

# Brèves de Jurisprudence

## Juin 2013

### SOMMAIRE :

#### **I - Actualité en droit fiscal**

1. Traitement fiscal du gain net dégagé à l'occasion du rachat par une société émettrice de ses propres titres auprès d'un actionnaire personne morale

#### **II - Actualités en droit des affaires**

1. Cession d'un fonds de commerce après une ordonnance d'expropriation
2. Cautionnement, cession Dailly et apport du fonds de commerce
3. Coemploi d'un salarié par une société mère et sa filiale

#### **III - Actualité en contentieux**

1. En compétence indirecte, le lien avec la juridiction étrangère doit être caractérisé

**Site du Cabinet Melot & Buchet Avocats :**

<http://www.mb-avocat.com>.

<http://www.mb-avocat.com>.

## I - ACTUALITÉ EN DROIT FISCAL

### 1. Traitement fiscal du gain net dégagé à l'occasion du rachat par une société émettrice de ses propres titres auprès d'un actionnaire personne morale : Arrêt du CE du 20 mars 2013 n°349669, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s, Sté Générale par Maître Alexandra Corsia

Dans un arrêt de principe en date du 20 mars 2013, le Conseil d'Etat a tranché solennellement la question relative au traitement fiscal du produit dégagé au profit d'un actionnaire personne morale lors d'un rachat de ses titres par la société émettrice. De plus, le Conseil d'Etat a également tranché la question de la valeur d'acquisition des titres à retenir pour le calcul du gain net résultant du rachat lorsque ceux-ci avaient été acquis à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le régime de faveur des fusions.

Ainsi, le gain net réalisé au profit d'un associé ou actionnaire passible de l'impôt sur les sociétés, détenant des titres de participation à l'occasion du rachat par la société émettrice de ses propres actions, ne constitue pas un gain en capital mais un produit net de participation au sens de l'article 216 du Code Général des Impôts (CGI) à concurrence, conformément aux dispositions de l'article 38, 2 du CGI combiné avec l'article 209 du même Code, de la différence entre le prix de rachat et la valeur d'acquisition des titres inscrits au bilan d'ouverture. Ce produit de participation est susceptible de bénéficier du régime des sociétés mères.

Dans le cas où l'actionnaire a acquis les titres à l'occasion d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des articles 210 A et 210 B du CGI, qui instaure un sursis d'imposition, la valeur d'acquisition des titres ainsi apportés est celle qui était retenue dans les écritures de la société apporteuse et ne correspond pas à la valeur d'apport.

Nous précisons que la portée de cette décision est limitée aux opérations de rachat effectuées en vue d'une réduction de capital non motivée par des pertes.

L'arrêt du Conseil d'Etat en date du 20 mars 2013 n°349669, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> s.-s, Sté Générale est consultable en cliquant sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000027198424&fastReqId=602108242&fastPos=1>

## II - ACTUALITÉS EN DROIT DES AFFAIRES

### 1. Cession d'un fonds de commerce après une ordonnance d'expropriation : Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 20 mars 2013 par Maître Julien Lemaître

La Cour de cassation, dans un arrêt du 20 mars 2013, considère que la cession d'un fonds de commerce exploité dans un immeuble exproprié, intervenue après l'ordonnance d'expropriation, ne fait pas disparaître la créance d'indemnité d'éviction due par l'expropriant au nouvel exploitant du fonds.

En l'espèce, les juges avaient prononcé l'expropriation, au profit d'une commune, d'un immeuble dans lequel était exploité un fonds de commerce. L'ordonnance d'expropriation était alors publiée au bureau des hypothèques.

Un an plus tard, M. X décida de céder son fonds de commerce à une société. La commune soutint qu'elle n'était redevable, à l'égard de ce nouvel exploitant du fonds, d'aucune indemnité d'éviction. En effet, elle considérait qu'aucun droit sur le fonds de commerce ne pouvait être transféré postérieurement à la publication de l'ordonnance d'expropriation puisque celle-ci éteint tout droit réel et personnel existant sur l'immeuble exproprié (Art. L. 12-2 du Code l'expropriation).

Dans une analyse classique, la Cour de cassation considère que l'ordonnance d'expropriation éteint le droit au bail contrairement au fonds de commerce qui ne disparaît pas. Elle confirme ainsi une position de principe selon laquelle, le droit au bail ne constitue pas un élément indispensable du fonds de commerce, ce dernier pouvant exister de manière autonome, indépendamment de tout droit au bail.

De plus, la Cour précise que la cession du fonds emporte, sauf clause contraire incluse dans l'acte, cession de la créance d'indemnité d'éviction due au cédant.

Ainsi, en l'espèce, la cession du fonds de commerce emporte cession de la créance d'indemnité d'éviction due par la commune au nouveau propriétaire du fonds.

Lien de l'arrêt rendu par la 3ème chambre civile de la Cour de cassation en date du 20 mars 2013 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027209703&fastReqId=664992559&fastPos=1>.

## **2. Cautionnement, cession Dailly et apport du fonds de commerce : arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 19 février 2013 par Maître Yvan Marjault**

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans son arrêt du 19 février 2013, eu l'occasion d'articuler les régimes du cautionnement, de la cession de créance professionnelle par voie Dailly et de l'apport en fonds de commerce du cessionnaire.

En l'espèce, une personne physique s'était portée caution solidaire des engagements d'une société, laquelle avait conclu avec une première banque une convention cadre de cessions de créances professionnelles par voie de Dailly aux fins de mobilisation. La banque, cessionnaire, avait apporté postérieurement à cette convention son fonds de commerce à une autre banque. Le litige survient au moment où la caution est actionnée en paiement par la seconde banque.

Saisie de l'affaire, la Cour d'appel de Riom avait considéré que la caution était tenue de garantir les cessions de créances antérieures à l'apport en fonds de commerce mais aussi les bordereaux de cessions de créances Dailly postérieurs à cette date, dès lors que ces derniers faisaient référence à la convention cadre conclue antérieurement à l'apport en fonds de commerce de la banque originelle. En outre, une manifestation expresse de volonté de la caution était également requise pour les bordereaux de cessions de créances ne faisant pas référence à la convention cadre et postérieurs à la date de l'apport.

Si la Cour de cassation approuve la Cour d'appel sur la nécessité du consentement de la caution pour les dettes postérieures à l'apport de fonds de commerce, elle casse, cependant, au visa des articles 2292 du Code civil et L313-23 et L313-27 du Code monétaire et financier, l'arrêt de la Cour d'appel concernant l'étendue de l'engagement de la caution. La Cour de cassation affirme que la caution n'est tenue de garantir que les créances cédées antérieurement à l'apport en fonds de commerce. En l'espèce, elle prend exclusivement en compte la date apportée sur le bordereau de cession de créances pour (i) déterminer l'étendue de l'engagement de la caution et (ii) exclure de la garantie les créances cédées postérieurement audit apport.

En effet, se fondant sur les dispositions du Code monétaire et financier, la Cour de cassation rappelle que la cession de créance professionnelle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau. Par cet arrêt de principe, la Cour de cassation rappelle, ainsi, la traditionnelle distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture de la caution en considérant que la caution ne peut être tenue des cessions de créances professionnelles dont la date du bordereau est antérieure à l'apport en fonds de commerce. Pour les cessions de créances postérieures à cet apport, une manifestation expresse de volonté de la caution est nécessaire. Certains diront peut-être : encore un arrêt protecteur de la caution...

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 19 février 2013 (numéro de pourvoi 11-27.666) est consultable en cliquant sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027103790&fastReqId=119968603&fastPos=1>.

### **3. Coemploi d'un salarié par une société mère et sa filiale : Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation du 20 février 2013 par Maître Aurore Laisné**

Il résulte d'une jurisprudence constante que les sociétés d'un groupe sont considérées comme co-employeurs des salariés de l'une d'elles s'il existe entre elles une confusion d'intérêts, d'activités et de direction.

La chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'existence d'une situation de coemploi dans le cadre de la mise en œuvre d'un plan social au sein d'une filiale d'un groupe de sociétés dans son arrêt du 20 février 2013.

En l'espèce, les salariés d'une filiale avaient été licenciés pour motif économique après la mise en liquidation judiciaire de celle-ci. Ils contestaient leur licenciement devant le conseil de prud'hommes et demandaient réparation non seulement contre la filiale mais aussi contre la société mère alors même qu'ils n'avaient conclu aucun contrat de travail avec cette dernière.

La Cour d'appel a retenu qu'il existait effectivement une confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre les deux sociétés et, en conséquence, la société mère avait la qualité de coemployeur des salariés de la filiale pour les raisons suivantes :

- la filiale était détenue à 100 % par la société mère et faisait partie d'un groupe de sociétés ;
- le président de la filiale exerçait des fonctions équivalentes au sein de la société mère ;
- le domaine exclusif d'activité des sociétés du groupe était identique ;
- ces sociétés avaient une clientèle, des fournisseurs et des prestataires communs ;
- la société mère avait conçu, financé et mis en œuvre le plan de relance de la filiale et un consultant choisi par la société holding avait assuré la direction de fait de la filiale pendant la mise en œuvre de ce plan ;
- le groupe avait soutenu financièrement la filiale avant sa mise en liquidation judiciaire.

La Cour de cassation a donc retenu que les salariés d'une société pouvaient demander le versement des indemnités qui leur sont dues au titre de la rupture de leur contrat de travail à une ou plusieurs autres sociétés s'il résulte des circonstances de fait (confusion des actionnaires, dirigeants communs, versement des salaires par l'une ou l'autre des sociétés, etc.) que les salariés se trouvaient sous la subordination commune desdites sociétés. En présence d'une telle confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant notamment par une immixtion dans la gestion du personnel de la filiale, la société mère est considérée comme coemployeur du personnel de sa filiale. Cette situation de coemploi est reconnue même en l'absence de rapport de subordination individuel des salariés de la filiale à l'égard de la société mère.

En conséquence, les sociétés d'un groupe reconnues coemployeurs d'un salarié sont solidairement responsables et débitrices de l'ensemble des sommes dues au salarié, notamment des indemnités de rupture du contrat de travail.

L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation en date du 20 février 2013 est consultable en cliquant sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027106761&fastReqId=1204065066&fastPos=86>

### III - ACTUALITÉ EN CONTENTIEUX

#### 1. En compétence indirecte, le lien avec la juridiction étrangère doit être caractérisé : arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 19 février 2013 par Maître Toma Rajcevic

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme que le litige doit être rattaché d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi. Ce faisant, il reprend l'attendu de l'arrêt Simich de 1985 et élimine tout doute pouvant demeurer après l'arrêt Cornelissen-Avianca de 2007.

Il est rendu en matière de litispendance et de connexité internationales, en présence d'une convention internationale. Cela ne lui ôte aucunement sa valeur générale. En effet, l'exception de litispendance internationale n'est exclue que si la décision étrangère à intervenir n'est pas susceptible d'être reconnue en France. Puis, la convention internationale en cause énonce que la décision à reconnaître doit émaner d'une juridiction compétente, selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'Etat où la décision doit être exécutée, en l'occurrence, françaises. L'attendu de principe, a par conséquent, une valeur générale.

En revanche, il ne s'agit point d'un grand arrêt de principe, car il ne fait que reprendre la solution de l'arrêt Simich. Il s'enchaîne sur une longue suite jurisprudentielle entamée par les arrêts Bulkley de 1860, De Wrede de 1900, Münzer de 1964, des arrêts rendus le 11 avril et le 1er mai 1945, Simich et Corelissen-Avianca, qui forment le système français de l'admission des décisions étrangères. Si ce dernier a nettement facilité les conditions, en ayant éliminé la conformité à la règle de conflit de lois française tempéré par le principe de l'équivalence, il a passé à coté, dans son attendu de principe, de la nature caractérisée du lien rattachant le litige au juge étranger, puis de l'absence de fraude à la loi. Ce dernier principe fut explicitement confirmé par un arrêt de la Première chambre civile du 30 septembre 2009. Le présent arrêt rappelle le premier.

Aussi, le système se résume par trois conditions d'admission des jugements étrangers (la compétence indirecte du juge étranger, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi), la première condition n'étant remplie que si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi.

Comme l'attendu de l'arrêt Simich fut déjà repris dans l'arrêt Avianca-Cornelissen mais seulement parmi les éléments d'espèce, l'apport essentiel du présent arrêt est d'avoir repris cette solution dans l'attendu de principe. Ce faisant, il élimine les critiques de l'excès d'internationalisme que d'aucuns attribuent au système français de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers.

En guise de conclusion, l'appréciation du lien caractérisé repose sur la méthode de points de contact. Elle est concrète. Il s'agit d'analyser l'ensemble des éléments présents et de retenir les éléments pertinents. En l'espèce, la Haute juridiction a approuvé la Cour d'appel ayant retenu que le contrat de vente litigieux avait été conclu en vue de l'aménagement d'une base de vie dans le pays du juge saisi, que le responsable de l'exécution fut la succursale locale des sociétés à qui les factures avaient été adressées et que le matériel fourni avait été installé dans ce pays.

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 19 février 2013 (numéro de pourvoi 11-28.846) est consultable en cliquant sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027103772&fastReqId=1659662189&fastPos=1>.