

Nota-Bene

La lettre juridique du cabinet Touzet Bocquet et associés

SOMMAIRE

DROIT DES AFFAIRES

Focus sur l'abus de biens sociaux

DROIT SOCIAL

Le contrat de travail « nouvelles embauches »

Géo localisation des salariés

Le whistleblowing ou la délation institutionnalisée

DROIT DES SOCIÉTÉS

Chronique de droit des professions libérales

La location de titres, outil de restructuration

La vente à soi-même du fonds libéral

L'attribution gratuite d'actions aux salariés et aux dirigeants

Sociétés concernées

Bénéficiaires

Procédure d'attribution

Quelques précisions en droit social

La loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie

DROIT FISCAL

Loi de finances pour 2006

Loi de finances rectificative pour 2005

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La diffusion de l'œuvre en ligne, réalités et perspectives

ET EN PAGE 12 ...

Avocats : décret "déontologie"

De l'humour involontaire des tribunaux

On parle de nous

NotaBene est une publication de la société d'avocats Touzet Bocquet & Associés, intégralement écrite et réalisée en interne. Ont participé à la rédaction de ce numéro : Marie Perrazi, Stéphanie Momiron, Jean-Pierre Saïdy, Laure Tretton, Véronique Gau, Paul-Serge Estival, Eric Lacombe, Patrick Vilbert, et Philippe Touzet.

ÉDITORIAL

C'est avec un décalage volontaire d'un mois que ce numéro 10 de NotaBene voit le jour. Jusqu'à présent en effet, notre lettre d'information paraissait en décembre, mars, juin et septembre, bien que souffrant toutefois de quelques vicissitudes dues à l'intensité de notre activité principale, qui ne l'oublions pas, est de nous occuper de vos dossiers et non seulement d'éditer des informations juridiques !

Nous attachons cependant une grande importance à la régularité de cette édition qui suivra désormais le calendrier suivant : janvier, avril, juillet et octobre. Cette organisation nous permettra de commenter à chaud la loi de finances, comme dans ce numéro.

Cette parution en janvier nous permet aussi de vous renouveler nos MEILLEURS VŒUX de bonheur, de prospérité et de succès en toutes choses pour la nouvelle année.

Si à l'occasion des fêtes, on doit se détendre et s'amuser un peu, nous ne résistons pas à l'envie de vous livrer une prédiction intéressante de l'horoscope chinois tant elle est proche de nos préoccupations quotidiennes.

L'année 2006 est en effet placée sous le signe du "Chien de feu", ce qui annonce selon les spécialistes *"une année exceptionnelle, avec un retour de la confiance et de l'optimisme, qui a de fortes chances de se traduire par une accélération de la reprise économique. Ce sera une période de prospérité comme le monde n'en a jamais connu depuis deux décennies. Les mois de mars, avril et mai seront le moment propice pour créer son entreprise..."*

L'actualité juridique étant toujours très riche, nous avons sélectionné, outre l'analyse de la loi de finances : le contrat nouvelle embauche que nous commentons avec quelques mois de recul, le maintien du statut des baux commerciaux qui ne devrait pas subir les effets de l'unification européenne, le nouveau régime d'attribution gratuite d'actions aux salariés et aux dirigeants, les conséquences de la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, et le débat sur le téléchargement de l'œuvre en ligne.

Comme d'habitude, n'hésitez pas à nous faire part de vos suggestions. Bonne lecture !

Philippe Touzet

DROIT DES AFFAIRES

FOCUS SUR L'ABUS DE BIENS SOCIAUX,

Par Marie Perrazi
m.perrazi@touzet-bocquet.com

A retenir : l'abus de biens sociaux consiste, pour un dirigeant, à utiliser abusivement les biens de la société. Sa prescription est de trois ans mais elle peut être retardée indéfiniment tant que le délit n'est pas révélé, ou quand il résulte d'une convention à exécution successive.

Le cabinet a depuis longtemps une pratique très régulière du droit pénal des affaires, c'est-à-dire du contentieux des infractions économiques, financières, fiscales ou encore de concurrence. Les nombreuses affaires que nous suivons notamment en matière d'ABS nous incitent à réaliser ce focus sur cette infraction qui a pour particularité, entre autres, que la victime est toute consentante, puisqu'au moment des faits, elle est dirigée par l'auteur du délit ; toutefois, ses conditions de prescription permettent les poursuites pendant parfois de longues années après l'écoulement du délai classique de 3 ans.

L'abus de biens sociaux, réprimé par un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375.000 euros, est caractérisé par le fait, pour tout dirigeant, de droit ou de fait, « *de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* » (articles L.241-3,4° et L.242-6,3° du Code de commerce).

Rappelons à titre liminaire qu'il est de jurisprudence constante, depuis le fameux arrêt Carignon (Cass. crim., 27 oct. 1997), lui-même en contre-pied de la jurisprudence Noir/Botton, que tout acte illicite est nécessairement contraire à l'intérêt social dès lors qu'il expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants. Ainsi donc aucun dirigeant ne saurait se prévaloir de l'intérêt social pour justifier des actes de corruption, trafic d'influence, favoritisme, etc.

Cette infraction, qui s'avère assez courante, pose diverses difficultés d'application, notamment en ce qui concerne sa prescription et les personnes recevables à en réclamer réparation. Comme pour tout délit, la prescription de l'abus de biens sociaux est de 3 ans, mais particularité, ce délai ne commence à courir que lorsqu'il a effectivement été possible de prendre connaissance du délit et donc de décider d'en poursuivre l'auteur. La difficulté réside en la détermination de cette date.

"Une infraction encore imprescriptible ?"

Il a été admis qu'en cette matière, la prescription courait « *sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont indûment mises à la charge de la société* » (arrêt de principe : Cass. crim., 5 mai 1997 ; réaffirmé à de nombreuses reprises ;

cf. entre autres Cass. crim., 27 juin 2001). La solution, qui semble nettement posée, n'est cependant pas d'application simple. De nombreuses difficultés sont notamment soulevées, en jurisprudence, dans les cas où les abus sont réalisés par l'intermédiaire de conventions intervenant directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses dirigeants.

Ces conventions, dites réglementées, doivent faire l'objet d'une procédure d'approbation. La jurisprudence pose le principe que le point de départ de la prescription est la date de réunion de l'organe en charge de les approuver (selon les termes de la procédure dite des conventions réglementées, articles L.223-19 et L.225-38 du Code de commerce) ; première occasion de divulgation du délit commis par ce biais. Or, un récent arrêt précise que la prescription ne commence à courir que si la délibération de l'approbation de la convention litigieuse est régulière, ce qui n'est pas le cas par exemple quand une convention est soumise au vote en l'absence de présentation du rapport spécial du Commissaire aux comptes (Cass. crim., 23 mars 2005). Dans un tel cas, la prescription ne court que du jour de la régularisation de l'approbation ; cette décision est critiquable puisque la connaissance ne résulte pas du rapport du Commissaire aux comptes mais bien de la présentation des conventions litigieuses.

"attention aux conventions à exécution successive"

La solution n'est pas la même en ce qui concerne les conventions réglementées qui connaissent une exécution successive (telles que notamment les conventions dites de management fees, ou les conventions de trésorerie intragroupe). La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 8 novembre 2003, a posé, pour la première fois que, dans un tel cadre, « *l'usage contraire à l'intérêt social résulte non des conventions litigieuses mais de leurs modalités d'exécution* ».

Elle repousse ainsi le point de départ de la prescription de l'action au jour où la convention a cessé de produire ses effets. La Cour semble ainsi considérer que c'est à chaque exercice que l'exécution de la convention entraîne la mise à la charge de la société de dépenses indues. Cette décision, très critiquée par la doctrine, n'a pas à ce jour fait l'objet d'un revirement. Il convient dès lors d'être très attentif dans les groupes de sociétés : les flux financiers passibles de l'incrimination d'abus de biens sociaux (ie : flux non conformes à l'intérêt du groupe) ne se prescrivent que trois ans après la cessation de la convention, quelle qu'ait été sa durée.

Une autre difficulté réside dans la détermination des personnes qui peuvent prétendre à obtenir réparation de l'abus commis. Aux termes des articles 2 et 3 du Code de procédure pénale, l'action civile n'appartient qu'à ceux qui ont personnellement subi un dommage résultant directement des faits poursuivis.

Selon les dispositions du Code de procédure pénale, la réparation est bien évidemment ouverte à la société elle-même, directement lésée par l'infraction ; l'action est dans ce cas intentée, soit par les repreneurs de la société, nouveaux dirigeants sociaux, soit par ses autres associés ou actionnaires par la voie de l'action sociale ut singuli, qui leur permet d'agir au nom et pour le compte de la société à l'encontre de ses dirigeants fautifs. La réparation du préjudice personnel des associés ou actionnaires est en revanche plus délicate puisqu'ils doivent pouvoir justifier d'un préjudice propre, distinct de celui de la société et résultant directement de l'infraction.

Le préjudice allégué ne doit pas être le corollaire de celui subi par la société, tel qu'une perte de valeur des titres détenus.

Des salariés tentent parfois également d'obtenir la réparation de préjudices personnels variés, en se constituant partie civile dans l'instance ouverte contre les dirigeants sur le fondement de la commission d'abus de biens. Ceux-ci sont pratiquement systématiquement déboutés. En effet, la démonstration d'un préjudice personnel et direct né de l'infraction commise n'est pas évidente : le préjudice matériel résultant de la rupture éventuelle de leur contrat de travail, consécutive à la liquidation éventuelle de la société, est réparé par le biais de procédures sociales spécifiques ; l'appauvrissement du patrimoine social ne concerne pas directement les salariés.

" les salariés ne subissent pas de préjudice direct "

Et la Cour de cassation, en décidant que le préjudice ne résultait pas directement de l'infraction, a récemment censuré une Cour d'appel qui avait fait droit à une demande de dommages et intérêts fondée sur la réparation d'un préjudice moral résultant de « l'inquiétude » et du « climat désagréable au sein de l'entreprise ». Ouf ! Si l'on se réfère à l'inflation du contentieux prud'homal, la solution contraire eut été bien inquiétante tout de même ...



LE CONTRAT DE TRAVAIL « NOUVELLES EMBAUCHES » (CNE) ISSU DE L'ORDONNANCE DU 2 AOUT 2005

Par Paul Serge Estival
ps.estival@touzet-bocquet.com

A retenir : Pour mettre en place un CNE, l'entreprise doit compter au plus 20 salariés. Le contrat doit être écrit, à durée indéterminée, et préciser clairement sa nature de CNE. Il n'est soumis à aucune période d'essai et peut être rompu sans motif durant la période de consolidation d'une durée de 2 ans.

Les employeurs concernés sont les entreprises occupant un effectif au plus de 20 salariés au jour de l'embauche en application des modalités de décompte de l'article L.620-10 du Code du travail. Sont exclus de ce dispositif les particuliers employeurs et l'employeur public.

Attention, les règles de décompte des effectifs sont particulièrement délicates à mettre en œuvre. Consultez impérativement en cas de doute.

Régime applicable : toutes les dispositions conventionnelles existantes applicables à l'entreprise s'appliquent, à l'exception des clauses relatives à la période d'essai et aux modalités de rupture des contrats à durée indéterminée. Ainsi, les périodes d'essai prévues par les conventions collectives existantes ne s'appliquent pas au CNE.

Le CNE peut être conclu à temps partiel et être combiné avec un contrat de travail aidé comme un CIE. On ne peut toutefois utiliser un CNE pour pourvoir un emploi saisonnier ou un emploi pour lequel il est d'usage de ne pas recourir au CDI.

Enfin, comme le CDI de droit commun, le CNE peut prendre le relais d'un CDD ou d'un intérim lorsque ces contrats arrivent à leur terme. Attention, un délai de carence de 3 mois doit être observé entre la rupture d'un CNE et l'embauche du même salarié par le même employeur dans le cadre d'un autre CNE.

Formalisme : les employeurs qui entendent conclure un CNE doivent le mentionner expressément dans l'écrit à la rédaction duquel l'ordonnance les oblige. En l'absence de cette mention, l'employeur et le salarié ne pourraient se prévaloir des règles propres au CNE.

La période de deux ans se décompte à compter de la conclusion du CNE, il s'agit d'un délai préfix. Cette période ne doit pas être considérée comme une période d'essai ; il s'agit d'une période spécifique dite de **consolidation de l'emploi** qui permet notamment à un employeur de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de son entreprise. L'employeur et le salarié peuvent toujours convenir par voie contractuelle de raccourcir la durée de cette période.

" comme la rupture d'une période d'essai "

Rupture : la rupture d'un CNE est analogue à celle d'une période d'essai de contrat à durée indéterminée : l'employeur est dispensé de suivre la procédure de licenciement et de motiver sa décision, que ce soit un licenciement pour motif personnel ou économique. L'employeur comme le salarié sont uniquement tenus de notifier par lettre recommandée avec accusé de réception leur décision à l'autre partie. Au cours du premier mois, le contrat peut même être rompu sans préavis.

En contrepartie, le salarié a droit à une indemnité de 8 % du montant total des rémunérations brutes perçues durant le CNE, exonérée d'impôt sur le revenu, de CSG, de CRDS, et une facilitation de sa prise en charge par l'assurance chômage.

N.B. : L'employeur devra respecter la procédure disciplinaire en cas de faute du salarié ou la procédure de recherche de reclassement en cas d'inaptitude à l'emploi constatée par le médecin du travail. Evoquer la raison de la rupture peut permettre de se prémunir d'un éventuel abus de droit évoqué ensuite par le salarié.

Contestation : la faculté de rompre un CNE pendant la période de consolidation est limitée par les articles 122-25 et 122-45 du Code du travail : la rupture est prohibée pour les licenciements fondés sur l'état de santé, la maternité, les mœurs ou la race ou le sexe ou encore sur la participation à une grève.

Le licenciement sera également illégal s'il est la manifestation d'un abus de droit, si le licenciement a été prononcé en vue de nuire au salarié ou au terme d'un harcèlement.

Le salarié pourra alors réclamer l'octroi de dommages-intérêts en agissant dans un délai abrégé de 12 mois à compter de l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception de rupture comprenant cette mention.

GEOLOCALISATION DES SALARIES

Par Véronique Gau
v.gau@touzet-bocquet.com

Caméras, écoutes téléphoniques, internet, géolocalisation ou biométrie... des moyens de surveillance toujours plus nombreux envahissent le monde du travail. La CNIL (Commission Nationale de l'informatique et des libertés) parle d'ailleurs à ce sujet de « contremaître virtuel ». Les employeurs justifient ces systèmes par la nécessité d'un contrôle de la productivité, de la présence des salariés ou encore d'impératifs de sécurité propres à certaines activités.

" des contremaîtres virtuels ! "

La géolocalisation permet par exemple aux sociétés de taxis et de dépannage, de localiser en temps réel leurs véhicules, de repérer les véhicules les plus proches et satisfaire au mieux aux demandes des clients. Ces systèmes permettent encore de localiser un conducteur en panne, victime d'un accident ou d'un malaise suite à l'activation du dispositif en cas de collision, de retrouver un véhicule volé. Le GPS par téléphone portable permet quant à lui de localiser la position de la personne elle-même à quelques mètres près.

Ces systèmes de contrôle sont-ils utilisables sans limite ? Le système de géolocalisation est un traitement de données à caractère personnel : les données collectées sont relatives au positionnement d'un véhicule ou d'un salarié précisément identifié, associé parfois à l'itinéraire utilisé, aux temps d'arrêt et à la vitesse. L'employeur qui souhaite utiliser un dispositif de géolocalisation doit donc effectuer une déclaration auprès de la CNIL qui vérifie si les principes relatifs à la protection de données à caractère personnel sont bien respectés.

La CNIL apprécie avant tout la proportionnalité des moyens mis en œuvre par rapport au but poursuivi mais encore la nature des données collectées, les personnes de l'entreprise habilitées à traiter les informations et leur durée de conservation. L'utilisation de tels dispositifs doit en outre nécessairement faire l'objet d'une information interne auprès des salariés concernés et du Comité d'Entreprise.

LE WHISTLEBLOWING OU LA DELATION INSTITUTIONNALISEE

Par deux décisions du 26 mai 2005, la CNIL avait refusé d'autoriser des projets de « whistleblowing » ou « lignes éthiques » destinés à permettre à des salariés de signaler des comportements supposés fautifs imputables à leurs collègues de travail en considérant notamment que ces dispositifs pourraient conduire à un système organisé de délation professionnelle. Dans un document d'orientation du 10 novembre 2005, la CNIL a défini les conditions de conformité de ces dispositifs à la loi « informatique et libertés ». De quoi s'agissait-il ?

La loi Américaine Sarbanes Oxley votée en juillet 2002 à la suite des scandales « Enron » et « Worldcom », applicable depuis le 15 juin 2004, prévoit la mise en place de procédures de traitement des alertes dans le domaine financier. Concrètement, cette loi fait obligation aux salariés des sociétés américaines de dénoncer anonymement tout acte de malversation financière de leurs collègues. 60% des sociétés cotées américaines auraient ainsi déjà mis en place ces procédures.

En France, cette question se pose surtout dans les filiales françaises de sociétés américaines qui sont contraintes sur instruction de leur société mère de respecter la loi Sarbanes Oxley. Les « échecs » du 31 mai 2005 faisait état d'une vingtaine de groupes français du CAC 40 qui auraient également mis en place de telles procédures.

La question a été portée devant la CNIL à l'occasion de la mise en place de « hotlines » anonymes dans les sociétés Mc Donalds'France et Ceac (C°européenne d'accumulateur). Par décisions du 26 mai 2005, la CNIL a refusé d'autoriser de tels dispositifs destinés à dénoncer des faits jugés répréhensibles par le dénonciateur et qui pourraient conduire à un système organisé de délation professionnelle.

" textuellement, soufflez dans le sifflet "

La CNIL, gardienne des libertés dans la collecte des informations qui font l'objet d'un traitement - fichiers informatisés ou non - ne pouvait qu'être concernée par l'instauration d'un tel système jugé par elle disproportionné quant à sa finalité, non transparent et déloyal alors que la loi informatique et liberté du 6/01/1978 renforcée par la loi du 6/08/2004 édictent bien au contraire que les traitements de données doivent respecter une règle de transparence vis-à-vis des personnes concernées (droit à l'information préalable sur les données collectées, droit d'accès, d'opposition et de modification).

A la suite d'un processus d'information et de discussion sur cette question engagée depuis juin dernier avec l'autorité américaine de régulation des marchés financier (la SEC « Securities and Exchange Commission ») et les directions générales compétentes de la Commission européenne ainsi qu'avec les sociétés françaises concernées, la CNIL a adressé à différents experts un projet visant à répondre à la fois aux exigences de la loi américaine « Sarbanes Oxley » et à celles de la loi française « informatique et libertés ». Dans ce projet, la CNIL reconnaissait qu'elle n'avait *pas d'opposition de principe* à l'encontre de ces dispositifs d'alerte « *dès lors qu'ils ont un caractère subsidiaire, un champ restreint et un usage facultatif* ».

Dans un document d'orientation adopté le 10 novembre 2005, la CNIL vient de définir les conditions que doivent remplir les dispositifs d'alerte professionnelle pour être conforme à la loi « informatique et libertés » tout en étant compatible avec les exigences de la loi Sarbanes Oxley :

- restreindre le dispositif d'alerte aux domaines comptable et bancaire, au contrôle des comptes et à la lutte contre la corruption : le dispositif est acceptable quand il répond soit à une obligation législative ou réglementaire visant à l'établissement de procédures de contrôle interne, soit à un intérêt dont la légitimité est établie (domaine comptable, lutte contre la corruption).
- éviter les dénonciations anonymes : les auteurs d'alerte doivent s'identifier.
- mettre en place une organisation spécifique pour traiter les alertes.
- informer la personne concernée qui doit être informée dès l'enregistrement de l'alerte afin qu'elle puisse exercer ses droits d'opposition, d'accès et de rectification.

Dans une seconde étape, la CNIL prendra une décision d'autorisation unique des dispositifs conformes aux orientations retenues par elle afin de simplifier les formalités pour les entreprises.

Par ailleurs, un juge vient de se prononcer pour la première fois sur l'application de la loi Sarbanes-Oxley sur le territoire Français. En effet, le 15 septembre dernier, le Tribunal de Grande Instance de Libourne statuant en référé a ordonné le retrait d'un dispositif d'alerte éthique mis en place par une filiale de société américaine au motif de la « *seule existence d'un dommage potentiel imminent pour les libertés individuelles de salariés victimes de dénonciations anonymes sans que l'intérêt de l'entreprise ne permette de le justifier* ». Le débat judiciaire ne fait que commencer compte tenu des enjeux liés à la mise en place de telles procédures.



CHRONIQUE DE DROIT DES PROFESSIONS LIBÉRALES

Par Philippe Touzet
ph.touzet@touzet-bocquet.com

Le cabinet a désormais une activité régulière en droit des professions libérales, notamment en matière de restructuration. C'est tout naturellement dans notre rubrique de droit des sociétés que cette matière trouve sa place. Nous traitons ce trimestre de deux procédés d'optimisation qui sont, *mutatis mutandi*, également applicables aux activités commerciales et industrielles.

La location de titres, nouvel outil de restructuration¹

Longtemps ignorées, les "professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé" (PLR) font l'objet d'une sollicitude constante du législateur. Les libéraux, désormais assimilés à des entreprises, sont concernés par tous les textes intéressant ces dernières, sous réserve toutefois de spécificités résultant de la nature civile de l'activité libérale, et du refus - pour combien de temps encore ? - de considérer ces professions comme faisant partie du secteur marchand.

" un puissant outil d'intégration "

Dernière en date, la loi "Dutrel 2" du 2 août 2005 introduit dans notre système juridique la location d'actions ou de parts sociales, qui permet au praticien d'envisager des solutions nouvelles de restructuration et de transmission de l'entreprise. Le dispositif, qui figure aux articles L.239-1 à L.239-5 nouveaux du Code de commerce, exclut partiellement les PLR, ce qui est logique puisque la détention du capital des SEL est elle-même réglementée, mais les titres de SEL pourront donner lieu à location au profit des collaborateurs libéraux ou salariés en exercice à l'intérieur de la SEL. : " *Les parts ou actions de sociétés d'exercice libéral ne peuvent faire l'objet du contrat de bail prévu aux articles L.239-1 à 239-5 du Code de commerce, sauf au profit de professionnels salariés ou collaborateurs libéraux exerçant au sein de celles-ci.* "

¹ Cet article est paru dans « La Lettre des Juristes d'affaires » de novembre 2005) sous le titre « Un nouvel outil de restructuration de l'activité libérale » -

La loi crée ainsi un outil puissant d'intégration des nouveaux associés et de transmission du cabinet, qui vient s'ajouter à la location-gérance, désormais admise par le CNB, au rang des moyens nouveaux de restructuration de l'activité libérale.

Au plan pratique, la location de titres, qui constitue un contrat de bail au sens de l'article 1709 du Code civil, permettra d'accueillir un collaborateur qui aura le droit de vote d'un usufruitier, et qui exercera, précision utile de la loi, " les autres droits attachés aux actions ou parts louées". Il percevra notamment les dividendes. Rappelons également qu'en cette qualité, il devra verser un loyer. Le Conseil National des Barreaux aura certainement son mot à dire sur une telle question qui pourrait générer des abus, en ce qui concerne les plus jeunes.

Un obstacle important toutefois : les titres doivent faire l'objet d'une évaluation certifiée par un commissaire aux comptes au début et à la fin de la location. Cette mesure qui s'applique même aux SARL n'a pas à notre sens de justification, la valeur des titres n'ayant aucun impact sur les comptes de la SEL... Le lobbying conduit parfois à des excès...

" un excès dû au lobbying ? "

Au plan fiscal, la loi crée un nouvel article 151 *sexies* II du CGI qui renvoie au régime de faveur des articles 150-0 A et suivants et permet l'exonération des plus-values réalisées pendant la période de location.

Le collaborateur pourra ainsi faire ses preuves, sans trop d'engagement puisque la cessation de la location n'aura pas (tous...) les effets dévastateurs habituels de la séparation des associés. La loi esquisse ainsi une nouvelle catégorie d'associés, qui pourrait s'avérer très attendue par la pratique. Les SEL acquièrent par ce texte un sérieux avantage compétitif. La question de l'intégration des jeunes et celle - liée - de la transmission, constituent en effet la première problématique stratégique pour les cabinets, notamment individuels.

Cet avantage s'ajoute aux considérables intérêts patrimoniaux qui s'offrent aux libéraux dans le passage en SEL, notamment au travers de la vente à soi-même, qui permet de se constituer une épargne tout en patrimonialisant les fruits de son activité, et désormais de trouver un successeur dans des conditions favorables et sécurisées.

La vente à soi-même du fonds libéral

Comment tout en même temps se constituer une épargne, patrimonialiser les fruits de son activité, créer les conditions de l'intégration de ses collaborateurs, moderniser son exercice, et faciliter la cession future du cabinet ?

" un procédé efficace d'optimisation "

La vente à soi-même est un procédé d'optimisation qui consiste pour le professionnel à constituer une SEL, qui empruntera à une banque le prix du fonds libéral (il s'agira généralement d'une SELARL, cette structure étant en outre un excellent véhicule d'optimisation des rémunérations des associés). Le professionnel peut alors à son choix se désendetter personnellement, se constituer un fonds de retraite, acquérir sa résidence principale, etc. En outre, rien ne lui interdit, au moment de la retraite, de céder à un tiers les titres de la SEL ainsi constituée.

Le plus souvent, le banquier exigera le versement des fonds sur un contrat d'assurance-vie qui sera ensuite nanti à son profit. Le prêt peut être souscrit *in fine* pour faciliter l'opération du point de vue de la trésorerie. A l'échéance, le capital est remboursé à l'aide d'un apport en compte courant par le cédant, qui utilisera pour ce faire les fonds issus du contrat d'assurance vie, lui aussi parvenu à échéance. Puis le remboursement du compte courant assurera à l'associé une rémunération nette de charges sociales et d'impôt, ce qui constitue à nouveau une optimisation particulièrement avantageuse !

Pour les avocats, toutefois, le versement en compte courant est limité à deux fois le montant de la participation au capital de l'associé concerné (article 1er du décret du 23 juillet 1992). Les fonds devront dans ce cas être versés au moins pour partie en augmentation de capital de la SEL. C'est une contrainte, mais qui présente l'avantage de revaloriser les parts et ainsi de diminuer d'autant la plus-value en cas de cession ultérieure.

La légalité de cette opération ne fait aujourd'hui plus aucun doute, grâce à la notion de fonds libéral, dégagée par un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2000, plusieurs fois confirmé depuis cette date. Le CNB l'a récemment entérinée en admettant la location-gérance de fonds libéral (avis du 12 mars 2005).

Le caractère bénéfique du passage en SEL, à partir d'un certain seuil de recettes, pour le cabinet ainsi transformé n'est plus à démontrer. On notera par exemple la baisse de la taxe professionnelle, la cessation de l'imposition des résultats non distribués (spécialité détestable du régime BNC), le taux minoré de l'IS en dessous de 38 KE, et enfin le passage à une comptabilité d'engagement qui contraint - mais c'est un avantage - le libéral à gérer son compte clients et à assurer le suivi de ses impayés... Une révolution culturelle pour un professionnel BNC !

Au plan fiscal, le passage à l'IS peut présenter un coût important si des plus values sont réalisées lors de la cession, ce qui est l'hypothèse pour un libéral ayant créé son cabinet *ex nihilo*, mais des moyens efficaces existent. En premier lieu, l'opération sera éligible au dispositif de l'article 202 quater permettant de faire "glisser" sans frais les créances acquises dans les trois mois précédant la cession sur la nouvelle structure. En second lieu, pour les créances dont l'ancienneté est supérieure à trois mois, le paiement de l'impôt correspondant peut faire l'objet d'un étalement sur 3 à 5 ans (cf. article 1663 bis du CGI). A l'aide de montages plus complexes, on pourra sous certaines conditions de recettes bénéficier de l'exonération prévue par l'article 151 septies du CGI. En revanche, le nouvel article 238 quindecies du Code Général des Impôts (remplaçant du 238 quaterdecies introduit par la loi "Sarkozy" du 9 août 2005 permettant de réaliser en quasi franchise de plus-value et de droits d'enregistrement les cessions de branche d'activité) n'est pas applicable dans le cadre d'une cession à soi-même.

Avantage non négligeable, bien qu'il ne concerne pas que les SEL, la SELARL permettra de conserver le régime TNS pour les associés dirigeants, tout en corrigeant les effets négatifs. Enfin, *last but not least*, le passage en SEL permettra d'arbitrer entre les dividendes et les rémunérations d'associés et/ou de dirigeant, et de réaliser une nouvelle optimisation - sociale cette fois - de la situation du libéral. Du salaire aux dividendes qui ne supportent que la CSG, les charges passent de 55 à 10%...

Evidemment, les prestations en retour ne sont pas comparables et il conviendra que le libéral fasse procéder comme toujours en matière d'optimisation, à une simulation précise en fonction de sa situation personnelle.

L'ATTRIBUTION GRATUITE D'ACTIONS AUX SALARIÉS ET AUX DIRIGEANTS

Par Stéphanie Momiron
s.momiron@touzet-bocquet.com

A retenir : les sociétés par actions peuvent attribuer des actions gratuites à leurs salariés ou à leurs mandataires sociaux, qui ne détiennent pas ou n'atteignent pas du fait de l'attribution 10% du capital. Les actions attribuées peuvent être créées spécialement ou avoir fait l'objet d'un rachat préalable par la société.

L'article 83 de la loi de finances pour 2005 (loi 2004-1484 du 30 décembre 2004) institue désormais la possibilité de procéder à des attributions d'actions gratuites au profit des salariés ou des mandataires sociaux (article L. 225-197 à L. 225-197-5 du Code de commerce), avec pour but d'encourager l'actionnariat salarié ou de récompenser les dirigeants ou certaines catégories d'entre eux.

1. Sociétés pouvant attribuer des actions gratuites

Les sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés par actions simplifiées, cotées ou non cotées peuvent attribuer des actions gratuites à leurs salariés et dirigeants sociaux.

2. Bénéficiaires

Il s'agit en premier lieu des salariés de la société ou certaines catégories de salariés (exemple : salariés investis d'un certain pouvoir de décision, les salariés ayant un certain nombre d'années d'ancienneté,...), et en second lieu, des mandataires sociaux (Président du conseil d'administration, directeur général, directeur général délégué, membres du directoire, gérant de société en commandite par actions). Le dispositif ne concerne pas en revanche les administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

Pour être bénéficiaires d'actions gratuites, les salariés ou mandataires ne doivent pas posséder plus de 10% du capital social de la société. L'attribution ne doit pas non plus avoir pour effet de permettre à des salariés ou mandataires de détenir chacun plus de 10% du capital.

*" une participation
limitée à 10% "*

Dans les groupes, les actions peuvent être attribuées au personnel salarié des sociétés ou groupements d'intérêt économique dont 10% au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société qui attribue les actions.

En l'absence de dispositions contraires, les attributions d'actions gratuites semblent pouvoir être consenties à des salariés ou dirigeants de filiales, sous-filiales, sociétés sœurs ou sociétés mères situées à l'étranger par la société française émettrice.

NB : lorsque les bénéficiaires sont des dirigeants de la société, il n'y a pas lieu d'appliquer la procédure dite des conventions réglementées prévue par les articles L. 225-38 et suivants du Code de commerce.

3. Procédure d'attribution

Décision de l'assemblée générale extraordinaire : c'est l'AGE statuant sur le rapport du conseil d'administration et sur le rapport spécial des commissaires aux comptes qui autorise le conseil d'administration à attribuer les actions, dans un délai maximum de 38 mois.

Les actions attribuées peuvent être des actions existantes (c'est-à-dire auto détenues par la société suite à un rachat d'actions existantes) ou des actions nouvelles à émettre. Précisons toutefois que lorsque la société procède à un rachat d'actions en vue de les attribuer gratuitement, cela peut engendrer pour le cédant le paiement d'une éventuelle plus-value sur le prix de cession des actions cédées si ce prix est supérieur au prix d'acquisition initial.

" on pourra attribuer des actions existantes ou à émettre "

Intervention du comité d'entreprise : le comité d'entreprise, s'il en existe un, doit être obligatoirement consulté sur la mise en place d'un plan d'attribution d'actions gratuites.

Période d'acquisition des actions : l'attribution des actions à leurs bénéficiaires est définitive au terme d'une période d'acquisition dont la durée minimale est déterminée par l'assemblée, mais ne peut être inférieure à deux ans. Pendant la période d'acquisition des actions, les attributaires ne bénéficient que d'un droit de créance. Les droits résultant de l'attribution gratuite sont incessibles jusqu'au terme de la période d'acquisition. Pendant cette période, les attributaires ne sont pas propriétaires des actions et n'ont aucun droit d'actionnaire. Ils ne bénéficient donc ni du droit aux dividendes, ni du droit d'information des actionnaires.

En conclusion : cette mesure tend à éviter les écueils du mécanisme des *stocks option*. L'inconvénient majeur des *stocks option* est le nombre restreint de personnes pouvant en bénéficier et il s'agit souvent d'un simple moyen de réaliser une plus-value à terme, de sorte que ce système ne place pas le bénéficiaire dans la perspective à plus ou moins long terme d'être actionnaire. L'intérêt du bénéficiaire des options est donc plus particulièrement spéculatif alors que l'attributaire d'actions gratuites sera un véritable actionnaire. Ce texte a en outre l'avantage de ne faire prendre aucun risque financier au bénéficiaire. Il crée ainsi une nouvelle forme particulièrement motivante de rémunération.

QUELQUES PRECISIONS EN DROIT SOCIAL SUR L'ATTRIBUTION D' ACTIONS GRATUITES

Par Laure Treton
l.treton@touzet-bocquet.com

Voici quelques précisions concernant l'aspect social du nouveau dispositif d'attribution d'actions gratuites aux salariés et dirigeants mis en place par l'article 83 de la loi de finances pour 2005.

1. Sur les bénéficiaires

Pour l'attribution gratuite d'actions, la qualité de salarié s'apprécie au moment où l'attribution des actions est réalisée par le conseil d'administration ou le directoire.

Par une application extensive d'un texte similaire en matière de *stocks option*, il semble que l'on puisse entendre par personnel salarié :

- les personnes en contrat à durée déterminée ou indéterminée
- les salariés en période d'essai ou en préavis
- tout salarié quelle que soit sa fonction
- tout salarié quelle que soit son ancienneté

Si l'AGE semble libre de restreindre l'attribution d'actions gratuites à une ou plusieurs catégories de salariés définies de façon objective (ancienneté, fonctions...), c'est le conseil d'administration ou le directoire qui a compétence pour choisir librement les bénéficiaires appartenant aux catégories définies par l'AGE.

Attention : lorsqu'un salarié cumule son contrat de travail avec un mandat social, mieux vaut préciser à quel titre l'attribution est accordée à l'intéressé pour éviter toute discussion sur son sort en cas de perte de l'une ou l'autre de ces qualités.

2. Sur l'intervention du comité d'entreprise

La consultation du comité d'entreprise doit intervenir antérieurement au premier conseil d'administration, c'est-à-dire avant la transmission du rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale dans la mesure où l'assemblée générale a la faculté de définir les catégories qui pourront bénéficier de l'attribution.

3. Sur les droits des attributaires

Contrairement à ce qui est prévu en matière de souscription ou d'achat d'actions, il n'existe pas de dérogation au respect de la période d'acquisition des actions gratuites en cas de licenciement ou de mise à la retraite du salarié. Ainsi, il semble que même dans ces cas, le salarié ne puisse acquérir les actions qu'après le délai minimum de deux ans prévu par l'article L. 225-197-1, I-al.2 du Code de commerce, étant rappelé que le délai fixé par l'AGE peut être supérieur.

4. Sur le régime social

Le régime social applicable à l'attribution d'actions gratuites est particulièrement intéressant puisque l'avantage tiré de cette attribution est exonéré sans aucun plafonnement de cotisations de sécurité sociale (CSS, art. L.242-1), de CSG et de CRDS, de cotisations d'assurance chômage et de retraite complémentaire Arrco et Agirc, aux charges sociales salariales et patronales.

" un régime social particulièrement intéressant "

Cependant, ce régime d'exonération est conditionné au respect des conditions d'attribution fixées par le conseil d'administration ou le directoire.

A défaut, l'employeur est tenu au paiement de la totalité des cotisations sociales, y compris leur part salariale (CSS art. L 242-1).

Cette sanction serait d'autant plus sévère si elle devait s'appliquer au cas d'inobservation par le bénéficiaire, de ses obligations (par exemple l'obligation de conservation de l'action pendant un certain délai), ce que la généralité du texte actuel n'exclut pas.

LA LOI N° 2005-842 DU 26 JUILLET 2005 POUR LA CONFIANCE ET LA MODERNISATION DE L'ECONOMIE

Par Jean-Pierre Saïdy
jp.saïdy@touzet-bocquet.com

Cet article s'attachera exclusivement aux dispositions concernant les sociétés non cotées. La loi vise pour l'essentiel à assouplir certaines règles considérées comme alourdissant inutilement le formalisme de tenue des assemblées. La société européenne, dont nous avons déjà parlé dans NotaBene, fait par ailleurs son apparition dans le Code de commerce.

Société à Responsabilité Limitée

Alignement des règles de majorité : le texte modifie les règles de majorité dans les assemblées extraordinaires, qui passent de 3/4 à 2/3, comme dans les SA.

Quorum : En contrepartie, il est institué un quorum d'un quart des parts sociales des associés présents ou représentés sur première convocation et d'un cinquième sur deuxième convocation, afin que l'assemblée puisse délibérer valablement. Sur troisième convocation, aucun quorum n'est exigé. Il est néanmoins possible de modifier statutairement les règles de quorum et de majorité et de prévoir des seuils plus élevés, sans pouvoir toutefois aller jusqu'à l'unanimité.

*"la loi assure la suppression de
certaines règles inutiles "*

Ces assouplissements résultent du fait que désormais les SARL peuvent compter jusqu'à 100 associés (50 auparavant). Pour les SARL unipersonnelles à associé unique gérant, un décret devrait proposer un modèle de statut type simplifié. Par ailleurs, les formalités d'approbation des comptes sont allégées et consistent en un dépôt du rapport de gestion et des comptes annuels signés. La réunion de l'assemblée pour cette décision reste obligatoire.

Société anonyme

Abaissement des quorums : la loi du 26 juillet 2005 assouplit également les règles de quorum pour les assemblées générales de sociétés anonymes. Désormais, l'assemblée générale extraordinaire pourra valablement délibérer sur première convocation si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote et le cinquième sur deuxième convocation. Les assemblées générales ordinaires ne pourront valablement délibérer que si les actionnaires possèdent au moins le cinquième des actions disposant du droit de vote.

Utilisation de moyens de télécommunication pour la tenue des conseils d'administration et de surveillance : à l'exception des décisions concernant l'arrêté des comptes annuels, pour lesquelles la tenue physique des réunions de conseils d'administration, directoire et conseils de surveillance est imposée, il est désormais possible de faire appel à des moyens de télécommunication. Ceci constitue un élargissement du dispositif précédent qui n'admettait pas la visioconférence pour la nomination et la fixation de la rémunération de certains mandataires sociaux. Attention : l'application de ces règles est subordonnée à la publication d'un décret en conseil d'Etat définissant la nature et les conditions d'application des moyens de visioconférence et de télécommunication.

Suppression du rapport d'information sur les méthodes de travail du conseil d'administration ou de surveillance : dans les SA ne faisant pas appel public à l'épargne, le rapport joint au rapport annuel contenant une information sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que sur les procédures de contrôle interne mises en place par la société est supprimé.

Société Européenne

La société européenne fait son apparition dans le code de commerce (art L 229-1 à L 229-15). Toute société européenne établie en France est soumise au droit commun de la SA, dès lors que les dispositions qui y sont applicables ne sont pas contraires aux règlements communautaires.

On rappellera que la société européenne peut être constituée de 4 façons différentes :

- par fusion de sociétés anonymes dont au moins deux relèvent de droits d'Etats membres différents.
- par constitution d'une SE holding par des sociétés anonymes ou certaines SARL si deux au moins relèvent de droit d'Etats membres différents.
- par constitution d'une filiale.
- par transformation d'une société anonyme en SE, si la SA a depuis au moins deux ans, une filiale relevant du droit d'un autre Etat membre.

Il convient cependant de préciser qu'en l'absence de décret, une société européenne ne peut valablement être constituée en France à l'heure actuelle.



LOI DE FINANCES POUR 2006

Par Eric Lacombe
e.lacombe@touzet-bocquet.com

Comme chaque année à pareille époque le Parlement vient d'adopter la Loi de finances et la Loi de finances rectificative. A la différence des dernières années, ces deux lois comportent des réformes importantes, mais dont certains effets ne se feront pas véritablement ressentir en 2006. Nous en présentons les principales dispositions.

*" des réformes importantes
mais pour 2007 "*

La Loi de finances pour 2006 veut reposer sur trois grands principes : la justice, l'efficacité économique et la simplicité. Outre quelques réévaluations de seuils, de déductions, etc., ce texte met d'une part en oeuvre des réformes majeures pour l'imposition des personnes physiques (1), d'autre part vise à adapter la fiscalité à l'évolution de l'environnement économique (2), au travers notamment d'une réforme de l'imposition locale des entreprises. Nous traiterons enfin des apports de La loi de finances rectificative (3).

1. Des réformes majeures pour l'imposition des personnes physiques

S'agissant des personnes physiques, la loi de finances pour 2006 instaure le principe désormais fameux du « bouclier fiscal » et met en place une profonde réforme du barème de l'impôt sur le revenu, ainsi qu'un plafonnement des avantages fiscaux. Toutefois, ces deux dernières réformes ne s'appliqueront qu'aux revenus 2006. Leurs effets ne se feront donc ressentir qu'en 2007.

Qu'est ce que le bouclier fiscal ? Pour éviter que le montant total des impositions locales, des impôts sur le revenu et sur le patrimoine puisse dépasser le revenu annuel, et renforcer la compétitivité fiscale de la France, à l'instar de ce qui existe déjà en Suède, en Espagne ou en Finlande, la loi de finances instaure au profit de chaque contribuable, un droit à restitution des impositions directes pour la fraction qui excède 60% de ses revenus perçus l'année précédant celle du paiement de ses impositions : c'est le "bouclier fiscal".

" un droit à restitution des impositions directes "

Les impôts pris en compte pour la détermination de ce droit à restitution, sont l'impôt sur le revenu (y compris le prélèvement libératoire), l'ISF, la taxe d'habitation et la taxe foncière afférentes à l'habitation principale. En sont exclus les prélèvements sociaux (CSG, CRDS...) et la fiscalité locale sur les résidences secondaires. Les revenus pris en compte s'entendent de l'ensemble des revenus perçus par le contribuable l'année précédant celle du paiement des impôts, exonérés ou non d'impôt sur le revenu, à l'exception de certaines allocations (allocations familiales, adulte handicapé, parent isolé, etc.) et de certaines plus-values exonérées (plus-values immobilières).

Le droit à restitution est exercé sur la demande du contribuable avant le 31 décembre de l'année au cours de laquelle le droit à restitution est acquis. Ce droit se traduit par un reversement effectif des sommes indûment prélevées. Il pourra être exercé pour la première fois début 2007 au titre des impôts payés en 2006 (plafonnement calculé sur les revenus 2005).

Réforme du barème de l'impôt sur le revenu. Pour l'imposition des revenus 2005, le barème demeurera inchangé, sous réserve d'un relèvement des tranches de 1,8%. En revanche, à compter de l'imposition des revenus 2006, le nombre de tranches est réduit de 7 à 5 et l'abattement de 20% (applicable aux traitements et salaires, aux pensions et aux revenus des adhérents de centres de gestion agréés) est intégré dans le barème. En clair, les tranches d'imposition sont réduites de 20% ce qui permet de supprimer l'abattement et de simplifier le calcul final de l'impôt.

Des mesures corrélatives de "rattrapage", hélas, compliquent de nouveau la situation : il a fallu en effet "augmenter" artificiellement le montant imposable des revenus qui ne bénéficiaient pas de l'abattement et qui se seraient trouvés réduits de 20 % : suppression des abattements de 14 ou 15 % en matière de revenus fonciers, réduction des abattements pour les régimes micro (foncier - BIC - BNC), réduction de 50 à 40% de l'abattement pour les revenus mobiliers (ancien avoir fiscal), multiplication par 1,25 des revenus des non adhérents à un centre de gestion, majoration du revenu fiscal de référence retenu pour l'application des exonérations et dégrèvements d'impôts locaux, etc.;

Plafonnement de certains avantages fiscaux. La Loi de finances prévoyait un plafond global de 8.000 € par foyer fiscal, majoré de 1.000 € par enfant à charge et de 5.000 € en présence d'au moins une personne handicapée au sein du foyer institué pour certains avantages fiscaux, dont les contribuables sont susceptibles de cumuler le bénéfice. Toutefois, cette disposition a été annulée par le Conseil Constitutionnel au motif qu'elle était trop complexe. Il est néanmoins vraisemblable que les services de Bercy tentent de faire voter un dispositif analogue.

Suppression de la CRL. La Contribution sur les Revenus Locatifs est supprimée pour les revenus perçus à compter de 2006 pour les personnes physiques et les sociétés de personnes, dont aucun associé n'est soumis à l'IS.

2. Adapter la fiscalité à l'évolution de l'environnement économique

La loi de finances pour 2006 comprend un certain nombre de dispositions qui visent notamment à faciliter les transmissions à titre gratuit et à réformer la taxe professionnelle.

Réduction de dix à six ans du délai de rappel des donations : cette réduction s'applique aux transmissions à titre gratuit (donations et successions) effectuées à compter du 1^{er} janvier 2006.

Donation - abattement : relèvement de 5 ans des limites d'âge du donateur : les donations réalisées en nue-propiété bénéficient d'une réduction de 35 % lorsque le donateur est âgé de moins de 70 ans (au lieu de 65 ans) et de 10 % lorsqu'il est âgé de moins de 80 ans (au lieu de 75 ans). Pour les autres donations (pleine propriété ou usufruit,...) : réduction de 50 % lorsque le donateur est âgé de moins de 70 ans et de 30 % lorsqu'il est âgé de moins de 80 ans.

Abattement spécifique de 5.000 € : à compter du 1^{er} janvier 2006, un abattement spécifique de 5.000 € est créé en faveur des successions et des donations entre frères et soeurs quand elles ne bénéficient pas de l'abattement de 57.000 € et des donations consenties au profit des neveux et nièces ou aux arrière-petits-enfants.

Succession : abattement global de 50.000 € : à compter de 2006, un abattement global de 50.000 € se répartit entre le conjoint survivant et les enfants, en fonction de leurs droits légaux dans la succession.

Taxe professionnelle : à compter des impositions établies au titre de 2007, le plafonnement de la taxe professionnelle en fonction de la valeur ajoutée est, pour la généralité des entreprises, calculé au taux de 3,5% en fonction de la cotisation réelle de l'entreprise et non plus d'une cotisation de référence. Par ailleurs, le dégrèvement pour investissements nouveaux est pérennisé. Pour les immobilisations créées ou acquises à compter du 1^{er} janvier 2006, ce dégrèvement s'applique de manière dégressive sur 3 ans.

ISF : tout d'abord, les titres détenus par un redevable qui exerce ou a exercé son activité principale dans ladite société sont exonérés à hauteur de 75%, sous réserve de leur conservation pendant 6 ans. En outre, le taux d'exonération des titres faisant l'objet d'un engagement collectif de conservation est porté de 50 à 75%.

Abaissement à 4,80 % des intérêts de retard : un taux unique de 4,80 % par an est applicable à compter du 1^{er} janvier 2006 que ce soit aux intérêts de retard ou aux intérêts moratoires.

LOI DE FINANCES RECTIFICATIVE

La loi de finances rectificative pour 2005 propose une réforme importante de la fiscalité des plus-values réalisées par les actionnaires et par les entrepreneurs individuels.

Plus-values mobilières. La loi de finances rectificatives crée une exonération progressive de certaines plus-values de cession de valeurs mobilières et droits sociaux réalisées par les particuliers, en fonction de la durée de détention des titres, sur le modèle de ce qui existe déjà en matière de plus-values immobilières.

Le montant de la plus-value est ainsi diminué d'un abattement d'1/3 par année de détention, au-delà de la sixième année de détention, ce qui conduit à une exonération totale des plus-values réalisées sur des titres détenus depuis plus de huit ans. Le dispositif s'applique aux cessions de titres réalisées à compter du 1^{er} janvier 2006. La durée de détention est décomptée à partir du 1^{er} janvier de l'année d'acquisition ou de souscription, mais par exception elle ne sera décomptée qu'à partir du 1^{er} janvier 2006 pour les titres acquis avant cette date, pour éviter tout effet d'aubaine.

" une profonde réforme du régime des plus values "

Toutefois, le dispositif de prise en compte de la durée de détention sera d'**application immédiate pour les cessions de titres réalisées par les dirigeants de PME lors de leur départ à la retraite.** Cette application immédiate de l'exonération s'appliquera aux opérations de cession qui respecteront les conditions suivantes :

- la société concernée doit être une PME (effectif inférieur à 250 salariés et CA inférieur à 50 M € ou total bilan inférieur à 43 M € ;
- la cession doit porter sur l'intégralité des titres ou des droits de la société concernée ou, en cas de cession partielle, sur plus de 50 % du capital de la société cédée ;
- le cédant doit, pendant les cinq années précédant la cession, avoir exercé de manière continue une fonction de gestion ou de direction au sein de la société dont les titres sont cédés et avoir détenu au cours de la même période, au moins 25 % des droits de vote ou droits financiers de la société cédée.

Plus-values professionnelles. Le régime temporaire d'exonération des plus-values de cession de fonds de commerce, instauré par la loi du 9 août 2004 (le fameux "238 quaterdecies" du CGI de la loi Sarkozy) est pérennisé mais modifié de façon substantielle. Jusqu'alors, l'exonération était réservée aux cessions de branche d'activité d'une valeur inférieure à 300.000 euros. Désormais, sous condition que l'activité ait été exercée pendant au moins 5 ans :

- elle concernera les cessions jusqu'à 500.000 euros avec l'instauration d'un mécanisme d'exonération progressive pour éviter un effet de seuil entre 300 et 500 K€ ;
- le champ d'application de l'exonération est étendu à toutes les transmissions d'entreprises (gratuite ou onéreuse), y compris celles opérées dans le cadre d'une activité agricole, ainsi qu'aux transmissions de parts de société présentant un caractère professionnel et aux fonds donnés en location-gérance, sous certaines conditions ;

En outre, pour les entreprises relevant de l'impôt sur le revenu, les plus-values à long terme dégagées sur des éléments immobiliers (immeubles ou titres de sociétés immobilières) lorsqu'ils sont affectés à l'exercice de l'activité bénéficient d'un abattement de 10 % par année de détention au-delà de la cinquième, soit une exonération au bout de 15 ans, comme pour les plus-values immobilières des particuliers.

Enfin, le régime d'exonération prévu par l'article 151 septies du CGI (PME soumises à l'IR) est sensiblement modifié :

- recettes HT et non plus TTC pour l'appréciation des limites ;
- suppression de la condition de délai d'exercice de l'activité pour les plus-values constatées à la suite d'indemnisation de sinistres ou d'expropriations ;
- harmonisation des règles applicables aux entreprises quelle que soit leur catégorie de revenus (activités commerciales, libérales ou agricoles).

Toutes ces mesures devraient favoriser la transmission d'entreprise, sujet de prédilection pour nous et pour une grande partie de nos lecteurs. Nous reviendrons en détail sur ce sujet avec un peu plus de recul dès le prochain numéro de NotaBene.



LA DIFFUSION DE L'ŒUVRE EN LIGNE, REALITES ET PERSPECTIVES

Par Patrick Vilbert
p.vilbert@touzet-bocquet.com

Nul n'ignore l'âpre débat que suscite le fort développement de la pratique du téléchargement des œuvres cinématographiques, audiovisuelles et musicales sur internet. L'échange gratuit sur les réseaux au moyen des logiciels « peer to peer » concernerait aujourd'hui 8 millions d'internautes en France et un million de films piratés par jour.

C'est dire l'importance de la mobilisation de l'ensemble des acteurs concernés par le marché de l'immatériel et en tout premier lieu les producteurs et auteurs des œuvres de l'esprit menacés dans leurs droits par des pratiques relevant, pour nombre d'entre elles, de la contrefaçon légalement définie comme la représentation ou la reproduction totale ou partielle de l'œuvre sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit.

" un phénomène qui prend une ampleur inquiétante "

Le phénomène prend une ampleur inquiétante quand on sait qu'une récente étude du CNC datée du 21 octobre 2005 montre que 92% des films piratés sortis en salles sont disponibles sur internet avant les sorties en DVD sur le territoire, lesquelles ne peuvent connaître de diffusion légale que dans les six mois de la première exploitation. La lutte contre la contrefaçon s'est d'abord organisée par la répression des internautes les plus gourmands (pour certains plus de 14.000 fichiers stockés sur disque dur) et des condamnations plutôt symboliques (TGI de Vannes, 29 avril 2004, TGI Arras, 20 juillet 2004, Cour de Paris,

26 mai 2004, TGI Pontoise, 2 février 2005), une récente affaire ayant innové en la matière par la mise en place de la procédure du "plaider coupable" (TGI du Havre, 20 septembre 2005).

Mais si l'échange de fichiers grâce à un logiciel de "peer to peer" constitue, sans conteste, une contrefaçon, c'est à la condition nécessaire que cette exploitation sorte du champ réservé de l'exception de copie privée, dont la définition reste malaisée et conduit à des solutions contradictoires. En effet, l'article L 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que lorsqu'une oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective. La Cour d'Appel de Montpellier, par un arrêt du 10 mars 2005, a pu juger que relevait de cette définition la pratique d'un internaute "ayant regardé une de ces copies en présence d'un ou deux copains et ayant prêté des CD gravés à quelques copains". On peut rêver d'une définition moins floue !

" le droit de copie privée, exception légale ? "

Au nom de cette exception qu'elles qualifient de droit, des associations de consommateurs attaquent en justice certaines mesures de protection technique empêchant toute copie à des fins privées relevant d'une riposte considérée comme adaptée à la pratique du piratage. La 3^{ème} Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris a validé ce type de protection en analysant la copie privée à la lumière de l'article 9-2 de la Convention de Berne et du test dit des trois étapes, qui stipule que l'exercice de la faculté de copie est subordonné aux conditions cumulatives de concerner des cas spéciaux, que la reproduction autorisée ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre et qu'elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Cette position n'a pas été suivie par la 4^{ème} Chambre de la Cour de Paris, laquelle, par l'arrêt Perquin du 22 avril 2005, a jugé que si la copie privée ne confère pas un droit absolu, elle constitue une exception légale aux droits d'auteurs non limitée à un support déterminé. Cette décision est frappée d'un pourvoi en cassation.

Il apparaît donc urgent qu'une réponse législative apporte les solutions permettant de concilier les intérêts légitimes des auteurs et le droit des usagers. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême, dans son arrêt Grokster du 27 juin 2005, vient de préciser que la commercialisation d'un logiciel avec l'intention claire de promouvoir son utilisation par des tiers afin de violer le droit d'auteur est responsable de la contrefaçon réalisée par ces tiers, indépendamment de l'utilisation licite qui peut aussi être faite du logiciel. En France, une proposition de loi a été déposée en juillet dernier visant à légaliser les échanges de fichiers protégés et à rémunérer les ayants droit au titre des téléchargements pour copie privée par le biais d'un projet de gestion collective.

" entre réalités et perspectives "

Toutes ces questions, entre réalités et perspectives, ont été abordées dans le cadre du colloque que nous avons organisé pour la Commission Ouverte du Droit de la Propriété Intellectuelle du Barreau de Paris et qui s'est tenu le 15 novembre 2005 à la Bibliothèque de l'Ordre des Avocats au Palais de Justice en présence de nombreux participants et intervenants de choix à la veille des travaux parlementaires commencés le 20 décembre 2005 visant à transposer en droit interne la directive communautaire sur le droit d'auteur du 22 mai 2001.

Pour le Professeur Sirinelli qui a présidé les travaux d'élaboration du texte actuellement soumis à l'Assemblée au sein du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) dont l'avis a été communiqué au gouvernement le 7 décembre 2005, ce qui est en question n'est non pas la technique du « peer to peer », ou « pair à pair », laquelle est neutre et peut posséder des vertus, mais son usage qui peut être illicite.

Aussi, les solutions envisagées doivent prendre en considération, outre la réponse du droit, la dimension économique, sociale et technique du problème. Il faut convaincre huit millions d'internautes qui pratiquent le peer to peer illicite, phénomène qui cause un préjudice certain aux industries culturelles, à se tourner vers le licite, en encourageant le développement des plates-formes légales. D'autre part, l'étude de la jurisprudence montre les limites de la seule réponse judiciaire en l'état des textes à un phénomène relevant de la sociologie quand les poursuites exercées n'ont concerné que les internautes sans que la responsabilité des fabricants de logiciels n'ait été recherchée pour la pratique du peer to peer en France.

Mme Alice Pezard, siégeant dans la formation qui a rendu l'arrêt Perquin, a rappelé que dans sa mission, le juge français statue sur des cas d'espèce, selon les textes applicables et les questions posées par les parties. Le juge ne peut se substituer au législateur, il dit le droit existant : en l'espèce, la Cour a adopté la position minimale d'interprétation du champ ouvert à la copie privée en l'absence de transposition de la directive.

La représentation des artistes opposa le point de vue des auteurs-compositeurs défendu par M. Jean-Marie Moreau, administrateur de la SACEM et vice-président du SNAC (Syndicat National des Auteurs et des Compositeurs) à celui des artistes-interprètes exposé par M. Alain Charriras administrateur de l'ADAMI, société de gestion collective des artistes-interprètes, membre de l'Alliance Public Artistes qui milite pour la licence globale. Pour les auteurs-compositeurs, la diffusion de leurs oeuvres dans l'univers numérique nécessite que ces dernières soient parfaitement identifiées partout où elles se trouvent diffusées afin de permettre une équitable et proportionnelle rémunération des droits d'auteurs.

La mise en place de la licence globale qui reviendrait à proposer le patrimoine mondial à la disposition de tous pour une somme forfaitaire, rendrait impossible l'identification de l'oeuvre et conduirait à une mutualisation des droits avec un système de répartition par sondage comme cela se passe pour la copie privée. La position antagoniste défendue par le représentant de l'ADAMI se fonde sur le postulat d'une remise en question de l'ensemble des droits dans un nouvel environnement au sein duquel les consommateurs voient se développer une offre grandissante et des possibilités d'échanges contrées par une industrie du contenu qui essaie de les restreindre au moyen de systèmes techniques de protection (DRM) avec la complicité de l'industrie de l'informatique qui donne à ces mêmes consommateurs les moyens du piratage. A défaut de licence légale, la copie privée risque de disparaître et avec elle l'investissement artistique car 25% des fonds de la copie privée sont destinés à la création. Enfin, M. Bertrand Burgalat, producteur et compositeur de musique, administrateur de l'UPFI (Union des Producteurs de Phonogrammes Français Indépendants) rappela que son activité se trouvait au cœur de toutes les difficultés exposées accentuées par la situation de duopole dans la distribution de la musique (FNAC et VIRGIN) qui crée depuis dix ans un rétrécissement considérable de l'offre alors que paradoxalement la production s'accroît. Pour autant la licence légale, avec son offre sous-évaluée ne répond pas à la question.

Il revenait enfin à Mme Hélène de Montluc, chef du département Propriété Intellectuelle au Ministère de la Culture d'exposer les intentions du Ministère de la Culture dans l'élaboration du projet de loi actuellement soumis au Parlement. Parmi les principales mesures connues aujourd'hui sont retenues la faculté de copie privée pour un nombre limité à cinq, l'interdiction pour le consommateur de contourner les dispositifs techniques de protection contre la copie sous peine de poursuites assimilables à la contrefaçon, la responsabilité des éditeurs de logiciels facilitant l'échange irrégulier de fichiers et incitant au piratage, la mise en place des offres légales, l'instauration de la riposte graduée et la création du collège de médiateurs à qui sera dévolu le contentieux de la copie privée.

On sait que l'adoption « surprise » de deux amendements qui visent à légaliser les échanges de fichiers sur internet par la création d'une licence légale a conduit à un ajournement des débats et à une reprise du projet. Nous rendrons compte de cette actualité législative au cours d'un prochain Nota-Bene.

AVOCATS : DECRET "DEONTOLOGIE"

Par Marie Perrazi
m.perrazi@touzet-bocquet.com

Le 12 juillet 2005 est paru le décret dit "déontologie". Outre la synthèse des règles existantes rappelées ci-dessous, le texte introduit une importante nouveauté : désormais, nous sommes tenus de justifier d'un mandat écrit hors les cas de représentation en justice, c'est à dire dans toutes les opérations de conseil et de négociation. Nous avons anticipé sur ces règles en proposant nos lettres de mission et nos Conditions Générales d'intervention. Elles sont désormais obligatoires. Nous profitons de cette réforme pour faire le point sur les règles qui régissent nos relations.

principes essentiels de la profession : l'avocat doit exercer ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité. Il doit en outre respecter les principes de loyauté, de confraternité, de modération et de courtoisie.

compétence : l'avocat doit faire preuve de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence. Il doit assurer la validité et la pleine efficacité des actes auxquels il concourt. Il doit refuser de participer à la rédaction de conventions manifestement illicites.

rapports avec la partie adverse et avec les confrères : l'avocat doit se comporter loyalement, et respecter les droits de la défense et le principe du contradictoire en toute occasion. Dans le cadre d'une négociation, l'avocat est désormais tenu de solliciter l'accord du client pour prendre contact ou recevoir la partie adverse, et pour conduire des pourparlers en l'absence de son client.

conflit d'intérêt : l'avocat s'interdit d'être le conseil, le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire dès lors qu'il y a conflit entre leurs intérêts.

Sauf accord écrit des parties, il doit se démettre des affaires de tous les clients concernés lorsque surgit entre eux un conflit d'intérêt et ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau.

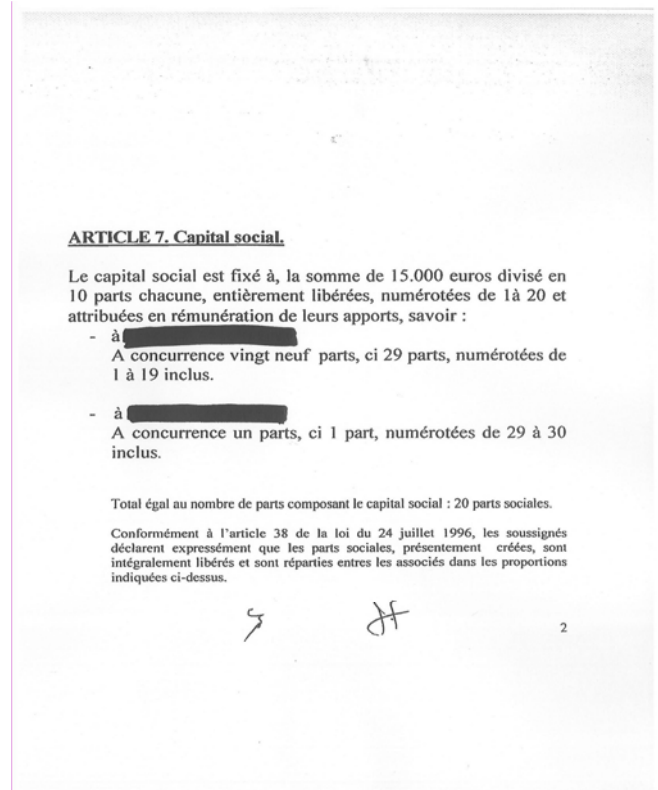
honoraires : l'avocat a le devoir d'informer son client sur les modalités de détermination de ses honoraires et l'évolution prévisible de leur montant. En l'absence de convention, les honoraires sont fixés en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, de la notoriété, des frais et des diligences de l'avocat.

DE L'HUMOUR INVOLONTAIRE DES TRIBUNAUX

A titre exceptionnel, dans le cadre de cette rubrique habituellement judiciaire (comme son nom l'indique d'ailleurs), nous présentons un document juridique, en l'espèce l'extrait des statuts d'une SARL.

Il n'est pas rare, dans le cadre de notre pratique, que nous héritions de situations juridiques préétablies, et devons parfois palier aux carences et erreurs commises par les parties. Toutefois, une telle situation est peu courante, et on se demande comment le Greffe du Tribunal de commerce a pu accepter d'immatriculer une société dont le capital est ainsi constitué.

Allez, faisons un quiz : combien y a-t-il de parts sociales dans le capital de cette société ?



ON PARLE DE NOUS ...

Désormais, le cabinet a fréquemment les honneurs de la presse et nous en sommes fiers. Voici donc les parutions du dernier trimestre, dont nous tenons bien sûr une copie à votre disposition.

- Les Echos du 23 janvier 2006 : « le tutorat, pour transmettre une entreprise », par Philippe Touzet et Jean-Pierre Saidy
- La Lettre des Juristes d'affaires, 7 novembre 2005 : « un nouvel outil de restructuration de l'activité libérale » par Philippe Touzet (à propos de la location de titres dans les SEL)
- La création du département Propriété Intellectuelle du Cabinet fait l'objet de deux nouvelles parutions :
 - ❖ les Echos du 17 novembre 2005
 - ❖ Décideurs Finance et Droit n° 171 nov/déc 2005