

BREVIA SELECTA...

N°1 – Janvier 2014



Edito	2
Corporate	3-4
Modification du délai d'opposition en cas de TUP : le Conseil constitutionnel cri au cavalier législatif	
Stock-option et délai de forclusion en cas de décès : l'expérience malheureuse des héritières du directeur de la communication d'Atochem	
Fiscal-douanier	5
Réforme de l'assurance-vie : les assurés rassurés ?	
Social	6-7
Egalité professionnelle hommes-femmes : l'opportunité de l'évolution du cadre juridique et jurisprudentiel	
Public	8
Vers la création de SEM-CONTRAT	
Chez Squadra	9
Contact	10

Brevia selecta ... est une lettre d'informations juridiques publiée par Squadra Associés. Publiée trimestriellement, elle a pour but de donner un bref aperçu de l'évolution du droit dans plusieurs spécialités : Corporate, Banque & Finance, Public, Social, Fiscal et Douanier.

Quand une actualité le demande, un numéro spécial de Brevia selecta ...est publié afin que cet évènement fasse l'objet d'une analyse approfondie. Nous espérons que la lecture de cette lettre d'informations vous sera utile et intéressante.

Pour toute question ou commentaire, n'hésitez pas à nous écrire à info@squadra-associes.com ou à nous appeler au +33 (0)1 44 29 32 80.

BREVIA SELECTA

« Si les Dieux voulaient exaucer les vœux des mortels, il y a longtemps que la terre serait déserte, car les hommes demandent beaucoup de choses nuisibles au genre humain. »

Épicure (-342/-270), Doctrines et maximes.

EDITO

Le début de chaque année est l'occasion des vœux exprimant espérances et résolutions. Nous ne dérogerons pas à cette tradition pour 2014. Pour être répétitive, celle-ci n'en est pas moins gratifiante et conviviale.

Mais cette année pour nous sera aussi marquée par le lancement de notre Newsletter afin de traduire concrètement nos propres résolutions et renforcer la relation que nous entretenons avec vous. Une Newsletter peut-elle être une source d'influence ?

Aujourd'hui, la capacité d'influence au sein de toute entreprise est la marque du pouvoir : « *la clé du pouvoir des dirigeants réside aujourd'hui dans l'influence et non plus dans l'autorité.* » (Kenneth Blanchard, *One Minute Manager*)¹. Cette capacité d'influence vise non pas à exercer une forme de domination inefficace mais à recenser les personnes qui au sein de l'entreprise ou dans sa périphérie sont des alliés et à réduire le nombre ou la propre influence des personnes hostiles. Pour y parvenir, il conviendra d'y consacrer temps et énergie. Pour convaincre et rallier les personnes pour en faire des alliés et des promoteurs de sa cause, temps et assiduité doivent être investis à bon escient. A défaut, la

réalisation risque d'être incertaine. A expertise égale, le pouvoir d'influence fera la décision et la capacité à progresser au sein de l'entreprise. Tel est donc notre résolution et l'objectif que nous avons assigné à notre Newsletter: partager avec nos clients ce vœux qui ne sera pas pieux et agir pour influencer avec nos relations et prospects.

Cette Newsletter peut-elle être la manifestation d'un management par la bienveillance ?

Les crises issues de la mutation technologique actuelle ont pour corollaire incertitudes et précarité des schémas traditionnels. Les certitudes d'aujourd'hui ou d'hier doivent évoluer et s'adapter aux nouveaux paradigmes. Selon frère Samuel², cette fragilité adaptative est au cœur de la connaissance de l'entreprise. Le management autoritaire ou rigide doit céder le pas à l'approche « *intuitivo-affective* » de l'interdépendance et de la coresponsabilité. Chacun devra évoluer au sein du groupe avec cette fragilité existentielle et foncière. La seule compétence ne sera pas suffisante dans cette nouvelle situation. La bienveillance

est alors le second relais de ce progrès, de cette progression qui s'exprime dans le respect d'autrui. Mais la bienveillance n'est pas conçue comme démission du rapport de force, elle peut confiner jusqu'à l'affrontement. C'est à ce point que la bienveillance rejoint l'influence de K. Blanchard (cf. supra). Il faut promouvoir les personnes source de bienveillance et favoriser leur influence au sein de l'entreprise pour la prise en compte de la fragilité, créatrice de résilience. Le seul critère de la rentabilité s'en trouvera ainsi relativisé ou réaménagé pour laisser s'exprimer l'apprentissage et la coopération pour mieux appréhender et, à terme, dépasser les crises. Ainsi, cette bienveillance permettra-t-elle à notre Newsletter d'exercer l'influence et la bienveillance nécessaire pour établir de nouveaux liens, source de propositions, d'échanges et d'enrichissement mutuel.

A votre santé et celle d'Épicure !

¹-Chronique Eléna Fourès, expert en leadership, décembre 2013

²-Frère Samuel est moine de la congrégation de Saint-Jean. Au sein de sa communauté, il assume une activité de conseil en entreprises en liaison, notamment avec l'Association Progrès du Management (cf. La Jaune et La Rouge, mars 2013, L'envers du décor par J. Denantes).

CORPORATE

Modification du délai d'opposition en cas de TUP :

Le Conseil constitutionnel crie au cavalier législatif

(Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013)

Depuis sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, le Conseil constitutionnel s'est arrogé le droit de se saisir d'office de « cavaliers législatifs ».

Le Conseil pourfend cet expédient visant à insérer dans une loi, par facilité ou tactique, une disposition sans rapport avec l'objet de cette loi.

Faisant ainsi application de sa jurisprudence en la matière, le juge constitutionnel dans sa décision du 4 décembre 2013 vient de sanctionner l'article 29 de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière qui visait à modifier l'article 1844-5 du code civile relatif à la dissolution des sociétés et à porter ainsi de trente à soixante jours le délai d'opposition des créanciers sociaux.

En dépit des efforts du rapporteur de la loi visant à démontrer que le procédé de dissolution-liquidation d'une société, mieux connu des praticiens par l'expression de

« transmission universelle du patrimoine » ou « TUP », est aujourd'hui massivement détourné à des fins de fraude fiscale, le Conseil répond simplement que l'allongement du délai d'opposition des créanciers : « ne présente pas de lien, même indirect, avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi ».

On ne peut pas reprocher au gouvernement d'avoir avancé à pas couverts. L'intention du rapporteur était clairement exprimée et la disposition incriminée figurait dans le projet de loi soumis à l'assemblée dès la première lecture. Il faut donc plutôt y voir un raccourci malheureux du législateur.

Grace à l'intervention du juge constitutionnel, le législateur ne devrait pas pouvoir faire l'impasse sur l'examen de la cohérence de l'introduction d'une extension du délai d'opposition des créanciers à deux mois en cas de TUP par rapport aux autres délais d'opposition des créanciers en matière de droit des sociétés.

Nous ne doutons toutefois pas que le législateur essayera de réintroduire cet allongement du délai d'opposition des créanciers dès qu'un projet de loi en rapport avec le droit des sociétés figurera à l'agenda législatif.

Au demeurant, ni les abus de quelques délinquants en cols blancs, ni les lacunes de l'administration fiscale pendant le délai imparti pour faire opposition à une opération de TUP, ne justifient que les dirigeants d'entreprises aient à souffrir d'une extension du calendrier des opérations de réorganisation du périmètre de leur groupe.

CORPORATE

Stock-option et délai de forclusion en cas de décès : l'expérience malheureuse des héritières du directeur de la communication d'Atochem

(Cass. Com., 10 décembre 2013, n° 12-17724)

Par un arrêt en date du 10 décembre 2013, la chambre commerciale la Cour de cassation met un terme à une procédure longue de neuf années portant sur le défaut d'exercice de stock-options dans les six mois suivant le décès de son bénéficiaire.

L'article L. 225-183 du Code de commerce édicte qu'en cas de décès du bénéficiaire des options, ses héritiers peuvent exercer l'option pendant six mois à compter du décès.

Suite au décès du directeur de la communication d'Atochem en 2003, ses héritières laissent passer le délai qui leur était imparti pour lever les options dont il était le bénéficiaire. Elles ne se résolvent pas au non-exercice du droit d'option et engagent la responsabilité de la société employeuse, de la société mère ayant émis les options, ainsi que de leur notaire pour un montant qui avoisine les 2 millions d'euros.

Sans surprise, la Cour approuve les juges du fonds qui ont retenu que le délai de six mois pour exercer les options après le décès de son bénéficiaire était impératif et prévu à peine de forclusion.

L'argument du défaut d'information des héritières est également écarté. A défaut d'avoir été prévue dans le règlement du plan d'options, la Cour considère que l'émetteur des options n'a pas d'obligation légale d'informer les ayants droit.

La solution retenue par la Cour libère les sociétés émettrices d'une obligation dont il aurait été difficile de s'acquitter en pratique; elle n'en demeure pas moins particulièrement sévère pour les ayants-droits.

C'est donc au bénéficiaire des stock-options de prendre les précautions nécessaires pour prévenir cet écueil.

Ceci étant dit, on ne peut pas écarter que les représentants des salariés actionnaires se saisissent de cette question à des fins politiques. Ils pourraient réclamer une modification des règlements de plan d'options afin de prévoir une meilleure information des ayants droit en cas de décès du bénéficiaire. Les entreprises concernées doivent donc se préparer à cette éventualité.

FISCAL-DOUANIER

Réforme de l'assurance-vie : les assurés rassurés ?

Au plan fiscal, après quelques hésitations et allers-retours, le régime avantageux de l'assurance-vie reste pour l'essentiel préservé :

1- L'imposition des revenus - prélèvement libératoire à un taux variable dépendant de la durée du contrat - demeure inchangée ;

2- S'agissant des prélèvements sociaux (CSG, CRDS et taxes additionnelles), pour les rachats ou dénouement intervenant depuis le 26 septembre 2013, la loi de financement de la Sécurité sociale impose au taux actuel de 15,5% l'intégralité des gains enregistrés depuis 1997. En pratique, c'était déjà le cas pour bon nombre de contrats. Le Conseil constitutionnel a néanmoins maintenu l'application des taux historiques aux contrats ouverts entre le 1er janvier 1990 et le 25 septembre 1997, et ce pour les gains constatés au cours des 8 premières années suivant l'ouverture du contrat ;

3- La fiscalité en matière de successions a été durcie à compter du 1er janvier 2014 pour les contrats « importants ». Le taux d'imposition est dorénavant de 31,25% (au lieu de 25%), pour la part taxable supérieure à 700.000 € (au lieu de 902.838 €), après

prise en compte de l'abattement de 152.500 € par bénéficiaire.

Pour le calcul des droits de succession, et en contrepartie des risques pris, un abattement supplémentaire de 20% s'applique à un nouveau produit d'assurance-vie dit « contrat vie-génération ». Ce nouveau contrat, de type monosupport en unités de compte, doit être investi à au moins 1/3 dans des actions de PME ou ETI, le logement intermédiaire et social ou encore dans les entreprises de l'économie sociale et solidaire. Il devrait être lancé à la mi-2014 ;

4- Censurée sur ce point par le Conseil d'Etat et, une seconde fois, par le Conseil Constitutionnel, l'administration a enfin modifié sa doctrine en matière de calcul du plafonnement de l'ISF. Elle précise désormais que les produits des contrats de capitalisation - cette notion englobant les contrats d'assurance-vie - sont pris en compte pour le calcul du plafonnement lors du dénouement ou du rachat du contrat (BOI-PAT-ISF-40-60-20140108), et non plus chaque année.

Au plan juridique, jusqu'à présent l'assurance-vie bénéficiait largement du principe d'insaisissabilité, sauf exceptions :

Lorsque les créanciers du souscripteur du contrat peuvent démontrer que des versements « manifestement exagérés », compte tenu du patrimoine connu du souscripteur, ont été effectués, d'une part, ou lorsque le souscripteur de l'assurance-vie a cherché à diminuer l'importance de ses biens saisissables, d'autre part.

Depuis le 8 décembre 2013, l'administration fiscale peut désormais également saisir les sommes versées sur des contrats d'assurance-vie rachetables, qu'il s'agisse de contrats en euros ou en unités de compte. En outre, à la suite d'une décision pénale, les sommes figurant au contrat sont susceptibles d'être confisquées.

SOCIAL

Egalité professionnelle hommes-femmes :

l'opportunité de l'évolution du cadre juridique et jurisprudentiel

(Première partie)

Depuis plus de 40 ans, les pouvoirs publics ont pris conscience de l'importance de l'égalité professionnelle hommes-femmes et ont mis en place un véritable arsenal juridique.

Malgré cela, en matière d'égalité professionnelle, la France arrive au 129e rang sur 137¹.

Le constat en la matière est peu glorieux. Il existe encore une importante différence de rémunération entre les hommes et les femmes :

« 27% tous temps de travail confondus »

« 9% après prise en compte de l'ensemble des différences tenant au recours aux contrats à temps partiel, aux diplômes, et aux fonctions ».

Cette contradiction entre les actions en faveur de l'égalité professionnelle et les mauvais résultats de la France a conduit le gouvernement actuel :

- à présenter un nouveau projet de loi sur l'égalité hommes-femmes le

18 septembre 2013 ; et à solliciter –le 30 octobre 2013- l'intervention de Laurence Pécaut-Rivolier, conseillère à la Cour de cassation –qui a rendu ses conclusions le 17 décembre 2013.

Ceci étant, cette prolifération de dispositifs légaux afférents à l'égalité professionnelle est-elle nécessaire faute d'avoir été jusqu'ici utile ?

Cette question se pose aussi bien sur le plan des relations individuelles (1) que collectives (2).

1. Sur les relations individuelles : régime probatoire et évaluation du préjudice des victimes d'inégalité professionnelle

a- S'agissant de la preuve d'une discrimination le régime probatoire actuel résulte de la transposition de la directive européenne du 15 décembre 1997 par la loi du 16 novembre 2001 :

- Le salarié doit d'abord présenter des « éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » ;
- Ensuite, il incombe à l'employeur de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination » ;
- Enfin le juge « forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

La situation du salarié prétendu victime sera examinée en comparaison avec les autres

salariés de qualification et de compétences égales, et effectuant le même travail.

A ce sujet, Laurence Pécaut-Rivolier préconise de :

« rappeler ou préciser la possibilité de demander en justice la production des éléments de preuve en cas de suspicion de discrimination, y compris devant le bureau de conciliation du Conseil de prud'hommes ».

Le régime probatoire de la discrimination semble bien établi et ne saurait faire l'objet d'une réforme.

b- S'agissant de l'évaluation du préjudice de discrimination au regard de la jurisprudence

(notamment du fameux arrêt Niel²), cette évaluation s'effectue en calculant : l'écart du salaire actuel du salarié prétendu victime x nombre d'années de discrimination / 2 + incidence sur la retraite.

Même si les montants des dommages et intérêts à ce titre peuvent être financièrement conséquents, ils demeurent très en deçà de ce qui peut être alloué à ce titre dans les pays anglo-saxons.

1-<http://femmes.gouv.fr/wp-content/uploads/2013/12/20131217-Mission-Pecaut-Rivolier-Conclusions-Discriminations-sans-annexes.pdf>

2-CA Paris 5 mai 2010, n°08-8694 Niel c/ GIE BNP PARIBAS

SOCIAL

Egalité professionnelle hommes-femmes :

l'opportunité de l'évolution du cadre juridique et jurisprudentiel

(Seconde partie)

2. Sur les relations collectives : pour une évolution du cadre juridique de l'égalité professionnelle ?

a- De la loi du 22 décembre 1972 sur le principe « à travail égal, salaire égal » jusqu'au projet de loi présenté par Najat Vallaud-Belkacem le 18 septembre 2013, les pouvoirs publics français n'ont cessé d'œuvrer en faveur de l'égalité professionnelle. L'arsenal juridique ne cesse d'accroître, jusqu'à être assimilé à un « mille-feuille des négociations sur l'égalité professionnelle ».

En effet, l'égalité professionnelle est au cœur des négociations collectives tant au niveau de l'entreprise (négociation annuelle ou triennale selon les cas³) qu'au niveau de la branche et de la profession (négociations annuelle^{4,5}, triennale⁶ et quinquennale⁷).

b- Outre les différentes mesures adoptées au fil des années, les sanctions sont également multiples. Dans son projet de loi, le gouvernement actuel ajoute une nouvelle sanction.

Les entreprises de plus de 50 salariés qui ne seront pas en conformité avec les dispositions sur l'égalité professionnelle n'auront plus accès aux marchés publics.

Rappelons les différentes sanctions déjà mises en place :

- sur le plan civil :

annulation de la mesure prise à l'encontre d'un salarié victime de discrimination

condamnation de l'employeur au versement de dommages et intérêts

- sur le plan pénal :

peine d'emprisonnement de 3 ans maximum

amende pouvant aller jusqu'à 45.000€

condamnation de l'employeur au versement de dommages et intérêts.

- sur le plan financier :

pénalité financière de 1% des rémunérations et gains versés au titre de la période pendant laquelle la société n'est pas couverte par un accord ou à défaut un plan d'action sur l'égalité professionnelle

Depuis janvier 2013, 4 entreprises ont déjà été condamnées à payer cette pénalité financière et 400 ont déjà été mises en demeure . A la lumière de ces chiffres et de la situation économique française, la question de l'opportunité de cette nouvelle mesure se pose.

3- Article L 2242-5 du Code du travail.

4- Article L 2241-1 du Code du travail.

5- Article L 2241-7 du Code du travail.

6- Article L 2241-3 du Code du travail.

7- Article L 2241-7 du Code du travail.

PUBLIC

Vers la création de SEM-CONTRAT

Adoption d'une proposition de loi

Une proposition de loi déposée par le sénateur Jean-Léonce Dupont devrait conduire à la création de « SEM contrat », désignées sous le nom de sociétés d'économie mixte à opération unique par le Sénat qui a examiné la proposition en première lecture le 11 décembre 2013¹.

Selon les auteurs de la proposition, il s'agit de mettre en place « un instrument de gouvernance au service de l'action publique locale qui permet d'allier les valeurs de la gestion directe en redonnant à la collectivité la maîtrise de son service public et les atouts de la gestion déléguée en faisant appel aux compétences et à l'innovation d'un opérateur privé. »

La SEM à opération unique « repose sur une mise en concurrence de candidats potentiels à l'attribution d'un contrat, l'attributaire pressenti devant obligatoirement intégrer une société d'économie mixte créée dans le même temps par la collectivité publique qui a lancé la procédure. Ainsi, ce n'est pas l'entreprise vainqueur de cette procédure qui va elle-même exécuter le contrat pour lequel elle a pourtant été choisie, mais une entité mixte uniquement créée pour cette mission ».

Le principe a été validé par le droit communautaire, notamment par une communication interprétative de la Commission de 2008², qui

admet « la possibilité de créer des sociétés d'économie mixte dont [le] partenaire privé est choisi après une procédure transparente et concurrentielle. Ceci sans qu'il soit besoin de mettre en œuvre une double procédure de mise en concurrence, pour la désignation du partenaire privé de ladite société d'économie mixte d'une part, pour le contrat qui lui est confié d'autre part ». L'arrêt Acoset rendu par la CJUE en 2009³ décide par ailleurs que l'attribution directe de la gestion d'un service public à une SEM créée à cette fin et ayant un objet social unique est conforme au Traité si le partenaire privé a été choisi sur appel d'offres public.

S'agissant des caractéristiques de la SEM à opération unique, il est prévu qu'elle soit constituée sous la forme d'une SA, avec au moins deux actionnaires, le choix du partenaire privé associé au capital procédant d'une mise en concurrence. Elle doit être dissoute postérieurement à la réalisation de son objet. La personne publique doit y disposer d'une influence importante, avec minorité de blocage et présidence des organes de direction.

Les intérêts mis en avant pour la création de cette nouvelle structure reposent sur une plus grande implication des entreprises, des modalités d'intervention de la personne publique lui donnant accès à la gestion de la SEM et à

l'exercice d'un pouvoir de contrôle renforcé. Elle facilitera également la coopération, notamment au stade de la passation du contrat, par exemple au moment de l'élaboration du marché.

Pour autant, la mise en œuvre de cette nouvelle forme de coopération demeure incertaine, le Gouvernement ayant fait part de ses réserves. Des critiques pointent le risque financier pouvant peser sur la personne publique investisseuse qui, en dépit d'outils de contrôle, pourrait se retrouver minoritaire tout en supportant des risques importants.

1-<http://www.senat.fr/leg/tas13-047.html>

2-Communication interprétative C(2007)6661 de la commission européenne du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPP)
http://ec.europa.eu/internal_market/public-procurement/docs/ppp/comm_2007_6661_fr.pdf

3-CJUE, 15 octobre 2009, affaire C-196-08 Acoset SpA
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0196:FR:NOT>

CHEZ SQUADRA

Recrutement

Nous aurons le plaisir d'accueillir YVES KINDA en tant que collaborateur junior à compter du 1^{er} février 2014 au sein de l'équipe Corporate Finance. Yves est avocat au barreau de Paris et spécialisé en droit du financement. Il est l'auteur d'une thèse remarquée portant sur le micro-crédit.

Dernières publications

« Indivisibilité du contrat de fourniture et du contrat de location financière qui le finance »

L'Essentiel dr. Bancaire, 1 janv. 2014, n°1, p.5, obs. R. ROUTIER)

« Dirigeant, caution, et défaut de mise en garde de la société emprunteuse »

(Bull. Joly Sociétés, janv. 2014, n°1, p. 20, obs. R. ROUTIER)

« Dirigeant caution des dettes futures de la société emprunteuse : nullité du cautionnement refusée »

(Bull. Joly Sociétés, janv. 2014, n°1, p. 22, obs. R. ROUTIER)

« La rupture brutale de relations commerciales établies ne s'applique pas à la rupture de crédit »

(JCP E n°48, 28 nov. 2013, 1662, obs. R. ROUTIER)

« Mention manuscrite : le point, la virgule et la minuscule n'affectent pas la portée de l'engagement de la caution »

(JCP E n°48, 28 nov. 2013, 1662, obs. R. ROUTIER)

A propos de

Créé en 2004, Squadra Associés est un cabinet d'avocats d'affaires reconnu. Le cabinet — dont l'activité nationale ou internationale est orientée vers les Entreprises ou Industries et les institutionnels de l'investissement et de la banque, quelle qu'en soit la forme ou la taille — compte actuellement plus d'une douzaine de professionnels avocats et professeurs d'universités.

Il intervient principalement en droit des sociétés (fusions-acquisitions), droit fiscal, droit social, droit commercial, contentieux des affaires, droit public, propriété intellectuelle, et droit immobilier.

Il peut se prévaloir d'une expertise exceptionnelle en droit bancaire et capital investissement, ainsi qu'en droit des procédures collectives, où il est un opérateur très actif du retournement d'entreprises en difficulté.

BREVIA SELECTA

CONTACT

Vos interlocuteurs sont joignables à tout moment par email, aux adresses figurant ci-dessous, et par téléphone au **+33 (0)1 44 29 32 80**.

En matière de droit des sociétés, financement
et contentieux des affaires :

Cataldo Cammarata

Avocat associé
c.cammarata@squadra-associes.com

Richard Routier

Avocat associé - professeur agrégé
r.routier@squadra-associes.com

Louis Néret

Avocat associé
lneret@squadra-associes.com

En matière de droit public et de contentieux
administratif :

Philippe Rignault

Avocat associé
p.rignault@squadra-associes.com

En matière sociale :

Bénédicte Moncelet

Avocat associé
bmoncelet@squadra-associes.com

Caroline Masson

Avocat affilié
cmasson@squadra-associes.com

En matière fiscale et douanière :

Cataldo Cammarata

Avocat associé
c.cammarata@squadra-associes.com

Philippe Royou

Avocat affilié
p.royou@squadra-associes.com

NOS BUREAUX

Paris

Texte

34, avenue de Messine 75008 Paris
Tel : +33 (0)1 44 29 32 80
Fax: +33 (0)1 44 29 32 89
Email : info@squadra-associes.com

Bordeaux

50, cours de Verdun 33000 Bordeaux
Tel : +33 (0)5 56 30 40 50
Fax: +33 (0)5 57 88 29 67
Email : info@squadra-associes.com