

AJ Contrat

ACTUALITÉ JURIDIQUE CONTRAT

Dossier

205 LE CONTRAT DE LOCATION DANS TOUS SES ÉTATS



221

La prohibition des discriminations géographiques dans le marché intérieur en général et dans le commerce électronique en particulier

Thibault Douville

224

Proposition de directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales entre professionnels : conséquences pour le droit français

Aurélien Fortunato

228

Précisions de la Cour de cassation intéressant les « emprunts toxiques »

Jérôme Lasserre Capdeville

DA
LLOZ



Version numérique incluse*



DIFFÉRENTS MÉCANISMES DE PRÊT OU DE LOCATION : ASPECTS DE DROIT DES SOCIÉTÉS

par Roy Arakélian

Avocat associé, PDGB

La pratique connaît plusieurs mécanismes de prêt et de location, servant notamment à favoriser les transmissions d'entreprise, certains résultant du droit commun des obligations, d'autres de lois voulant fixer un cadre juridique spécifique. Nous nous intéresserons plus spécifiquement dans le présent article aux mécanismes permettant un transfert d'activité sans transfert de propriété, ainsi qu'aux mécanismes permettant un transfert de propriété.

■ Les mécanismes permettant un transfert d'activité sans transfert de propriété

La location-gérance de fonds de commerce

La location-gérance est un contrat régi par les articles L. 144-1 et suivants du code de commerce portant non sur des titres de capital mais sur un fonds de commerce. C'est un ancien contrat nommé permettant à un individu de tester l'activité d'une entreprise avant de passer à l'acquisition du fonds. Le propriétaire d'un fonds de commerce, appelé loueur ou bailleur, accorde à une personne, appelée le locataire-gérant, le droit d'exploiter librement le fonds de commerce conformément à sa destination, pour une durée déterminée ou indéterminée, sans lui attribuer sa propriété, en contrepartie du versement d'un loyer appelé redevance¹.

Plusieurs conditions sont nécessaires pour que la mise en location-gérance soit possible. Le fonds de commerce doit répondre aux critères du code de commerce le définissant et le propriétaire doit avoir préalablement exploité le fonds pendant au moins deux années², mais il peut être dispensé de cette condition par décision de justice sur requête en justifiant de circonstances exceptionnelles l'ayant mis dans l'impossibilité d'exploiter son fonds. Le locataire-gérant du fonds a la qualité de commerçant et doit dès lors s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés et respecter les obligations comptables incombant aux commerçants.

Par ce contrat, le propriétaire d'un fonds de commerce qui souhaite arrêter son activité pourra le faire tout en restant propriétaire et en recevant une redevance. Toutefois, le propriétaire ne pourra pas s'immiscer dans la gestion et, le cas échéant, il subira les conséquences d'une mauvaise gestion du fonds par le locataire-gérant. En contrepartie, le locataire pourra tester, dans les délais convenus, le fonds de commerce avant de l'acquérir ou continuer à l'exploiter sans l'acheter. En revanche, n'étant pas propriétaire, il ne profite pas de la plus-value éventuelle qu'il apporte au fonds grâce à sa gérance. De plus, il ne bénéficie d'aucun renouvellement de plein droit du contrat et engage sa responsabilité sur les dettes contractées durant son exploitation.

Le formalisme imposé par la loi est relativement léger, tout du moins en comparaison à la location d'actions dont le régime sera développé par la suite. Le contrat doit obligatoirement être établi par écrit. Il doit faire l'objet d'un avis dans un journal d'annonces

légales, dans les quinze jours de sa signature. La même publicité est également requise à la fin du contrat. Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire-gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds et du paiement des impôts et taxes.³

À la fin du contrat de location-gérance, le loueur récupère le droit d'exploiter le fonds de commerce et le locataire ne peut prétendre à aucune indemnisation. Il est toutefois possible de prévoir une promesse unilatérale de vente que le locataire-gérant peut lever à l'issue de la période de location afin d'acquérir la propriété du fonds de commerce.

En revanche, pour diverses raisons, si l'on souhaite prendre en charge l'exploitation via l'interposition d'une personne morale, la location d'actions peut s'avérer une option appropriée.

La location d'actions et de parts sociales

La location de droits sociaux a été consacrée par la loi du 2 août 2005⁴ en faveur des petites et moyennes entreprises par l'insertion des articles L. 239-1 à L. 239-5 dans le titre IV du code de commerce relatif à la transmission et reprise d'une entreprise⁵. La location peut porter sur des actions non négociables sur un marché réglementé de sociétés par actions et sur des parts sociales de société à responsabilité limitée (SARL) soumises à l'impôt sur les sociétés. Ainsi, dans le cadre d'une opération d'acquisition, le régime de la location d'actions offre la possibilité pour un potentiel acquéreur de gérer une société, pendant un certain temps, en qualité de locataire d'un nombre d'actions lui permettant de détenir la

(1) J.-L. Trouset, « La location-gérance : une solution pour anticiper les effets d'une fusion en cours de réalisation », JCP E 1999. 1760 ; O. Salvador, « Cession d'entreprise et absence de surface financière du repreneur », JCP N 2000. 1617 ; C. Félixot et S. Kabla, « Risques encourus par le loueur d'un fonds mis en location-gérance », Gaz. Pal. 23 févr. 2016, p. 61.

(2) Pour une illustration récente de cette exigence : Civ. 3^e, 22 mars 2018, n° 17-15.830.

(3) C. com., art. L. 144-1 à L. 144-13.

(4) L. n° 2005-882 du 2 août 2005, art. 26.

(5) Sur l'exposé des motifs sur les nouvelles dispositions, V. C. Cambon, avis Sénat n° 364 (2004-2005) fait au nom de la commission des lois, déposé le 1^{er} juin 2005 ; Annexe au procès-verbal de la séance du 13 avr. 2005, Projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, présenté par J.-P. Raffarin et C. Jacob ; C. Malecki, « Les bons offices de la location d'actions et de parts sociales », D. 2005. 2382 ; E. Cevaë et P.-E. Perrot, « Location de parts sociales et actions : un moyen astucieux d'acquérir une entreprise », Bull. Joly 2011. 344.

majorité du capital. Pendant cette durée, le locataire peut prendre la mesure de l'entreprise et trouver le financement nécessaire pour réaliser l'acquisition totale et définitive des titres. Cette période de gestion, comme pour la location-gérance, sera plus efficace qu'un audit et permettra très probablement de mieux cadrer la garantie d'actif et de passif qu'accompagne toute acquisition. Parallèlement, le bailleur pourra, pendant la durée de la location, tester les capacités de gestion du locataire et, en cas de constat d'une gestion non satisfaisante ou négligente, il pourra mettre fin à la location dans des conditions préalablement déterminées. Avec un peu d'imagination, la location peut également être utile dans d'autres opérations, comme pour remplacer un mécanisme de portage ou de garantie ou encore pour permettre à des actionnaires passifs de toucher un loyer en lieu et place d'un dividende dont la distribution peut être aléatoire.

Toutefois, ce nouveau régime qui avait pour but principal de favoriser la transmission des petites et moyennes entreprises n'a pas trouvé l'écho souhaité chez les praticiens, probablement du fait de l'encaissement très étroit de son régime. Il faut avouer que le style adopté par le législateur, qui privilégie les tournures négatives dans l'ensemble de l'article L. 239-1 du code de commerce comme « la location d'actions ne peut porter ... », « ...ne peuvent pas faire l'objet du contrat... » ou par « ... ne peut intervenir... », sans oublier le quatrième paragraphe qui commence par « À peine de nullité ... », n'est pas très avenant. On précisera que sont notamment exclues du dispositif de l'article L. 239-1, les parts des sociétés de personnes, les actions cotées sur un marché réglementé ou inscrites aux opérations d'un dépositaire central, les actions gratuites, qui doivent respecter l'obligation de conservation prévue à l'article L. 225-197-1 du code de commerce, les actions qui doivent respecter les délais d'indisponibilité prévus par le code du travail en matière de plan d'épargne entreprise (PEE) et/ou de participation des salariés aux résultats de l'entreprise⁶, les titres détenus par des personnes physiques dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé lorsque les produits et plus-values bénéficient d'un régime d'exonération en matière d'impôt sur le revenu, etc. Par ailleurs, des titres loués ne pourront faire l'objet d'aucune sous-location ou d'un prêt de titre par le locataire. Si certaines de ces dispositions ont une raison d'être, compte tenu de la finalité poursuivie par le législateur (comme l'interdiction du régime portant sur des titres détenus par des personnes physiques dans le cadre de la gestion de leur patrimoine privé ou les titres inscrits à l'actif d'une société de capital risque ou de fonds), d'autres interdictions empêchent le développement de la location d'actions ou de parts sociales. Ainsi, la prohibition faite à un locataire personne morale est difficilement justifiable. La possibilité d'utiliser la location dans des opérations cou-

rantes comme notamment dans les montages LBO⁷, où la holding de reprise pourrait prendre en location pendant une certaine durée les titres de la société cible avant de les acheter définitivement par l'exercice d'une option d'achat, aurait pu donner une vraie impulsion au régime.

Le formalisme instauré par le législateur se montre également assez contraignant si on le compare à d'autres dispositifs de détention de titres. Il faut d'abord prévoir la possibilité de la location dans les statuts de la société dont les titres vont faire l'objet de location. Le contrat de bail doit être constaté soit par acte authentique, soit sous seing privé soumis à la procédure de l'enregistrement. Il doit comporter, à peine de nullité, des mentions dont la liste figure à l'article R. 239-1 du code de commerce. Il est rendu opposable à la société par notification opérée conformément à l'article 1324 du code civil. Autre contrainte lourde lorsque le bailleur est une personne morale : les actions ou parts louées doivent faire l'objet d'une évaluation en début et en fin de contrat, ainsi qu'à la fin de chaque exercice comptable. Cette évaluation est effectuée sur la base de critères tirés des comptes sociaux et doit être certifiée par un commissaire aux comptes.

Le mécanisme de la location est principalement intéressant dans la mesure où il est complété par d'autres dispositions contractuelles, comme par exemple une promesse de vente pour boucler l'opération ou une convention encadrant la gestion pendant la période de location, précisant certaines modalités financières complémentaires (des loyers mais aussi des distributions de dividendes, etc.) ou définissant la gestion des droits de préemption ou d'agrément existants dans la société.

Dans la même logique de transfert d'activité avec possibilité *in fine* de transfert de propriété, il faut également prendre en considération la mécanique de crédit-bail de titres⁸.

Crédit-bail de titres

L'article 27 de la loi du 2 août 2005, complété par le décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006, a également instauré une nouvelle hypothèse de crédit-bail, portant sur des actions de sociétés par actions et des parts sociales de SARL. Comme précisé à l'article L. 313-7, 4 du code monétaire et financier, le crédit-bail en question se définit par renvoi comme une opération de location de parts sociales ou d'actions prévue aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du code de commerce, assortie d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers⁹.

L'opération de crédit-bail suppose une relation triangulaire, mettant en œuvre trois acteurs, le vendeur du bien, le crédit-bailleur et le crédit-preneur. Le crédit-preneur qui ne dispose pas de la capacité financière pour acquérir les titres immédiatement les fait ainsi acheter par le crédit-bailleur

L'opération de crédit-bail suppose une relation triangulaire, mettant en œuvre trois acteurs, le vendeur du bien, le crédit-bailleur et le crédit-preneur. Le crédit-preneur qui ne dispose pas de la capacité financière pour acquérir les titres immédiatement les fait ainsi acheter par le crédit-bailleur

(6) C. trav., art. L. 3322-1 s.

(7) Leveraged buy-out ou achat à effet de levier.

(8) Le crédit-bail était réservé jusqu'à la loi du 2 août 2005 aux biens d'équipement ou matériels d'outillage, même si certains pensaient qu'il était déjà tout à fait possible de l'utiliser sur les titres.

(9) Sur les utilisations possibles de cette technique, V. C. Ferry, « La mise en place d'un crédit-bail de titres de société », JCP E 2007, n° 23, p. 25.

le crédit-preneur doit nécessairement être une personne physique. En effet, par renvoi aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du code de commerce, les restrictions applicables à la location d'actions s'appliquent également au crédit-bail de titres. La validité du contrat de location est donc soumise à des formalités plus lourdes que la simple cession de parts ou d'actions. Il convient de noter enfin que, s'agissant d'une opération de crédit, afin de ne pas contrevenir aux dispositions réglementant les opérations de banque, les investisseurs crédit-bailleurs ne pourront pas, à titre habituel, souscrire directement des droits sociaux en vue de les donner en crédit-bail¹⁰. L'intérêt de cette technique de financement en droit des sociétés est de permettre au crédit-preneur de disposer d'un certain contrôle sur la société. En effet, l'article L. 239-3 précise que le droit de vote attaché à l'action ou à la part sociale louée appartient par principe au crédit-preneur, le bailleur ne disposant du droit de vote que pour les assemblées statuant sur les modifications statutaires ou le changement de nationalité de la société¹¹.

Comme la location-gérance ou la location d'actions, le crédit-bail offre au preneur l'avantage de disposer d'un certain temps pour tester l'entreprise, dans les délais convenus, avant de se déterminer définitivement.

Ni le locataire-gérant, ni le locataire d'actions, ni le crédit-preneur ne sont propriétaires mais ils bénéficient d'un droit de jouissance instauré par la loi ayant pour objet le fonds de commerce, les actions ou les parts sociales. D'autres mécanismes de prêt se traduisent à l'inverse par des transferts de propriété.

■ Les mécanismes permettant un transfert de propriété

Le prêt de consommation¹²

Comme tous les biens, les titres, valeurs mobilières ou titres de créances négociables, sont susceptibles d'être prêtés. Les praticiens du droit des sociétés utilisent depuis longtemps un vieux mécanisme instauré par le code civil : le prêt de consommation¹³. L'article 1892 du code civil le définit comme suit : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». Au cas d'espèce, un actionnaire peut prêter, le temps nécessaire, des actions à un tiers, puis, au terme du prêt, les récupérer.

Ce type de contrat a longtemps été utilisé pour permettre à une société anonyme de respecter le nombre minimum d'actionnaires (qui était de 7, y compris pour les sociétés non cotées jusqu'à une ordonnance du 10 septembre 2015¹⁴), ou encore pour conférer à un administrateur le nombre d'actions requis par les statuts

pour sa nomination en cette qualité¹⁵. Ce mécanisme peut également être utilisé pour se prémunir d'actionnaires susceptibles de se révéler indésirables ultérieurement, le retour des actions étant une sorte de garantie. Il est tout à fait envisageable de transférer, pendant une durée déterminée ou indéterminée, le contrôle d'une société via un prêt à consommation.

Conformément aux dispositions de l'article 1893 du code civil, le prêt emporte de plein droit transfert de propriété. S'agissant d'actions, toutefois, il est à noter que conformément aux dispositions de l'article L. 228-1 du code de commerce, l'opération devra s'accom-

pagner de l'inscription des actions prêtées dans le compte titres de la société au nom de l'intéressé afin que s'opère le transfert de propriété.

Par l'effet du prêt, l'emprunteur devient pleinement propriétaire et peut donc voter lors des assemblées générales, exercer les droits préférentiels de souscription en cas d'augmentation de capital, recevoir les actions nouvelles provenant d'augmentations de capital par incorporation de réserves, percevoir les dividendes annuels et les acomptes sur dividendes. L'emprunteur supporte également tous les risques attachés à la qualité de propriétaire (perte de valeur des titres, et même paiement des dettes sociales pour les sociétés civiles). Du fait de ce transfert de la propriété, le prêt de consommation se distingue d'autres mécanismes tels le prêt à usage¹⁶, la location¹⁷ ou le crédit-bail¹⁸.

Contrairement à la location d'actions ou le crédit-bail des titres, toute personne capable peut intervenir sur ces prêts, notamment les particuliers, ce qui représente un avantage non négligeable.

Les parties peuvent contractuellement prévoir que la survenance d'événements entraîne immédiatement l'interruption du prêt et la restitution des actions, ou prévoir que le prêt peut être résilié à tout moment par le prêteur, ou encore ne pas prévoir de terme pour la restitution¹⁹.

Le contrat de prêt peut être consenti gratuitement, sous réserves des conséquences fiscales en cas de distribution de dividendes pendant la durée du prêt.

Le prêt régi par les articles L. 211-22 à L. 211-26 du code monétaire et financier

Il s'agit d'une catégorie particulière de prêts de consommation de titres soumise aux dispositions des articles 1892 et suivants du code civil, mais également réglementée par le code monétaire et financier. Elle bénéficie en conséquence d'un régime fiscal spécifique. Ces prêts ne peuvent être réalisés qu'entre personnes morales (entreprises, investisseurs institutionnels, intermédiaires financiers) ou organismes de placement collectif (OPC), c'est-à-dire sociétés d'in-

(10) C. mon. fin., art. L. 511-5.

(11) L'article précise en outre, non sans poser des réelles difficultés d'interprétation, que pour l'exercice des autres droits attachés aux actions et parts sociales louées, le bailleur est considéré comme le propriétaire et le locataire comme l'usufruitier. R. Mortier, J.-Cl. Banque Crédit, fasc. 1798, Location d'actions ou de parts sociales – Crédit-bail d'actions ou de parts sociales.

(12) Nous excluons ici le prêt à usage (ou commodat) qui, aux termes, de l'article 1876 du code civil, « est essentiellement gratuit », ce qui exclut toute stipulation d'intérêt. Surtout, le prêt à usage ne permet pas de transférer la propriété de la chose (C. civ., art. 1877). Nous excluons également le portage de titres ainsi que la vente à réméré qui fonctionnent sur un mécanisme de double vente.

(13) Même si certains auteurs contestent son efficacité, V. Q. Urban, « Les prêts d'actions à des administrateurs dans la stratégie des groupes de sociétés », JCP E 2000. 1003 ; F.-X. Lucas et Ph. Neau-Leduc, « Mise à disposition d'actions à des administrateurs ou à des membres du conseil de surveillance », Actes pratiques, n° 48, nov.-déc. 1999, p. 7.

(14) Ord. n° 2015-1127 du 10 sept. 2015, art. 1^{er}, 3^e; C. com., art. L. 225-1, al. 2.

(15) F.-X. Lucas et Ph. Neau-Leduc, préc.

(16) C. civ., art. 1876.

(17) C. civ., art. 1709.

(18) C. com., art. L. 239-1 à L. 239-5 ; C. mon. fin., art. L. 313-7.

(19) Les règles de droit commun pour la résiliation des conventions à durée indéterminée s'appliquent dans ce cas.

vestissement à capital variable (SICAV) ou fonds communs de placement (FCP). Plusieurs conditions sont prévues par les textes et notamment les titres financiers prêtés ne doivent pas être susceptibles de faire l'objet, pendant la durée du prêt, du détachement d'un droit à dividende ou du paiement d'un intérêt soumis à certaines dispositions fiscales, d'un amortissement, d'un tirage au sort pouvant conduire au remboursement, d'un échange ou d'une conversion prévus par le contrat d'émission.

Par ce mécanisme de prêt spécifique, le prêteur, généralement un investisseur institutionnel qui détient les titres dans l'optique de les conserver sur un long terme, a la possibilité de percevoir une rémunération au titre du prêt sans compromettre la qualité ni la visibilité de son portefeuille. Le prêt permet également de satisfaire avec une plus grande souplesse aux exigences de répartition des risques qui leur sont imposées, et peut encore être utilisé comme mécanisme de financement ou de refinancement. L'emprunteur a, de son côté, la faculté, pendant la durée du prêt, de disposer des titres, d'effectuer des transactions pour réali-

ser une plus-value (minorée du coût d'emprunt) avant de restituer les titres au cédant. Le prêt permet également d'exercer ponctuellement les droits de vote qui sont attachés aux titres lors des assemblées de la société dont les titres sont prêtés.

Le formalisme le plus significatif consiste, lorsque les titres concernés sont les actions des sociétés cotées, dans la procédure de déclaration à l'Autorité des marchés financiers et à l'émetteur des titres ayant fait l'objet du prêt. Cette déclaration est à la charge de l'emprunteur et non du prêteur, car ce dernier ne connaît pas nécessairement l'identité du détenteur final des titres en cas de prêts ou ces-sions successives.

Quel que soit le mécanisme adopté, une étude approfondie des conséquences fiscales est indispensable. La rédaction de dispositions contractuelles venant compléter le mécanisme adopté de sorte à encadrer l'opération durant toute sa durée est également incontournable.

CONTRAT DE LICENCE, L'USAGE ENTRE PRÉROGATIVE ET DEVOIR

par Antoine Gendreau

Avocat associé, Osmose

Le contrat de louage de titres de propriété industrielle est envisagé par le code de la propriété intellectuelle sous le terme particulier de « concession de licence ». Le code dispose en son article L. 613-8 que les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet « peuvent faire l'objet, en totalité ou en partie, d'une concession de licence d'exploitation, exclusive ou non exclusive ». Les mêmes termes sont employés par l'article L. 714-1 du code de la propriété intellectuelle s'agissant des marques.

Doctrine et jurisprudence s'accordent à considérer que le régime juridique du contrat de licence, en ce qu'il confère la jouissance d'un bien en contrepartie d'un prix, est gouverné par les articles 1709 et suivants du code civil¹, les obligations de délivrance et de garantie pesant à la charge du propriétaire du titre ainsi que celles à la charge de son locataire étant induites de ce dispositif.

Cependant, les contrats par lesquels le propriétaire d'un titre de propriété industrielle met à la dispo-

sition de son cocontractant l'usage d'un brevet ou d'une marque ne sont pas tous des contrats de licence, soit en raison des droits concédés, soit en raison des obligations souscrites.

S'agissant des droits concédés, il se peut que certains tiers bénéficient d'un droit d'usage (certes limité) induit par l'exécution d'un autre contrat, principal, souscrit avec le propriétaire du titre. Tel est le cas par exemple des contrats de sous-traitance industrielle pour la fabrication d'un produit mettant en œuvre une invention couverte par un brevet. Il est fréquent de rencontrer des contrats qui s'intitulent « licence de fabrication ». Ces contrats ne font, en réalité, qu'organiser les conditions dans lesquelles le propriétaire du titre confie la fabrication des produits à son sous-traitant². Dans cette hypothèse, le sous-traitant ne bénéficie pas d'une licence à proprement parler. Il est contraint d'utiliser l'invention pour les besoins de l'exécution de ses obligations. Même si le contrat contient des clauses spécifiques dont certaines ressemblent à celles usuellement stipulées dans les contrats de licence, il ne porte pas cette qualification. De la même façon, lorsque le propriétaire d'une marque a vendu un produit sur lequel celle-ci est apposée, l'acquéreur dispose, en vertu de l'application du principe dit de « l'épuisement des droits »³, de la faculté d'utiliser, dans certaines limites, le signe protégé afin d'assurer la revente du bien⁴. Ce n'est que dans l'hypothèse où les droits consentis vont au-delà de ce dont le tiers disposerait sans autorisation (de par la nature des contrats qu'il peut avoir conclus avec le propriétaire du titre ou non), que l'on peut réellement parler de concession de licence. Nous n'évoquerons ici que l'hypothèse la plus simple, en termes de qualification, à savoir celle dans laquelle le cocontractant se voit conférer l'autorisation de fa-

(1) S'ils sont conclus à titre gratuit, leur régime relève du contrat de prêt à usage.

(2) V. égal. CJUE, 2^e ch., 19 juill. 2012, aff. C-376/11.

(3) CPI, art. L. 613-6 pour les brevets et L. 713-4, al. 1^{er}, pour les marques.

(4) CJCE, 4 nov. 1997, aff. C-337/95, Sté Parfums Christian Dior d'Evora BV, D. 1998. 587, note M.-C. Bergerès ; RTD com. 1999. 81, obs. A. Françon ; ibid. 814, obs. M. Luby.