

La Lettre de Lyon

Juillet 2007

Sommaire

▼	Edito	2
▼	Le dossier	3
	La fiducie	3
▼	Fiscalité	4
	Réforme des règles de déduction de la TVA	4
	Retenue à la source sur dividendes versés à une société mère de la Communauté Européenne	4
▼	Droit social	4
	Courrier personnel et respect de la vie privée	4
▼	Droit des affaires	5
	Violation d'un pacte de préférence	5
▼	Droit pénal des affaires	5
	Contrat de prêt : rappel des éléments constitutifs de l'abus de confiance	5
	Délais de livraison et délit de publicité trompeuse	5
▼	Droit public des affaires	6
	Permis à point : droit d'information	6
▼	Propriété industrielle et Contrats	6
	Les prix prédateurs	6

Edito

Chers lecteurs,

Nous avons le plaisir de vous adresser le nouveau numéro de notre newsletter pour le mois de Juillet 2007.

Les Avocats de notre Cabinet ont sélectionné pour vous , plusieurs sujets d'actualité dans chacun des domaines de spécialité traités par notre Cabinet.

Nous vous souhaitons bonne lecture.

Jérôme Lucas

Avocat Associé

lalettre@bfl-avocats-lyon.com

Le dossier

LA FIDUCIE

ENFIN LA FIDUCIE... MAIS POUR QUOI FAIRE ?

La loi n°2007-211 du 19 février 2007 a consacré la fiducie dans le système juridique français, en créant les articles 2011 à 2031 du Code civil.

Ce texte a reçu un accueil mitigé, entre surprise et soulagement de voir la fiducie enfin reconnue en droit français, et déception à la lecture d'un texte moins ambitieux que le projet de loi initial.

Le mécanisme

La fiducie est donc « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, (...) à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. » (2011 CC).

Il s'agit ainsi d'une opération triangulaire impliquant le transfert de la propriété de biens du constituant au fiduciaire, à charge pour ce dernier de les restituer au bénéficiaire à l'expiration du contrat de fiducie.

Formalisme et restrictions

Le constituant, et c'est là une des faiblesses du texte, ne peut être qu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés. Cette restriction témoigne du souci du législateur de protéger les personnes physiques de tout contournement des règles civiles de dévolution successorale et surtout de sa méfiance à l'égard d'une fiducie potentiellement vecteur d'évasion fiscale.

La fiducie « transmission » ou « libéralité » est donc expressément exclue, le contrat de fiducie étant « nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public » (2013 CC).

De même la qualité de fiduciaire est réservée à quelques catégories de personnes, principalement certains établissements de crédit, certaines sociétés d'investissement, certaines entreprises d'assurance (2015 CC).

Quant au bénéficiaire, il peut s'agir de toute personne physique ou morale. Il peut notamment s'agir du constituant ou du fiduciaire.

Les usages possibles

Deux utilisations possibles semblent se dégager.

Au titre d'une **fiducie « gestion »**, le constituant transfère au fiduciaire la propriété de biens que ce dernier s'engage à gérer, en principe contre rémunération, pour le compte du bénéficiaire.

Ce type de fiducie pourrait ainsi favoriser la gestion de participations sans création de holding, ou encore les opérations de *defeasance* : transfert d'un ensemble de dettes et d'actifs au fiduciaire, chargé du service de la dette, le constituant se concentrant sur ses actifs « porteurs » et son redressement.

Quant à la **fiducie « sûreté »**, par laquelle un débiteur transfère à son créancier, en garantie du remboursement de sa dette, la propriété d'un bien, on ne peut qu'en déplorer les limites, les qualités de constituant et de fiduciaire étant très restrictivement définies.

Néanmoins, ce mécanisme devrait trouver son utilité dans le domaine des syndications bancaires : la banque « chef de file » serait ainsi désignée en qualité de fiduciaire, chacun des membres du pool bancaire revêtant la qualité de bénéficiaire.

De même, la fiducie transférant les biens objet de contrat dans le patrimoine du fiduciaire, représente une sûreté très efficace, ces biens échappant en principe aux créanciers du constituant, sauf en cas de constitution de la fiducie en période suspecte.

Ainsi, et si l'on peut regretter la timidité du législateur, la fiducie constitue bien un nouvel outil de financement des entreprises, dont il conviendra cependant de ne pas abuser, à peine de vider le patrimoine du constituant de sa substance et compromettre en cas de difficultés le financement d'une période d'observation. ■

Philippe Calard
Stéphane Oddos

Fiscalité

Réforme des règles de déduction de la TVA

Le décret n°2007-566 du 16 avril 2007 a procédé à la refonte des règles de déduction de la TVA.

Ainsi, **à compter du 1^{er} janvier 2008**, la taxe déductible relative à chaque bien ou service devra être déterminée en proportion de son « coefficient de déduction », formule synthétique tenant compte à la fois de son degré d'utilisation pour des opérations ouvrant droit à déduction et des restrictions éventuelles. Résultant du produit de trois coefficients, respectivement d'assujettissement, de taxation et d'admission qui expriment toute la diversité des situations rencontrées, ce

coefficient de déduction permet à la fois de déterminer les montants de taxe déductible et, au travers de ses variations, les régularisations de taxe auxquelles l'assujetti est tenu. Cette réforme ne devrait pas modifier de manière sensible le quantum du droit à récupération des entreprises. Mais, elle implique de mettre en place une **nouvelle approche pratique de la gestion des droits à déduction** et, en particulier, une révision des systèmes d'informations. Notre cabinet organisera au mois de septembre un petit-déjeuner d'information sur ce thème. ■

Retenue à la source sur dividendes versés à une société mère de la Communauté européenne

En principe, une société française est tenue d'acquiescer une retenue à la source sur les dividendes versés à une société mère de la Communauté européenne, lorsque le régime d'exonération prévu par la directive mère-filiale et codifié à l'article 119 ter du CGI n'est pas applicable, en particulier lorsque le taux de détention minimum de 15 % n'était pas atteint. Un tel dispositif a été considéré comme contraire au droit communautaire dans le cas où la société mère, si elle était établie en

France, bénéficierait de l'exonération des sociétés mères. Ainsi, dans une instruction 4 C-7-07 du 11 mai 2007, l'administration fiscale a modifié le traitement fiscal de ces distributions de source française. Elle admet désormais **d'exonérer de retenue les dividendes afférents à une participation de plus de 5 %** lorsqu'ils sont versés à une société mère qui ne peut imputer cette retenue dans son Etat de résidence. ■

Emmanuel Faury
Jérémy Duret

Droit social

Courrier personnel et respect de la vie privée

Un chauffeur de direction, s'est fait adresser sur son lieu de travail, sous enveloppe comportant pour seules indications son nom, sa fonction et l'adresse de l'entreprise, une revue destinée à des couples échangistes à laquelle il était abonné. Conformément à la pratique habituelle et connue de l'intéressé, l'enveloppe a été ouverte par le service du courrier, puis déposée avec son contenu au standard à l'intention de son destinataire. D'autres employés s'étant offusqués de la présence de ce magazine dans un lieu de passage, l'employeur a engagé contre le salarié une procédure disciplinaire qui a abouti à sa rétrogradation avec réduction de salaire. L'intéressé a signé en conséquence un avenant à son contrat de travail. Il reproche à l'employeur d'avoir pris connaissance d'une correspondance adressée à titre personnel et de l'avoir sanctionné disciplinairement en raison du contenu de cette correspondance. Pour rejeter la demande d'annulation de la sanction disciplinaire, la Cour d'appel avait retenu qu'il était patent que le document litigieux, particulièrement obscène, avait provoqué un trouble dans l'entreprise, porté atteinte à son image de marque et eu inévitablement un retentissement certain sur la personne même de son directeur dont le salarié était le chauffeur et donc un proche collaborateur. La Cour de cassation rejette sa demande sur un premier point et précise « *que le pli litigieux était arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel ; il se déduit que cet envoi avait pu être*

considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite. » Cependant, la Cour ajoute « *d'une part, qu'un trouble objectif dans le fonctionnement de l'entreprise ne permet pas en lui-même de prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de celui par lequel il est survenu, d'autre part, que la réception par le salarié d'une revue qu'il s'est fait adresser sur le lieu de son travail ne constitue pas un manquement aux obligations résultant de son contrat, et enfin, que l'employeur ne pouvait, sans méconnaître le respect dû à la vie privée du salarié, se fonder sur le contenu d'une correspondance privée pour sanctionner son destinataire, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* » En conclusion, un employeur peut donc **ouvrir** un pli dépourvu de mention relative à son caractère professionnel et le fait pour un salarié de se faire adresser du courrier sur son lieu de travail ne constitue pas un manquement à son contrat de travail. Néanmoins, l'employeur **ne peut pas se fonder sur le contenu** d'une correspondance privée pour **sanctionner disciplinairement** le salarié. En revanche, il aurait éventuellement pu prendre une mesure non disciplinaire, tel qu'un licenciement non fautif pour cause réelle et sérieuse, si le fait de vie personnelle avait provoqué au sein de l'entreprise un trouble objectif dans son fonctionnement. ■

Françoise Albrieux
Guillaume Bossy

La Lettre de Lyon
Juillet 2007

CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

Droit des affaires

Violation d'un pacte de préférence

En cas de violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire dont les droits ont été méconnus peut désormais être **substitué à l'acquéreur**. Pour obtenir ce résultat, le bénéficiaire doit, selon la Cour de cassation, établir que l'acquéreur avait connaissance, au jour du contrat, de l'existence du pacte de préférence mais aussi de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Une gageure...

Les **difficultés probatoires** liées à cette jurisprudence ne sont toutefois pas insurmontables, comme en atteste un arrêt du 14 février 2007 de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation. Pour

caractériser la connaissance par l'acquéreur de l'existence du pacte, la Cour note qu'un exemplaire d'un contrat de bail rapportant ledit pacte lui avait été remis. Quant à la seconde condition, elle est jugée satisfaite dès lors que l'acquéreur savait qu'un représentant du bénéficiaire avait exprimé, au cours d'une procédure judiciaire, sa volonté d'acquérir, même si le tiers acquéreur n'était pas partie à l'instance. ■

Jérôme Lucas
Guillaume Gauthier

Droit pénal des affaires

Contrat de prêt : rappel des éléments constitutifs de l'abus de confiance

Dans un arrêt du 14 février 2007, la Cour de cassation rappelle que l'infraction d'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire, c'est-à-dire sans transfert de propriété.

Une banque avait consenti un prêt destiné à financer la construction de deux villas. L'emprunteuse ayant cessé de s'acquitter du montant de ses mensualités, une procédure de saisie immobilière fut diligentée. **Il apparut que les fonds prêtés avaient été utilisés pour d'autres opérations immobilières.**

La banque déposa plainte pour abus de confiance. La Cour d'appel condamna l'emprunteuse,

jugeant qu'elle n'avait pas respecté l'obligation contractuelle d'affecter les fonds à la construction des villas.

La Cour de Cassation censure la Cour d'appel, rappelant que la prévenue est devenue propriétaire des fonds prêtés et que **l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire.**

Cet arrêt est important, puisqu'il confirme que la remise de fonds par la banque prêteuse emporte transfert de propriété, exclusif de l'abus de confiance. ■ (Cass. crim, 14 février 2007, n° 06-82.283)

Xavier Vahramian

Délais de livraison et délit de publicité trompeuse

L'article L 121-1 du Code de la consommation interdit toute publicité « *comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, (...) fausses ou de nature à induire en erreur* ». La question posée à la Cour d'appel de Lyon était de savoir si **le fait de ne pas respecter les délais de livraison mentionnés dans les conditions générales de ventes constituait un délit de publicité trompeuse.**

Les juges répondent par l'affirmative. En l'espèce, le site "Père-Noël.fr" vendait du matériel informatique et s'engageait à le livrer entre deux et dix jours. L'indication de délais de livraison attractifs s'étant révélée fausse, les juges de première instance ont estimé que la société était coupable de publicité mensongère.

En appel, le prévenu soutenait que les délais affichés n'avaient qu'une valeur indicative et invoquait la circonstance d'une rectification postérieure par courrier électronique. La Cour d'appel rejeta ces arguments.

Par conséquent, doit être considérée comme publicité **tout élément d'information** qui permet aux clients de se faire une opinion sur les caractéristiques du bien ou du service proposé.

En outre le délit de publicité mensongère est un délit instantané et l'éventuelle rectification postérieure est indifférente. ■ (CA Lyon, 7 Mars 2007, Ministère public et parties civiles c/ Thomas C)

Xavier Vahramian

Droit public des affaires

Permis à points : droit à l'information

Rappelons que le permis à points est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1992 et qu'il a depuis lors fait l'objet de nombreuses contestations. La mise en oeuvre du permis à points, qu'il soit devenu définitif ou seulement probatoire, s'inscrit dans un schéma législatif précisé par le pouvoir réglementaire

Le retrait de points est porté à la connaissance de l'intéressé par lettre simple quand il est effectif.

Le juge administratif veille tout particulièrement au droit à l'information qu'il a érigé au rang de garantie essentielle donnée à l'auteur de l'infraction pour lui permettre d'en contester la réalité et d'en mesurer les conséquences sur la validité de son permis. La mise en oeuvre de ce droit conditionne la régularité de la procédure suivie et la **légalité du retrait de points** (CE, avis n° 220331, 28 juill. 2000, Boulay).

Il appartient à l'administration d'apporter la preuve, par tout moyen, qu'elle a satisfait à l'obligation d'information prévue par les articles L. 223-3 et R. 223-3 du Code de la route. La copie du procès-verbal relatif à une infraction et une enquête diligentée auprès des officiers du ministère public sont des moyens jugés probants (CE, 7 déc. 2005, n° 280985, Salem).

Ces dernières années, les titulaires concernés par la perte de leur point se trouvaient en grande difficulté pour connaître le solde de leur point et donc mettre en oeuvre ce droit à l'information.

Cette lacune est désormais réparée puisque depuis le 2 juillet dernier, les titulaires de permis de conduire toutes catégories confondues peuvent consulter leur solde de points à tout instant et en toute confidentialité sur le site du ministère de l'Intérieur.

Désormais, le service baptisé "**Télépoints**" est mis à la disposition des usagers et leur donne accès à cette information.

En 2006, huit millions de points ont été retirés et 69.000 permis invalidés à la suite de la perte des douze points, alors que 1.140.000 points ont été rétablis.

Ce service est confidentiel et seul le titulaire du permis pourra y avoir accès via un numéro de dossier et un code confidentiel qui figurent exclusivement sur le relevé intégral de chaque dossier de permis de conduire. Ce relevé intégral comporte la date et la nature des infractions ayant donné lieu à retrait de points.

Pour obtenir ce document, le conducteur doit se rendre en préfecture ou en sous-préfectures déjà reliées au système central du permis ou l'obtenir par courrier. ■

Michaël Karpenschif
Raphaëlle Cadet

Propriété industrielle et Contrats

Les Prix Prédateurs

Confrontée à l'expiration d'un certificat de protection complémentaire sur un de ses produits pharmaceutiques phare, le laboratoire GlaxoSmithKline a tenté d'endiguer l'arrivée sur le marché d'un produit générique concurrent fabriqué par la société Favelab en diminuant nettement le prix de ses produits.

Cette pratique qui a conduit la société Favelab à quitter le marché et à l'impossibilité pour tout concurrent d'y rentrer du fait de leur incapacité à aligner leurs prix sur ceux pratiqués par le laboratoire présent, a été suivi d'une augmentation sensible de ses tarifs par GlaxoSmithKline afin de compenser les pertes subies et de tirer profit du monopole ainsi acquis.

Cette pratique a été condamnée par le Conseil de la Concurrence. Le Conseil, après s'être lui-même saisi de l'affaire, a sanctionné par une décision en date du 14 mars 2007, pour la première fois en France, comme un abus de position dominante la pratique des prix prédateurs.

Le Conseil reproche au laboratoire d'avoir commercialisé le produit en question à des prix infé-

rieurs à son prix d'achat afin de décourager toute nouvelle entrée sur le marché correspondant. Selon le Conseil cette politique s'est inscrite dans une stratégie globale d'intimidation visant à décourager les fabricants de produits génériques d'entrer sur le marché constituant ainsi une atteinte grave à l'économie du secteur.

La sanction prononcée a pris en compte la gravité de l'atteinte constatée par le Conseil puisque le laboratoire GlaxoSmithKline s'est vu infligé une amende **de 10 millions d'euros** assorti de diverses obligations de publication de la décision.

Le laboratoire GlaxoSmithKline a fait appel de cette décision en contestant les faits et la sanction.

Dans tous les cas, cette décision rappelle que tout acteur économique disposant d'une position dominante sur un marché même réduit doit pouvoir justifier de sa politique tarifaire afin de ne pas entraver le libre jeu de la concurrence ■

Jean-Guillaume Monin
Laurent Romano
Alexandre Charlaix
Solène Vilfeu

Avertissement légal

Ce bulletin d'information ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

Titularité des droits

Ce bulletin d'information est la propriété de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

Directeur de la publication

Jérôme Lucas

© CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

Ce bulletin d'informations est réservé aux clients de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon et à toute personne en ayant exprimé la demande. Sa reproduction est autorisée sous réserve de la mention de la source. Les éléments d'information contenus dans le présent bulletin ne peuvent permettre à eux seuls d'arrêter une décision.

CMS BUREAU FRANCIS LEFEBVRE LYON

174, rue de Créqui, 69396 Lyon Cedex 03, France

Tel. : +33 4 78 95 47 99 - 04 72 61 84 27

CMS Bureau Francis Lefebvre est membre de CMS, alliance de grands cabinets d'avocats européens offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 3800 collaborateurs, dont plus de 2000 avocats et 575 associés, CMS s'appuie sur 47 implantations dans le monde.

CMS Bureau Francis Lefebvre is a member of CMS, the alliance of major European law firms providing businesses with legal and tax services across Europe and beyond. Operating in 47 business centres around the world, CMS has over 575 partners, more than 2,000 legal and tax advisers and a total complement of over 3,800 staff.

Cabinets membres de CMS / CMS member firms:

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, CMS Bureau Francis Lefebvre, CMS Cameron McKenna LLP, CMS DeBacker, CMS Derks Star Busmann, CMS von Erlach Henrici, CMS Hasche Sigle, CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Implantations mondiales principales

et secondaires de CMS / CMS offices

and associated offices worldwide: **Berlin,**

Brussels, London, Madrid, Paris, Rome,

Utrecht, Vienna, Zurich, Aberdeen, Ams-

terdam, Antwerp, Arnhem, Beijing,

Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest,

Budapest, Buenos Aires, Casablanca,

Chemnitz, Cologne, Dresden, Dusseldorf,

Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Hilversum,

Hong Kong, Leipzig, Lyon, Marbella, Milan,

Montevideo, Moscow, Munich, New York,

Prague, Sao Paulo, Seville, Shanghai, Sofia,

Strasbourg, Stuttgart, Warsaw and Zagreb.

www.cms-bfl.com