié sur un poste de guichetier tout en lui délivrant une formation professionnelle "sur le tas" (binôme sur le poste pendant 45 jours). Deux mois et demi environ après le reclassement, le salarié est licencié au double motif de son inaptitude au poste de guichetier et de son insuffisance professionnelle, licenciement annulé par la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Bien que les articles L. 1226-2 et 10 du Code du travail évoquent d'abord le lien que l'emploi proposé au reclassement doit avoir avec les capacités du salarié, il est plus cohérent d'envisager préalablement le lien entre l'emploi envisagé et les restrictions d'aptitude formulées par le médecin du travail puisque ce sont elles qui permettent d'orienter initialement la recherche de reclassement. En d'autres termes, pour l'employeur, il importe d'abord de savoir ce que le salarié peut médicalement faire avant de se demander s'il dispose des capacités de le faire.

Un emploi de reclassement conforme aux restrictions d'aptitude formulées par le médecin du travail. Seul un rappel du droit positif sera effectué sur cette première exigence car, dans l'affaire jugée le 7 mars 2012, le débat juridique ne portait pas sur ce point.

Le médecin du travail est la clé de voûte en matière d'aptitude au poste de travail, que l'on se situe au stade de l'embauche, pendant la durée d'exécution du travail ou à l'occasion des visites de reprise faisant suite à des arrêts de travail pour raisons de santé. D'ailleurs, l'article L. 4624-1 du Code du travail (N° Lexbase : L1874H9B) est explicite en la matière : d'une part, il affirme que le médecin du travail est habilité à proposer des transformations de postes, voire des reclassements, dès lors que des considérations relatives notamment à l'âge, à la résistance physique ou à l'état de santé physique et mentale des travailleurs le justifient ; d'autre part, le texte met à la charge de l'employeur l'obligation de prendre en considération les propositions formulées par le médecin du travail. L'article L. 1226-10 n'est que la déclinaison de ces règles à la situation d'inaptitude constatée consécutivement à un accident du travail ou une maladie professionnelle.

Pour autant, l'employeur étant le débiteur de l'obligation de reclassement, il n'est pas libéré de son obligation au motif que le médecin n'a pas rendu d'avis ou a rendu un avis évasif ou imprécis. Dans ces hypothèses, une jurisprudence constante exige de l'employeur qu'il sollicite un avis circonstancié du médecin du travail. Dans l'affaire commentée, l'employeur disposait d'un avis "exploitable" faisant état de la possibilité pour le salarié d'"*effectuer des tâches simples en position assise ou debout telles que des tâches administratives, standard téléphonique et activité commerciale*". Cet avis l'avait conduit à reclasser le salarié, qui exerçait jusqu'alors les fonctions de cariste, sur un poste de guichetier. Le médecin du travail avait donc formulé par écrit des propositions "*sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise*", exigence posée par l'article L. 1226-10 applicable au cas d'espèce.

Ce n'est pas, loin s'en faut semble-t-il, toujours le cas. Certains avis se révèlent parfois elliptiques sur l'aptitude du salarié à effectuer des tâches existant dans l'entreprise et ne peuvent servir de guide à l'employeur pour sa recherche de reclassement. Au regard des enjeux juridiques pour lui (risque de nullité du licenciement, mise en jeu de sa responsabilité au titre de l'obligation de sécurité de résultat), l'employeur doit se montrer très prudent face à ce type d'avis et solliciter le médecin du travail pour qu'il soit beaucoup plus explicite dans ses propositions ou formulations.

Un emploi de reclassement approprié aux capacités professionnelles du salarié. Sur la base des préconisations du médecin du travail, l'employeur doit chercher un reclassement pour le salarié inapte à son ancien poste. Il est, dès lors, tenu au respect d'une seconde exigence, le nouvel emploi devant être approprié aux capacités du salarié. Et c'est cette exigence qui était au cœur du contentieux soumis à la Chambre sociale puisque le licenciement du salarié, passé d'un emploi de cariste à un emploi de guichetier (sur la caisse d'un dépôt de produits du bâtiment), était motivé par son inaptitude au poste de guichetier (2) et son insuffisance professionnelle.

Manifestement conscient de la difficulté que ce changement d'emploi pouvait représenter pour le salarié, l'employeur avait décidé de lui faire suivre une formation professionnelle d'une durée de 45 jours délivrée en binôme par le chef de dépôt sur le poste même de reclassement (à la caisse de ce dépôt), là où -aux dires de l'employeur— une formation d'une semaine suffit en principe. Mais, deux mois et demi après sa prise de fonctions, l'employeur a décidé de licencier le salarié, la lettre de rupture faisant état d'une inadaptation au poste et d'une insuffisance professionnelle. La lettre de licenciement, dont des extraits assez longs sont reproduits dans le moyen annexé à la décision, évoquait l'incapacité du salarié d'assimiler le travail et de réaliser des tâches très simples, ce qui aurait pénalisé le fonctionnement du guichet et du dépôt et n'aurait pas permis d'envisager de laisser le salarié en autonomie à ce poste de travail ; et la lettre de relever des difficultés de compréhension, de nombreuses erreurs, un manque de motivation et ce malgré une formation renforcée et la connaissance préalable des produits et du négoce.

Rejetant le moyen développé par le pourvoi, la Chambre sociale écarte l'argument mettant en évidence la durée de la formation dispensée au salarié sur le poste de reclassement. Se situant dans le prolongement de la décision rendue par les juges d'appel qui avaient prononcé la nullité du licenciement, la Cour de cassation met l'accent sur la discordance entre la formation suivie par le salarié et ses besoins de formation eu égard à ses capacités professionnelles. Dans le dernier attendu, il est souligné que la cour d'appel avait pu relever que "*l'emploi de reclassement proposé au salarié n'était pas accessible à celui-ci*" malgré la formation professionnelle dispensée ; en effet, c'est d'une formation initiale dont ce salarié aurait eu besoin car, s'il avait des aptitudes manuelles, il ne disposait, en revanche, d'aucune compétence dans les domaines de l'informatique et de la comptabilité. La cour d'Aix-en-Provence a dès lors pu valablement conclure que le poste proposé au reclassement n'était pas approprié aux capacités du salarié, ce qui ne satisfaisait pas à l'une des exigences de l'article L. 1226-10 du Code du travail. En d'autres termes, ce ne sont pas les capacités du salarié qui sont inadéquates au poste mais le poste qui est inadéquat aux capacités professionnelles du salarié. L'employeur n'a donc pas satisfait à l'obligation de reclassement pesant sur lui.

L'employeur aurait dû se rendre compte que le poste de reclassement envisagé n'était pas adapté aux capacités professionnelles du salarié quand bien même il était approprié aux restrictions d'aptitude énoncées par le médecin du travail. En n'ayant pas pris conscience de cette situation, l'employeur a méconnu l'obligation de reclassement que l'article L. 1226-10 met à sa charge. Si la solution semble juridiquement conforme à la lettre du texte et protectrice des intérêts du salarié (3), elle ne peut pour autant être pleinement approuvée car elle peut mettre les employeurs devant une alternative "diabolique" : préjuger que certains postes ne sont pas adaptés aux capacités du salarié et considérer qu'existe le cas échéant une impossibilité de reclassement tout en prenant le risque de se voir reprocher de pas avoir proposé certains postes que le juge pourrait considérer comme a priori adaptés aux capacités du salarié ; tenter de reclasser le salarié sur un poste en l'accompagnant par une formation (comme au cas présent) tout en faisant le pari qu'il s'adaptera aux exigences du nouvel emploi et se voir reprocher une proposition de reclassement inadéquate au regard de la formation initiale du salarié.

II — La place de la formation dans la recherche de reclassement

Si la décision du 7 mars est intéressante en ce qu'elle souligne la double exigence de l'article L. 1226-10 du Code du travail, elle mérite également attention sur la place de la formation dans le processus de reclassement. Il convient notamment de la mettre en perspective avec certaines solutions jurisprudentielles relatives au reclassement dans le cadre des procédures de licenciement économique et avec l'article 9 de la loi du 24 novembre 2009.

La question de la formation au cas d'espèce. Une lecture un peu rapide du dernier attendu de l'arrêt de la Cour de cassation pourrait laisser penser qu'est reproché à l'employeur de ne pas avoir fait dispenser au salarié une formation adéquate (c'est-à-dire la formation nécessaire au regard de ses capacités et du poste de reclassement). En effet, la décision fait le constat que "*c'est une formation initiale qui faisait défaut à l'intéressé*" pour pouvoir occuper efficacement le poste de guichetier. Mais une lecture plus attentive conduit à une autre analyse. C'est l'inadéquation de la formation initiale du salarié aux exigences du poste qui a conduit les juges du fond à la conclusion que la proposition de reclassement n'était pas satisfaisante et non le fait que l'employeur n'ait pas proposé une formation adaptée en accompagnement du reclassement. En l'état du droit applicable à l'époque des faits, l'obligation de reclassement n'appelle pas des obligations en matière de formation. À l'employeur, en amont de la proposition, de déterminer -sur la base de l'avis d'inaptitude et des informations complémentaires sollicitées le cas échéant auprès du médecin du travail— si les capacités professionnelles qu'un salarié tient de sa formation initiale sont à même de lui permettre d'occuper certains postes. Si tel n'est pas le cas, à lui d'envisager d'autres postes ou de licencier le salarié au constat qu'aucun poste adapté à ses capacités ne peut lui être proposé. L'arrêt doit finalement inciter les employeurs à ne pas présumer de la capacité d'adaptation des salariés à des postes éloignés de leur formation initiale... au risque de devoir s'en séparer pour insuffisance professionnelle et de se voir reprocher le non-respect de leur obligation de reclassement (4).

Un rapide parallèle avec le reclassement en matière de licenciement économique. Dans le cadre des procédures de licenciement économique, il pèse également sur l'employeur une obligation de reclassement dont la mise en œuvre pose parfois difficulté lorsque le poste envisagé ne correspond pas à la formation initiale ou à la qualification du salarié. Certes, la situation juridique est quelque peu différente car il pèse sur l'employeur l'obligation d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi (C. trav., art. L. 1233-4 N° Lexbase : L3135IM3). Toutefois, si la Cour de cassation rappelle avec constance que cette obligation d'adaptation doit conduire au besoin à dispenser une formation complémentaire, elle s'est refusée à aller plus loin. Elle a ainsi jugé qu'il ne peut être imposé à l'employeur d'assurer la formation initiale qui fait défaut au salarié (5) et qui serait seule à même de permettre un reclassement efficace (salarié "opérationnel" sur le poste). Il ne peut pas davantage lui être imposé de délivrer une qualification nouvelle permettant au salarié d'accéder à un poste disponible de catégorie supérieure (6). La décision du 7 mars 2012 présente une filiation évidente avec ces solutions rendues en matière de licenciement économique en ce qu'elle circonscrit l'obligation de reclassement aux postes correspondant aux capacités professionnelles que le salarié tient de sa formation initiale ou qui entrent dans sa qualification ; l'obligation de reclassement n'emporte pas obligation pour l'employeur d'entrer dans une démarche de formation visant à faire acquérir au salarié de nouvelles capacités professionnelles (ce qui diffère d'une simple adaptation).

La nouvelle place de la formation dans le reclassement en cas d'inaptitude d'origine professionnelle. La décision rendue par la Chambre sociale, le 7 mars 2012, en matière de reclassement pour inaptitude doit être analysée à la lumière d'une évolution législative intervenue en novembre 2009. En effet, l'article 9 de la loi du 24 novembre 2009, relative à l'orientation et la formation professionnelle tout au long de la vie, a modifié l'article L. 1226-10 du Code du travail. En application de ces nouvelles dispositions, le médecin du travail ayant rendu un avis d'inaptitude doit désormais formuler également "*des indications sur l'aptitude du salarié à bénéficier d'une formation destinée à lui proposer un poste adapté*".

Il convient de souligner deux éléments importants concernant le champ d'application de ce texte : d'une part, il ne concerne que les salariés déclarés inaptes dans les entreprises d'au moins cinquante salariés (7) ; d'autre part, il ne vise que les situations d'inaptitude faisant suite à des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle (8). Si ces deux conditions sont réunies, l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur inclura le cas échéant un volet "formation", ce qui revient à en faire une obligation de reclassement "renforcée" dont il est cependant difficile de cerner les contours.

L'employeur doit tenir compte des indications formulées par le médecin du travail. Au regard de la jurisprudence relative aux avis d'inaptitude, nul doute que l'employeur doit solliciter des précisions du médecin du travail si l'avis de celui-ci n'est pas explicite sur le volet "formation" au risque de se voir reprocher ultérieurement le non-respect de son obligation (9). A notre sens, si l'avis ne fait pas mention de la question de la formation, l'employeur doit demander au médecin si ce silence correspond à un oubli ou signifie qu'aucune formation ne permettrait de proposer au salarié un poste adapté.

L'objectif de l'action de formation doit être de pouvoir proposer un "*poste adapté*". On doit sans nul doute comprendre qu'est visé un poste adapté aux capacités du salarié. Autrement dit, quoique rendue sous l'empire du droit antérieur à la loi de novembre 2009, la solution de l'arrêt commenté conserve à notre sens toute sa pertinence : l'employeur doit d'abord identifier les postes sur lesquels les capacités professionnelles que le salarié tient de sa formation initiale permettent d'envisager un reclassement ; puis, il doit se demander si le salarié a besoin d'une formation pour pouvoir les occuper efficacement (10). Reste alors à se demander quel est le degré d'exigence en matière de formation auquel l'employeur doit répondre pour satisfaire à son obligation de reclassement. Comme le poste est *a priori* adapté aux capacités du salarié, il ne peut s'agir semble-t-il que d'une formation a minima, assez comparable à la formation complémentaire qu'évoque la jurisprudence sur l'obligation d'adaptation en matière de licenciement économique (v. *supra*), et non d'une formation lourde devant être dispensée sur une assez longue durée (de type formation initiale ou formation qualifiante).

(1) Pour rappel, l'article L. 1226-10 du Code du travail rend obligatoire la consultation des délégués du personnel lors de la procédure de reclassement lorsque l'inaptitude fait suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle. C'est là la seule spécificité de la procédure de reclassement que l'on ne rencontre pas dans l'hypothèse d'une inaptitude d'origine non professionnelle.

(2) Le terme d'inaptitude surprend. On peut se demander s'il ne s'agit pas d'une erreur matérielle qui se serait glissée dans la décision. En effet, à la lecture du moyen annexé à l'arrêt, il semble que la lettre de licenciement faisait état d'une "*inadaptation au poste de guichetier*".

(3) Le poste étant inadapté à ses capacités, il ne peut logiquement être reproché au salarié une insuffisance professionnelle.

(4) Non-respect dont le coût s'avère très élevé ici puisque le licenciement est frappé de nullité. Adéfaut de réintégration et en application des dispositions de l'article L. 1226-15 du Code du travail (N° Lexbase : L1035H99), le salarié obtiendra une indemnité qui ne peut être inférieure à douze mois de salaires. S'y s'ajouteront l'indemnité compensatrice (d'un montant au moins équivalent à l'indemnité compensatrice de préavis) et l'indemnité spéciale de licenciement (d'un montant double par rapport à l'indemnité légale de licenciement) prévues à l'article L. 1226-14 (N° Lexbase : L1033H97).

(5) Cass. soc., 3 avril 2001, n° 99-42.188, publié (N° Lexbase : A9714ATX), Bull. civ. V, n° 114.

(6) Cass. soc., 11 janvier 2010, n° 97-41.255, publié (N° Lexbase : A0337AUZ) ; Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-43.022, F-D (N° Lexbase : A4564DPQ).

(7) La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (N° Lexbase : L5099ISN), a substitué dans l'article L. 1226-10 l'expression "entreprises d'au moins cinquante salariés" à celle d'"entreprises de cinquante salariés et plus".

(88) A noter que *"l'application de l'article L. 1226-10 du Code du travail n'est pas subordonnée à la reconnaissance par la caisse primaire d'assurance maladie du lien de causalité entre l'accident du travail et l'inaptitude"*. La Cour de cassation dissocie les règles de Sécurité sociale et celles du droit du travail. Surtout, elle ne fait pas dépendre la mise en œuvre par l'employeur des règles protectrices des salariés victimes de risques professionnels d'une décision de la CPAM. Le déclenchement de l'obligation de reclassement "renforcée" est donc conditionné par le constat d'inaptitude effectué par le médecin du travail et ce, *"dès lors que l'inaptitude du salarié, quel que soit le moment où elle est constatée ou invoquée, a, au moins partiellement, pour origine [un accident du travail ou une maladie professionnelle]..."*. V. Cass. soc., 9 juin 2010, n° 09-41.040, F-P (N° Lexbase : A0183EZS), Bull. civ. V, n° 131.

(9) Face à la carence du médecin du travail (absence d'avis ou avis trop imprécis), l'employeur doit se montrer proactif et solliciter les éléments dont il a besoin pour envisager le reclassement du salarié. V. Cass. soc., 24 avril 2001, n° 97-44.104, publié (N° Lexbase : A2863AT9), Bull. civ. V, n° 127.

(10) Au cas d'espèce, si la solution avait été rendue sous l'empire de la loi de 2009, elle n'aurait donc pas *a priori* été différente que celle donnant lieu à commentaire puisque le poste proposé au reclassement n'était pas adapté aux capacités du salarié.

Décision

Cass. soc., 7 mars 2012, n° 11-11.311, FS-P+B (N° Lexbase : A3809IES)

Rejet, CA Aix-en-Provence, 9ème ch., sect. B, n° 09/10 564 (N° Lexbase : A6273GCC)

Textes visés : néant

Mots-clés : obligation de reclassement, inaptitude, capacités professionnelles du salarié

Liens base : (N° Lexbase : E3125ETW)

Revue

10

Lexbase La lettre juridique n° 480 du 5 avril 2012

[Sociétés] Textes

Loi de simplification du droit et d'amélioration des procédures : impact sur les sociétés commerciales non cotées

7003284

N° Lexbase: N1142BTH



par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires

Réf.: Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (N° Lexbase : L5099ISN)

La quatrième loi de simplification du droit de la XIII^{ème} législature a été publiée au Journal officiel du 24 mars 2012. Ayant pour but de simplifier les normes qui pèsent sur les forces économiques du pays, c'est-à-dire les entreprises, elle contient à l'instar des précédentes lois homonymes, de nombreuses dispositions hétéroclites épargnant peu de branches du droit français : droit commercial, droit social, droit de l'environnement, droit des marchés publics, droit des marchés financiers ou encore droit des sociétés sont, notamment concernés par la loi n° 2012-387 (ci-après "la loi"). C'est peut-être dans ce dernier domaine que les modifications opérées, qui concernent la plupart des formes sociales, sont les plus nombreuses : si, comme on pouvait s'y attendre, la plupart d'entre elles sont relatives aux sociétés commerciales -qui sont bien entendu les véhicules les plus utilisés pour déployer une activité économique-, le législateur s'est aussi intéressé à des formes plus particulières, voire "confidentielles" de sociétés -moins usitées par les acteurs économiques— et notamment les SCOP, SCIC et GIE.

I — Dispositions applicables aux sociétés commerciales (SARL, SA, SAS, SASU, SCA, SCS, SNC)

– Assouplissement du formalisme de dépôt des comptes annuels (art. 9)

Articles créés ou modifiés : C. com., L. 232-21 ([LXB= L5750ISR]), L. 232-22 (N° Lexbase : L5751ISS), L. 232-23 (N° Lexbase : L5752IST) et LPF, art. L. 85 (N° Lexbase : L5753ISU).

Principe en vigueur antérieurement

Les sociétés à responsabilité limitée (SARL), les sociétés en nom collectif (SNC) et les sociétés par actions (SA, SAS, SCA) étaient tenues de publier leurs comptes annuels dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale ordinaire annuelle :

- en les déposant en deux exemplaires, aux greffes du tribunal de commerce ;
- ou, en effectuant cette formalité par voie électronique.

Devaient notamment être joints aux comptes annuels :

- le rapport de gestion du dirigeant ;
- et les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels.

Les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL) et les sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU) dirigées par leur associé unique sont dispensées sous certaines conditions d'établir un rapport de gestion. Les EURL et les SASU tenues d'en établir un sont, par ailleurs, dispensées de le déposer aux greffes.

Apport de la loi

Les comptes annuels des SARL, des SNC et des sociétés par actions ne sont plus à déposer au greffe qu'en un seul exemplaire dans le délai d'un mois suivant leur approbation par l'assemblée générale des associés. Ce délai d'un mois est porté à deux mois en cas de dépôt des comptes annuels par voie électronique.

La dispense de déposer le rapport de gestion est étendue à toutes les SARL, SNC et sociétés par actions non cotées. Ce document doit seulement être tenu à la disposition des tiers. Le rapport de gestion est toutefois tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande selon des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ; en outre, l'article L. 85 du Livre des procédures fiscales est également modifié afin de prévoir explicitement que l'administration fiscale pourra se voir communiquer, à sa demande, le rapport de gestion par les sociétés commerciales redevables de l'impôt.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E0248AYT).

- **Possibilité de soumettre au régime des scissions les apports partiels d'actifs réalisés entre sociétés de formes juridiques différentes (art. 16)**

Articles créés ou modifiés : C. com., L. 236-6-1 (N° Lexbase : L5717ISK) et L. 145-16 (N° Lexbase : L5763ISA).

Principe en vigueur antérieurement

Le Code de commerce ne donnait pas de définition précise de l'apport partiel d'actifs. L'absence de dispositions législatives expresses reconnaissant la possibilité d'apports partiels d'actifs entre sociétés de formes juridiques différentes créait donc une insécurité juridique.

Apport de la loi

Le nouvel article L. 236-6-1 étend aux sociétés commerciales de formes différentes la possibilité de soumettre au régime des scissions leurs apports partiels d'actif, dont disposent déjà, d'une part, les sociétés anonymes -sur le fondement de l'article L. 236-22 du Code de commerce (N° Lexbase : L6372AIT)— et, d'autre part, les SARL -en application de l'article L. 236-24 du même code (N° Lexbase : L6374AIW)-. Par coordination, les dispositions de l'article L. 145-16 du Code de commerce concernant un apport partiel d'actifs comprenant un bail commercial, se trouvent, elles aussi, modifiées pour tenir compte, notamment, du nouvel article L. 236-6-1.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E6073ADB).

- **Injonctions de rendre publiques certaines informations comptables, nominatives ou afférant à la liquidation (art. 18)**

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 232-24 (N° Lexbase : L5719ISM), L. 237-3 (N° Lexbase : L5764ISB), L. 237-23 (N° Lexbase : L5765ISC), L. 237-25 (N° Lexbase : L5766ISD), L. 237-30 (N° Lexbase : L5767ISE), L. 238-2 (N° Lexbase : L5769ISH) et L. 238-3 (N° Lexbase : L5768ISG).

Principe en vigueur antérieurement

Les sociétés (SNC, SARL et SA) sont tenues de déposer au RCS les comptes annuels, les rapports et l'affectation du résultat. Par ailleurs, tous les actes et documents émanant de la société doivent comporter un certain nombre de mentions, notamment la dénomination sociale précédée ou suivie de la forme juridique et le capital social ou le capital variable. Enfin, le liquidateur est tenu à certaines diligences lors de sa prise de fonction et dans l'accomplissement de sa mission : publication par ses soins de son acte de nomination et obligation de convocation dans les six mois de sa nomination de l'assemblée des associés pour lui faire un rapport sur la situation active et passive de la société, sur la poursuite des opérations de liquidation et les échéances.

Apport de la loi

D'abord, la loi élargit les voies d'action au greffier du tribunal de commerce, qui est en situation de constater l'absence de dépôt des documents comptables annuels. La procédure, du fait du renvoi au II de l'article L. 611-2 du Code de commerce (N° Lexbase : L8841INR), est relativement balisée : le juge procédera à une injonction de publier ces documents à brefs délais, sous astreinte, et s'il n'y est pas donné suite, il pourra se faire communiquer tous les documents utiles par les commissaires aux comptes, les représentants du personnel, les administrations publiques ou les organismes de sécurité sociale et les organismes de centralisation des risques bancaires.

Ensuite, en l'absence d'apposition des mentions nominatives clés sur les actes et documents de la société, le ministère public ou toute personne intéressée peut désormais demander au président du tribunal compétent une injonction de faire. En conséquence, les infractions pénales correspondantes sont abrogées.

Parallèlement, le ministère public ou toute personne intéressée peut demander au président du tribunal compétent statuant en référé d'enjoindre au liquidateur, le cas échéant sous astreinte, de procéder à la publication de son acte de nomination. Par ailleurs, le texte permet au juge de déchoir de son droit à rémunération le liquidateur qui n'a pas accompli les diligences qui lui incombent.

Les dispositions relatives aux injonctions du liquidateur et celle concernant les mentions nominatives sont aussi applicables aux SCOP aux SE et aux GIE

– Aménagement des sanctions pénales prévues pour certaines infractions propres au droit des sociétés (art. 19)

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 241-5 (N° Lexbase : L5780ISU), L. 242-1 (N° Lexbase : L5779IST), L. 242-3 (N° Lexbase : L5778ISS), L. 242-10 (N° Lexbase : L5777ISR), L. 242-17 (N° Lexbase : L5776ISQ), L. 242-23 (N° Lexbase : L5775ISP), L. 242-24 (N° Lexbase : L5774ISN), L. 242-30 (N° Lexbase : L5773ISM), L. 244-1 (N° Lexbase : L5772ISL), L. 245-4 (N° Lexbase : L5771ISK) et L. 247-7 (N° Lexbase : L5770ISI).

Principe en vigueur antérieurement

Le non-respect de certaines obligations est pénalement sanctionné. Il en est notamment ainsi :

- du fait pour les dirigeants de ne pas dresser l'inventaire et établir les comptes annuels ainsi qu'un rapport de gestion ;
- de plusieurs infractions touchant à l'émission et à la négociation d'actions ou de coupures d'actions, soit au moment de la constitution de la société anonyme, soit au cours d'une augmentation de capital ;
- du fait de procéder à une diminution du capital sans respecter l'égalité des actionnaires ;
- du fait pour le liquidateur d'une société de ne pas accomplir certaines des obligations qui lui sont dévolues.

Apport de la loi

Afin de ne pas placer les gérants de SARL dans une situation inéquitable par rapport à celle des dirigeants de sociétés plus importantes, le fait pour les gérants de ne pas soumettre à l'approbation de l'assemblée des associés ou de l'associé unique l'inventaire, les comptes annuels et le rapport de gestion établis pour chaque exercice n'est plus sanctionné que par une amende de 9 000 euros ; la peine d'emprisonnement disparaît. Corrélativement, la

non-convocation de l'assemblée des associés pour l'approbation des comptes annuels et du rapport de gestion des SARL et des SA n'est plus passible de sanctions pénales.

Par ailleurs, les amendes encourues en cas de violation des prescriptions légales sur l'émission et la négociation d'actions lors de la constitution ou des augmentations et réductions du capital sont accentuées : elles passent de 9 000 euros à 150 000 euros.

En outre, la portée de la rupture d'égalité des actionnaires lors d'une diminution du capital est jugée à ce point contradictoire avec les grands principes gouvernant le droit des sociétés que l'amende encourue est portée à 30 000 euros (au lieu de 9 000 euros antérieurement).

Enfin, les sanctions encourues par les liquidateurs sont aménagées : la peine de 9 000 euros d'amende et six mois d'emprisonnement prévue dans certains cas est portée à 150 000 euros.

– **Simplification des règles de transmission des documents élaborés par les commissaires aux comptes (art. 30)**

Article créé ou modifié : C. com., art. L. 823-8-1 (N° Lexbase : L5726ISU).

Principe en vigueur antérieurement

Les commissaires aux comptes adressent aux organes de direction, de surveillance ou à l'organe collégial chargé de l'administration, les différents rapports, attestations, certifications, réserves, refus de certifier. Ceux-ci les redirigent ensuite vers les greffes des tribunaux de commerce.

Apport de la loi

L'assemblée générale ordinaire, dans les sociétés commerciales qui sont dotées de cette instance, ou l'organe exerçant une fonction analogue compétent peut désormais autoriser, sur proposition de l'organe collégial chargé de l'administration ou de l'organe chargé de la direction de la société, les commissaires aux comptes à adresser directement au greffe du tribunal, les rapports devant faire l'objet d'un dépôt et les documents qui y sont joints, ainsi que la copie des documents afférents à leur acceptation de mission ou à leur démission. Il peut être mis un terme à cette autorisation selon les mêmes formes.

– **Capacité : mineur et création d'une EIRL ou d'une société unipersonnelle (art. 32)**

Articles créés ou modifiés : C. civ., art. 389-8 (N° Lexbase : L5808ISW) et 401 (N° Lexbase : L5809ISX).

Principe en vigueur antérieurement

La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, relative à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée, a réformé les règles relatives à la capacité commerciale des mineurs en apportant des modifications majeures aux articles 401 (N° Lexbase : L5711IMH), 408 (N° Lexbase : L5710IMG) et 413-8 (N° Lexbase : L5709IME) du Code civil et L. 121-2 du Code de commerce (N° Lexbase : L5708IMD) et en insérant un nouvel article 389-8 (N° Lexbase : L5712IMI) dans le Code civil. Ainsi, notamment, un mineur peut être autorisé, par ses deux parents ou par son administrateur légal à accomplir seul les actes d'administration nécessaires pour les besoins de la création et de la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par ses deux parents ou, à défaut, par son administrateur légal sous contrôle judiciaire avec l'autorisation du juge des tutelles (sur cette innovation et les problèmes qu'elle pose, cf. *Heurts et bonheurs de la loi relative à l'EIRL : le "mineur-entrepreneur" — Questions à Maître Catherine Michelet-Quinquis, avocat, Ernst & Young, société d'avocats, responsable de la ligne droit des sociétés du bureau de Bordeaux*, Lexbase Hebdo n° 411 du 7 octobre 2010 — édition privée N° Lexbase : N2624BQA).

Apport de la loi

Afin de sécuriser le régime de l'EIRL, il est fixé une limite d'âge à 16 ans révolus pour être autorisé à créer une EIRL ou une société unipersonnelle (EURL ou SASU).

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E6296ADK).

– **Simplification des obligations comptables applicables à certaines sociétés possédant des filiales (art. 58)**

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 233-17-1 (N° Lexbase : L6320AIW).

Principe en vigueur antérieurement

Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année, à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci. Toutefois, sont exemptées de l'obligation d'établir et de publier des comptes consolidés et un rapport sur la gestion du groupe les sociétés qui sont elles-mêmes sous le contrôle d'une entreprise qui les inclut dans ses comptes consolidés et publiés, ainsi que les petites sociétés ne dépassant pas certains seuils.

Apport de la loi

La loi prévoit une nouvelle exemption en insérant un article L. 233-17-1 pour les entreprises contrôlées de manière exclusive ou conjointe ou dans lesquelles elles exercent une influence notable et qui présentent, tant individuellement que collectivement, un intérêt négligeable par rapport à l'objectif assigné aux comptes consolidés de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E7276ADT).

– Création d'un fichier unique des interdits de gérer (art. 71)

Articles créés ou modifiés : C. com., L. 128-1 (N° Lexbase : L5874ISD), L. 128-2 (N° Lexbase : L5873ISC), L. 128-3 (N° Lexbase : L5872ISB), L. 128-4 (N° Lexbase : L5871ISA) et L. 128-5 (N° Lexbase : L5870IS9).

Principe en vigueur antérieurement

Les mesures d'interdiction de gérer frappant les commerçants sont mentionnées sur le registre du commerce et des sociétés (RCS) de chaque tribunal de commerce. Les greffes des tribunaux de commerce retranscrivent soit les décisions prises par les juridictions consulaires dont ils ont directement connaissance, soit les décisions prises par les juridictions civiles et pénales dont ils sont informés par les greffes des tribunaux civils et correctionnels. En revanche, les mesures d'interdiction de gérer prononcées à l'encontre des non-commerçants (artisans, dirigeants de société, ou dirigeants d'association) ne sont, par hypothèse, pas inscrites au registre du commerce et des sociétés, mais au casier judiciaire, auquel les greffes des tribunaux de commerce n'ont pas accès, en vertu de l'interdiction de croisement des fichiers prévue par l'article 777-3 du Code de procédure pénale (N° Lexbase : L1617GT3). Lors de la création d'une entreprise, les greffiers des tribunaux de commerce sont susceptibles de procéder à son immatriculation au registre du commerce et des sociétés alors même que ses dirigeants peuvent être sous le coup d'une mesure d'interdiction de gérer dont les greffiers des juridictions consulaires n'ont pas connaissance. C'est particulièrement le cas lorsque les personnes frappées par la mesure d'interdiction de gérer demandent l'immatriculation d'une entreprise dans un ressort différent de celui du tribunal qui a prononcé la sanction. Si, après l'immatriculation, il est constaté que des interdictions de gérer s'y opposaient, les greffiers des tribunaux de commerce doivent procéder à la radiation d'une entreprise dont l'activité peut avoir commencé.

Apport de la loi

Un fichier unique, national et automatisé, des interdits de gérer tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce est créé. Sont inscrites dans ce fichier les faillites personnelles et les autres mesures d'interdiction de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale, une exploitation agricole, une entreprise ayant toute autre activité indépendante ou une personne morale prononcées à titre de sanction civile ou commerciale ou à titre de peine et résultant des décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée. Ne sont pas inscrites les sanctions disciplinaires. Les greffiers bénéficient d'un accès permanent à ce fichier. Peuvent être destinataires sur simple demande et sans frais, des informations et des données à caractère personnel enregistrées dans le fichier :

- les magistrats et les personnels des juridictions de l'ordre judiciaire, pour les besoins de l'exercice de leurs missions ;
- les personnels des services du ministère de la Justice, pour les besoins de l'exercice de leurs missions ;
- les représentants de l'administration et d'organismes définis par décret en Conseil d'Etat, dans le cadre de leur mission de lutte contre les fraudes.

Aucune interconnexion ne peut être effectuée entre le fichier national automatisé des interdits de gérer et tout autre fichier ou traitement de données à caractère personnel détenu par une personne quelconque ou par un service de l'Etat ne dépendant pas du ministère de la Justice. Ce fichier sera mis en œuvre après l'accomplissement des formalités préalables auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E0794CTL).

– **Manquements aux délais de paiement : suppression de la transmission du rapport du commissaire aux comptes (art. 120)**

Articles créés ou modifiés : C. com., L. 441-6-1 (N° Lexbase : L6087ISA).

Principe en vigueur antérieurement

Le premier alinéa de l'article L. 441-6-1 du Code de commerce dispose que "*les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes publient des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients suivant des modalités définies par décret*". Ces informations font, aux termes du second alinéa de ce même article, l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes qui est adressé au ministre chargé de l'Economie, "*s'il démontre, de façon répétée, des manquements significatifs aux prescriptions des neuvième et dixième alinéas de l'article L. 441-6*", à savoir aux délais de paiement fixés par la loi. Le caractère significatif et répété des manquements aux délais de paiement est apprécié par le commissaire aux comptes.

Apport de la loi

Les microentreprises et les petites et moyennes entreprises sont désormais exonérées de l'obligation de signalement au ministre de l'Economie par les commissaires aux comptes en cas de manquement aux délais de paiement fixés par la loi, obligation qui sera, en revanche, maintenue pour les entreprises de taille intermédiaires (ETI) et les grandes entreprises (GE).

La détermination des seuils -nombre de salariés, chiffre d'affaires, total de bilan— à partir desquels une entreprise est exonérée ou non de l'obligation de signalement au ministre chargé de l'Economie des manquements aux délais de paiement repose sur les quatre catégories d'entreprises prévues par l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie (N° Lexbase : L7358IAR), et précisées par l'article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 (N° Lexbase : L3154ICS), pris en application de cette dernière, à savoir :

— pour les microentreprises, un nombre de salariés de 10, un chiffre d'affaires annuel de 2 millions d'euros et un total du bilan de 2 millions d'euros ;

— pour les PME, un nombre de salariés de 250, un chiffre d'affaires annuel de 50 millions d'euros et un total du bilan de 43 millions euros.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E4644ERG).

II — Dispositions applicables aux sociétés par actions (SA, SAS, SASU, SCA)

– **Suppression de l'obligation pour les sociétés non cotées de publier les droits de vote existants à la dernière assemblée générale s'ils demeurent inchangés (art. 11)**

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 233-8 (N° Lexbase : L5755ISX).

Principe en vigueur antérieurement

Au plus tard dans les quinze jours qui suivent l'assemblée générale ordinaire, toute société par actions devait informer ses actionnaires du nombre total de droits de vote existant à cette date.

Apport de la loi

Désormais, les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ne sont pas tenues à cette information lorsque le nombre de droits de vote n'a pas varié par rapport à celui de la précédente assemblée générale ordinaire.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E4728ETB).

III — Dispositions applicables aux SA et aux SARL

– Evaluation des apports en nature et décision de désignation d'un commissaire aux apports (art. 7)

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 223-33 (N° Lexbase : L57471SN), L. 225-8 (N° Lexbase : L57481SP) et L. 225-147 (N° Lexbase : L57491SQ).

Principe en vigueur antérieurement

Les commissaires aux apports doivent être nommés pour évaluer les apports en nature effectués lors de la constitution d'une SA ou d'une SARL ou à l'occasion d'une augmentation de capital ou d'une opération de restructuration et, s'il y a lieu, pour apprécier les avantages particuliers accordés à certains associés. Les règles de nomination des commissaires aux apports différaient selon que la société est une société à responsabilité limitée (SARL) ou une société par actions, et aussi selon le moment de leur intervention (constitution de la société ou augmentation de capital). Aux termes de l'article L. 223-9 du Code de commerce (N° Lexbase : L57251MY), le commissaire aux apports chargé d'évaluer les apports en nature au moment de la constitution d'une SARL était désigné à l'unanimité des futurs associés ou, à défaut, par une décision de justice à la demande de l'associé le plus diligent. Au moment de l'augmentation de capital réalisée en tout ou partie par des apports en nature, cette désignation intervenait à la demande du gérant sur décision de justice, en application de l'article L. 223-33 du même code. Pour ce qui concerne les sociétés par actions, les commissaires aux apports étaient désignés par décision du tribunal de commerce, statuant sur requête des fondateurs ou de l'un d'eux à l'occasion de la constitution de chaque société (C. com., art. L. 225-8) ou sur requête du président du conseil d'administration ou du directoire ou du gérant lors d'une augmentation de capital à l'aide d'apports en nature ou de la stipulation d'avantages particuliers.

Apport de la loi

Les articles L. 223-33, L. 225-8 et L. 225-147 du Code de commerce sont donc modifiés afin d'unifier et de clarifier le régime de nomination du commissaire aux apports. Désormais, dans les SARL, le commissaire aux apports est désigné à l'unanimité des associés ou, à défaut, par une décision de justice à la demande d'un associé ou du gérant. Dans les SA, il est désigné, lors de la constitution, à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par décision de justice, à la demande des fondateurs, et en cas d'augmentation de capital à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, par décision de justice.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E6189ADL ; N° Lexbase : E6190ADM).

– Sanction en l'absence de convocation des assemblées (art. 17)

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 223-26 (N° Lexbase : L60021S4) et L. 225-100 (N° Lexbase : L60031S7).

Principe en vigueur antérieurement

Si le défaut de réunion de l'assemblée générale des actionnaires de SA et des associés de SARL dans les délais prescrits ne conduit pas à l'application de sanctions civiles, il expose toutefois les dirigeants sociaux à une condamnation à des dommages et intérêts si le retard pris a causé un préjudice à la société ou à un actionnaire. Sur le plan pénal, en revanche, des sanctions de six mois d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende étaient prévues par l'article L. 242-10 du Code de commerce. Ces dispositions sont apparues d'autant plus disproportionnées que la Cour de cassation a jugé que l'intention frauduleuse n'était pas un élément constitutif du délit mentionné à cet article L. 242-10 (Cass. crim., 11 mai 1981, n° 79-94.330 N° Lexbase : A9440ATS).

Apport de la loi

Un mécanisme plus opportun et efficace d'injonction de faire, au sein des articles L. 223-26 et L. 225-100 du Code de commerce se substitue à ces sanctions. Ainsi, si l'assemblée des associés ou des actionnaires n'a pas été réunie dans le délai prévu par la loi, le ministère public ou toute personne intéressée peut saisir en référé le président du tribunal compétent, afin que celui-ci enjoigne, le cas échéant sous astreinte, aux gérants ou dirigeants de convoquer l'assemblée générale ; à défaut, il pourra désigner un mandataire pour y procéder.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E6012A33 ; N° Lexbase : E6806AUM).

– Possibilité pour les associés et les actionnaires de demander la réunion d'une assemblée (art. 17)

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 223-27 (N° Lexbase : L60011S3) et L. 225-103 (N° Lexbase : L60071SB).

Principe en vigueur antérieurement

Antérieurement les articles L. 223-27 et L. 225-103 prévoyaient que les associés et les actionnaires pouvaient demander la tenue d'une assemblée générale, à la condition qu'ils représentent le quart des associés et le quart des parts sociales pour les SARL et 5 % du capital pour les sociétés anonymes, sauf dans le cas des assemblées spéciales -réunissant uniquement les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée (actions à droit de vote double ou simple, de priorité ou ordinaires, de capital ou de jouissance etc.) dont la société envisage de modifier les droits— où cette exigence est portée à 10 % des actions de la catégorie intéressée.

Apport de la loi

Ces seuils sont abaissés à 10 % du nombre des associés et 10 % des parts sociales pour les SARL et au vingtième des actions de la catégorie intéressée (5 %) pour les assemblées spéciales des sociétés anonymes.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E6013A34 ; N° Lexbase : E2269AZ3).

IV — Dispositions applicables aux SA

– Harmonisation de la durée des fonctions des administrateurs et de membres du conseil d'administration (art. 6)

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 225-18 (N° Lexbase : L5746ISM) et L. 225-75 (N° Lexbase : L5745ISL).

Principe en vigueur antérieurement

La durée de fonction des administrateurs du conseil d'administration et de membres du conseil d'administration d'une SA ne pouvaient dépasser :

- trois ans pour les primoadministrateurs désignés dans les statuts lors de la création d'une SA non cotée ;
- six ans en cas de désignation par l'assemblée générale ordinaire en cours de vie sociale ou dans les SA cotées qu'ils soient des administrateurs initiaux ou nommés ultérieurement.

Dans ces limites, les statuts peuvent toujours prévoir une durée spécifique de validité du mandat social, le cas échéant harmonisée sur celle du mandat initial.

Apport de la loi

La durée maximale des fonctions des administrateurs est harmonisée à six ans dans tous les cas, qu'il s'agisse des administrateurs initiaux ou nommés ultérieurement, que la société soit cotée ou non cotée. Ce dispositif n'entraîne aucunement la suppression de la possibilité de fixer une durée *ad hoc* dans les statuts, dans les limites du plafond légal.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E5165ADN ; N° Lexbase : E1935AWL).

– Assouplissement des conditions de cumul de fonctions d'administrateur et de salarié (art. 6)

Articles créés ou modifiés : C. com., art. L. 225-21-1 (N° Lexbase : L5711ISC) et L. 225-44 (N° Lexbase : L5744ISK).

Principe en vigueur antérieurement

Le Code de commerce n'interdit pas de manière explicite le cumul entre un mandat social et un contrat de travail au sein d'une société anonyme. Pour autant, il résultait des dispositions de l'article L. 225-44, interdisant à peine de nullité absolue toute attribution aux administrateurs d'une rémunération permanente de la société, qu'un tel cumul était impossible pour les personnes entrées au conseil d'administration sans avoir été salariées de la société auparavant. La jurisprudence a d'ailleurs interprété ces dispositions en ce sens (Cass. soc., 7 juin 1974, n° 73-40.155 N° Lexbase : A7065AGR ; Cass. soc., 21 novembre 2006, n° 05-45.416, F-P N° Lexbase : A5411DS9).

Apport de la loi

Le nouvel article L. 225-21-1 prévoit justement cette possibilité pour les administrateurs des sociétés anonymes des sociétés répondant aux critères européens des PME, à savoir un total de bilan inférieur à 43 millions d'euros, un montant hors taxes de chiffre d'affaires n'excédant pas 50 millions d'euros et un effectif inférieur à 250 salariés (ar-

ticle 2 de l'annexe de la recommandation n° 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises), sous réserve que le contrat de travail corresponde à un emploi effectif. Cette nouvelle catégorie d'administrateurs salariés entre dans le décompte du nombre maximal d'administrateurs salariés admis au conseil, en application de l'article L. 225-22 (N° Lexbase : L5893AI4), de manière à ne pas bouleverser les équilibres internes à la composition des organes de gouvernance. Le texte tire les conséquences de la création du nouvel article L. 225-21-1 du Code de commerce sur les dispositions de l'article L. 225-44 du même code, de manière à ce que les administrateurs concluant, après leur entrée en fonction, un contrat de travail avec la société puissent jouir des émoluments liés à leur statut de salarié.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E5714AU8).

– Information sur les engagements en faveur du développement durable (art. 12)

Article créés ou modifiés : C. com., art. L. 225-102-1 (N° Lexbase : L5756ISY) ; loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 225 (N° Lexbase : L7066IMN).

Principe en vigueur antérieurement

Les conseils d'administration et directoires des sociétés doivent faire figurer dans leur rapport annuel à l'assemblée générale des actionnaires, en plus des indications inhérentes à la rémunération des dirigeants sociaux, des informations sur la manière dont leur société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que des informations sur ses engagements en faveur du développement durable. Afin de ne pas alourdir à l'excès les obligations de transparence imposées en la matière aux groupes de sociétés, le législateur a toutefois prévu que, lorsqu'une société établit des comptes consolidés, les informations qu'elle a à fournir soient consolidées et portent aussi sur l'ensemble de ses filiales. Dans certains cas, cette précision n'exonère pas des filiales ou des sociétés contrôlées de taille très significative de publier néanmoins les informations sur la manière dont elles prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité ainsi que sur leurs engagements en faveur du développement durable.

Apport de la loi

Il est désormais institué deux listes précisant les informations sur les engagements en faveur du développement durable ainsi que les modalités de leur présentation, de façon à permettre une comparaison des données, selon que la société est ou non admise aux négociations sur un marché réglementé.

Par ailleurs, les filiales ou sociétés contrôlées dépassant les seuils réglementaires de chiffre d'affaires, de bilan et/ou de salariés rendant obligatoire la présentation d'informations sur leur politique sociale et environnementale ne sont pas tenues de publier ces informations, dès lors qu'elles indiquent dans leur rapport de gestion comment accéder aux données y afférant, dans le rapport annuel de leur société mère ou de la société qui les contrôle.

Enfin, l'obligation de vérification de ces informations par un organisme tiers indépendant est reportée à l'exercice 2012, au lieu de l'exercice 2011.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E0642EUC).

– Actionnariat des salariés adhérents d'un plan d'épargne entreprise (art. 13)

Articles créé ou modifié : C. com., art. L. 225-129-6 (N° Lexbase : L5757ISZ).

Principe en vigueur antérieurement

Tous les trois ans, s'il existe un plan d'épargne entreprise (PEE) dans une société anonyme, une assemblée générale extraordinaire des actionnaires (AGE) devait être convoquée pour se prononcer sur le projet d'augmentation de capital par apport en numéraire pour y faire entrer les salariés de l'entreprise, si les actions détenues par le personnel représentent moins de 3 % du capital.

Apport de la loi

Ce délai de trois ans est repoussé à cinq ans si une assemblée générale extraordinaire s'est prononcée depuis moins de trois ans sur un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital. Toutefois, la société pourra toujours, à tout moment, décider d'elle-même une augmentation de capital en faveur des salariés. Elle sera toujours contrainte de soumettre à l'assemblée générale extraordinaire un projet de résolution tendant à la réalisation d'une augmentation de capital réservée aux salariés lors de toute décision d'augmentation de capital

par apport en numéraire.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E7298CDN).

– **Extension et assouplissement de la possibilité d'attribuer des actions gratuites aux salariés et mandataires sociaux dans les PME non cotées (art. 14)**

Articles créé ou modifié : C. com., art. L. 225-197-1 (N° Lexbase : L5758IS3).

Principe en vigueur antérieurement

Dans les sociétés anonymes non cotées en bourse, l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires peut décider d'attribuer gratuitement des actions de la société aux salariés et aux dirigeants, mais dans la limite de 10 % du capital social existant au jour de la réunion de l'assemblée.

Apport de la loi

Dans les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation et ne dépassant pas, à la clôture d'un exercice social, les seuils définissant les petites et moyennes entreprises prévus à l'article 2 de l'annexe à la recommandation 2003/361/CE de la Commission, du 6 mai 2003, les statuts peuvent désormais prévoir un pourcentage plus élevé. Toutefois ce pourcentage ne peut excéder 15 % du capital social à la date de la décision d'attribution des actions par le conseil d'administration ou le directoire.

Les sociétés visées sont celles qui ne dépassent pas cumulativement les 2 seuils suivants :

- des effectifs salariés inférieurs à 250 personnes ;
- chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euros ;
- total du bilan annuel inférieur à 43 millions d'euros.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E9759CSA).

– **Sanction en cas de non-respect des règles de constitution ou d'augmentation de capital (art. 17)**

Articles créés ou modifiés : C. com., L. 225-11-1 (N° Lexbase : L5993ISR), L. 225-16-1 (N° Lexbase : L5994ISS), L. 225-109 (N° Lexbase : L6006ISA), L. 225-150 (N° Lexbase : L6008ISC), L. 228-9 (N° Lexbase : L6010ISE), L. 228-35-9 (N° Lexbase : L6011ISG) et C. mon. fin., art. L. 212-2 (N° Lexbase : L6012ISH).

Principe en vigueur antérieurement

Les actions doivent être émises en respectant un certain nombre de règles applicables soit dans le cadre d'une constitution avec offre au public, soit dans le cadre d'une constitution sans offre au public, soit dans le cadre d'une augmentation de capital.

Apport de la loi

La loi instaure le principe de la nullité des droits de vote ou des droits pécuniaires indûment accordés à certains actionnaires de sociétés anonymes, à diverses étapes du fonctionnement de celles-ci. Ainsi, une procédure de suspension de l'attribution des droits de vote et des droits à dividende des actions ou coupures d'actions émises respectivement en violation des dispositions relatives à la constitution de la société avec offre au public (C. com., art. L. 225-11-1, nouv.) et en violation des dispositions relatives à la constitution de la société sans offre au public (C. com., art. L. 225-16-1, nouv.) est mise en place. Tout vote émis ou tout versement de dividende effectué pendant la suspension est nul.

Les mêmes effets et contraintes sont instaurés pour les droits de vote et à dividende émis à l'égard des présidents, directeurs généraux, membres du directoire ou du conseil de surveillance et administrateurs, ainsi qu'à l'égard de leurs descendants et conjoints (C. com., art. L. 225-109).

Enfin, toute attribution de droits de vote ou à dividende des actions ou coupures d'actions émises dans le cadre d'une augmentation de capital qui enfreindrait les règles prévues par les articles L. 225-127 (N° Lexbase : L8261GQZ) à L. 225-149 du Code de commerce sont exposées aux mêmes conséquences (C. com. art. L. 225-150).

Par ailleurs, le non-respect du caractère nominatif de l'action numéraire jusqu'à son entière libération peut désormais entraîner l'annulation de cette action (C. com., art. L. 228-9). Ensuite, est ouverte l'annulation des remboursements effectués avant le rachat intégral ou l'annulation des actions à dividende prioritaire sans droit de vote, ainsi que l'annulation, en cas de réduction du capital non motivée par des pertes, de l'achat d'actions ordinaires qui interviendrait avant le rachat des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

– Sanction du défaut de procès-verbal des délibérations de l'assemblée générale (art. 17)

Article créé ou modifié : C. com., art. L. 225-114 (N° Lexbase : L6005IS9).

Principe en vigueur antérieurement

Le procès-verbal des délibérations de l'assemblée générale indique la date et le lieu de réunion, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le nombre d'actions participant au vote, le *quorum*, les documents et rapports soumis à l'approbation de l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes. Il est signé par les membres du bureau. Depuis l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 (N° Lexbase : L4315DPI), le défaut de transcription des procès-verbaux sur un registre spécial conservé au siège social n'est plus sanctionné pénalement ; une injonction de faire y a été substituée.

Apport de la loi

La loi parachève le processus, en substituant une nullité facultative des délibérations de l'assemblée qui n'auraient pas été constatées par procès-verbal.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E6931AUA).

– Nullité facultative des augmentations de capital (art. 20)

Article créé ou modifié : C. com., art. L. 225-149-3 (N° Lexbase : L6013ISI).

Principe en vigueur antérieurement

La loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1er août 2003 (N° Lexbase : L3556BLB) a étendu le champ des nullités impératives à la quasi-intégralité des dispositions relatives aux augmentations de capital. Ainsi, en application de l'article L. 225-149-3 du Code de commerce, la violation de l'ensemble des prescriptions des articles L. 225-127 (N° Lexbase : L8261GQZ) et suivants du même code, à l'exception notable de celles concernant la publicité des opérations (C. com., art. L. 225-142 N° Lexbase : L6013AIK), exposait les sociétés par actions fautives à une nullité impérative, sur simple constat de l'illégalité par le juge, de la délibération ayant conduit à l'augmentation de leurs titres, dès lors qu'aucune régularisation n'est intervenue entre-temps.

Apport de la loi

La loi substitue à la nullité impérative une nullité facultative, pouvant être constatée par le juge. Par ailleurs l'énumération des décisions afférentes à une augmentation de capital pouvant être frappées d'une nullité facultative est complétée. La loi introduit la possibilité de recourir à des injonctions de faire pour les formalités et rapports qui n'affectent pas l'augmentation.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E0997BYL).

V — Dispositions applicables aux SARL

– Alignement du régime de l'augmentation du capital des SARL sur celui des sociétés anonymes (art. 10)

Article créé ou modifié : C. com., art. L. 223-32 (N° Lexbase : L5754ISW).

Principe en vigueur antérieurement

Il résulte des articles L. 223-7 (N° Lexbase : L5832AIT) et L. 223-32 du Code de commerce que l'augmentation de capital en numéraire d'une société à responsabilité limitée, décidée par les associés dans les conditions de *quorum* et de majorité identiques à celles prévues pour les modifications statutaires, doit être immédiatement effectuée dans son intégralité. A défaut, l'augmentation de capital est nulle. La libération intégrale était immédiatement exigée, à la différence des règles prévues pour la constitution de la société qui permet aux associés de ne verser qu'une partie (1/5ème) des apports en numéraire qu'ils s'engagent à verser au capital social sous réserve de libérer le surplus

en une ou plusieurs fois dans un délai maximum de 5 ans.

Apport de la loi

La loi modifie donc le premier alinéa de l'article L. 223-32 du Code de commerce afin de permettre, sur le modèle de ce que dispose l'article L. 225-144 du même code (N° Lexbase : L6015AIM) pour les sociétés anonymes, la libération des trois-quarts de l'augmentation de capital dans un délai de cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital est devenue définitive, le quart devant toujours être libéré au moment de la souscription. La libération du surplus doit intervenir, en une ou plusieurs fois.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E5734ADQ).

VII — Dispositions applicables aux SEL

– Détermination des modalités d'évaluation des parts sociales dans les statuts (art. 29)

Article créé ou modifié : loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 10 (N° Lexbase : L3046AIN).

Principe en vigueur antérieurement

La valorisation des droits sociaux d'un associé d'une SEL, en cas de contestation à l'occasion d'une cession à un tiers ou d'un rachat par la société, est régie par l'article 1843-4 du Code civil (N° Lexbase : L2018ABD). Cet article dispose que la valorisation des droits sociaux, lorsqu'elle est contestée lors d'une cession ou d'un rachat de parts, est déterminée par un expert désigné par les parties ou, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible. Les associés ne pouvaient pas déroger, dans les statuts, à ces dispositions d'ordre public (Cass. com., 4 décembre 2007, n° 06-13.912, FS-P+B N° Lexbase : A0299D3H). Concernant les SCP, la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées (N° Lexbase : L8851IPI) a modifié l'article 10 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 (N° Lexbase : L3146AID), afin de permettre aux associés de fixer, à l'unanimité, dans les statuts, les principes et les modalités applicables à la détermination de la valeur des parts sociales, par dérogation à l'article 1843-4 du Code civil.

Apport de la loi

La loi introduit un dispositif identique pour les SEL, dans la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales. Dès lors :

— les associés peuvent fixer, à l'unanimité, dans les statuts, les principes et les modalités applicables à la détermination de la valeur des parts sociales, pour la cession à un tiers ou rachat des parts par la société et pour l'acquisition par la société des titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital dont la cession est soumise à une clause d'agrément ;

— sauf disposition contraire du décret relatif à chaque profession, la valeur des parts sociales prend en considération une valeur représentative de la clientèle. Toutefois, les associés peuvent choisir à l'unanimité d'exclure, dans les statuts, cette valeur représentative de la clientèle des parts sociales.

Cf. l'Encyclopédie "Droit des sociétés" (N° Lexbase : E6052EQ9).