

LETTRE D'INFORMATION JURIDIQUE

Numéro 11

Mai 2004

Nous avons le plaisir de vous remettre une nouvelle édition de notre lettre d'information juridique.

Comme nos précédentes lettres d'information, nous y aborderons des questions juridiques d'actualité ou liées à des problématiques que vous pourriez être amenés à rencontrer.

N'hésitez pas à nous faire part de vos commentaires et/ou questions.

Cette lettre d'information est également disponible en anglais et en italien

DANS CE NUMERO :

DROIT FISCAL ET DROIT SOCIAL

Le nouveau régime fiscal et social des avantages en nature et des frais professionnels

DROIT FISCAL

L'exit tax déclarée contraire au droit communautaire

DROIT DE LA CONCURRENCE

Relèvement du seuil de notification des concentrations à 50 millions d'euros

Instauration d'une procédure accélérée pour les accords d'importance mineure

DROIT DES SOCIÉTÉ

Approbations des comptes de l'exercice 2003 :

Le rapport du Président sur les travaux du conseil et sur les procédures de contrôle interne

LES DÉPARTEMENTS DU CABINET

BERSAY & ASSOCIES

Société d'Avocats

31, avenue Hoche

75008 Paris

Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00

Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

Télécopie : 33 (0)1 56 88 10 49

www.bersay-associés.com

cb@bersay-associés.com

DROIT FISCAL ET DROIT SOCIAL

Le nouveau régime fiscal et social des avantages en nature et des frais professionnels

Dans une instruction en date du 6 février 2004, la Direction Générale des Impôts présente le nouveau régime fiscal des avantages en nature et des indemnités pour frais professionnels. Ce régime a été modifié suite à l'entrée en vigueur de la réforme de l'évaluation des avantages en nature et des frais professionnels intervenue en matière sociale en application de deux arrêtés des 10 et 20 décembre 2002.

Le nouveau régime social et fiscal est applicable rétroactivement à compter du 1^{er} janvier 2003.

1. Le régime social et fiscal des avantages en nature

Les avantages en nature consistent dans la fourniture ou la mise à disposition d'un bien ou d'un service, permettant au salarié de faire l'économie de frais qu'il aurait dû normalement supporter et qui doivent être réintégrés dans sa rémunération.

En matière sociale, le régime précédent prévoyait des règles d'évaluation forfaitaires pour les avantages de nourriture et de logement en fonction d'un **minimum garanti** (MG).

Cette référence au MG est désormais supprimée, la revalorisation de ces montants s'effectuant au 1^{er} janvier de chaque année en fonction de l'évolution des prix à la consommation des ménages hors tabac.

En outre, le dispositif de l'évaluation forfaitaire concerne tous les salariés **sans distinction de niveau de rémunération ou de statut**.

Malheureusement, on notera que ces distinctions n'ont pas été abandonnées **en matière fiscale**, ce qui va à l'encontre de la volonté de clarification et de simplification des réformes engagées.

Nourriture

En matière sociale, le forfait est maintenant commun à tous les salariés, que leur rémunération dépasse ou non le plafond de la sécurité sociale.

La fourniture du repas est évaluée forfaitairement à 8 euros par jour en 2003 et à la moitié de ce montant pour un repas, soit 4 euros (pour 2004, ces montants sont respectivement de 8,10 euros et 4,05 euros).

En matière fiscale, il convient de distinguer les deux cas suivants :

- pour les salariés dont la rémunération en espèces n'excède pas le plafond de la sécurité sociale (29.184 euros pour 2003 et 29.712 euros en 2004), il est fait application des règles prévues en matière de sécurité sociale ;
- pour les salariés dont la rémunération en espèces est supérieure au plafond de la sécurité sociale, on retient en principe la valeur réelle de l'avantage en nature. Toutefois, à titre de règle pratique, et comme auparavant, il sera admis que l'avantage en nourriture soit également évalué dans ces hypothèses selon les règles applicables pour les cotisations de sécurité sociale.

Un autre point important doit être souligné : il n'est plus désormais demandé aux entreprises d'inclure dans l'assiette des cotisations l'avantage en nature nourriture en cas de prise en charge des frais des salariés en déplacement professionnel.

Jusqu'à présent, il y avait lieu de le faire chaque fois que l'employeur remboursait au salarié en déplacement professionnel ses frais de repas pour un montant excédant la limite d'exonération tout en justifiant ce dépassement.

Logement

En droit social, pour les travailleurs salariés et assimilés auxquels l'employeur fournit le logement, l'estimation de l'avantage en nature est évaluée forfaitairement (forfait fixé d'après un barème en huit tranches établi en pourcentage du plafond mensuel de sécurité sociale, du nombre de pièces et de l'année considérée, sa mise en œuvre s'effectuant progressivement sur 5 ans, de 2003 à 2007).

Elle peut également être calculée **sur option de l'employeur**, d'après la valeur locative servant à l'établissement de la taxe d'habitation dans les conditions prévues aux articles 1496 et 1516 du CGI et d'après la valeur réelle pour les avantages accessoires.

En droit fiscal, il convient de distinguer les deux hypothèses suivantes :

- lorsque la rémunération est inférieure ou égale au plafond de la sécurité sociale, l'avantage logement est évalué comme en matière de sécurité sociale ;
- lorsque la rémunération est supérieure au plafond de la sécurité sociale, on retient en principe la valeur réelle de l'avantage en nature. Toutefois, à titre de règle pratique, il est admis comme précédemment, que l'avantage est réputé égal à la valeur locative cadastrale.

Véhicule

En matière sociale, la possibilité de recourir à l'évaluation forfaitaire est étendue. Ainsi, lorsque l'employeur met à la disposition permanente du travailleur salarié ou assimilé un véhicule, l'avantage en nature constitué par l'utilisation privée du véhicule est évalué, **sur option de l'employeur** :

- sur la base des dépenses réellement engagées ou,
- sur la base d'un forfait annuel estimé en pourcentage du **coût d'achat** du véhicule ou du coût global annuel comprenant la location, l'entretien et l'assurance du véhicule en location ou en location avec option d'achat, toutes taxes comprises.

En droit fiscal, il convient de distinguer :

- lorsque la rémunération est inférieure ou égale au plafond de la sécurité sociale, il est fait application des règles prévues en matière de sécurité sociale ;
- lorsque la rémunération est supérieure au plafond de la sécurité sociale, on retient en principe la valeur réelle de l'avantage. Toutefois, à titre de règle pratique, il est admis que l'avantage constitué par la mise à disposition d'un véhicule puisse, comme auparavant, être évalué selon le barème fiscal du prix de revient kilométrique publié annuellement par l'administration.

Outils issus des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication

En matière sociale, l'employeur pourra recourir à une évaluation forfaitaire pour l'utilisation d'outils issus des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC).

Lorsque dans le cadre de l'activité professionnelle du travailleur salarié ou assimilé, l'employeur met à la disposition permanente de ce dernier des outils issus des NTIC et dont l'usage est en partie privé, l'avantage en nature constitué par cette utilisation privée est évalué sur option de l'employeur :

- sur la base des dépenses réellement engagées ou ;
- sur la base d'un forfait annuel estimé à 10% du coût d'achat ou, le cas échéant, de l'abonnement, toutes taxes comprises.

En matière fiscale, il faut distinguer :

- l'hypothèse où la rémunération du salarié en espèces n'excède pas le plafond de la sécurité sociale et pour laquelle il est fait application des règles sociales ;
- dans le cas inverse, l'estimation de l'utilisation privée des outils issus des NTIC est, en principe, effectuée d'après leur valeur réelle. Il est cependant admis que cet avantage soit en pratique, égal au forfait de 10 %, lorsque la mise à disposition de tels outils est justifiée par la nature même de l'activité exercée par les intéressés.

Autres avantages

Les avantages en nature autres que ceux mentionnés ci-dessus sont déterminés dans tous les cas d'après la **valeur réelle**.

Les cadeaux en nature de valeur modique offerts aux salariés à l'occasion d'un événement particulier (mariage, fête, Noël...) sont exonérés d'impôt sur le revenu lorsque leur valeur ne dépasse pas 5 % du plafond mensuel de la sécurité sociale par événement et par année civile, soit 122 euros pour 2003 et 124 euros pour 2004.

Dirigeants de sociétés

En matière sociale, les avantages de nourriture et de logement doivent être retenus pour leur valeur réelle.

Par exception, ces avantages peuvent faire l'objet d'une évaluation forfaitaire lorsque les intéressés justifient :

- d'une part d'un contrat de travail au titre duquel ils perçoivent une rémunération distincte de celle de leur mandat social et sont assujettis au régime d'assurance social géré par l'Unedic
- et, d'autre part, que ces avantages se rattachent à ce contrat de travail.

En revanche, l'évaluation des **avantages résultant de la mise à disposition d'un véhicule ou d'outils issus des NTIC** peut s'effectuer forfaitairement, même en l'absence de cumul d'un contrat de travail avec le mandat social.

En matière fiscale, les avantages en nature sont **toujours évalués d'après leur valeur réelle**, même si ces personnes sont liées à l'entreprise par un contrat de travail.

2. Le régime social et fiscal des frais professionnels

Les frais professionnels sont les dépenses que le salarié expose pour les besoins de son activité professionnelle, mais qui ne peuvent être imputées sur sa rémunération et doivent être remboursées par l'employeur.

Conditions générales et limites d'exonération des indemnités pour frais professionnels

En matière sociale, trois formes de dédommagement des frais professionnels sont désormais admises :

- le remboursement des **dépenses réelles** ou la prise en charge directe par l'employeur des frais inhérents à l'emploi du travailleur salarié ou assimilé, sur justificatifs ;
- le versement **d'allocations forfaitaires**, présumées utilisées conformément à leur objet à concurrence des limites d'exonérations fixées par arrêté pour la nourriture, les véhicules, les indemnités de grand déplacement, les indemnités de mobilité professionnelle (sauf pour les personnes exclues des forfaits) ;

- pour les professions qui comportent des frais professionnels particulièrement élevés (article 5 de l'annexe IV du CGI), l'employeur a la possibilité, sauf en cas de refus des salariés ou de leurs représentants, d'appliquer une déduction forfaitaire spécifique.

A noter, il existe cinq cas dans lesquels le remboursement des frais professionnels ne s'effectue que sur la base des dépenses réellement engagées :

- les frais engagés par le salarié en situation de télétravail,
- les frais engagés par le salarié à des fins professionnelles pour l'utilisation des outils issus des NTIC,
- les indemnités destinées à compenser les frais de déménagement exposés par le salarié,
- les indemnités destinées à compenser les frais exposés par le salarié envoyé en mission temporaire ou mutés en France par une entreprise étrangère,
- les indemnités destinées à compenser les frais exposés par le salarié en mobilité professionnelle, de la métropole vers les territoires français situés outre mer et inversement.

D'après l'instruction fiscale, les allocations pour frais professionnels, autres que les dépenses courantes couvertes par la déduction forfaitaire de 10 %, sont exonérées d'impôt sur le revenu lorsqu'elles sont utilisées conformément à leur objet (sauf option pour le régime des frais réels).

A la différence des règles prévues par l'article 82 du CGI pour l'évaluation des avantages en nature, le 1° de l'article 81 du même code ne distingue pas entre les salariés selon leur niveau de rémunération pour l'exonération des indemnités pour frais professionnels.

Pour les dirigeants de sociétés, ces allocations sont assimilées, en tout état de cause, à un supplément de rémunération imposable en application de l'article 80 ter du CGI.

En outre, il est admis que les allocations forfaitaires pour frais professionnels sont présumées utilisées conformément à leur objet, à concurrence des limites d'exonération des indemnités forfaitaires pour frais professionnels prévues par la législation sociale.

Il convient d'appliquer, pour l'impôt sur le revenu, les limites d'exonération des indemnités forfaitaires pour frais professionnels prévues par l'arrêté du 20 décembre 2002.

Nourriture

En matière fiscale et sociale, les indemnités compensant les dépenses supplémentaires de restauration sont réputées être utilisées conformément à leur objet à concurrence des montants prévus par l'art. 3 de l'arrêté du 20 décembre 2002 lorsque les circonstances de fait sont établies.

Le montant des indemnités pour l'année 2003 est le suivant :

- indemnité de repas en cas de déplacement professionnel : 15 euros (15,20 euros en 2004)
- indemnité de restauration sur le lieu de travail : 5 euros (5,10 euros en 2004)
- hors des locaux de l'entreprise : 7,5 euros (7,60 euros en 2004)

Véhicule

En matière sociale, et à titre de simplification, lorsque les personnes utilisent leur véhicule à des fins professionnelles, les frais professionnels peuvent être déduits sur la base des indemnités forfaitaires kilométriques dans les limites fixées par les barèmes kilométriques annuellement publiés par l'administration fiscale.

En matière fiscale, comme auparavant, les indemnités kilométriques versées aux salariés qui utilisent leur véhicule personnel pour des déplacements professionnels sont réputées être employées **conformément à leur objet**, à concurrence des montants résultant de l'application du barème du prix de revient kilométrique publié chaque année par l'administration.

Toutefois, à la différence de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, les remboursements de frais liés à l'utilisation du véhicule personnel pour accomplir les **trajets entre le domicile et le lieu de travail** sont toujours soumis à l'impôt sur le revenu, dès lors que ces frais sont couverts par la déduction forfaitaire pour frais professionnels de 10%.

Indemnité de grand déplacement

En matière sociale, le montant des indemnités en métropole en 2003 est le suivant :

- déplacement \leq 3 mois :
- indemnité de repas : 15 euros (15,20 euros en 2004),
- indemnité de petit-déjeuner et de logement à Paris et dans les départements 92, 93, 94 : 54 euros (54,80 en 2004),
- dans les autres départements : 40 euros (40,60 euros en 2004)
- déplacement $>$ 3 mois mais \leq 2 ans : abattement de 15% sur ces indemnités,
- déplacement \leq 2 ans en deçà de 6 ans : abattement de 30 % sur ces indemnités.

En matière fiscale, un salarié en déplacement professionnel ne pouvant regagner sa résidence du fait de ses conditions de travail, peut percevoir des allocations forfaitaires destinées à compenser ses dépenses supplémentaires de logement et de nourriture, appelées indemnités de grand déplacement.

Les indemnités de grand déplacement sont réputées utilisées conformément à leur objet à concurrence des montants forfaitaires, dès lors que les circonstances de fait sont établies.

Salarié en situation de télétravail

En matière sociale, lorsque le salarié en situation de télétravail engage des frais, l'employeur peut déduire de l'assiette des cotisations les remboursements de ces frais, à condition qu'ils soient justifiés par la réalité des dépenses professionnelles supportées par le salarié.

Outils issus des nouvelles technologies de l'information et de la communication

En matière sociale, le salarié qui est autorisé, conformément au contrat de travail, à utiliser à des fins professionnelles des outils issus NTIC qu'il possède peut être remboursé par son employeur des dépenses ainsi engagées à titre de frais professionnels.

S'agissant de frais engagés par le salarié à des fins professionnelles, pour l'utilisation des outils issus des NTIC qu'il possède, l'employeur est autorisé à déduire les dépenses réellement supportées par le salarié sous réserve que ces frais soient justifiés.

Indemnité de mobilité professionnelle

La mobilité professionnelle suppose un changement de lieu de résidence lié à un changement de lieu de travail du salarié.

En matière sociale, l'employeur est autorisé à déduire dans la limite d'un **forfait** les frais suivants engagés par le salarié dans le cadre d'une mobilité professionnelle :

- les indemnités destinées à compenser les dépenses d'hébergement provisoire et les frais supplémentaires de nourriture dans l'attente d'un logement définitif, dans la limite de 60 euros (60,90 euros en 2004) par jour pour une durée de neuf mois ;
- les indemnités destinées à compenser les dépenses inhérentes à l'installation dans le nouveau logement dans la limite de 1.200 euros (1.218 euros en 2004) pour une personne seule ou en couple, majorée de 100 euros (101,50 euros en 2004) par enfant, dans la limite de 1.500 euros (1.522,50 euros en 2004).

Toutefois, lorsque l'employeur n'opte pas pour le forfait, il peut déduire de l'assiette des cotisations les remboursements des **frais réels** engagés par le salarié dans le cadre de la mobilité professionnelle pour s'installer dans un nouveau logement, sous réserve que les dépenses soient justifiées.

En matière fiscale, le régime des indemnités de mobilité professionnelle est déterminé dans les conditions de droit commun au vu des circonstances de fait, sous réserve pour les salariés concernés de justifier de leur réalité et de leur montant.

DROIT FISCAL

L'exit tax déclarée contraire au droit communautaire

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a rendu une décision très attendue dans l'affaire Lasteyrie du Saillant (CJCE 11 mars 2004 aff. C-9/02, 5^{ème} ch.).

Elle vient en effet de statuer sur la conformité de l'article 167 bis du CGI, couramment appelé « exit tax », au droit communautaire.

En substance, l'article 167 bis du CGI (résultant de la loi de finances pour 1999) prévoit que les contribuables fiscalement domiciliés en France pendant au moins six années au cours des dix dernières années sont imposables, à la date du transfert de leur domicile hors de France, au titre des plus-values constatées sur les droits sociaux représentatifs de participation « substantielle » (supérieure à 25 %).

Solennellement réuni en formation d'assemblée, le Conseil d'Etat avait jugé que les règles prévues par l'article 167 bis n'étaient pas contraires au principe général de liberté d'aller et venir. En revanche, la question se posait effectivement de savoir si **le dispositif était compatible avec l'article 43 du Traité CE, qui pose le principe de liberté d'établissement au sein de l'Union européenne**. Le Conseil d'Etat a renvoyé cette question à la CJCE pour interprétation.

La CJCE vient de juger que l'« exit tax », qui rend imposables certaines plus-values latentes du seul fait du transfert du domicile fiscal d'une personne physique de France vers un autre Etat membre, entrave la liberté d'établissement, en tant qu'elle constitue une différence de traitement dissuasive qui ne peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général en raison de son caractère disproportionné par rapport à l'objectif visé de prévention fiscale.

La Cour rappelle d'abord la force du principe de la liberté d'établissement au sein de l'Union européenne, soulignant qu'il s'agit de l'une des dispositions fondamentales du droit communautaire et qu'elle est directement applicable dans les Etats membres. Ainsi l'article 43 du traité CE vise notamment, selon son libellé même, à assurer le bénéfice du

traitement national dans l'Etat membre d'accueil, il s'oppose également à ce que l'Etat membre d'origine entrave l'établissement dans un autre Etat membre de l'un de ses ressortissants.

La Cour constate que la législation française n'interdit pas l'exercice de la liberté contractuelle mais que le dispositif à un effet dissuasif, dans la mesure où il prévoit l'imposition de plus-values latentes qui ne le seraient pas si le contribuable demeurait en France.

La cour vérifie ensuite si cette restriction n'est pas justifiée par une raison valable, notamment ici l'évasion fiscale. Mais selon la Cour le dispositif français va très au-delà de ce qui est nécessaire car tout candidat à l'expatriation peut dès lors être présumé fraudeur.

Cette décision appelle plusieurs remarques.

D'abord il ne ressort pas nettement de l'arrêt, ni des conclusions de l'avocat général, que la liberté d'établissement était réellement en jeu en l'espèce. On ne sait pas si les éventuelles activités professionnelles de Monsieur de Lasteyrie étaient exercées en France ou dans son nouvel Etat de résidence. Or il s'agissait d'une question importante puisque si le contribuable s'était contenté de transférer son domicile pour des raisons privées, ce simple fait ne lui permettrait pas de se prévaloir des dispositions relatives à la liberté d'établissement.

Ensuite, en principe, les contribuables qui ont été pénalisés par ce texte bénéficient désormais d'un droit à restitution, dans la limite de la prescription, à condition de présenter une réclamation avant le 31 décembre 2005, si ils ne l'ont pas déjà fait.

Le dispositif devrait normalement continuer à produire ses effets en ce qui concerne les transferts de résidence en dehors de l'Union européenne, et, en particulier, en Suisse, sous réserve d'accords bilatéraux.

Enfin, la Cour estime que le risque d'évasion fiscale peut être contré par des mesures moins contraignantes. Elle suggère de centrer la mesure sur des situations de transferts temporaires de résidence, par exemple en imposant un contribuable qui, après un bref séjour reviendrait en France, une fois réalisées ses plus-values.

Nous attendons donc désormais avec impatience la réaction du gouvernement français....

DROIT DE LA CONCURRENCE

L'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises contient deux séries de dispositions attendues qui intéressent le droit de la concurrence. Elles concernent d'une part le contrôle des concentrations, et, d'autre part, le traitement des ententes d'importance mineure.

Relèvement du seuil de notification des concentrations à 50 millions d'euros

L'article 25 de la loi relève l'un des seuils de déclaration des concentrations qui avaient été fortement abaissés par la loi du 15 mai 2001. Jusqu'à présent, l'article L.430-2 du Code de commerce prévoyait la soumission au contrôle des concentrations (et donc la notification obligatoire) des opérations de concentration réunissant les deux conditions suivantes :

- un chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales parties à la concentration supérieur à 150 millions d'euros ;
- un chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales concernés supérieur à 15 millions d'euros ;

et qui n'entrent pas dans le champ d'application du règlement communautaire du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations.

Le seuil de 15 millions d'euros avait été jugé beaucoup trop bas par les praticiens, dans la mesure où il soumettait au contrôle des concentrations de nombreuses opérations n'ayant que de très faibles incidences sur les marchés en cause. Ce seuil est désormais relevé à 50 millions d'euros. Le seuil de 150 millions d'euros n'est pas modifié.

Instauration d'une procédure accélérée pour les accords d'importance mineure

L'ordonnance institue une procédure accélérée pour l'examen par le Conseil de la concurrence des affaires en matière d'ententes mettant en cause des opérateurs détenant des parts de marché inférieures à un niveau déterminé. L'article L. 464-6-1 nouveau du Code de commerce dispose que le Conseil de la concurrence peut décider, dans les conditions procédurales prévues à l'article L. 464-6 du

même code, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les ententes ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas :

- 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ; ou
- 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause.

La décision prise par le Conseil devra être motivée. Cependant, la loi préserve les hypothèses des restrictions les plus sérieuses à la concurrence. Ainsi, l'article L. 464-6-2 nouveau du Code de commerce précise que les dispositions de l'article L. 464-6-1 ne s'appliquent pas aux accords et pratiques qui contiennent l'une quelconque des restrictions caractérisées de concurrence suivantes :

- Les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients ;
- Les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux ;
- Les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;
- Les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce.

DROIT DES SOCIÉTÉ

Approbations des comptes de l'exercice 2003 :

Le rapport du Président sur les travaux du conseil et sur les procédures de contrôle interne

Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre lettre d'information du mois d'octobre 2003, les articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce, issus de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, imposent au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de toute société anonyme, qu'elle fasse ou non appel public à l'épargne, de :

- rendre compte, dans un rapport joint au rapport de gestion, « des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil »
- ainsi que « des procédures de contrôle interne mises en place par la société » et
- d'indiquer « les éventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général ».

Nous rappelons que ces nouvelles obligations s'appliquent aux exercices ouverts le 1^{er} janvier 2003 et donc aux assemblées générales qui se tiennent en 2004.

Ce rapport représente l'occasion pour les sociétés anonymes de renforcer la confiance des investisseurs, notamment en donnant une visibilité majeure des procédures de contrôle interne mises en place pour protéger le patrimoine et préserver les actifs de l'entreprise.

S'agissant du contenu du rapport, les articles L. 225-37 et L. 225-38 du Code de commerce disposent que le président « rend compte » des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, des procédures de contrôle interne et des éventuelles limitations apportées aux pouvoirs du directeur général, ce qui signifie que le rapport présente une nature descriptive et non pas évaluative.

En ce qui concerne la partie du rapport afférente aux procédures de contrôle interne, le Medef, dans sa recommandation en date du 17 décembre 2003¹, a indiqué que le rapport pourrait contenir :

1. Un rappel des objectifs du contrôle interne (essentiellement la prévention et la maîtrise des risques résultant de l'activité de la société ou d'erreurs ou de fraudes, notamment dans les domaines comptable et financier) ;
2. Une description synthétique des procédures de contrôle interne mises en place par la société, notamment dans l'élaboration de l'information financière et comptable destinée aux actionnaires (organisation générale des procédures de contrôle interne de la société : acteurs, structures spécifiques en charge, rôles respectifs et interactions) ;
3. Une présentation des informations synthétiques sur les procédures de contrôle interne mises en place par la société, principalement sur les éléments significatifs susceptibles d'avoir un impact sur le patrimoine ou sur les résultats de la société. A ce titre, la société peut préciser la nature et les modalités de ces principales procédures ainsi que leurs principes essentiels.

La société peut décider de communiquer les procédures :

- d'élaboration de la consolidation des comptes (pour le rapport du président de la société mère),
- de reporting,
- de suivi des engagements hors bilan,
- de suivi des actifs et
- de contrôle de la qualité des informations financières et comptables.

Aux termes d'une réponse ministérielle en date du 30 mars 2004 (Rép. Min. n. 34543, JOAN Q, 30 mars 2004), le Ministre de la Justice a précisé qu'au sein d'un groupe de sociétés, cette obligation pèse sur les présidents de chacune des sociétés anonymes du groupe, à l'exclusion des autres formes sociales.

¹ Cette recommandation n'a aucune valeur juridique autre que celle d'une doctrine.

Le Garde des Sceaux a également précisé que, s'agissant de la société mère, cette obligation concerne nécessairement les procédures destinées à assurer le contrôle de celle-ci sur ses filiales, ainsi que les procédures destinées à garantir la fiabilité des comptes consolidés.

Nous rappelons également que, dans un rapport joint à son rapport général, le commissaire aux comptes doit présenter à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du président afférent aux « *procédures de contrôle interne qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière* » (art. L. 225-235, al. 5 nouveau du Code de commerce).

La recommandation du Medef visée ci-dessus précise que le commissaire aux comptes devra notamment vérifier la sincérité et la concordance avec les comptes de la société des informations relatives aux procédures de contrôle afférentes au domaine comptable et financier données par le président dans son rapport.

En ce qui concerne la publicité du rapport du président, aux termes des articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce, ce rapport doit être joint au rapport de gestion du conseil d'administration ou de surveillance. Il suivra donc le même régime de publicité que ce dernier, soit :

- Penvoi aux actionnaires sur leur demande ou la mise à leur disposition ;
- la présentation à l'assemblée générale annuelle ;
- le dépôt au greffe du tribunal de commerce dans le délai d'un mois qui suit l'assemblée annuelle.

En outre, dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, les informations relevant des rapports visés ci-dessus sont rendues publiques dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (« AMF »). L'AMF établit chaque année un rapport annuel sur le fondement de ces informations (art. L. 621-18-3 nouveau du Code monétaire et financier).

LES DEPARTEMENTS DU CABINET

- Le conseil en droit des sociétés et droit boursier

Acquisitions et fusions d'entreprises, audit juridique, propositions de montage juridique approprié, opérations de restructuration, introduction en bourse, opérations sur le « haut de bilan », augmentations de capital, capital risque, pacte d'actionnaires, apports partiels actif, émissions de valeurs mobilières composées, plans de souscription ou d'achat d'actions (« stock-options »), joint ventures, groupements momentanés d'entreprises, management fees et conventions de trésorerie, modifications statutaires et secrétariat juridique.

- Le conseil en droit des affaires et contrats commerciaux

Distribution (produits matériels et logiciels), concession, franchise, agence commerciale, commissionnaire, VRP, relations clients/fournisseurs, conditions générales de vente et d'achat, prestations de services, partenariats, contrats de fabrication, de façonnage, de sous-traitance, cession et location-gérance de fonds de commerce, crédit et garanties, droit bancaire, consommation, marketing et publicité, concurrence (droit national et communautaire), marchés publics et privés.

- Le contentieux en droit des affaires, droit des sociétés et droit boursier

L'ensemble des domaines du droit des affaires, du droit des sociétés et du droit boursier, tels que visés ci-dessus, ainsi que les procédures collectives et le droit pénal des affaires. Le Cabinet intervient à tous les stades de l'évolution du litige, à savoir précontentieux, contentieux judiciaire et arbitral, mesures conservatoires et voies d'exécution.

- Le conseil et le contentieux en droit social

Tant en conseil qu'en contentieux en matière collective (notamment : mise en place, fonctionnement, information et consultation des institutions représentatives du personnel, droit syndical, négociation avec les syndicats, relations avec les inspections du travail, les directions départementales du travail et les organismes de sécurité sociale, restructurations et licenciements collectifs, « loi sur les 35 heures », mise en place d'accords d'intéressement et de participation, grève) et en matière individuelle (notamment : contrats de travail, licenciement, transactions, représentation devant les juridictions prud'homales et sociales) ainsi qu'en droit de la sécurité sociale (redressements URSSAF, accidents du travail et maladies professionnelles) et en droit pénal du travail (prêt de main d'œuvre illicite, travail dissimulé, délit d'entrave, réglementation relative à la durée du travail et en matière d'hygiène et de sécurité, accidents du travail).

- Le conseil et le contentieux en droit des nouvelles technologies et de la propriété intellectuelle

Tant en conseil qu'en contentieux, notamment en informatique (développement et intégration de logiciels, licences, cessions et autres contrats sur logiciels, infogérance, maintenance de systèmes informatiques et de logiciels, piratage de logiciels), dans le domaine des nouvelles technologies (multimédia, internet, commerce électronique), des télécommunications, ainsi qu'en propriété industrielle (brevets, marques, modèles).

- Le conseil et le contentieux en droit de l'audiovisuel et du multimédia

Contrats de production, d'édition, de coproduction, de distribution et d'exploitation, en France et à l'étranger, d'œuvres cinématographiques et/ou audiovisuelles et multimédia et contrats accessoires. Réglementation audiovisuelle et cinématographique. Financement.

- Le conseil et le contentieux en droit fiscal

Dans tous les domaines de la fiscalité des entreprises, tant sur un plan national (IS, TVA, taxe professionnelle, etc.) que sur un plan international (flux transfrontaliers, application des traités internationaux etc.). Gestion courante des affaires fiscales. Opérations d'acquisition (audit pre-acquisition ou « due diligence »), de fusion et de restructuration. Contrôles fiscaux, contentieux devant le juge de l'impôt. En fiscalité individuelle, le cabinet intervient également en matière d'ingénierie patrimoniale.

Un important réseau de correspondants étrangers

Le Cabinet a tissé un important réseau de correspondants à l'étranger, dans la plupart des pays industrialisés et dans certains pays en voie de développement.

Iso 9001

Le Cabinet a été le premier cabinet d'avocats parisien à être certifié ISO 9001 et ce, dès 1998.

31, avenue Hoche, 75008 Paris
Téléphone : 33 (0)1 56 88 30 00

Télécopie : 33 (0)1 56 88 30 01

www.bersay-associes.com

cb@bersay-associes.com

© Bersay & Associés. Tous droits réservés. Cette lettre d'information est exclusivement destinée aux clients et contacts de la SCP Bersay & Associés. Toute reproduction ou diffusion, totale ou partielle, est interdite, sauf autorisation écrite de la SCP Bersay & Associés