



ACCRE et statut d'auto-entrepreneur

Le Gouvernement autorise les demandeurs d'emploi, créant ou reprenant une entreprise sous le statut d'auto-entrepreneur, à bénéficier des exonérations sociales liées à l'ACCRE.

ESSENTIEL

Depuis le 1^{er} mai dernier, les créateurs ou repreneurs d'entreprises remplissant les conditions pour bénéficier de l'aide à la création d'entreprise (ACCRE) peuvent bénéficier d'une minoration de charges sociales durant les trois premières années d'activité, même s'ils ont le statut d'auto-entrepreneur.

APPLICATION AUTOMATIQUE

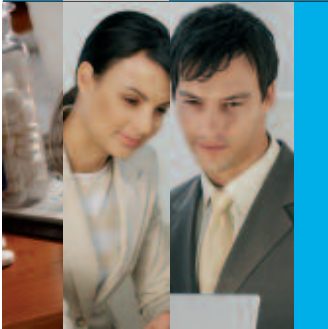
Les intéressés n'ont aucune demande à faire; le bénéfice des exonérations de charges sociales prévues par l'ACCRE est en principe automatique dès lors que l'auto-entrepreneur remplit les conditions pour prétendre à cette aide.

L'ACCRE (aide aux chômeurs créateurs repreneurs d'entreprise) est accordée aux demandeurs d'emploi indemnisés, à ceux non indemnisés s'ils sont inscrits comme demandeurs d'emploi depuis 6 mois au cours des 18 derniers mois, aux bénéficiaires du RMI, de l'ASS, de l'API ou du complément de libre choix d'activité de la Paje, aux personnes ayant conclu un contrat d'appui au projet d'entreprise, ainsi qu'aux personnes salariées ou licenciées d'une entreprise et qui reprennent tout ou partie de cette entreprise. Cette aide publique consiste en une exonération temporaire des cotisations sociales, dans la limite d'un plafond. Elle peut s'accompagner, pour certaines catégories de bénéficiaires, d'une avance remboursable de l'Etat ou d'autres actions d'accompagnement au cours des premiers mois d'activité. Depuis le 1^{er} mai 2009, tout

créateur qui opte pour le statut d'auto-entrepreneur et qui remplit les conditions pour avoir droit à l'ACCRE, s'acquitte des charges sociales et fiscales par le biais de prélèvements libératoires forfaitaires calculés en pourcentage des recettes de l'activité, mais peut voir son taux de prélèvement minoré de :

- 3/4 du taux du prélèvement micro-social, normalement applicable, la 1^{re} année ;
- 1/2 de ce taux la 2^e année ;
- 1/4 de ce taux la 3^e année.

Cette exonération s'applique toutefois dans la limite du chiffre d'affaires du régime de l'auto-entrepreneur. À l'heure où nous écrivons ces lignes, le dispositif est encore en attente de certains textes d'application. Renseignez-vous auprès de votre conseiller. ■



Congés payés et maladie

La Cour de cassation, opérant un revirement de jurisprudence, a jugé qu'un salarié ne peut perdre ses congés payés s'il s'est trouvé dans l'impossibilité de les prendre au cours de l'année en raison de sa maladie.

ESSENTIEL

L'absence pour maladie ne permet pas au salarié d'acquérir des droits à congés payés (sauf accord collectif plus favorable). En revanche, les congés payés acquis avant l'arrêt ne peuvent plus être perdus même si l'absence est de longue durée.

L'OUVERTURE DU DROIT AUX CONGÉS PAYÉS

Pour avoir droit à des congés payés, tout salarié doit avoir travaillé 10 jours sur l'année de référence. La Cour de cassation ne retient ici que du travail effectif et aucune absence quelle qu'elle soit ne permet d'ouvrir droit aux congés. Cette position, plus stricte que celle prise par la CJCE en 2001, sera-t-elle maintenue par nos juges?

La Cour de cassation a longtemps considéré que lorsqu'un salarié ne pouvait pas prendre ses congés payés en raison de son absence, il les perdait. Un premier revirement avait eu lieu, on s'en souvient, pour le congé de maternité.

En 2004, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), puis la Cour de cassation, avaient jugé que les salariées ne pouvaient perdre des droits à congés payés du fait d'une absence liée à la maternité (règle introduite dans le Code du travail sous l'article L.3141-2).

En 2007, ce fut au tour de l'accident du travail.

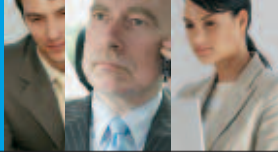
La Cour de cassation jugea que « lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou la convention collective en

raison d'une absence liée à un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés acquis – mais non pris – doivent être reportés après la date de reprise du travail ».

« Maladie, congés maintenus »

Cette même règle vient d'être élargie à l'absence pour maladie non professionnelle. C'est d'abord la CJCE qui, s'appuyant sur une directive européenne de 2003, a considéré qu'un salarié ne pouvait perdre ses congés payés du fait d'un arrêt maladie.

La Cour de cassation s'est ralliée à cette position en jugeant que



«lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou une convention collective, en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail».

Il s'agissait, dans cette affaire, d'un salarié qui était tombé malade en novembre 2005. Il avait, à cette date, acquis 12,5 jours de congés payés. Reprenant son travail en mars 2007, il avait demandé à son employeur de bénéficier de ses congés, lequel avait refusé en se basant sur la position de la jurisprudence de l'époque. À tort, a répondu la Cour de cassation, opérant un revirement de position.

Ainsi, quelle que soit la date de reprise du salarié, tous les congés acquis avant l'arrêt, mais non encore pris, devront être accordés ou indemnisés par l'employeur au retour du salarié (ou, le cas échéant lors de la rupture de son contrat de travail).

Attention ! Cela ne veut pas dire pour autant que le salarié acquiert des congés durant son absence. Rappelons que, légalement, une absence pour maladie n'ouvre aucun droit à congés payés. Seules les conventions collectives peuvent être plus favorables que la loi et permettre à un salarié malade d'acquérir des congés payés durant son absence. L'article L.3141-5 du Code du travail donne la liste des

absences assimilées à du travail pour la détermination de la durée du congé payé. Il s'agit notamment de l'absence pour congés payés (de l'année précédente), des repos compensateurs, des congés de maternité, des absences pour accident du travail d'une durée d'un an...

En revanche, par le jeu des équivalences mis en place par la Cour de cassation (Cass. Ass. Pl. du 9 janvier 1987), un salarié peut être absent 4 semaines et avoir tout de même droit à la totalité

“ 1 mois
=
4 semaines ”

de ses congés payés. En effet, une fois que le droit aux congés est ouvert, il faut avoir travaillé 1 mois pour acquérir 2,5 jours ouvrables de congés payés. Un salarié qui a travaillé 12 mois a donc acquis 30 jours ouvrables de congés payés (5 semaines). La Cour de cassation considère qu'un mois est équivalent à 4 semaines ou encore 24 jours ouvrables. Ainsi, un salarié qui a travaillé 12 x 4 semaines, soit 48 semaines, peut prétendre à 12 x 2,5 jours ouvrables de congés payés, soit 30 jours ouvrables au total. Or, l'année comptant 52 semaines, par le jeu des équivalences, il y a quatre semaines d'absence neutralisées. ■

*C/JCE du 20 janvier 2009 Schultz - Hoff ;
Cass. Soc. du 24 février 2009, n° 07-44488.*

UNE DATE LIMITE DE PRISE DE CONGÉS

Selon la jurisprudence, le congé est annuel. Ainsi, en dehors des cas expressément visés par la loi ou admis par les juges, le principe est que le congé non pris à la date fixée par la convention collective, ou l'employeur, est perdu. Cette date peut être le 30 avril ou le 31 mai. Aux employeurs d'être très clairs avec leurs salariés sur ce point.





La rupture conventionnelle du contrat

Plusieurs mois après la mise en œuvre de la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée, le ministre du Travail a précisé un certain nombre de points.

ESSENTIEL

Le ministère du Travail vient de diffuser une circulaire relative à la rupture conventionnelle. Cette dernière précise notamment les salariés concernés, les délais à respecter, le déroulement du contrat durant la procédure, le calcul de l'indemnité à verser.

INDEMNITÉ DUE POUR LES SALARIÉS AYANT MOINS D'UN AN D'ANCIENNETÉ

Dans le cas où le salarié a moins d'un an d'ancienneté, l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle est due au prorata du nombre de mois de présence. Ainsi pour un salarié ayant 7 mois d'ancienneté, l'indemnité minimale doit être de 1/5^e de son salaire brut mensuel moyen x 7/12^e.

Le ministère du Travail rappelle que la rupture conventionnelle du contrat de travail est une forme organisée de rupture amiable.

Lorsque le salarié est en suspension du contrat de travail, il faut considérer la nature de la suspension du contrat. Si le salarié est protégé du fait de la suspension de son contrat (congé de maternité ou accident du travail), aucune rupture conventionnelle du contrat ne peut être signée durant cette période.

Un salarié français travaillant pour une entreprise étrangère en France peut bénéficier de ce dispositif dès lors qu'il a un CDI de droit français. Si l'entreprise étrangère n'a aucun établissement en France, c'est à la DDTEFP dont relève l'adresse du salarié que doit être adressée la demande d'homologation.

La prise en charge de l'assistance du salarié par un conseiller du salarié s'effectue dans les mêmes conditions que pour un licenciement.

La computation des délais obéit aux principes du Code de procédure civile : ils commencent à courir au lendemain de l'évènement. Si le délai expire un samedi, dimanche ou jour férié, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Aucun préavis n'est prévu dans le cadre de ce mode de rupture. Les parties déterminent la date de rupture du contrat. Tant que ce dernier n'est pas rompu, il continue à s'appliquer selon les règles de droit commun. ■

Circulaire DGT n° 2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée.



Décès du salarié remplacé par CDD

Lorsqu'un salarié est remplacé par un CDD sans terme précis, son décès constitue bien le terme du contrat. La rupture peut toutefois ne pas avoir lieu à la date précise du décès dès lors que l'employeur, de bonne foi, l'a notifiée au remplaçant dans un délai raisonnable. C'est le cas lorsque cette notification est faite quelques jours après le décès du salarié remplacé en raison de l'absence du remplaçant à son poste de travail. La poursuite de la relation contractuelle durant ce laps de temps ne permet pas au salarié sous CDD de demander la requalification de son contrat en CDI.

Cass. Soc. du 4 février 2009 ; n°07-42954 Quagliaroli c/ IGESA.



Fouille du sac d'un salarié

Libertés individuelles

Si le vol peut être un motif de licenciement, la preuve du vol doit respecter les libertés individuelles des salariés. Dans l'affaire jugée, un salarié avait volé 300 emballages de conditionnement. L'employeur fouillant le sac du salarié y avait retrouvé les objets volés et l'avait licencié pour faute grave. Le licenciement a été jugé abusif par la Cour de cassation car la preuve du vol ne peut résulter d'une fouille illicite. Une fouille ne peut être faite qu'avec le consentement du salarié qui doit être préalablement informé. Le salarié peut la refuser ou demander la présence d'un témoin. Une simple mention dans le règlement intérieur n'est pas suffisante.

Cass. Soc. du 11 février 2009 ; n°07-42068 Boughezal c/ Sté Industrielle des oléagineux.



CDD ouvrant droit à l'aide TPE

Un décret élargit l'aide TPE aux entreprises situées dans les DOM, et plus généralement aux CDD conclus en vertu de l'article L.1242-3 du Code du travail, c'est-à-dire ceux destinés à favoriser le recrutement de certaines catégories de personnes sans emploi et ceux destinés à assurer un complément de formation professionnelle au salarié. Les contrats de professionnalisation peuvent ainsi ouvrir droit à cette aide qui n'est allouée, rappelons-le, qu'aux entreprises de moins de 10 salariés.

Décret n° 2009-296 du 16 mars 2009 ; JO du 18 mars 2009.



Dividendes : prélèvement libératoire

L'option pour l'imposition des dividendes au prélèvement libératoire forfaitaire de 30,1 % peut être intéressante à condition d'en connaître les modalités et les conséquences.

MISE EN GARDE

Nous avons vu dans la Lettre mensuelle des affaires n° 245 de mai 2008 qu'en dessous d'un montant de dividendes distribués de 19 800 € pour un contribuable célibataire, veuf ou divorcé, le choix du prélèvement libératoire n'est pas forcément avantageux.

Les dividendes distribués en 2009 à des personnes physiques sont en principe imposables à l'impôt sur le revenu selon les modalités suivantes :

- Les dividendes, calculés avant abattements, sont imposés à hauteur de 12,1 % au titre des prélèvements sociaux (8,2 % de CSG + 0,5 % de CRDS + 3,4 % de prélèvement social) ; ces prélèvements étaient de 11 % avant 2009.

À noter que la CSG est déductible, à hauteur de 5,8 points, du revenu brut global de l'année de son paiement.

- Les dividendes versés sont également soumis à l'impôt sur le revenu, au barème progressif, après deux abattements :

- un premier abattement de 40 % sur le montant brut des dividendes ;

- puis un abattement général de 1 525 euros pour une personne

ESSENTIEL

L'avantage de l'option pour le prélèvement social réside dans le fait que le contribuable choisit définitivement son taux global d'imposition à 30,1 %.

seule ou de 3 050 euros pour un couple.

- Ils bénéficient enfin d'un crédit d'impôt égal à 50 % de leur montant, avec un plafond annuel de 115 euros par personne seule ou de 230 euros par couple.

La loi de finances pour 2008 du 24 décembre 2007 a modifié le régime fiscal des revenus distribués, perçus par les contribuables personnes physiques, à compter du 1^{er} janvier 2008, en instaurant un prélèvement forfaitaire libératoire au taux de 18 % (+ 12,1 % de prélèvements sociaux pour les dividendes versés en 2009, soit 30,1 % au total), applicable sur option.

Ce prélèvement est opéré, en règle générale, par l'établissement payeur.

L'option pour le prélèvement libératoire est irrévocable et incompatible avec l'application des abattements de 40 %, de 1 525 € ou 3 050 €, avec le crédit



d'impôt de 115 € ou 230 €, et enfin avec la déduction de 5,80 % de la CSG.

Il est versé au Trésor dans les 15 premiers jours du mois qui suit celui du paiement du dividende au moyen d'une déclaration n° 2777.

DÉLAI D'EXERCICE DE L'OPTION

L'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire sur les revenus distribués doit être exercée par le contribuable au plus tard à la date d'encaissement des revenus, lorsque l'établissement payeur des revenus est établi en France. En principe, l'option doit être formulée de manière expresse pour chaque encaissement. Cela étant, l'option n'a pas besoin d'être renouvelée lors de chaque encaissement d'une même année ou même chaque année pour l'ensemble des encaissements de ladite année.

En effet, une fois exercée, il peut être prévu, dans le document formalisant l'option du contribuable, avec l'établissement payeur concerné, qu'elle reste valable pour l'ensemble des dividendes payés par cet établissement payeur aussi longtemps qu'elle n'a pas été expressément révoquée.

Postérieurement, selon le cas, à la date d'encaissement des revenus ou à la date de dépôt de la déclaration et du paiement du prélèvement forfaitaire libératoire, le contribuable ne pourra plus exercer l'option du prélèvement forfaitaire libératoire pour l'imposition des revenus distri-

bués concernés. Ces revenus seront donc imposables à l'impôt sur le revenu selon le régime de droit commun, au barème progressif.

OPTION TOTALE OU PARTIELLE

L'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire peut être totale ou partielle.

Ainsi, l'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire peut-elle porter sur l'intégralité des dividendes perçus au cours d'une année par le contribuable ou sur une partie seulement de ces revenus.

De plus, pour un même encaissement de revenus distribués, l'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire peut porter sur la totalité ou sur une partie seulement des revenus concernés.

Remarque : les dividendes distribués pour lesquels le contribuable n'a pas exercé l'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire sont imposables à l'impôt sur le revenu selon le régime de droit commun : imposition au barème par tranche de l'impôt sur le revenu, après les différents abattements.

Il en est de même, lorsque le contribuable a exercé l'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire sur une partie seulement des revenus distribués perçus au cours d'une année, l'autre partie de ces revenus distribués est imposable à l'impôt sur le revenu selon le barème progressif. ■

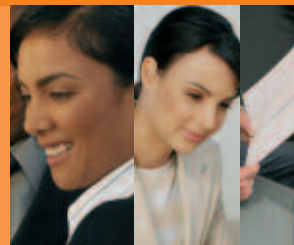
Instr. adm. du 1^{er} août 2008 ; BOI n° 5 I-5-08.

DIVIDENDES PERÇUS PAR UNE INDIVISION

Lorsque les revenus distribués sont perçus par une indivision, chacun des membres personnes physiques de cette indivision qui entend bénéficier du prélèvement forfaitaire libératoire doit exercer l'option.

DIVIDENDES PERÇUS PAR LE TITULAIRE D'UN DROIT DÉMEMBRÉ

Lorsque les titres sont démembrés, l'option pour le prélèvement forfaitaire libératoire est exercée par le titulaire du droit démembré qui est imposable à l'impôt sur le revenu au titre des revenus distribués (selon le cas, l'usufruitier ou le nu-propriétaire).





Développement des services à la personne

Le Gouvernement a annoncé, le 24 mars, le lancement d'un nouveau plan de développement des services à la personne qui doit permettre la création de 100 000 emplois par an d'ici à 2012.

ESSENTIEL

Malgré une conjoncture difficile, le Gouvernement estime que les services d'aide à la personne seront encore créateurs d'emplois en 2009, car le besoin reste important pour ces emplois qui contribuent à l'amélioration de la vie quotidienne.

QUELQUES CHIFFRES

En 2008, le secteur des services d'aide à la personne compte plus de 2 millions de salariés. Il a permis la création, chaque année, de 100 000 emplois de proximité non délocalisables. 7 salariés sur 10 travaillent chez des particuliers employeurs. À fin 2008, le chiffre d'affaires du secteur s'élevait à 15,6 milliards d'euros.

Laurent Wauquiez, secrétaire d'État chargé de l'Emploi, souhaite renforcer le secteur des services à la personne, «véritable gisement d'emplois de proximité non délocalisables».

Le nouveau plan déployé par le Gouvernement en 2009 et 2010 comporte différentes mesures.

Mesures destinées à soutenir la création d'emplois

- versement, dans le cadre du plan de relance, de 300 millions d'euros en chèques emploi service universel (Cesu) préfinancés, à des familles modestes, des personnes âgées dépendantes, des familles ayant un enfant handicapé ou des demandeurs d'emploi, pour leur permettre l'accès aux services à la personne ;
- extension des services bénéficiant d'avantages fiscaux ;
- mise en œuvre du projet « Internet pour tous », inscrit dans

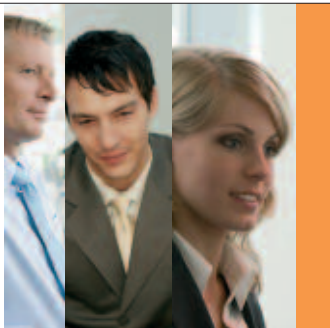
le plan France Numérique 2012, afin de permettre aux ménages seniors d'accéder à Internet par une offre de services à la personne ;

- renforcement de l'offre de services de Pôle Emploi dans les services à la personne ;
- meilleur accompagnement des créateurs d'entreprise dans les services à la personne.

Mesures visant à améliorer la qualité des emplois et favoriser la professionnalisation des acteurs

- incitation à développer les actions de formation des salariés ;
- mieux structurer l'emploi direct et la professionnalisation en expérimentant la création de « centres de ressources » ;
- mise en place d'un baromètre de la qualité de l'emploi. ■

www.servicesalapersonne.gouv.fr



Crédit d'impôt intéressement

Les entreprises qui concluent un accord d'intéressement pour la première fois, ou qui modifient un ancien accord, peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt de 20 % des primes accordées aux salariés.

ESSENTIEL

Dans l'hypothèse de la conclusion d'un nouvel accord d'intéressement, le financement de la prime exceptionnelle versée est assuré à plus de 50 % par l'État.

Par exemple : prime de 100 € financés à raison de 20 € par le crédit d'impôt et de 33 € par impôt sur les sociétés (prime déductible des bénéfices).

AVENANT À UN ACCORD DÉJÀ EXISTANT

Les entreprises peuvent modifier un ancien accord d'intéressement par exemple en y intégrant « un intéressement de projet » (art. L. 3312-6 du Code du travail) ou en modifiant la formule de calcul de cet ancien accord.

Les entreprises qui concluent un nouvel accord d'intéressement entre le 4 décembre 2008 et le 31 décembre 2014, peuvent obtenir un crédit d'impôt.

La base du crédit d'impôt est différente selon que l'entreprise a calculé un intéressement au cours des quatre années passées, ou qu'un nouvel accord d'intéressement est signé à compter du 4 décembre 2008.

Dans le cas d'un **nouvel accord d'intéressement**, le crédit d'impôt est calculé d'après le montant total des primes d'intéressement dues aux salariés.

Dans l'hypothèse où un accord d'intéressement était déjà appliqué avant 2009, l'entreprise peut bénéficier du crédit d'impôt si elle conclut un nouvel accord ou un avenant à l'accord existant qui modifie par exemple la formule de calcul des primes.

Le crédit accordé est alors égal à 20 % de la différence entre les

primes d'intéressement dues au titre du nouvel accord (ou de l'avenant) et la moyenne des primes versées au cours des trois dernières années.

Les entreprises qui ont conclu un accord d'intéressement ou un avenant à un tel accord au plus tard le 30 juin 2009, auront la possibilité de verser à l'ensemble des salariés une **prime exceptionnelle** exonérée de cotisations sociales (hors CSG / CRDS et forfait social) et d'impôt sur le revenu en cas de versement sur un plan d'épargne entreprise.

Si cette prime est versée avant le 30 septembre 2009, elle pourra être retenue dans la base de calcul du crédit d'impôt de 2009, même si l'entreprise ne verse aucun intéressement en 2009. ■

Loi n° 2008-1258 du 3 décembre 2008.



Taux réduit de TVA de 5,5 %

Le taux réduit de TVA de 5,5 % s'applique aux travaux d'aménagement et d'entretien d'une habitation achevée et non à ceux des espaces verts.

Lorsque les travaux d'abattage, de tronçonnage, d'élagage et d'enlèvement des arbres constituent le préalable nécessaire à des travaux d'entretien de l'habitation – y compris les dépendances, les voies d'accès, les murs de clôture ou le portail –, ils n'ont pas la nature de travaux d'aménagement et d'entretien des espaces verts. Ils peuvent donc bénéficier du taux réduit, même s'ils sont réalisés par un prestataire distinct.

Rescrit n° 2009/10 du 24 février 2009.

De un à deux ans



Départ à la retraite

La loi exonère d'impôt sur le revenu les plus-values réalisées à l'occasion de la cession d'une entreprise individuelle ou de l'intégralité des titres d'une société de personnes détenus par un associé qui y exerce son activité professionnelle. Pour cela, le cédant doit cesser toute fonction dans l'entreprise ou dans la société cédée et faire valoir ses droits à la retraite, soit dans l'année suivant la cession, soit dans l'année la précédant.

Ce délai est porté à deux ans par la loi de finances rectificative pour 2008, pour les cessions réalisées à compter du 1^{er} janvier 2009.

Instr. adm. du 20 mars 2009 ; BOI n° 4 B-3-09.



Marques européennes

Les États membres de l'UE ont décidé de réduire les taxes perçues par l'agence européenne qui enregistre les marques communautaires, l'OHMI, et de simplifier la procédure d'enregistrement. Cette mesure permettra aux entreprises de protéger plus facilement leurs marques pour un coût nettement moindre.

En pratique, les entreprises n'auront à payer que la taxe de dépôt d'un montant de 1 050 euros, au lieu des 1 750 euros que coûtait jusqu'ici le dépôt et l'enregistrement d'une marque communautaire. Les demandes effectuées par Internet bénéficieront d'un tarif encore plus avantageux, de 900 euros, au lieu des 1 600 euros demandés au total antérieurement.



Époux et qualité d'associé

Suite à la revendication de la qualité d'associée de l'épouse commune en biens d'un gérant de SARL, la cour d'appel d'Orléans a retenu le caractère de biens communs à la moitié des parts, les documents fournis par le gérant étant trop imprécis.

ESSENTIEL

À l'occasion de la revendication de la qualité d'associée d'un conjoint commun en biens, une cour d'appel a rappelé qu'en vertu de la présomption de communauté de biens, ce n'est pas au revendiquant de prouver que les parts souscrites ou acquises sont des biens communs.

AUTONOMIE PROFESSIONNELLE

L'article 223 du Code civil reconnaît à chaque époux le droit d'exercer seul une profession, principe d'autonomie professionnelle. Il en découle le pouvoir pour un époux de procéder seul à certains actes de disposition nécessaires à l'exercice de son activité.

L'épouse commune en biens d'un gérant de SARL revendiquait la qualité d'associée en invoquant le fait que les 300 parts de son mari étaient en partie communes. Celui-ci faisait valoir au contraire que ces parts lui appartenaient toutes en propre. L'article 1832-2 du Code civil prévoit que lorsqu'un époux commun en biens souscrit ou acquiert des parts au moyen de biens communs, la qualité d'associé est reconnue à concurrence de la moitié à l'autre conjoint qui a revendiqué auprès de la société sa qualité d'associé.

L'article 1432 du Code civil prévoit en outre une présomption de communauté aux termes de laquelle tout bien est réputé commun si l'on ne prouve pas qu'il est propre à l'un des époux.

Sur la base de ces textes, la cour d'appel d'Orléans a rappelé qu'il appartenait au gérant de prouver que les parts, objet du litige, n'étaient pas des biens communs.

Ainsi, après avoir reconnu le caractère propre de 150 d'entre elles, la cour a en revanche considéré que les 150 autres étaient communes eu égard à l'imprécision des documents fournis par le gérant.

La cour a en outre rejeté l'argumentation de ce dernier qui faisait valoir que, dans la mesure où les parts acquises pendant le mariage se rattachaient à celles qui lui appartenaient antérieurement, il s'agissait d'accessoires de biens propres. ■

CA Orléans du 3 juillet 2008 n° 07-2945 ; ch. Eco.fin. SARL Tous travaux c/Vincent.



Location-gérance du fonds de commerce

La location-gérance est un contrat commercial par lequel le propriétaire d'un fonds – de commerce ou artisanal – le loue à un gérant, à charge pour ce dernier de l'exploiter à ses risques et périls. Cette forme d'exploitation est régie par les articles L. 144-1 et suivants du Code de commerce.

ESSENTIEL

La location-gérance – ou gérance libre – constitue souvent un mode d'exploitation transitoire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal. En effet, elle peut être le moyen pour une personne qui envisage d'acquérir un fonds d'en tester préalablement la viabilité en l'exploitant elle-même pendant une période de temps déterminée. Elle obéit à des règles d'ordre public que nous rappelons ci-après.

Aux termes de l'article L. 144-1 du Code de commerce, la location-gérance ou gérance libre est le contrat en vertu duquel le propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal en concède la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls.

Cette forme d'exploitation correspond souvent à une période transitoire pour les parties. Elle permet généralement au locataire-gérant de tester pendant un laps de temps déterminé la réalité du fonds en l'exploitant lui-même avant de s'en porter acquéreur, ou en attendant de réunir les fonds nécessaires dans le cadre d'une promesse d'achat.

UN STATUT PRÉCAIRE

Le locataire-gérant se trouve dans une situation relativement précaire. En effet, si le propriétaire du fonds souhaite le reprendre, le locataire n'a droit à aucun renouvellement ou indemnité d'éviction, ni à aucune indemnité compensatrice de l'éventuelle plus-value que son exploitation aura pu apporter au fonds loué.

NATURE JURIDIQUE

La location-gérance s'analyse en une location. Il en résulte que le locataire verse au propriétaire un loyer appelé redevance.

Elle doit porter sur un fonds, qu'il s'agisse d'un fonds de commerce ou d'un fonds artisanal. Cela implique qu'il ne peut y avoir de location-gérance dès lors qu'il manque un des éléments constitutifs du fonds : clientèle, matériel, stock de marchandises...

Le locataire-gérant assume complètement les risques de l'exploitation du fonds (« à ses risques



et périls»), et non comme un gérant salarié ou comme un simple mandataire du propriétaire du fonds.

Enfin, ce contrat est un acte de commerce qui confère au locataire-gérant la qualité de commerçant et requiert donc son immatriculation au registre du commerce.

La location-gérance est régie par les articles L. 144 -1 et suivants du Code de commerce, qui sont des dispositions d'ordre public. Les parties sont néanmoins libres d'aménager certaines des clauses du contrat dès lors qu'elles sont conformes à ces règles.

CONCLUSION DU CONTRAT

- Précautions particulières

Lorsque les locaux font l'objet d'un bail commercial, le propriétaire du fonds doit s'assurer que le bail n'interdit pas la location-gérance avant de la consentir.

En ce qui concerne les époux communs en biens exerçant une profession séparée, chacun d'eux peut donner le fonds en location-gérance sans le consentement de l'autre. En revanche, le propriétaire du fonds dont le conjoint commun en biens collabore à l'exploitation dudit fonds, doit requérir le consentement exprès de ce dernier.

Afin d'anticiper la restitution du fonds et d'éventuels désaccords à l'expiration du contrat, les parties seront bien inspirées de préciser l'état du fonds lors de la conclu-

sion du contrat, ainsi que le sort du stock de marchandises et des plus ou moins-values à l'issue de la location-gérance.

- Conditions relatives au propriétaire du fonds

En vertu de l'article L. 144-3, al. 1 modifié du Code de commerce, le loueur, personne morale ou physique, doit avoir exploité le fonds pendant deux ans au moins avant de pouvoir en consentir la location-gérance. S'agissant d'un loueur personne physique, il doit avoir exploité lui-même le fonds. La loi énumère cependant un certain nombre de dérogations à cette contrainte (article L. 144-5 nouveau et L. 144-8 du Code de commerce).

Le délai de deux ans peut, par ailleurs, être réduit ou supprimé par ordonnance du président du tribunal de grande instance sur requête du propriétaire du fonds si ce dernier justifie notamment de son impossibilité à exploiter le fonds personnellement. Le non-respect de cette obligation d'exploitation de deux ans est sanctionné par la nullité de la location-gérance et entraîne le déchéance du droit au renouvellement du bail éventuel portant sur les locaux dans lesquels le fonds est exploité. Lorsque la nullité est prononcée après qu'il y ait eu exploitation du fonds par le locataire-gérant, le propriétaire du fonds peut bénéficier d'une indemnité d'occupation.

- Formalisme

Dans la mesure où il doit être publié, le contrat de location-

LOCATION-GÉRANCE ET BAIL COMMERCIAL

La location-gérance devant porter sur un fonds, s'il manque l'un des éléments qui composent ce dernier, à savoir clientèle inexistante, matériel insuffisant, stock dérisoire, le contrat pourra le cas échéant être requalifié en bail commercial. Il a ainsi été jugé qu'on était en présence d'un bail de locaux commerciaux et non d'une location-gérance dans un cas où le fonds n'avait pas été exploité depuis deux ans, avec des locaux non aménagés, un matériel et un stock de marchandises insuffisants.



LES RISQUES POUR LE PROPRIÉTAIRE DU FONDS

Dans la mesure où le propriétaire reprend le fonds dans l'état où le locataire-gérant le laisse, il court le risque que celui-ci ait perdu tout ou partie de sa valeur. Par ailleurs, l'administration fiscale peut considérer qu'il y a eu une vente déguisée lorsque le contrat de location-gérance est assorti d'une promesse de vente et que le montant de la redevance est imputé sur le prix de vente.

gérance doit être établi par écrit. Dans les quinze jours de la date de sa signature, il doit faire l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales (avis ou extrait).

Il y a lieu de renouveler cette publication lorsque le contrat est reconduit de manière expresse, car on considère alors qu'il y a un nouveau contrat. En cas de reconduction tacite, la publication n'est nécessaire que s'il est survenu une modification dans la personne du locataire-gérant ou dans la nature de l'exploitation. Le non-respect de cette publication n'entraîne pas la nullité du contrat. Néanmoins, le propriétaire du fonds a tout intérêt à l'effectuer.

En effet, la publication fait courir le délai de trois mois dont bénéficient les créanciers à terme pour requérir le paiement de leurs créances. De fait, la convention de location-gérance n'a pas pour effet de transférer les créanciers du propriétaire au locataire gérant. Ainsi, si les créanciers craignent que le contrat de location-gérance n'entraîne une dépréciation du fonds qui constitue leur gage, ils peuvent demander au tribunal du lieu où est situé le fonds de commerce de prononcer l'exigibilité immédiate de leurs dettes.

La publication du contrat marque également le début du délai de six mois pendant lequel le propriétaire du fonds est tenu solidairement avec le locataire-gérant du paiement des dettes de ce dernier, nées à l'occasion de l'exploitation du fonds. En cas de

mise en jeu de cette responsabilité solidaire, le propriétaire pourra se faire rembourser des sommes versées, auprès du locataire-gérant selon les règles applicables entre codébiteurs solidaires.

DROITS ET OBLIGATIONS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS

Nous avons vu que les dispositions applicables à la location-gérance étaient d'ordre public. Mais dans la mesure où la loi est relativement silencieuse quant aux rapports qu'entretiennent le propriétaire du fonds et le locataire, les parties jouissent d'une certaine liberté pour organiser leurs relations dans le contrat.

Le loueur peut en principe disposer de son fonds, c'est-à-dire le céder, néanmoins cette faculté est inopposable au locataire-gérant, sauf disposition contraire du contrat.

Le propriétaire doit remettre au locataire les biens qui composent le fonds, tous éléments compris. Les marchandises, étant par nature destinées à être vendues, sont cependant exclues de ces biens. Enfin, le propriétaire est tenu de garantir au locataire une jouissance paisible du fonds, ce qui induit l'obligation de ne pas exercer lui-même une activité concurrente.

DROITS ET OBLIGATIONS DU LOCATAIRE-GÉRANT

Il doit exploiter le fonds de sorte d'en tirer profit et ne pas le laisser se déprécier.

Afin de renforcer cette obliga-

tion, il est possible de prévoir certaines dispositions dans le contrat, tel que par exemple le versement d'un dépôt de garantie au loueur qui le rendra au locataire à l'issue du contrat, après en avoir déduit les sommes éventuellement dues par le locataire.

Le locataire-gérant ne peut en principe modifier la destination du fonds loué sans l'accord du loueur.

De même, il ne peut, sauf disposition contraire, ni céder ni sous-louer son droit à exploiter le fonds sans l'autorisation préalable du loueur.

Enfin, le locataire-gérant n'a pas l'obligation de poursuivre les contrats en cours au moment de la conclusion de la convention de location-gérance, à l'exception toutefois des contrats de travail. En contrepartie de son droit d'exploitation, le locataire-gérant doit verser une redevance au propriétaire et maintenir le fonds en état d'être exploité, notamment en veillant au maintien en bon état du matériel.

EXPIRATION DU CONTRAT

Il convient de noter que la location-gérance étant un contrat conclu en fonction de la personne du locataire (*intuitu personae*), il prend fin avec le décès de ce dernier.

De même, le contrat portant sur le fonds, il s'éteint si celui-ci vient à disparaître.

À l'instar de la conclusion du contrat, son extinction doit faire l'objet d'une publication dans les quinze jours dans un journal d'annonces légales. ■

Quant au locataire-gérant, du fait qu'il doit sa qualité de commerçant au contrat de location-gérance (contrat commercial), il doit demander sa radiation du registre du commerce dans le mois de l'expiration.

Le locataire-gérant doit restituer le fonds au propriétaire à la fin du contrat. Si le fonds a perdu de sa valeur, les moins-values sont en principe à la charge du propriétaire.

De la même manière, les plus-values éventuelles sont acquises à ce dernier, sauf disposition contraire dans la convention. Il convient cependant d'opérer une distinction pour les extensions du fonds réalisées par le locataire pour lesquelles il doit être indemnisé si le propriétaire souhaite les conserver pour son usage.

Le propriétaire est tenu de poursuivre les contrats de travail en cours conformément aux dispositions de l'article L. 122-12 du Code du travail.

L'extinction de la location-gérance entraîne l'exigibilité des dettes liées à l'exploitation du fonds contractées par le locataire en cours de contrat.

La convention de location-gérance prévoit généralement une clause de non-concurrence à la charge du locataire-gérant à l'issue du contrat. À défaut d'une telle disposition, il n'en reste pas moins tenu de s'abstenir de tout acte de concurrence déloyale selon les règles du droit commun. ■



Loi LME : mesures d'application

Le décret n° 2009-234 du 25 février 2009 a apporté les précisions qui manquaient pour la mise en œuvre des mesures annoncées par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 en droit des sociétés.

ESSENTIEL

Le décret d'application de la loi de modernisation de l'économie en droit des sociétés est venu préciser avec quelque retard un certain nombre de mesures annoncées par la loi en matière notamment d'assemblées de SARL et de visioconférence.

À PROPOS DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Le décret a également apporté certaines précisions à propos des commissaires aux comptes : détermination des seuils d'application de la norme d'exercice professionnel allégeant leur audit légal dans les PME autres que les SA, choix du référent pour leur désignation en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social.

Le décret d'application n° 2009-234 du 25 février 2009 de la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 est en vigueur depuis le 28 février 2009.

Il apporte les précisions attendues pour ce qui concerne le droit des sociétés, notamment la tenue d'assemblées de SARL par visioconférence.

La LME avait souhaité en effet étendre aux SARL la possibilité qui existait dans les SA de prévoir dans leurs statuts la tenue d'assemblées par visioconférence, en la limitant cependant aux assemblées autres que celles qui avaient pour objet d'approuver les comptes annuels.

Le décret est venu apporter les précisions nécessaires.

En cas de vote par visioconférence, les moyens techniques

utilisés doivent transmettre au minimum la voix des votants et permettre la retransmission des délibérations de manière simultanée et continue.

Par ailleurs, les sociétés qui prévoient la possibilité pour les associés de voter par des moyens électroniques de télécommunication doivent mettre en place un site internet dédié exclusivement à cet usage. Il faudra par ailleurs prévoir un code d'accès permettant aux associés de s'identifier en vue de voter.

Enfin, les procès-verbaux des assemblées tenues par visioconférence devront mentionner les noms et prénoms des participants, ainsi que tout incident technique éventuel qui aura pu perturber le bon déroulement des délibérations. ■



Contrefaçon de marque

La contrefaçon d'une marque n'est pas établie dès lors qu'il ne peut y avoir de confusion dans l'esprit du consommateur sur les marques en présence.

ESSENTIEL

La cour d'appel de Paris a jugé qu'il n'y a pas contrefaçon de marque dès lors qu'un consommateur moyen du genre de produit concerné, normalement informé et raisonnablement attentif, n'est pas amené à confondre les marques en présence. La Cour de cassation a confirmé cette analyse.

DÉCHÉANCE DE DROITS SUR UNE MARQUE

Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque qui, de son fait, est devenue la désignation usuelle du produit sur le marché. Pour prononcer une telle déchéance, la cour d'appel avait qualifié «Fooding» de terme commun désignant une nouvelle tendance culinaire, en omettant de détailler les produits concernés, position qui a donc été censurée.

Le propriétaire de la marque «Fooding» et le titulaire de la licence de cette marque avaient agi en contrefaçon contre une société et un cuisinier qui vendaient des plats cuisinés sous le nom «Fooding tentations». La cour d'appel de Paris n'a pas donné gain de cause aux plaignants pour les raisons ci-après :

- la publicité associée à «Fooding tentations» faisait référence au concept du «fooding» et non à la marque «Fooding», sans qu'aucun élément ne permette d'établir que la société et le cuisinier incriminés aient cherché à faire croire aux consommateurs que leurs plats cuisinés avaient l'agrément du titulaire de la licence.
- le nom «Fooding tentations» figurant sur l'emballage des produits n'était pas identique à la marque verbale «Fooding».
- enfin, le terme «Fooding» étant

toujours associé à la marque «Fleury Michon» et au nom Joël Robuchon, il ne pouvait y avoir de confusion dans l'esprit des clients quant à l'origine des produits litigieux.

Au vu de ces motifs, la cour a considéré que le consommateur moyen de ce genre de produits, normalement informé et raisonnablement attentif, n'était pas conduit à faire une confusion entre les marques opposées ; en conséquence de quoi, elle a rejeté l'action en contrefaçon des plaignants, décision confirmée par la Cour de cassation. ■

Cass. Com. 17 mars 2009, n° 08-10.668, SARL Mmm ! c/ Sté Fleury Michon traiteur.



Factures : pénalités de retard

La Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui avait rejeté la demande de pénalités de retard d'une société au motif qu'elles ne figuraient pas dans les conditions générales de vente.

ESSENTIEL

À l'occasion d'un litige pour retard de paiement, la Cour de cassation souligne le caractère d'ordre public de l'article L. 441-6 du Code de commerce qui prévoit des pénalités de retard applicables de plein droit.

CONDITIONS GÉNÉRALES DE RÈGLEMENT

Les pénalités de retard sont mentionnées dans les conditions de règlement qui, elles-mêmes, figurent dans les conditions générales de ventes. Or, ces dernières n'étant pas obligatoires, l'article L. 441-6 permet de pallier leur absence.

Dans une reconnaissance de dette du 18 décembre 2001, une société reconnaissait devoir des factures impayées pour un marché de travaux du 19 mars 2001 et s'engageait à solder sa dette au plus tard le 15 juillet 2002. N'ayant réglé cette somme que le 26 février 2004, elle avait été poursuivie en règlement de pénalités de retard.

La cour d'appel avait rejeté cette action, la créancière ne justifiant pas avoir transmis ses conditions générales de règlement au débiteur lors de la conclusion du marché, considérant par ailleurs que l'article L. 441-6 du Code de commerce n'était pas applicable. Depuis ce texte, introduit par la loi du 15 mai 2001, les conditions de règlement doivent indiquer le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles, sans rappel, dès le lendemain de la date de règlement prévue sur la facture, lors-

que le règlement intervient après cette date. Ce taux, qui ne peut être inférieur à trois fois celui de l'intérêt légal (11,37 % pour 2009), est égal, sauf disposition contraire, au taux d'intérêt pratiqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage (11,5 % à l'heure actuelle). Sur ce fondement, la Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel :

- s'agissant de dispositions d'ordre public, elles étaient applicables dès l'entrée en vigueur de la loi (15 mai 2001) aux contrats en cours, et donc au marché du 19 mars 2001 ;
- et exigibles dès le lendemain de la date de la facture, les pénalités n'avaient pas besoin de figurer dans les conditions générales de vente. ■

Cass. Com. 3 mars 2009 n° 07-16.527 (n° 197 FS-Povia Bourgogne c/ Sté Sophora-FIT).

Bail commercial : droit au renouvellement

Aux termes de l'article L. 145-8 du Code de commerce, le locataire a droit au renouvellement de son bail commercial, à condition, sauf motif légitime, d'avoir exploité de manière effective son fonds de commerce au cours des trois années précédant la date d'expiration du bail ou de sa tacite reconduction.

La Cour de cassation a jugé que constituait un motif légitime le fait pour un locataire de ne pas avoir exploité de manière continue son fonds en raison du déroulement de la procédure de liquidation judiciaire dont il faisait l'objet.

Cass. 3^e civ. du 10 décembre 2008 n° 07-15.241 (n° 1270 FS-PB) ;

Sté Bellecroix c/ Sté Canon Shoes II.

Application de la loi dans le temps

Entrée en vigueur

En vertu de l'article 2 du Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir et ne rétroagit pas. La Cour de cassation vient néanmoins de juger que les effets légaux d'un contrat étant soumis à la loi en vigueur au moment où ils se réalisent, c'est la loi nouvelle – en l'occurrence loi Murcef du 11 décembre 2001 – qui était applicable à la procédure de révision du loyer engagée après l'entrée en vigueur de ce nouveau texte, et ce bien que le bail ait été conclu sous l'empire d'une loi précédente.

Cass. 3^e civ. du 18 février 2009 n° 08-13.143 (n° 237 FS-PB) ; Sté Nobody c/ Sté Splendid Hôtel.

Statuts types d'EUURL

Suite à la parution au JO du 27 décembre 2008 du décret n° 2008-1419 du 19 décembre, un modèle de statuts types d'EUURL figure désormais en annexe 2-1 du Livre II de la partie réglementaire du Code de commerce. Ce document est destiné à être remis gratuitement aux fondateurs d'EUURL par le centre de formalités des entreprises ou le greffe du tribunal de commerce. Ces statuts types s'appliquent de manière automatique, à défaut pour le fondateur d'avoir fourni d'autres statuts lors de sa demande d'immatriculation de la société.