

La Loi de Modernisation de l'Économie du 4 août 2008

**Distribution Concurrence
Aménagement Commercial
Fiscal
Corporate
Consommation
Social
Propriété Intellectuelle**

Cette brochure vous est offerte par

Redlink Société d'avocats

78, avenue Raymond Poincaré - 75116 Paris, France
Tél : +33 (0) 1 73 31 00 00 - Fax : +33 (0) 1 73 31 00 30

Contacts :

Frédéric Fournier	Distribution, Concurrence
Hervé de Kervasdoué	M&A Private Equity
Benjamin Louzier	Social
Thomas Rabant	M&A Fiscalité

LME Distribution Concurrence	page 3
LME Fiscal	page 18
LME Corporate	page 24
LME Consommation	page 28
LME Social	page 31
LME Propriété Intellectuelle	page 34

LME Distribution Concurrence Aménagement Commercial

Outre des dispositions relatives aux transmissions d'entreprises, au droit des sociétés, au droit fiscal, aux baux commerciaux..., le dernier volet de la réforme du droit de la distribution a été adopté par la loi du 4 août 2008.

La LME est l'aboutissement du processus de réforme entamé avec la loi dite Dutreil d'août 2005, réformée par la loi Chatel du 3 janvier 2008, réformant ensemble la Loi Galland. Les étapes peuvent être ainsi résumées :

- Dutreil : création du contrat unique couvrant les conditions particulières de vente (CPV) et les conventions de coopération commerciale et de services distincts créés à cette occasion ; abaissement du seuil de revente à perte (« SRP ») à une partie du triple net ;
- Chatel : intégration des CGV dans les contrats uniques créés par la Loi Dutreil, abaissement du SRP au triple net ;
- LME : suppression du principe de non-discrimination tarifaire ; suppression des services distincts ; transformation du contrat unique en vecteur d'explication de la fixation du prix.

Le Ministre de l'économie s'est engagé à ce que les décrets d'application nécessaires à l'application des certaines dispositions de la loi soient pris avant la fin de l'année 2008. L'ensemble des mesures de la loi devraient donc être effectives au plus tard au 1^{er} janvier 2009.

En dépit de rumeurs début septembre, aucune circulaire d'application (à la différence des circulaires Dutreil I et II), n'est envisagée. Cette décision résulte de l'objectif de ne pas retarder, par l'attente d'une circulaire, la suppression des marges arrières recherchée par le Gouvernement.

Le FAQ administratif est en revanche né ! Pour qui s'interroge sur le texte, la DGCCRF répondra à une foire aux questions sur son site.

La loi modifie les règles liées :

- aux délais de paiement,
- aux services rendus par les distributeurs,
- à la TACA, qui devient TASCOM (taxes sur les surfaces commerciales) dont le taux et le seuil de déclenchement est augmenté – l'effet sur les prix de revente sera à apprécier,
- au Conseil de la Concurrence devenu « *Autorité de la Concurrence* » et,
- à l'urbanisme commercial.

La LME, fondée sur un objectif de baisse des prix (I), comporte 4 axes (II) dont des dispositions intéressent directement les relations fournisseurs/ distributeurs (III).

I. Les objectifs de la loi

La LME a pour objectif majeur de soutenir le pouvoir d'achat, la croissance et l'emploi et ce dès l'année 2009.

Le gouvernement prévoit en effet, grâce à cette loi, au moins 0,3% de croissance du PIB, soit approximativement 6 milliards de richesse supplémentaire par an et 50 000 créations d'emplois par année.

II. Les 4 axes de la LME

La loi comprend une trentaine de mesures qui s'articulent autour de 4 axes :

- Simplifier la vie des entrepreneurs et favoriser le développement des PME (titre I) ;
- Faire d'avantage jouer la concurrence (titre II) ;
- Renforcer l'attractivité de l'économie française (titre III) ;
- Mobiliser les financements au service de l'économie (titre IV).

III. Les relations entre fournisseurs et distributeurs

Les CGV demeurent le socle de la négociation commerciale. L'obligation de communiquer les CGV demeure. La transparence sera en revanche catégorielle.

Les CPV ne disparaissent pas, mais leur justification par des services spécifiques n'est plus requise : l'exigence d'un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu et le déséquilibre significatif notamment (Article L.442-6 du Code de commerce) viendra contrecarrer les exigences excessives dans ce champ de l'opacité.

Les CGV et CPV demeureront pour les fournisseurs en pratique à l'évidence un outil d'harmonisation de leurs conditions, sauf à accepter la cacophonie et une gestion au cas par cas de leurs ventes, ce qui reste douteux.

1) La réduction des délais de paiement et la création de l'abus de délai de paiement

L'article L. 441-6 du code de commerce est modifiée par la LME : les délais de paiement sont désormais plafonnés à **45 jours fin de mois ou à 60 jours à compter de la date d'émission de la facture** ⁽¹⁾. **D'aucuns s'interrogent sur le point de départ et d'arrivée du délai de 45 jours. Nous considérons que le délai commence au terme du mois au cours duquel la facture est émise et prend fin le 45^{ème} jour suivant : soit un délai de 76/75 à 45 jours.**

Jusqu'à l'adoption de la LME, si aucun délai de paiement n'était stipulé dans les conditions de vente, il était réputé de 30 jours après la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée : c'était l'exigence de la loi NRE harmonisant la directive sur les délais de paiement. **A défaut de délai**, cette règle demeure à ce jour...

Une partie des délais de paiement a été d'ores et déjà réduit pour certains marchés publics.

Cette question est placée sous haute surveillance puisque le Ministère de l'Economie a prévenu (AFP 15 septembre 2008), qu'il n'accepterait pas les reports dus à des négociations interprofessionnelles et encore moins, les pratiques de détournements hors du territoire français et des constructions juridiques qui n'ont que pour objet d'éviter l'application des textes.

La question est donc qui paye ? Les grands distributeurs vont probablement supporter de ce fait des pertes de trésorerie, dont ils souhaiteront répartir la charge ou monnayer la mise en œuvre. Les fournisseurs répercuteront également probablement le surcoût auprès de leurs fournisseurs. A moins que l'on ne trouve que le consommateur pour en assurer le financement.

¹ Cette disposition résulte du constat de départ que les délais de paiement en France sont largement supérieurs à la moyenne européenne (67 jours en France contre 57 jours en Europe).

Selon le gouvernement, réduire les délais de paiement à 57 jours en moyenne permettrait de dégager 4 milliards d'euros de trésorerie supplémentaires pour les entreprises.

L'autre interrogation est celle des artifices légalement admissibles que pourront mettre en place certains distributeurs. On pourrait imaginer à titre d'exemple que le fournisseur confie au distributeur du stock en consignation, payable lors de la revente par le distributeur. Des garanties pourraient être également données ou exigées pour garantir le paiement des marchandises.

En tout cas, la requête de l'acheteur visant à différer la date d'émission de la facture sans raison objective sera abusive au regard de l'article L.442-6 7°. Ce texte paraît inutile en ce que la facture est due à la « réalisation » de la vente ou de la prestation de services (article L.441-3). L'empilement de ces dispositions montre cependant le souci du législateur de mettre fin à des pratiques excessives en termes de délai de paiement.

Ultime sophistication du contrôle : l'article L. 441-6-1 impose pour les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes publient des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs ou de leurs clients suivant des modalités définies par décret. Le commissaire aux comptes devra adresser ce rapport au Ministre chargé de l'économie s'il démontre, de façon répétée, des **manquements significatifs** au texte à compter du 1er janvier 2009.

- **La possibilité de réduire les délais de paiement légaux**

Les professionnels d'un secteur peuvent, par le biais d'accords conclus par leurs organisations professionnelles, proposer de retenir un délai de paiement inférieur à celui posé à l'article L. 441-6 alinéa 5. Ils peuvent également retenir la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation de service comme point de départ de ce délai (nouvel alinéa 6 de l'article L. 441-6).

Les limites posées à ces accords sont le contournement délibéré de la loi et l'application des règles relatives aux ententes illicites (cf. accord équipementiers automobiles sur les délais de paiement de 2007).

- **La possibilité de négocier un délai de paiement plus long que le délai légal**

Une phase de négociation secteur par secteur pourra être mise en place afin d'augmenter le délai de paiement (accords devant être signés avant le 1^{er} mars 2009), sous réserve que certaines conditions soient remplies :

- raisons économiques objectives spécifiques au secteur concerné ;
- réduction progressive du délai dérogatoire vers le délai légal ;
- accord limité dans sa durée et ne pas dépasser le 1^{er} janvier 2012.

A défaut, le délai de règlement supérieur au délai légal sera considéré comme abusif et sanctionné au titre de l'article L.442-6 du code de commerce.

- **Aggravation des « pénalités » de retard et sanction en cas de violation**

La LME prévoit que le taux d'intérêt des pénalités de retard ne pourra être fixé à un taux inférieur à **3 fois le taux d'intérêt légal**, au lieu de 1 fois et demie. En outre, imposer des délais de paiement supérieurs au plafond ou faire décaler les dates de facturation est passible d'une amende civile de 2 M€.

2) La « négociabilité » des CGV, face à l'abus, le déséquilibre manifeste ou l'absence de cause

La LME constitue la dernière étape de la réforme du cadre juridique des relations commerciales engagées depuis la loi Dutreil. Elle a pour objectif d'assouplir la négociabilité des conditions de vente et de permettre aux fournisseurs de varier leurs tarifs en fonction des distributeurs et d'introduire ainsi plus de concurrence dans les relations commerciales.

La discrimination tarifaire est ainsi permise sauf abus caractérisé par un déséquilibre significatif, notion qui connaît un renouveau (article L.442-6 I 2° du code de commerce). La discrimination contractuelle pourrait connaître un avenir moins radieux en raison des deux obstacles auxquels elle est confrontée : (i) l'absence de cause et (ii) le déséquilibre significatif avec ses formes variées ou les avantages manifestement disproportionnés.

La LME a renforcé le montant des pénalités encourues sur ces derniers points (voir point 3 ci-après).

- **Différenciation des conditions tarifaires accordées aux distributeurs**

Avant la LME, les fournisseurs pouvaient différencier leurs conditions générales de ventes par catégories d'acheteurs : à conditions différentes d'achats. Aujourd'hui, ils pourront également différencier par cocontractant les conditions tarifaires, à conditions égales d'achat.

La négociabilité des tarifs, **déjà effective en pratique moyennant les « arrangements » sur les avantages financiers**, a été proposée dès le mois de février 2008, soit un peu plus d'un mois après l'adoption de la loi Chatel, par le rapport Hagelsteen. Cette proposition faisait aussi partie du rapport rédigé par la Commission Attali.

La **LME supprime en ce sens l'article L. 442-6 1°** du code de commerce qui dispose qu'engage sa responsabilité le producteur, le fabricant ou l'industriel qui « [pratique] *à l'égard d'un partenaire économique ou d'obtenir des prix , des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles, en créant de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence* ».

La convention unique devra « *indiquer les obligations* » des parties « *en vue de fixer le prix* ». Les CGV modifiées par les CPV et la catégorie des « *autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services* » « *concourent à la détermination du prix convenu* » (article L.441-7 1° et 3°).

S'agit-il du prix de vente ou du triple net ?

La transparence et l'obligation de communication des CGV se limiteront donc aux acheteurs de la même catégorie. La discrimination désormais possible interviendra par les conditions particulières de vente, non soumises à communication. Les CGV, CPV, conventions de services et autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale seront intégrées à la convention unique.

La limite sera donc l'abus : la responsabilité du producteur, commerçant ou industriel sera engagée s'il soumet ou tente de soumettre « *un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » (article L. 442-6 I 2°), la disproportion manifeste (article L.442-6 I 1°), voire plus simplement l'absence de cause (article 1131 du code civil).

A noter : la clause permettant de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant (type de clause du client le plus favorisé), est interdite par la LME et est rendue nulle (article L. 442-6 d) du code).

La LME a pour objectif la **protection des petits commerçants**. La LME ajoute en effet à la liste des clauses nulles (ce qui n'était pas prévu par le projet de loi) celle qui permet d'obtenir des commerçants revendeurs non liés par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire –ex/ non franchisés) exploitant une surface de vente inférieure à 300 m², un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non concurrence postcontractuelle. De même est nulle la clause qui subordonne l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

Enfin, les grandes surfaces qui vendent des produits de leur **marque distributeur** ne pourront plus refuser de faire apparaître le nom et l'adresse du fabricant sur l'étiquetage de ce produit si ce dernier en fait la demande (article L. 442-6 10°).

- **Les avantages financiers accordés aux distributeurs**

Le principe du document unique contractuel dans lequel figure l'ensemble des avantages financiers qui sont accordés aux distributeurs demeure.

L'objectif de la conclusion de cette convention semble être purement relatif à la fixation du prix à l'issue de la négociation commerciale : il s'agit d'exposer par ce document les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix.

On pourrait imaginer un document unique portant *uniquement* sur les prix négociés au-delà des CGV et les contreparties y afférentes.

Seul est annuel le « contrat-cadre », donnant lieu à des contrats d'application. **Le document unique n'est pas nécessairement annuel.** Il est cependant illicite de ne pas le signer à bonne date.

La convention unique ou le contrat cadre devront être conclus avant le 1^{er} mars 2009, ou, pour les produits et services soumis à un cycle saisonnier ou à une période de commercialisation ne correspondant pas à l'année civile, dans les deux mois qui suivent le point de départ de la commercialisation du produit.

Les débats sur les périodes supra ou infra annuelles sont oubliés...

Concernant les **avantages financiers** accordés aux distributeurs, la LME fait toujours référence aux conditions particulières de ventes qui résultent de la négociation commerciale ainsi qu'aux services rendus à l'occasion de la revente des produits ou des services ne relevant pas des obligations d'achat-vente (anciennement dénommés services de coopération commerciale).

Concernant **les CPV**, la liberté est totale : le texte supprime l'exigence du service spécifique dans les limites de l'abus ou de l'absence de cause. Les CPV couvrent naturellement à notre sens la discussion tarifaire « *en vue de fixer le prix* » (article L.441-7 1° du code de commerce).

Concernant la **coopération commerciale**, le statu quo ante demeure, mais l'exception réservée aux « grossistes » est supprimée. Le service de coopération commerciale qui a perdu cette appellation depuis la Loi Chatel demeure le service destiné à favoriser la commercialisation par le revendeur d'un produit. Il est lié à un produit ou une gamme de produits (Circulaire Dutreil I).

Les professionnels ont constaté en 2008 la « *vidange* » des services de coopération commerciale bien souvent réduits à quelques services (tête de gondole, prospectus, affichage sur lieu de vente, publicité relative à un produit, animation ou NIP avec mandat).

Cette « *vidange* » devrait se poursuivre avec la réduction dans certains concepts nouveaux de vente des assortiments de marques nationales et la désaffection des consommateurs pour les produits de marques nationales communes au profit de produits de marque nationale premier prix (Eco-pack de Danone) ou des produits de marque nationale « haut » de gamme (à volume de vente moins importants mais marge supérieure pour le distributeur).

Cette réduction de la coopération commerciale sera probablement compensée par le développement des ventes via internet ou via les « *scannettes* » de caisses mises à disposition de clients privilégiés. La

question est de savoir où placer les nouveaux services de marketing et télémarketing ouverts par ces nouveaux outils (gestion de base de données de clients, ciblage par catégories d'acheteurs selon leur panier récurrent, marketing adapté par catégorie). Le fournisseur pourra en tirer profit.

Dans le même sens, les marques nationales ont pour certaines l'intention de reprendre le contrôle de leur marketing par des plans promotionnels annuels et donc de limiter les services rendus par le distributeur.

En revanche, la **référence aux services distincts** (ex : établissement de statistiques, réalisation d'analyses, catalogues internes, promotion des produits auprès des réseaux, référencement...) **a été supprimée par la LME**, les accords internationaux relevant de cette catégorie aussi, ce qui ne supprime pas pour autant le risque de voir considérer cette loi comme loi de police.

La loi mentionne aujourd'hui « *les autres **obligations** destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de service, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution* ». Retour au consensualisme, mais surtout ceci peut couvrir ou non les services distincts.

Une certitude : ceci ne concerne pas un produit en particulier (ce qui relève de la coopération commerciale), ni les obligations directement liées à l'achat/vente (ce qui relève des conditions visées au point 1° de l'article L.447-7).

Que reste-t-il alors ? Tout le reste...

Le projet de LME prévoyait que les avantages financiers correspondants aux services distincts devraient figurer sur les factures du fournisseur. Cette proposition casse-tête n'a pas été retenue par le texte définitif, mais la réalité pourrait être tout autre.

Le Gouvernement semblait souhaiter que cette catégorie abreuve des remontées de l'arrière vers l'avant, donc une traduction en remise acquise : les marges arrière passeraient à l'avant sur facture par remise, avec la contrainte de leur description ligne à ligne, ou au moyen de baisse technique de prix.

D'autres préféreraient assurément contenir cette catégorie dans celles des ristournes : de la marge arrière sur facture, mieux, du détachable de l'opération de vente (ou prétendument tel) sur facture.

La question est également fiscale : n'y-a-t-il pas de risques de redressement TVA à intégrer les « autres obligations » sur facture (TVA particulière sur certains produits sur la facture du fournisseur, TVA ordinaire sur les services, normalement facturés par les distributeurs aux fournisseurs selon la circulaire Dutreil I). Le Gouvernement se veut rassurant, promettant une circulaire fiscale.

Il demeure que l'article L.441-7 précise bien, qu'outre les CGV, les « *autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur ou le prestataire de services* » « *concourent à la détermination du prix convenu* ». Ceci laisse présager que ces « autres obligations » devraient remonter sur facture : en remise ou ristourne selon leur date d'acquisition ou plus directement en baisse « technique » de prix.

Enfin, il convient de s'interroger sur la possibilité que **la disparition dans la loi de la catégorie des services distincts puisse ne pas interdire la mise hors contrat unique de certains services « distincts » qui ne seraient pas destinés « à favoriser la relation commerciale » mais aurait un autre objet. Cette faculté demeurerait soumise aux contraintes de la cause et de l'absence d'abus.**

La réforme intervient de surcroît dans un contexte où chaque enseigne a entamé une vaste transformation : concept « *express* », avec réduction des assortiments en marques nationales.

A cela s'ajoutent les réflexions des acteurs sur une réduction des coûts de promotion au profit d'opérations plus rares, mieux ciblées, moins dévorantes en termes de perte de stocks pour le distributeur (voir le fournisseur en cas de retour) sous packs promotion, moins coûteuse pour le fournisseur car le pack + X % ou gratuit requiert des modifications temporaires de processus industriels.

Dans ce contexte, les fournisseurs réagiront pour certains par des baisses techniques en tentant d'éviter que les distributeurs ne réclament en même temps un accroissement de marges arrières ou pour d'autres par le statu quo (car finalement il est difficilement concevable que les services « arrières » soient soumis à des modifications de nature systématiques, chaque année).

Les distributeurs pourront pour leur part mieux justifier la contribution aux services nouveaux de marketing qui permettront aux distributeurs d'adapter leur politique commerciale et marketing.

3) Renforcement des sanctions en cas de violation de l'article L. 442-6

La LME conserve le montant de l'amende civile initialement prévu : celui-ci ne pourra pas être supérieur à deux millions d'euros (pure modification de rédaction puisqu'avant l'on évoquait le terme « excéder »). Toutefois, la juridiction statuant sur le montant de l'amende civile pourra **porter le montant de l'amende au triple du montant des sommes indûment versées. Voici ce qui pourrait compter comme l'arme absolue des fournisseurs, en cas de « déséquilibre significatif », ou de délai de paiement imposé non conforme au plafond légal (article L.442-6 I 2° et II) des droits et obligations contenues par leurs conventions avec les distributeurs.**

Malgré les échecs de la **répétition de l'indu** (jurisprudence Leclerc) à laquelle le Ministre pouvait prétendre en cas de sommes indûment perçues, la LME ne modifie pas l'écueil que constitue à cette répétition de l'indu l'absence fréquente des fournisseurs « lésés » aux procédures menées.

Cependant le caractère autonome de l'action du Ministre admis par la jurisprudence de la Cour de Cassation est consacré par la loi.

4) Création d'une Autorité nationale de la concurrence

Le titre VI du livre IV sur le Conseil de la concurrence du code de commerce est entièrement modifié par la LME afin qu'y soit intégré la création de l'Autorité nationale de la concurrence.

Cette création a pour objectif de fusionner les pouvoirs du Conseil de la concurrence et de la DGCCRF afin de renforcer le système de régulation, de leur attribuer les compétences d'enquêteurs dédiés.

L'Autorité disposera de pouvoirs de sanction renforcés.

Cette nouvelle autorité sera en **charge d'autoriser ou non les concentrations** : elle examinera toutes les demandes d'autorisation relatives aux concentrations et en effectuera le bilan concurrentiel. Cette mission appartenait avant la LME au Ministre chargé de l'économie.

La question reste entière sur les droits de la défense dans ces procédures inquisitoires.

Un projet de décret sur les pouvoirs de transaction et injonction sur les marchés de dimension locale a été diffusé le 17 septembre 2008. Une consultation est lancée par la DGCCRF pour qui souhaite proposer ses observations.

(http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/actualités/docs/consultations_lme.html).

5) Le nouvel aménagement commercial

Il s'agit d'une première phase.

La construction, l'extension, le regroupement (sous certaines conditions) de grandes surfaces passe de 300 à 1 000 m². Dans les communes de moins de 20 000 habitants, le seuil de soumission d'un projet de construction d'une grande surface demeure applicable de 300 à 1 000 m².

Les municipalités peuvent établir des zones d'aménagement commerciales définies en considération des exigences d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement ou de qualité de l'urbanisme spécifiques à certaines parties du territoire. Ces zones ne seront pas définies en fonction des points de vente existants.

Les critères d'examen sont modifiés, sous la pression de la réglementation communautaire notamment :

- 1° En matière d'aménagement du territoire :
 - a) L'effet sur l'animation de la vie urbaine, rurale et de montagne ;
 - b) L'effet du projet sur les flux de transport ;
 - c) Les effets découlant des procédures prévues aux articles L. 303-1 du code de la construction et de l'habitation et L. 123-11 du code de l'urbanisme ;
- 2° En matière de développement durable :
 - a) La qualité environnementale du projet ;
 - b) Son insertion dans les réseaux de transports collectifs.

Ces critères remplacent les critères notamment liés à l'impact global du projet sur la qualité de la desserte en transport public ou avec des modes alternatifs, la densité d'équipement en moyennes et grandes surfaces dans cette zone, et surtout « *l'effet potentiel du projet sur l'appareil commercial et artisanal de cette zone* ». L'impact éventuel en termes d'emploi n'est plus un critère en soi.

Phase 2.

La loi devrait supprimer les conditions économiques pour qu'un point de vente puisse s'implanter. Monsieur Charié, député, doit déposer un rapport portant sur les conditions d'une nouvelle réforme avec le souhait que la création ou l'agrandissement d'une grande surface ne soit soumis qu'à l'obtention du permis de construire. En d'autres mots, la disparition des CDEC...

LME Fiscal

Les principales mesures fiscales de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (publiée au JORF n°181 du 5 août 2008 page 12471) sont les suivantes :

I. Régime des sociétés de personnes

Les SA, SAS et SARL non cotées et créées depuis moins de cinq ans peuvent désormais opter pour le régime des sociétés de personnes, sous les conditions suivantes :

- Le capital doit être détenu à plus de 50 % par des personnes physiques (dont 34 % par les dirigeants de la société et membres du foyer fiscal) ;
- Les participations des véhicules d'investissement ne sont pas pris en compte pour le calcul de ces pourcentages (SCR, FCPR, ...) ;
- L'activité doit être industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale (sont ainsi exclues les sociétés ayant pour activité la gestion de leur patrimoine mobilier ou immobilier, telles que les holdings) ;
- La société doit répondre à la définition des très petites entreprises communautaires (moins de 50 salariés, un chiffre d'affaires ou un total de bilan inférieur à 10 millions d'euros) ;
- La société doit avoir moins de 5 ans et ne pas être cotée sur un marché réglementé.

L'option est valable pour une durée de 5 ans non renouvelable, en sorte qu'à l'expiration de ce délai, la société rentre automatiquement dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés.

Cette option peut présenter un intérêt lorsque les associés envisagent d'appréhender les déficits de la société concernée.

L'option est applicable aux impositions dues au titre des exercices ouverts à compter de la publication de la loi, soit à compter du 5 août 2008.

II. Cession de droits sociaux

Le taux d'imposition de droit commun des cessions de droits sociaux (actions et parts sociales) est désormais fixé à un taux unique de 3 % (plafonné à 5.000 € pour les actions uniquement).

Les cessions de parts sociales continuent à bénéficier de l'abattement proportionnel de 23.000 €.

A défaut de dispositions spécifiques, le nouveau taux est applicable le lendemain de la publication de la loi, soit le 6 août 2008.

III. Cession de fonds de commerce

Le barème de taxation des fonds de commerce est allégé et aménagé de la façon suivante :

- la fraction jusqu'à 23 000 € reste non imposable ;
- la fraction comprise entre 23.000 € et 200.000 € est taxable à 3 % (5 % auparavant pour la fraction au-delà de 23.000 €) ;
- la fraction supérieure à 200.000 € est taxable au taux de 5 %.

A défaut de dispositions spécifiques, le nouveau taux est applicable le lendemain de la publication de la loi, soit le 6 août 2008.

IV. Cession d'entreprises

Un abattement de 300 000 € est appliqué sur l'assiette des droits d'enregistrement dus sur certaines cessions d'entreprises (fonds de commerce ou de clientèle d'une entreprise individuelle ou droits sociaux représentatifs d'un fonds ou d'une clientèle) consenties aux salariés ou à un proche du cédant (conjoint, partenaire d'un PACS, ascendants ou descendants en ligne directe, frères et sœurs).

Les principales conditions sont les suivantes :

- lorsque le fonds, la clientèle, les parts ou les actions concernées ont été acquis à titre onéreux, le cédant doit les avoir détenus depuis au moins deux ans à la date de la cession (cette condition n'est pas requise lorsqu'ils ont été acquis par voie de donation ou succession) ;
- l'acquéreur doit poursuivre pendant au moins 5 ans à compter de la date de la vente l'exploitation du fonds, de la clientèle ou de l'activité de la société dont les titres ont été cédés.

L'abattement s'applique sur la valeur du fonds ou de la clientèle, ou sur la fraction de la valeur des titres représentative du fonds ou de la clientèle.

A défaut de dispositions spécifiques, la mesure est applicable le lendemain de la publication de la loi, soit le 6 août 2008.

V. Réduction d'ISF

Les dispositifs d'exonération (885-I ter) et de réduction (885-0 V bis) d'ISF prévus en faveur des souscriptions de parts de FCPR sont étendus aux souscriptions de parts de FCPR allégés (visés à l'article L 214-37 du Code monétaire et financier).

Cette mesure est applicable aux versements effectués à compter de la promulgation de la loi, soit le 6 août 2008.

VI. Fonds de dotation

Une nouvelle entité juridique a été créée par la loi (article 140 et 141), dénommée « fonds de dotation ». Le fonds de dotation est une nouvelle catégorie de personne morale de droit privé à but non lucratif, dont l'objet est de collecter et de gérer des dons en vue de financer une activité d'intérêt général ou celle d'une personne morale à but non lucratif (universités, musées, associations, hôpitaux, ...).

Le fonds de dotation est soumis au régime fiscal des organismes sans but lucratif. Il est soumis à des obligations d'ordre comptable et requiert l'intervention d'un commissaire aux comptes.

Les versements faits par les particuliers ou les entreprises au profit d'un fonds de dotation ouvrent droit au régime du mécénat (articles 200 et 238 bis du Code général des impôts) et sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit (article 795 du Code général des impôts). A cet égard, il est possible d'utiliser la procédure de rescrit fiscal afin de s'assurer que le fonds de dotation remplit les conditions prévues aux articles 200 et/ou 238 bis du Code général des impôts

Ces nouvelles dispositions sont applicables le lendemain de la publication de la loi, soit le 6 août 2008. Il faudra néanmoins attendre les décrets d'application pour constituer ces fonds de dotation.

VII. BSPCE

Sans véritablement modifier leur régime fiscal, la loi a assoupli les conditions et modalités d'attribution des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise.

Pour mémoire, les conditions requises pour la société afin d'attribuer des BSPCE sont actuellement les suivantes :

- avoir un statut de société par actions (SA, SCA, SAS) et être passible de l'impôt sur les sociétés en France ;
- être immatriculée au registre du commerce et des sociétés depuis moins de 15 ans et ne pas avoir été créée dans le cadre d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités préexistantes ;
- ne pas être cotée ou bien être cotée sur un marché d'instruments financiers réglementé ou organisé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen mais avoir une capitalisation boursière inférieure à 150 millions d'euros ;
- avoir un capital détenu directement et de manière continue pour 25 % au moins par des personnes physiques ou des personnes morales détenues par des personnes physiques (ne sont pas comptabilisées les participations des FCPR, FCPI, des sociétés de capital-risque, etc.).

La loi prévoit désormais, pour l'appréciation du seuil de détention de 25 % au moins du capital par les personnes physiques, que :

- la quote-part du capital détenue par les personnes morales sera comptabilisée lorsqu'elles sont détenues pour au moins 75 % par des personnes physiques (100 % auparavant) ;
- l'exclusion de la participation des véhicules d'investissement (tels que FCPR, FCPI, SCR, etc.) est étendue aux structures étrangères équivalentes, pour autant qu'elles soient établies dans un Etat de l'Union européenne et un Etat ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative.

Ensuite, les sociétés dont la capitalisation boursière franchit le seuil de 150 millions d'euros pourront désormais continuer à attribuer des BSPCE pendant les trois ans au maximum suivant la date du franchissement.

Par ailleurs, alors que le prix d'acquisition des titres souscrits en exercice des bons devait être fixé par l'assemblée générale extraordinaire, cette dernière pourra désormais déléguer au conseil d'administration ou au directoire le soin de fixer ce prix.

De même, il faut rappeler que ce prix d'acquisition devait être au moins égal au prix d'émission des titres de la dernière augmentation de capital intervenue dans les six mois précédant l'émission de bons ; désormais, une telle exigence liée au prix d'acquisition ne sera requise qu'en cas d'émission antérieure de titres conférant des droits équivalents à ceux résultant de l'exercice du bon.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent aux bons attribués à compter du 30 juin 2008 et jusqu'au 30 juin 2011.

LME Corporate

La LME :

- crée un statut d'auto-entrepreneur,
- simplifie l'acte de création d'entreprise,
- accroît la protection de l'entrepreneur individuel,
- entend, en matière de droit des sociétés, simplifier le fonctionnement des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions simplifiée, enfin,
- modifie certaines dispositions applicables aux sociétés anonymes.

Après avoir évoqué le statut de l'entrepreneur, nous vous proposons ci-après un aperçu des principales modifications concernant le droit des sociétés.

Il est à noter que la plupart de ces modifications sont applicables à compter du 1^{er} janvier 2009 et que certaines autres doivent être précisées par décrets devant être publiés avant le 6 février 2009.

I. Statut des « auto-entrepreneurs »

La loi LME crée un statut d'auto-entrepreneur, simplifiant les démarches de création, de gestion et de cessation d'une activité. Les auto-entrepreneurs définis par le code de la sécurité sociale et le code général des impôts, respectant certains critères de chiffres d'affaires, sont dispensés de l'obligation de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés. Les conditions d'application seront précisées par décret et notamment les modalités de déclaration auprès du centre de formalités des entreprises.

Ils peuvent ne pas établir de comptes annuels.

L'auto-entrepreneur est affilié à la sécurité sociale et valide des trimestres de retraite. Les cotisations sociales et contributions fiscales ne sont prélevées qu'à partir du premier euro gagné.

II. Société par actions simplifiée

L'article 59 de la loi LME simplifie le fonctionnement des sociétés par actions simplifiée (SAS) et notamment :

- Supprime le minimum légal du capital social qui sera fixé désormais par les statuts
- Allège les formalités de publicité pour les présidents de société par actions simplifiée personnes physiques qui en sont les associés uniques
- Allège les formalités en matière de dépôt des comptes dans les sociétés par actions simplifiées avec associé unique
- Supprime l'obligation de présence d'un commissaire aux comptes dans les sociétés ne dépassant pas certains seuils qui seront fixés par décret en Conseil d'Etat (bilan, chiffre d'affaires, nombre moyen de salariés) ou n'appartenant pas à une relation de contrôle avec d'autres sociétés, telle que définie par les textes. La nomination des commissaires aux comptes pourra néanmoins être demandée par un ou plusieurs associés représentant aux moins le dixième du capital social.

III. SARL

Un décret fixera un modèle de statuts types de société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance. Ces statuts s'appliqueront sauf si l'entrepreneur produit des statuts différents au moment de son immatriculation.

La société à responsabilité limitée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la gérance, est soumise à des formalités de publicité allégées qui seront précisées par décret. De plus, dans ce cas, le rapport de gestion n'a pas à être déposé au greffe mais il doit être tenu à disposition au siège social.

Dans certains cas, et lorsque les statuts le prévoient, les associés peuvent participer à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification. Les conditions d'application de cette faculté seront précisées par décret.

IV. Actions des administrateurs

La qualité d'actionnaire ne sera plus une condition obligatoire pour être administrateur dans les sociétés anonymes. Les statuts peuvent déterminer un minimum d'actions à posséder par les administrateurs.

V. Droit de vote double

Sous réserve des exceptions prévues par les textes, les actions converties au porteur ou transférées en propriété, perdront le droit de vote double.

VI. Rachat d'actions des sociétés cotées sur « système multilatéral de négociations »

La loi LME introduit un nouvel article L 225-209-1 pour les sociétés cotées sur un système multilatéral de négociations présentant des caractères précisés dans le texte (ex : Alternext). Cet article organise le rachat par ces sociétés de 10% du capital dans le but spécifique de favoriser la liquidité des titres de la société. Cette disposition est d'application immédiate.

VII. Actions de préférence

D'après l'article 57 de la loi LME, les actions de préférence sans droit de vote sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulation contraire des statuts.

La procédure d'évaluation d'avantages particuliers au profit de personnes dénommées par un commissaire aux apports ne s'appliquera pas aux émissions ultérieures d'actions de préférence de la même catégorie.

Les droits des titulaires d'actions de préférence et des titulaires de valeurs mobilières (article L 228-98 du code de commerce) sont précisés.

VIII. Commissaires à la fusion

La loi LME permet, lorsqu'une opération de fusion comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, que les actionnaires de l'ensemble des sociétés participant à l'opération ne désignent pas un commissaire à la fusion. Dans ce cas, un commissaire aux apports devra être nommé. Cette disposition est d'application immédiate.

Le gouvernement est en outre habilité à prendre certaines mesures par ordonnance, dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi.

LME Consommateurs (SAV, Hot-lines)

I. Clauses abusives

La liste des clauses abusives faisant l'objet d'une annexe au code de la consommation va être supprimée pour être remplacée par un décret qui déterminera une liste de clauses **présumées abusives** pour lesquelles, en cas de litige, le professionnel **devra apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse**.

Nouveauté : certains **types de clauses, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat**, seront regardées, **de manière irréfragable, comme abusives**. (article L.132-1 C. Cons.).

Ce dispositif renforce le virage amorcé par la loi Chatel (Article L141-4 C. Cons.) qui permet au juge de **soulever d'office** toutes les dispositions du code dans les litiges nés de son application.

II. La LME modifie les règles relatives aux prestations de services après-vente dès le 1^{er} octobre 2008

Une nouvelle section est ajoutée :

« Art. L. 211-19. – **Les prestations de services après-vente exécutées à titre onéreux par le vendeur et ne relevant pas de la garantie commerciale** visée à la section 3 **font l'objet d'un contrat dont un exemplaire est remis à l'acheteur**.

« Art. L. 211-20. – **La mise en service effectuée par le vendeur comprend l'installation et la vérification du fonctionnement de l'appareil**.

« La livraison ou la mise en service s'accompagne de la remise de la notice d'emploi et, s'il y a lieu, du certificat de garantie de l'appareil.

« Art. L. 211-21. – Le vendeur indique par écrit à l'acheteur lors de son achat, s'il y a lieu, le coût de la livraison et de la mise en service du bien.

« Un écrit est laissé à l'acheteur lors de l'entrée en possession du bien, mentionnant la possibilité pour l'acheteur de formuler des réserves, notamment en cas de défauts apparents de l'appareil ou de défaut de remise de la notice d'emploi.

« Art. L. 211-22. – **Lorsqu'il facture des prestations de réparation forfaitaires, le vendeur doit, par écrit, informer l'acheteur de l'origine de la panne, de la nature de l'intervention et des pièces ou fournitures remplacées.** »

Ces textes sont à mettre en perspective avec les droits des consommateurs renforcés depuis la création de la garantie de conformité de 2 ans (article L.211-4 C. Cons.).

II. La fin des hot-lines surtaxées

La Loi Châtel du 3 janvier 2008, applicable depuis le 1^{er} juin 2008, a imposé aux opérateurs de télécommunications d'offrir à leurs clients **la gratuité du temps d'attente en cas d'appel téléphonique** pour obtenir **"un service après-vente, un service d'assistance technique ou tout autre service chargé du traitement des réclamations se rapportant à l'exécution du contrat"** (article L. 121-84-5 du Code de la consommation).

En outre, la Loi Châtel a également prévu, en matière de vente à distance, que *"les moyens de communication permettant au consommateur de suivre l'exécution de sa commande, d'exercer son droit de rétractation ou de faire jouer la garantie ne supportent que des coûts de communication, à l'exclusion de tout coût supplémentaire spécifique"* (article L. 121-19 III du Code de la consommation). C'était la fin des appels surtaxés en matière de vente à distance.

La LME, pour sa part, généralise cette règle en insérant un nouvel article L. 113-5 au Code de la consommation, selon lequel *"le numéro de téléphone destiné à recueillir l'appel d'un consommateur en vue d'obtenir la bonne exécution d'un contrat conclu avec un professionnel ou le traitement d'une réclamation ne peut pas être surtaxé. Il est indiqué dans le contrat et la correspondance."*

Cet article s'applique donc à tous les professionnels qui mettent en place un service de "hotline" et non plus seulement aux seuls opérateurs de télécommunications ni aux seuls commerçants à distance.

Cet article entrera en vigueur le 1er janvier 2009 et sera applicable à tous les contrats en cours à cette date.

LME Social

I. Un élargissement du champ d'application du « rescrit social »

La procédure de « rescrit social » permet aux entreprises d'interroger les organismes sociaux (URSSAF notamment) afin de connaître leurs positions officielles concernant certaines situations auxquelles elles sont confrontées au regard de certaines législations relatives aux cotisations et contributions sociales.

Exemple : vous envisagez de racheter les jours RTT d'un cadre au forfait et vous souhaitez être certain que vous bénéficierez des exonérations de cotisations sociales. Vous pouvez demander préalablement à l'URSSAF de prendre position.

L'entreprise bénéficiaire d'une appréciation obtenue dans ce cadre est garantie contre tout redressement de cotisations et contributions sociales fondé sur la législation au regard de laquelle sa situation a été appréciée.

La LME a considérablement élargi le champ d'application de cette procédure. Ainsi, à compter du 1^{er} janvier 2009, les entreprises pourront former une demande de rescrit (c'est-à-dire, concrètement, interroger l'URSSAF par exemple) portant sur :

- L'ensemble des exonérations de sécurité sociale : dispositifs généraux d'allègements de cotisations sociales, déduction de cotisations patronales et réduction de cotisations salariales liées aux heures supplémentaires, exonérations en cas de rachat de jours RTT, etc.
- Les contributions des employeurs concernant la taxe sur les contributions au bénéfice des salariés pour le financement des prestations complémentaires de prévoyance, la contribution sur les abondements des employeurs aux Perco, etc.

- Les exemptions d'assiette pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales. Il s'agit par exemple des contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance.
- Les dispositifs d'aide en faveur de l'emploi.

II. Un lissage des seuils d'effectifs

La LME instaure un dispositif qui tend à geler puis étaler les conséquences du franchissement par les entreprises des seuils de 10 et 20 salariés.

- Participation au financement de la formation.

Rappelons que toutes les entreprises sont normalement assujetties à l'obligation de participer au financement de la formation professionnelle.

Le taux est de 0,55% de la masse salariale si l'entreprise emploie moins de 10 salariés, 1,05% si l'entreprise emploie de 10 à 19 salariés, 1,6% à partir de 20 salariés.

Avant la loi, les entreprises qui dépassaient le seuil de 20 salariés étaient soumises à un régime transitoire avec une augmentation progressive de la cotisation.

La LME instaure un dispositif plus favorable sur 6 ans.

Pendant les années 2008, 2009, 2010 un système de gel de la cotisation est instauré : le taux reste à 1,05% même si l'entreprise emploie 20 salariés et plus.

Les 4^{ème}, 5^{ème} et 6^{ème} années, les employeurs sont assujettis à la participation incombant aux entreprises d'au moins 20 salariés minorée d'un pourcentage non encore fixé.

➤ Réduction dite « Fillon » :

L'application du coefficient majoré de la réduction dite « Fillon » (0,281) pour les entreprises de 1 à 19 salariés est maintenu pendant 3 ans pour les entreprises qui atteignent ou franchissent le seuil de 19 salariés pour la première fois en 2008, 2009 ou 2010.

➤ Heures supplémentaires

Ce lissage des seuils d'effectif concerne également la déduction forfaitaire de cotisations patronales sur les heures supplémentaires : la majoration de déduction de 1 euros continue de s'appliquer pendant 3 ans suivant le dépassement du seuil de 20 salariés.

III. La journée de solidarité

Il n'est plus possible de prévoir que la journée de solidarité pourra être accomplie en renonçant à un jour de RTT.

LME IP

La LME contient les dispositions suivantes relatives à la propriété intellectuelle :

- la brevetabilité de la seconde application thérapeutique ;
- la possibilité de procéder à la limitation des revendications ;
- le droit pour le licencié non inscrit de se joindre à l'action en contrefaçon engagée par le titulaire d'un titre de propriété industrielle ;
- l'indication expresse que seul les tribunaux de grande instance (TGI) sont compétents en matière de droit d'auteur ;
- pour les indications géographiques, l'introduction des règles de compétence (TGI spécialisés) similaires à celles prévues pour les autres droits de propriété industrielle ;
- le droit pour le gouvernement de légiférer sur de nombreuses questions de propriété intellectuelle par la voie d'ordonnances.

Cette publication est éditée par Redlink. Elle a pour objectif d'informer ses lecteurs de manière générale. Elle ne peut en aucun cas se substituer à un conseil délivré par un professionnel en fonction d'une situation donnée. Un soin particulier est apporté à la rédaction de cette publication, néanmoins Redlink décline toute responsabilité relative aux éventuelles erreurs et omissions qu'elle pourrait contenir. Reproduction même partielle strictement interdite.

Redlink Société d'avocats

78, avenue Raymond Poincaré - 75116 Paris, France

Tél : +33 (0) 1 73 31 00 00 - Fax : +33 (0) 1 73 31 00 30

contact@redlink.fr - Toque J044

SELARL au capital de 20.000 EUR - RCS Paris 500 797 139

Membre d'une association agréée acceptant le règlement par chèque