

# *Le Bulletin*

Bimestriel

n°3 - 1997

## SOMMAIRE

### Comité de rédaction

#### Rédacteur en chef :

Me BOURGES

#### Ont participé à cette revue :

Frédéric BEHIN  
Claude MARECHAL  
Nicolas MARQUETTE  
Aude MINIER  
Michèle RAUNET  
Philippe ROUSSIGNOL  
Marc TSCHIGGFREY

- STRATÉGIE PATRIMONIALE Pages 2-3
- DROIT BANCAIRE NOTARIAL Page 4
- DROIT DES AFFAIRES Pages 5-10
- IMMOBILIER INSTITUTIONNEL  
ET PROMOTION IMMOBILIÈRE Pages 11-15
- COPROPRIÉTÉ ET ORGANISATION JURIDIQUE  
DES ENSEMBLES IMMOBILIERS Page 16
- URBANISME, AMÉNAGEMENT URBAIN  
ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES Pages 17-19
- DROIT PUBLIC Pages 20-22
- “ LE DOSSIER “ Pages 23-29
- PROGRAMMES DES VENTES Pages 30-34
- INDICES PUBLIÉS EN AOUT 1997 Pages 35-36

# STRATÉGIE PATRIMONIALE

## 01 - COMMENTAIRE SUR L'ADMINISTRATION ET LA DISPOSITION DES BIENS INDIVIS - ARTICLE 815-1 ET SUIVANTS DU CODE CIVIL.

Exposé des sanctions encourues en cas de non-respect de la règle de l'unanimité de tous les indivisaires pour les actes d'administration et de disposition sur les biens indivis. Exposé des procédés contractuel (mandat général, spécial, exprès), judiciaire (habilitation judiciaire) et légal (la gestion d'affaires), pour pouvoir pallier à cette règle de l'unanimité pouvant aboutir à une situation de blocage gênante pour la gestion des biens indivis.

G.Teilliais.

*Les Petites affiches*, 11-07-97, p. 15 à 17.

## 02 - DONATION DÉGUISÉE - PAIEMENT POUR AUTRUI.

Curieuse décision de la Cour de cassation qui constate une donation déguisée et non une donation indirecte dans l'hypothèse suivante : deux couples achètent un immeuble en commun. L'un des couples vend à l'autre son lot contre un prix converti en obligation de soins et d'hébergement. Postérieurement, les cédants font procéder à des travaux sur le bien cédé et financent le montant de ces travaux. La haute juridiction a estimé que le coût des travaux devait être qualifié de donation déguisée et rapporté à la succession en application de l'article 784 du CGI.

Cass. com., 26-11-96, Consorts Rouxel.

*Droit fiscal*, 13/97, 362, p. 475.

## 03 - DROITS D'ENREGISTREMENT D'UN TABLEAU.

Une personne avait mis dans les meubles meublants un tableau d'une valeur conséquente. L'intérêt est de limiter son montant au taux forfaitaire pour les meubles meublants à 5 % de l'actif brut de succession. L'Administration fiscale contestait le forfait mobilier retenu par l'héritier au motif que cette oeuvre était susceptible d'exposition dans les galeries et qu'il correspondait à la définition d'une oeuvre d'art originale, relevant de ce fait de l'article 764-II du CGI qui impose une évaluation spécifique. La Cour de cassation par un arrêt du 17-10-95 a rejeté le pourvoi du Directeur Général des Impôts. En effet, selon l'article 534 du Code civil, les meubles meublants ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements y compris les tableaux et statues mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières.

Ainsi, tous tableaux qui décorent un appartement sans constituer une collection sont couverts par le forfait mobilier en l'absence de vente publique dans les deux ans du décès ou l'inventaire régulier dans les cinq ans du décès (article 764 du CGI). Il ne faut cependant jamais oublier que la preuve contraire peut être rapportée par les héritiers ou par l'Administration fiscale en vertu de l'article 764-I (« Pour la liquidation des droits de mutation par décès, la valeur de la propriété des biens meubles est déterminée, sauf preuve contraire... »).

Cass. com., 17-10-95.

*Répertoire Defrénois*, 30-04-97, p. 527 à 531.

04 - DROITS DE SUCCESSION ET  
CLAUSE D'ATTRIBUTION INTE-  
GRALE DE COMMUNAUTE.

La Cour de cassation vient d'infirmer la doctrine administrative selon laquelle en présence d'enfants d'un premier lit, que ceux-ci exercent ou non leur action en retranchement, l'avantage matrimonial résultant de l'attribution de la communauté devait être assimilé à une donation et taxé au tarif des transmissions à titre gratuit entre époux. Par conséquent, en présence d'un avantage matrimonial de ce type :

- soit aucune action en retranchement n'est exercée et aucune libéralité n'est à constater au profit de l'époux survivant,
- soit l'action en retranchement est exercée et les droits de mutation sont à percevoir sur la partie qui excède la quotité disponible spéciale entre époux.

Cass. com., 06-05-97, Mme Dieudonné, Veuve Vielhomme.  
*Droit fiscal*, 31-36/97, 900, p. 1035.

05 - SANCTIONS FISCALES ET AR-  
TICLE 6 DE LA CONVENTION EU-  
ROPÉENNE DES DROITS DE  
L'HOMME.

Décision fondamentale de la Cour de cassation qui estime qu'une sanction fiscale forfaitaire est contraire aux dispositions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme qui au nom d'un procès équitable consacre le principe de la plénitude de juridiction. Il en résulte que le tribunal ne peut être privé par l'instauration d'une amende forfaitaire de se prononcer sur le principe

et le montant de l'amende. Si l'on tire toute les conséquences de cette décision, on doit en conclure que toute disposition fiscale instaurant une amende ou une pénalité forfaitaire est par principe contraire à l'article 6 de la C.E.D.H. Seraient concernées notamment les pénalités de mauvaise foi, les pénalités de taxation d'office, voire les pénalités d'abus de droit, hypothèses dans lesquelles le juge ne peut exercer sa plénitude de juridiction en modulant les pénalités appliquées. Les conséquences de cette décision sont encore incertaines et on peut hésiter entre l'annulation pure et simple des sanctions fiscales illégalement appliquées et leur modération.  
Cass. com., 29-04-97, M. Ferreira.  
*Droit fiscal*, 25/97, 688, p. 830 à 833.

06 - VENTE FICTIVE ET DÉLIT DE  
FRAUDE FISCALE.

Décision novatrice de la Cour de cassation qui estime qu'une vente fictive peut tout à la fois être réprimée par la procédure de l'abus de droit et sanctionnée pénalement par un délit de fraude fiscale. En l'espèce, un légataire universel avait acquis le patrimoine immobilier du défunt sous forme de vente dont le prix avait été converti en rente viagère alors que le cédant était malade dans un état de grande faiblesse et devait décéder peu de temps après la cession. Bien que les faits de l'espèce aient été particuliers et propices à la réaction de l'Administration, on notera que l'application cumulée de pénalités fiscales punitives et d'une sanction pénale n'allait pas de soi en regard de la règle *non bis in idem*.  
Cass. crim., 05-12-96, Lemaitre.  
*Revue de jurisprudence fiscale*, 4/97, 389, p. 269 et 270.

# ***DROIT BANCAIRE NOTARIAL***

## **07 - L'ANTICHRÈSE : L'INTÉRÊT D'UNE SÛRETÉ ALTERNATIVE.**

Forces et inconvénients de cette sûreté réelle immobilière sur le fondement du droit de rétention dont bénéficie l'antichrésiste. Expliquant la réticence des banques à se servir de cette sûreté pour la garantie de leur prêt, préférant l'hypothèque classique. Obligations de l'antichrésiste découlant de l'exercice de son droit de rétention. Avantages que peut présenter cette sûreté dans certaines situations (antichrèse-bail...).

B. Garnier.

*Les petites affiches*, 14-07-97, p. 9 et 21-07-97, p. 20.

## **08 - LE POINT SUR LA NATURE DE LA RESPONSABILITÉ DU SOUS-TRAITANT A L'ÉGARD DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE.**

Mise au point de l'évolution de la responsabilité encourue par les intervenants dans le cadre d'un contrat d'entreprise, à savoir les sous-traitants envers le maître de l'ouvrage. La qualification contractuelle ou délictuelle de la responsabilité encourue par les sous-traitants envers le maître de l'ou-

vrage va dépendre :

- de la qualification donnée au contrat liant le sous-traitant à l'entrepreneur principal,
- de la nature de la prestation fournie par le sous-traitant.

J-F. Devaux.

*Les Petites Affiches*, 30-06-97, p. 23 et 24.

## **09 - LA SUBROGATION : NATURE ET RÉGIME D'UNE FICTION JURIDIQUE.**

- sa nature : une fiction juridique permettant au subrogé de bénéficier des droits et actions du créancier payé par lui et de ses propres droits et actions attachés à sa qualité de subrogé.

- son régime juridique : comparaison de la subrogation avec la cession de créance, même si le premier obéit au mécanisme du second, ils obéissent à des régimes juridiques différents.

J-M. Fernandez.

*Les Petites Affiches*, 16-07-97, p. 4 à 6.

# **DROIT DES AFFAIRES**

## 10 - FUSION.

La fusion entraîne la dissolution sans liquidation de la société qui disparaît et la transmission universelle de son patrimoine à la société bénéficiaire, dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation de l'opération. En l'espèce, une société s'étant portée garante du paiement de loyer dû au titre d'un bail commercial, sa fusion-absorption par une autre société emporte transmission de son engagement de garantie à la charge de la société absorbante. Quand bien même le traité de fusion aurait prévu que la société absorbante s'engageait au passif de l'absorbée tel qu'il était établi à la date de la réalisation de la fusion, il reste que la société absorbante est tenue de respecter l'engagement pris par la société absorbée et doit donc régler les loyers demeurés impayés.

Cass. com., 04-02-97.

*Bulletin Joly*, mai 97, p. 448 et

cate combinaison des éléments objectifs (tenant à la situation financière de la société) et des éléments subjectifs (se rapportant aux intérêts personnels du minoritaire) qui doit aboutir à écarter ou à retenir l'abus. En effet, le refus par le minoritaire de voter l'augmentation de capital par référence à la condition de survie de la société est la première condition examinée par la Cour d'appel. Sur ce point, elle considère que l'augmentation du capital n'était pas indispensable à la survie de la société. Mais, en l'espèce, l'associé minoritaire avait un intérêt évident et personnel à ne pas voter l'augmentation de capital de la société, qui aurait dilué sa participation au capital, lui faisant perdre notamment son pouvoir de blocage. Il semble donc que la Cour d'appel n'ait retenu les motivations personnelles du minoritaire que parce que la survie de la société n'était pas en jeu.

Cass. com., 24-01-97.

*Bulletin Joly*, mai 97, p. 105.

## 11 - ABUS DE MINORITÉ.

Lorsqu'une réduction de capital pour capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social a été votée par l'assemblée des actionnaires, le fait que l'un d'entre eux refuse de voter l'augmentation de capital subséquente, n'est pas constitutif d'un abus de minorité dès lors qu'il est démontré que cette augmentation n'était pas indispensable à la survie de la société et qu'elle entraînait pour l'actionnaire intéressé une dilution de sa participation dans le capital. Cet arrêt est révélateur de la déli-

## 12 - DÉLÉGATION DE POUVOIRS.

La délégation de pouvoirs donnée par le président du conseil d'administration à une autre personne que le directeur général est donnée au nom et pour le compte de la société. En conséquence, elle subsiste malgré le changement de président tant qu'elle n'est pas révoquée.

Cass. com., 04-02-97, Pradeau c/ Banque La Hénin.

*Bulletin Joly*, juin 97, 219, p. 543.

## 13 - GROUPES DE SOCIÉTÉS.

Dès lors qu'il est établi que les diverses sociétés du groupe se présentaient à leur clientèle comme une entité unique, ayant les mêmes locaux, le même téléphone, le même logo, minimisant leurs désignations propres, que les dirigeants de plusieurs de ces sociétés étaient intervenus dans l'exécution du contrat litigieux, par des correspondances adressées au GIE et que c'est par une décision du groupe qu'il a été mis fin aux activités de la société contractant avant l'achèvement de l'exécution du contrat, l'absence d'autonomie de cette société et l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion ainsi révélées entraînent la mise en cause de la responsabilité de l'ensemble du groupe. Ce qui justifiait de faire exception au principe d'indépendance des personnes morales.

Cass. com., 04-03-97, Société Econom location et autres c/ GIE Gestion croissance.

*Bulletin Joly*, juin 97, 222, p. 557 à 559.

#### 14 - CUMUL DE MANDAT SOCIAL ET DE CONTRAT DE TRAVAIL.

Dès lors qu'il n'est ni établi ni même allégué que le directeur général de la filiale française exerçait au sein de cette société des fonctions techniques distinctes de celles inhérentes à son mandat social, il ne peut en conséquence avoir eu la qualité de salarié qu'il revendique. En revanche, dès lors qu'il est établi qu'il a été recruté par la société mère pour exercer ce mandat social, il s'est trouvé directement lié à la société mère. Or, il apparaît que la société mère fixait sa rémunération, lui demandait de rendre compte, négociait avec lui l'évolution de son contrat et a pris l'initiative de

son engagement de telle sorte qu'elle s'est comportée comme son employeur vis-à-vis duquel il était en état de subordination. En conséquence, le directeur général, engagé pour exercer un mandat social dans la filiale de la société mère étrangère, avait la qualité de salarié de cette dernière. La résiliation du contrat de travail par la société mère pour non-conformité de la durée de préavis au droit français, doit être regardée comme une rupture imputable à l'employeur, s'analysant en une mesure de licenciement, sans cause réelle ni sérieuse.

CA Versailles, 14-02-97, Ferraz c/ SA Ferromatik Milacron.

*Bulletin Joly*, juin 97, p. 568 à 570.

#### 15 - CESSION D' ACTIONS.

Dans un litige né à la suite d'une cession de bloc de contrôle, du fait de la mise en liquidation judiciaire de la société dont les titres étaient cédés, la responsabilité du cédant se trouve engagée dès lors qu'il est établi que celui-ci, tout en ayant connaissance de l'inexactitude des comptes, avait présenté ces comptes aux cessionnaires. En accordant légitimement foi aux travaux de l'expert comptable et du commissaire aux comptes, les cessionnaires n'ont commis aucune faute en ne faisant pas procéder à un audit comptable préalablement à la prise de contrôle de la société. La responsabilité du commissaire aux comptes et de l'expert comptable est écartée au motif que le cédant n'ignorait pas la situation de la société lorsqu'il a conclu la cession, et qu'il ne niait pas non plus l'irrégularité des comptes sociaux. En l'espèce, des marchés qui n'avaient pas été conclus avaient été enregistrés parmi les recettes. Si bien que les exercices avaient pu paraître bénéficiaires alors qu'ils ne l'étaient

pas. Ce sont ces comptes qui avaient été communiqués à l'acquéreur en vue de la cession. Peu de temps après la réalisation de celle-ci, la société faisait l'objet d'une procédure de redressement qui se terminera par une liquidation. Le recours du cessionnaire contre le cédant ne présente aucune difficulté, il constitue une manoeuvre dolosive, cause de nullité, et source de responsabilité. C'est cette sanction qui a été prononcée par les juges. Plus intéressant, elle recourt contre l'expert comptable et le commissaire aux comptes. Délictuellement, ces deux professionnels sont responsables des fautes qu'ils ont commises. Ces fautes s'apprécient par comparaison avec le comportement d'un expert comptable ou d'un commissaire aux comptes diligent. Mais la responsabilité vis-à-vis des tiers est tout à fait possible. Il peut effectivement avoir un lien de causalité entre la faute du professionnel et le dommage subi par le tiers. Il y a en effet, en l'espèce, très certainement une faute de l'expert comptable et du commissaire aux comptes causant un préjudice à l'acquéreur. Pour parvenir à une exonération, il aurait fallu établir une faute de la victime, ce que la Cour de cassation n'a pas relevé. Pour autant, la Cour de cassation a décidé que la charge de la réparation du préjudice passerait de l'expert comptable et du commissaire aux comptes, auteurs de la faute, au cédant.

Cass. com., 21-01-97.

*Bulletin Joly*, mai 97, p. 117.

### 16 - CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES OU INTERDITES.

La convention par laquelle il est prévu de verser à un administrateur une rémunération pour services rendus doit être préalablement autorisée par le conseil d'administration. A défaut tout

actionnaire est en droit d'intenter une action en responsabilité pour obtenir la condamnation de l'administrateur bénéficiaire à assumer les conséquences préjudiciables de la convention pour la société.

En l'espèce, la rémunération de l'administrateur correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires, identique depuis plusieurs années n'était pas la contrepartie de prestations précises, ni une redevance mais un dividende extraordinaire garanti à un actionnaire particulier. En conséquence, la rémunération au titre de l'exercice considéré doit être regardée comme n'ayant pas reçu l'autorisation préalable du conseil d'administration, et l'administrateur qui l'a perçue doit la restituer en totalité. En l'espèce, un actionnaire exerce l'action sociale à l'encontre d'une convention par laquelle une société anonyme verse à son actionnaire principal un millième de son chiffre d'affaires. La convention a certes été autorisée par le conseil d'administration. Toutefois, le tribunal remarque diverses irrégularités, de forme et de fond, qui dépouillent cette autorisation de son efficacité. D'abord au plan des formes, si le procès-verbal de la libération du conseil d'administration est bien fourni, la convention elle-même n'a pu être produite, ce qui empêche naturellement d'en vérifier le contenu exact. Le rapport spécial des commissaires aux comptes ne comporte d'ailleurs pas les mentions exigées par le décret du 23-03-67. Ensuite, sur le fond, le tribunal estime qu'il est manifeste que cette rémunération n'a pas de contrepartie précise. Enfin, la fixation de la rémunération n'a pas été préalablement autorisée. Or, dans le cadre de l'appréciation de l'intérêt social, un prix fixé en fonction du chiffre d'affaires nécessite une jus-

tification approfondie. En conséquence le tribunal a conclu à la nullité de la convention et à la restitution de la rémunération.

Tribunal de commerce de Paris, 07-05-96,

*Bulletin Joly*, avril 97, p 303.

#### 17 - L'EXISTENCE ET LA LIQUIDATION D'UNE SOCIÉTÉ CREE DE FAIT ENTRE CONCUBINS.

Détermination d'une société créée de fait entre deux concubins (à l'origine, le concubin était marié et la concubine divorcée, naissance d'un enfant commun), pour le partage égalitaire et la liquidation d'un bien immobilier ayant servi de foyer pour les concubins. Même si la concubine avait acquis seule le terrain et contracté seule le prêt pour la construction, le concubin avait apporté sa réelle contribution au projet dès le début de l'opération (par le cautionnement du prêt, le financement des travaux...). L'utilité de qualifier dans cette situation une société créée de fait se trouve dans sa liquidation.

Civ. , 11-02-97, Mme Boure c/ Epoux Subtil.

*Les Petites Affiches*, 07-07-97, p. 18 à 22.

#### 18 - RACHAT PAR UNE SOCIÉTÉ DES SES TITRES.

Très intéressante décision du Tribunal administratif de Besançon qui admet que le rachat par une société de ses titres doit être taxé comme une distribution de dividendes à concurrence du surplus du prix de cession sur le prix d'acquisition. On rappelle que si cette solution avait déjà été retenue lorsque le cédant est une so-

ciété (CE Péchiney, 18/03/92) la solution paraissait être différente en cas de cession par un particulier. Dans cette dernière hypothèse, le Conseil d'État semblait appliquer le régime des plus values (CE Gardet, 08/07/92).

TA Besançon, 03-04-97.

*Feuille rapide*, 31/97, p. 2.

#### 19 - CESSION DE PARTS D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES AYANT UNE ACTIVITÉ LIBÉRALE.

On signale la parution de l'instruction administrative commentant cette nouvelle disposition fiscale. On rappelle qu'il s'agit d'un régime optionnel autorisant la constatation d'un résultat intermédiaire au jour de la cession. L'associé sortant est taxé sur ce résultat, qui doit être déclaré dans les 60 jours de la cession. L'associé cessionnaire est taxé au jour de la clôture de l'exercice sur le résultat constaté à cette date, diminué de la quote-part de résultat déjà taxé chez le cédant. La même solution est applicable en cas de rachat de ses propres parts par la société et en cas de décès de l'un des associés.

Instruction, 28-05-97, BOI 5 G 7-97.

*Feuille rapide*, 32/97, p. 16 à 19.

#### 20 - APPORT EN SOCIÉTÉ AVEC EFFET RÉTROACTIF.

Une société est constituée par apport d'un fonds de commerce le 16-02 de l'année *n*, date de signature des statuts ; ceux-ci indiquent que la date du début de l'exploitation serait conventionnellement fixée au 01-10 de l'année *n-1*. Cette société a été immatriculée le 09-11 de l'année *n*. Jugé que d'un point de vue fiscal, la rétroactivité n'a pu remonter au delà du 01-10 de l'année *n* qui était le premier jour de l'exercice au cours duquel la société a été immatri-

culée. Toutefois, en application de la doctrine administrative exprimée dans la réponse Soisson du 22-07-72, l'Administration avait admis que la rétroactivité remonte au jour de la signature des statuts. Il en résulte que fiscalement l'exploitant est réputé avoir continué d'exercer son activité en dépit de la date de rétroactivité voulue par les parties.

CE 28-02-97, Pinaton.

*Bulletin fiscal*, 4/97, 376, p. 263.

*Revue de jurisprudence fiscale*, 4/97, 313, p. 237 et 238.

### 21 - BNC - DÉDUCTION DES DROITS DE MUTATION A TITRE GRATUIT.

L'instruction 5 G 6-97 commente le nouveau dispositif autorisant la déduction des DMTG des résultats d'une activité libérale à l'instar du mécanisme qui a été mis en place pour les titulaires de BIC et BA. On rappelle que sont déductibles :

- les droits de succession ou de donation à l'exclusion des intérêts contractés pour leur règlement sauf les intérêts de paiement différé fractionné,

- si l'ayant-droit prend l'engagement de poursuivre personnellement l'exploitation,

- que l'exploitation soit exercée sous forme individuelle ou sociétaire,

- que les droits afférents à l'entreprise sont déterminés en procédant à une double liquidation de sorte qu'ils sont réputés utiliser les taux supérieurs du barème progressif.

Si l'engagement d'exploitation personnelle pendant 5 ans n'est pas respecté, il y a déchéance du régime de faveur ce qui se traduit par la réintégration des droits déduits. Il est précisé que la location gérance

est assimilée à une rupture de l'engagement ; qu'il suffit que l'un des héritiers, donataires, légataires ayant reçu une partie en pleine propriété, en nue-propriété, usufruit de l'exploitation prenne l'engagement d'exploiter pour que le régime s'applique ; que ni l'apport en société si certaines conditions sont satisfaites, ni le partage de l'exploitation ne sont de nature à entraîner la déchéance du régime de faveur.

Instruction, 28-04-97, BOI 5 G 6-97.

*Feuillet rapide*, 28/97, p. 3 à 6.

### 22 - SOCIÉTÉ TRANSLUCIDE ET EXTRATERRITORIALITE.

Décision essentielle du Conseil d'État concernant les règles de territorialité applicables aux sociétés de personnes dont la fiscalité est mal maîtrisée. L'article 7 de la convention franco-canadienne attribue au Canada l'imposition des bénéfices d'une entreprise de ce pays d'un établissement stable en France. Par ailleurs, la détention d'une participation dans une société de personnes n'est pas assimilée à un établissement stable. En dépit de ces principes, le Conseil d'État privilégie l'existence de la personnalité morale de la société sur sa translucidité et estime que le profit doit être taxé en France au motif que l'activité est exercée non pas par l'associé, mais par un groupement ayant une activité propre et que l'activité est exercée en France.

CE, 04-04-97, Société Kingroup Inc.

*Feuillet rapide*, 28/97, p. 7 et 8.

*R.J.F.*, 5/97, p. 303 et 304.

### 23 - TVA ET ABANDON DE CRÉANCE.

Une des premières décisions en la matière. Le juge a décidé qu'en l'absence de lien direct la subvention que traduit l'abandon de créance ne peut être assujettie à la TVA. On rappelle que le

lien direct se caractérise pour la CJCE par la réunion de deux critères :

- l'existence d'une prestation individualisée,
- une relation d'équivalence approximative entre l'avantage retiré par le bénéficiaire de la prestation et le montant de la créance. Pour l'Administration, la notion de prestation individualisée résulte de l'existence d'engagements pris par le bénéficiaire.

CAA Nancy, 17-10-96, SARL Groviande.

*Droit fiscal*, 12/97, 323, p. 441 et 442.

#### 24 - ABUS DE DROIT - AFFAIRE DES FONDS TURBOS.

Nouvelle décision du TA de Paris dans l'affaire des fond Turbo. Jugé que :

- l'abus de droit est constitué même si les faits ne sont pas imputables à la société mais à un de ses mandataires,
- la pénalité de l'abus de droit n'est applicable que si le contribuable s'est prêté de manière consciente aux opérations contestées ou était informé du fait que le bénéfice qu'il retirait de l'opération reposait exclusivement sur un abus de droit.

TA Paris, 22-04-97, Société Européenne de participations industrielles.

*Droit fiscal*, 28/97, 810, p. 935 à 937.

#### 25 - PLACEMENTS FINANCIERS DES ENTREPRISES ET TVA.

Intéressante chronique qui fait le point sur la jurisprudence tant communautaire que nationale sur ce problème délicat. L'auteur rappelle les principes suivants :

- les placements financiers

n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA (CJCE affaire Welcome trust ; affaire Satam),

- sauf s'ils constituent un moyen d'immixtion dans la gestion des sociétés ou s'ils constituent le prolongement direct et nécessaire de l'activité taxable (jurisprudence de la régie dauphinoise). Face à cette casuistique, l'auteur tente de dégager des critères généraux d'une part pour caractériser la notion d'activité économique, d'autre part pour cerner la notion d'activité accessoire qui ne peut se suffire d'un critère purement mathématique et qui permet d'exonérer une opération dans le champ d'application de la TVA.

O. BOUTELLIS.

*Droit fiscal*, 27/97, p. 888 à 894.

#### 26 - SOCIÉTÉ DE PERSONNES ET PLURIACTIVITÉS.

Décision inédite concernant le cas d'une SNC exerçant à la fois une activité de type BIC et une activité civile de location immobilière. L'associé contribuable soutenait qu'il convenait de globaliser les résultats des deux activités afin de déterminer un résultat unique ; l'utilisation d'une société ayant pour effet de fondre les deux activités qui auraient été imposées séparément si elles avaient été exercées par une personne physique. Le tribunal a décidé qu'il convenait de constater deux résultats distincts qui devaient pour chacun d'entre eux suivre leur régime fiscal spécifique.

TA Besançon, 23-01-97, M. Peletin.

*Droit fiscal*, 25/97, 697, p. 842 à 844.

# IMMOBILIER INSTITUTIONNEL ET PROMOTION IMMOBILIÈRE

## VENTE D'IMMEUBLES

### 27 - LES OBLIGATIONS CONCERNANT LA RECHERCHE D'AMIANTE.

Face à la découverte du danger de l'amiante, la loi 96-97 du 07-02-96 impose l'obligation d'une recherche d'amiante dans tous les immeubles bâtis quelle que soit leur affectation ou la qualité de leur propriétaire (personne morale ou physique). Y échappent uniquement les immeubles à usage d'habitation comportant un seul logement ou assimilés (hôtels particuliers, châteaux...). En revanche, sont comprises les maisons individuelles à logement unique mais dont une partie reçoit une affectation autre que l'habitation - activité professionnelle ou artisanale. On peut rappeler également que les travaux doivent être engagés dans un délai de 12 mois (article 5 alinéa 3 du décret 96-98 du 07-02-96). Le professeur Bellon juge douteux la clause selon laquelle « l'acquéreur fera son affaire personnelle du diagnostic sans recours contre le vendeur, la vente ayant lieu aux risques et périls de l'acquéreur et sans aucune garantie de la part du vendeur » ; en effet, la possibilité de transférer à l'acquéreur l'obligation de rechercher la présence d'amiante est sans effet juridique car le propriétaire a une obligation d'information vis-à-vis de son ac-

quéreur, qui participe à la protection préventive du consentement de l'acheteur. Le vendeur peut-il lui-même se retourner contre le fabricant ou le fournisseur ? La solution réside dans l'obligation de sécurité posée par la jurisprudence ou grâce à la garantie des vices cachés de l'article 1641 du Code civil mais dans ce dernier cas, le bref délai est un obstacle important aux recours.

J. Bellon.

*Répertoire Defrénois*, 30-04-97, p. 504 à 512.

### 28 - VENTE D'IMMEUBLES ET TAUX RÉDUITS DE DROITS D'ENREGISTREMENT.

Le taux réduit de droit d'enregistrement (7,925 % à Paris) ne s'applique que si l'acquéreur s'engage à les affecter à usage d'habitation pour une période minimale de 3 ans. Son non-respect entraîne la déchéance de ce régime avec application d'un complément de droits de mutation de 6 % et d'un intérêt de retard de 0,75 % par mois. La Cour de cassation interprète cette disposition de la manière suivante :

- si l'ensemble des biens est affecté à un autre usage, ne serait-ce que de façon très temporaire, il y a déchéance totale du régime de faveur.

- si une partie seulement est affectée à un autre usage, la déchéance n'est encourue qu'en proportion de la surface utilisée différemment.

Cass. com., 12-12-95.

*Conseils par des Notaires*, 219, p. 10.

## **BAUX**

*A.J.P.I.*, juin 97, P. 560 et 561.

### 29 - ASSOCIATION - BAIL COMMERCIAL.

Une association hippique s'est vue résiliée son bail. Elle a invoqué le statut protecteur des baux commerciaux pour prétendre à une indemnité d'éviction. Cependant, même si l'association effectue des actes de commerce, le statut protecteur du décret du 30-09-53 ne peut s'appliquer ; en effet, la Cour de cassation ne reconnaît pas la qualité de commerçant aux associations qui effectuent des actes de commerce (Cass. com., 12-02-85) car, « aux termes de la loi de 1901, elle peut accomplir des actes de commerce pour servir son but mais non pour exercer une profession commerciale ». La seule exception concerne l'exercice d'une activité d'enseignement, pourtant civile, aux conditions de cours réguliers, d'un prix payé par les élèves, d'emploi d'enseignants et d'autorisations administratives. Il est donc toujours recommandé de se mettre d'accord sur la nature du bail afin d'éviter tout litige ultérieur.

*Conseils par des Notaires*, 220, p. 11.

### 30 - DÉCRET DU 30-09-53 - ACTION EN FIXATION DU PRIX - PRESCRIPTION - POINT DE DÉPART - DATE D'EFFET DU NOUVEAU BAIL.

La Cour suprême dans son arrêt rappelle que la prescription de l'action en fixation du bail renouvelé (2 ans) a, en cas de congé délivré par le bailleur avec offre de renouvellement, pour point de départ, le jour de la prise d'effet du nouveau bail.

Civ. III., 08-01-97, M. Loprieno c/ Société Sintegra.

### 31 - CONGÉ POUR VENDRE.

Le bailleur peut décider de vendre son logement à usage d'habitation et mettre fin à la location, donnant de ce fait au locataire un droit de préemption. Le locataire intéressé a voulu discuter le prix de vente arguant d'un prix supérieur à la valeur vénale réelle. La Cour d'appel de Paris lui a dénié tout droit à discussion. Les cas possibles sont donc limitativement énumérés par la loi, notamment pour le preneur rural ou la ville qui préempte en vertu d'un droit de préemption urbain renforcé. On peut cependant remarquer que si la vente est réalisée à un prix inférieur, le locataire bénéficiera d'un second droit de préemption (article 15-II, loi du 06-07-89).

*Conseils par des Notaires*, 220, p. 14 et 15.

## **FISCALITÉ IMMOBILIÈRE**

### 32 - PLUS-VALUE IMMOBILIÈRE.

Jugé que l'exonération au titre de la cession de la résidence principale s'applique aux dépendances de celle-ci, même si les acquéreurs sont des personnes distinctes. En l'espèce, la maison et son jardin avait été cédés à une commune, alors que le reste du terrain constituant également des dépendances immédiates de la maison avait été vendu à une SCI. CE, 06-12-96.

*Droit fiscal*, 12/97, 324, p. 442.

### 33 - PARTS DE SCI ET DROIT A DÉDUCTION.

Décision novatrice de la CAA de Bor-

deux qui admet le principe selon lequel un redevable peut récupérer la TVA sur marge qui lui a été facturée par un marchand de biens à l'occasion de l'acquisition de parts de SCI au motif que la SCI exerce une activité taxable à la TVA. On estime traditionnellement que si l'actif social est affecté à une activité taxable, il en va différemment des parts de la SCI qui elles ne sont pas données en location.

CAA Bordeaux, 05-11-96, SA Nîmes Fic.

*Droit fiscal*, 15-16/97, 440, p. 548 et 549.

#### 34 - SURÉLEVATION D'UN BIEN ACQUIS SOUS LE RÉGIME DE L'ARTICLE 710 DU CGI.

Un permis de construire 60m<sup>2</sup> en surélévation a été demandé par l'acquéreur d'un pavillon d'une superficie utile de 85,85 m<sup>2</sup>. L'Administration a demandé à l'acquéreur de la TVA assise sur une quote-part du prix d'acquisition déterminée en fonction du rapport existant entre la surface des constructions nouvelles et la surface totale du pavillon. On note les commentaires embarrassés de l'annotateur qui face à une situation simple et fréquente s'interroge à juste titre sur la règle et hésite entre l'assujettissement à la TVA de la totalité du prix d'acquisition ou le maintien de la taxation initiale selon que la construction serait ou non prépondérante en regard de l'existant.

CAA Paris, 21-02-97, M. Bonifacino.

*Droit fiscal*, 23/97, 645, p. 764 et 765.

#### 35 - BAIL COMMERCIAL ET BÉNÉFICE DE L'ARTICLE 710 DU CGI.

L'Administration vient de préciser que le bénéfice de l'article 710 du CGI ne

pouvait être refusé au seul motif que le logement était donné en location par bail commercial. Dès lors, la location par bail commercial d'un immeuble à usage mixte (habitation et professionnel) n'est pas de nature à remettre en cause le régime de faveur si le bail précise sans ambiguïté l'affectation à usage d'habitation et que cette affectation est effectivement maintenue. On notera que cette position est plus restrictive que le texte qui n'exige pas une affectation à l'habitation, mais l'engagement de ne pas affecter à un usage autre que l'habitation.

RM Auberger, JOAN 23-09-96.

*Droit fiscal*, 24/97, 675, p.809.

#### 36 - AMORTISSEMENT PERISSOL.

L'Administration vient de donner quelques précisions importantes concernant le dispositif lorsque l'acquisition est réalisée sous couvert de parts de SCI.

1° base de calcul de l'amortissement : selon l'Administration, les frais d'études et de recherche des investissements peuvent être inclus dans le prix de revient de l'acquisition et faire l'objet de l'amortissement. Au contraire, les frais de collecte (promotion et publicité pour le placement des parts) doivent être distraits de la base de calcul de l'amortissement.

2° période d'engagement de conservation des titres : elle expire au terme de la période couverte par l'engagement de location afférent des derniers logements.

Lettre SLF à la FNPC, 02-05-97.

*Droit fiscal*, 24/97, 664, p. 799 et 800.

#### 37 - RESTRUCTURATION IMMOBILIÈRE ET TVA.

Décision particulièrement intéressante qui permet à la fois de faire le point sur

les critères permettant de prétendre qu'une opération de construction est assujettie à la TVA immobilière et de s'inquiéter sur le flou qui règne en la matière et nécessite d'interroger préalablement l'Administration sur la qualification des travaux envisagés. La Cour a relevé que l'ouverture de portes et fenêtres, l'obtention d'un permis de construire étaient des éléments impropres à qualifier l'opération d'opération de construction. Elle retient par contre le coût des travaux qu'elle estime important en regard du prix d'acquisition du bien (855 000 francs contre 555 000 francs) alors que ce critère n'est habituellement pas retenu, et le fait que les planchers ont été détruits et les escaliers déplacés.

CAA Lyon, 31-12-96, M. Deville.

*Droit fiscal*, 24/97, 676, p. 809 à 812.

### 38 - CONSTRUCTION DE LOGEMENTS LOCATIFS SOCIAUX.

L'article 17 de la loi de finances pour 1997 soumet au taux réduit de la TVA les opérations de construction de logements sociaux financés par des prêts locatifs sociaux. La mise en oeuvre de cette mesure implique que les constructeurs constituent des secteurs d'activité distincts permettant de suivre le coût de revient des logements sociaux. A cet effet, le décret du 31-05-97 prévoit que chaque immeuble, ensemble ou fraction d'immeuble composé de logements sociaux à usage locatif dont la livraison à soi-même est imposable en application de l'article 257-7 1) c du CGI constitue un secteur distinct d'activité.

Décret n° 97-675, 31-05-97.

*Droit fiscal*, 26/97, 741, p. 879 et 880.

### 39 - MODALITÉS DE TAXATION DES INDEMNITÉS DE FIN DE BAIL.

Intéressante décision de la Cour d'appel de Nancy qui a le mérite de rappeler le traitement fiscal de l'encaissement d'une indemnité perçue en cas de résiliation du bail commercial. Cette indemnité est taxée comme une plus-value dans la mesure où elle correspond à la perte du bail et selon le droit commun si elle est destinée à couvrir tous les frais de remploi de réinstallation ou toute autre charge déductible par ailleurs. Cette décision doit également être signalée dans la mesure où elle admet que l'indemnité ne présente pas un caractère disproportionné du fait qu'elle pouvait présenter un intérêt particulier pour la partie versante qui souhaitait réaliser une opération immobilière, alors que la somme versée était très supérieure à la valeur du droit au bail.

CAA Nantes, 18-02-97, Mme Feuillet.

*Droit fiscal*, 27/97, 758, p. 898.

### 40 - FISCALITÉ DU DROIT D'ENTRÉE.

Un contribuable exerçant son activité dans l'immeuble dont il était propriétaire a cessé son activité et donné à bail son local. Il a perçu à cette occasion un droit d'entrée de 650 000 francs que l'Administration a taxé en revenu foncier. Le contribuable ayant prétendu que la somme en cause avait pour contrepartie la dépréciation subie par l'immeuble du fait de l'acquisition de la propriété commerciale ou devait être assimilée à une cession de clientèle, les juges ont estimé que la

simple conclusion d'un bail commercial n'est pas en soi un facteur entraînant en lui-même la dépréciation de l'immeuble. La Cour a constaté que le montant du loyer n'était pas par ailleurs anormalement bas excluant par là-même l'argument selon lequel la somme versée avait un caractère indemnitaire. En outre, les activités exercées étant différentes, il ne pouvait s'agir d'une cession de clientèle.

CAA Nancy, 13-03-97, M. Sirandré.  
*Droit fiscal*, 19/97, 519, p. 642 et 643.

# **COPROPRIÉTÉ ET ORGANISATION JURIDIQUE DES ENSEMBLES IMMOBILIERS**

## 41 - ACHAT EN COPROPRIÉTÉ : ESTIMATION OBLIGATOIRE DE LA SURFACE.

Cette loi du 18-12-96 concerne tous les immeubles anciens et seulement en copropriété. Les annexes telles que les caves, garages...y échappent. Il ne s'agira que de ventes à l'exclusion des donations-partages, partages, apports en société ou en transferts de propriété opérés par ordonnance du juge de l'expropriation. Cette loi est applicable dès le 19-06-97 et s'étend à tout avant-contrat et notamment aux promesses de vente. Plusieurs actions sont offertes à l'acquéreur :

- la nullité dans le mois de la signature de l'acte authentique de vente si la surface a été omise.

- une action en diminution du prix si la superficie effective est de plus de 5 % moindre à celle indiquée dans l'acte. Le délai est d'un an sous peine de déchéance. Une remarque cependant : toute promesse de vente antérieure au 01-06-97 n'entraînera pas l'application de ladite loi pour les actes authentiques de vente établis avant le 19-12-97.

C. Bosgiraud

*Conseils par des Notaires*, 221, p. 4 à 6.

# URBANISME, AMÉNAGEMENT ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

## PERMIS DE CONSTRUIRE

### 42 - UN PERMIS MODIFICATIF PEUT-IL RÉGULARISER RÉTROACTIVEMENT UN PERMIS DE CONSTRUIRE ILLÉGAL ?

Quand le permis initial est illégal, le permis modificatif peut venir remédier à l'illégalité et purger le permis rétroactivement, du vice dont il est entaché. Il en résulte que le juge écarte les moyens avancés dans un recours contre le permis initial qui correspondent aux illégalités purgées par le permis modificatif.

CE 15-01-97, Association pour la sauvegarde des espaces verts et du cadre de vie de Chatenay Malabry.  
*B.J.D.U.*, 2/97, p. 125 à 128.

### 43 - LES RISQUES SOUTERRAINS.

Les risques liés à la présence dans le sous-sol de vestiges de mines, carrières, tunnels, caves, égouts, galeries deviennent de plus en plus préoccupants. L'auteur analyse les pouvoirs dont disposent les collectivités publiques pour prévenir ces risques et les responsabilités qu'elles encourent en cas d'incident.

B. Jorion.

*Droit Administratif*, mai 97, p. 4 à 7.

## CERTIFICAT D'URBANISME

### 44 - QUELLES GARANTIES APORTE UN CERTIFICAT D'URBANISME POSITIF ?

Le certificat d'urbanisme positif ne donne pas la certitude d'obtenir un permis de construire conforme aux énonciations du certificat. Seules les règles d'urbanisme sont garanties pendant un an. Une modification de l'état ou du dimensionnement des équipements publics peut donner lieu à un certificat d'urbanisme positif puis à un refus de permis.

CE 13-12-96, M. Luccisano.  
*B.J.D.U.*, 2/97, p. 106 à 108.

## AMÉNAGEMENT

### 45 - ACTION OU OPÉRATION AMÉNAGEMENT ?

La loi du 14 novembre 1996 relative au Pacte de Relance pour la Ville inclut dans la définition de l'aménagement la « restructuration urbaine » et permet de déléguer aux opérateurs des actions d'insertion professionnelle et sociale. Cette loi soulève une nouvelle fois la question du mode

d'intervention des opérateurs et acteurs de l'aménagement. Ainsi, les auteurs s'interrogent : lorsqu'un aménageur contracte avec une collectivité publique, dans quels cas s'agit-il d'une prestation de services d'une action ou d'une opération d'aménagement ? L'enjeu de cette distinction est de savoir s'il convient d'appliquer le Code des marchés publics et la loi Sapin, ou si la relation entre la collectivité publique et l'aménageur reste dans le cadre de la seule liberté contractuelle.

P. Giami et G. Lemée.

*Études foncières*, n°75, juin 97, p. 47 à 51.

## **DROIT DE PRÉEMPTION**

### 46 - EXIGENCE ILLÉGALE D'UNE NOUVELLE DIA DIFFÉRANT LA VENTE DE L'IMMEUBLE.

Un propriétaire qui souhaitait vendre son bien avait souscrit une déclaration d'intention d'aliéner adressée à la commune. Pendant le cours du délai de deux mois dans lequel elle doit se prononcer, il décéda. Le maire déclara alors caduque la DIA et invita les héritiers, s'ils entendaient toujours vendre, à remplir une nouvelle déclaration. Le Conseil d'État a considéré que cette décision du maire était illégale et était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la commune. En effet, les héritiers avaient subi un préjudice tenant à ce que la vente de l'immeuble avait été différée jusqu'à l'aboutissement de la procédure engagée contre la décision du maire.

CE 19-02-97, Commune Pré Saint Gervais.

*Droit Administratif*, mai 97, p. 30 et 31

### 47 - SAISINE DU JUGE EN VUE DE LA FIXATION DU PRIX DE L'IMMEUBLE

### PRÉEMPTÉ - ABSENCE DE CONSIGNATION D'UNE SOMME ÉGALE A 15% DE L'ÉVALUATION DOMANIALE.

Lorsqu'une commune, en réponse à une déclaration d'intention d'aliéner, exerce son droit de préemption à un prix inférieur à celui indiqué sur la DIA et si son offre n'est pas acceptée, la commune peut, dans les 15 jours du refus du propriétaire, saisir le juge de l'expropriation. Cette demande en fixation judiciaire du prix doit être accompagnée de la consignation d'une somme égale à 15% de l'évaluation domaniale (article L.213-4-1 du Code de l'urbanisme). A défaut, cette demande est sans objet et la commune est réputée avoir renoncé à l'exercice de son droit de préemption.

TGI Bobigny, 12-07-96.

*A.J.P.I.*, juin 97, p. 573 et 574.

## **EXPROPRIATION**

### 48 - COMPLEXITÉ DE LA PROCÉDURE DE RÉTROCESSION D'UN BIEN EXPROPRIÉ QUI N'A PAS REÇU LA DESTINATION PRÉVUE.

L'auteur répond par son article à un certain nombre de difficultés engendrées par l'application de l'article L.12-6 du Code de l'expropriation qui prévoit : « si les immeubles expropriés en application du présent code n'ont pas reçu dans le délai de 5 ans la destination prévue ou ont cessé de recevoir cette destination, les anciens propriétaires ou leurs ayants-droits à titre universel, peuvent demander la rétrocession pendant un délai de 30 ans à compter de l'ordon-

nance d'expropriation, à moins que ne soit requise une nouvelle déclaration d'utilité publique ». A titre d'exemple : à quel moment doit-on faire courir le délai de 5 ans ? Après la déclaration d'utilité publique ou l'ordonnance d'expropriation ? La Cour de cassation a admis comme point de départ de ce délai, l'ordonnance d'expropriation, même dans l'hypothèse de l'annulation de la déclaration d'utilité publique.

Civ. III., 05-07-78.

*A.J.P.I.*, juin 97, p. 546.

#### 49 - DATE DE RÉFÉRENCE EN CAS DE RÉTROCESSION.

En l'absence de date de référence prévue par la loi en matière de rétrocession, le juge a considéré que la qualification du bien doit être fixée à la date à laquelle le droit de rétrocession a été reconnu et les biens doivent être estimés à la date de la décision de première instance statuant sur le prix de l'immeuble.

Civ. III., 26-02-97, Bellino.

*Droit Administratif*, mai 97, p. 20.

#### 50 - LA LÉGALITÉ D'UNE DÉCLARATION D'UTILITÉ PUBLIQUE D'UN PROJET D'AUTOROUTE PEUT ÊTRE

#### MISE EN CAUSE PAR LE PRIX EXCESSIF DE SA RÉALISATION.

Annulation d'une déclaration d'utilité publique concernant le projet de construction d'autoroute « transchablaisienne » sur le fondement de son prix trop excessif au regard de son utilité économique et touristique. Intérêt de l'arrêt : le Conseil d'État se contente du coût trop élevé du projet pour enlever le caractère d'utilité publique à l'opération.

CE 28-03-97, Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne.

*Les Petites Affiches*, 02-07-97, p. 33 à 35.

# DROIT PUBLIC

## 51 - A QUI REVIENT LA PROPRIÉTÉ DES OUVRAGES ÉDIFIÉS ?

Dans certains cas et notamment lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la personne légalement redevable de la taxe foncière sur les propriétés bâties, la question se pose de savoir si les occupants du domaine public demeurent propriétaires des ouvrages qu'ils ont été autorisés à édifier sur le domaine public ou si ces ouvrages s'intègrent au domaine public de la personne publique propriétaire du sol. Un arrêt important du Conseil d'État du 21 avril 1997 « *ministre du budget c/société Sagita* » apporte des éclaircissements à ce sujet : L'appropriation privative d'ouvrages édifiés sur le domaine public par le titulaire d'une autorisation d'occupation n'est pas contraire au principe d'inaliénabilité. Cette appropriation est toutefois écartée lorsque l'ouvrage a été édifié en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté. Le caractère de propriété privée doit également être refusé aux ouvrages qui constituent un accessoire indispensable du domaine public affecté au service public. En toute hypothèse, les occupants du domaine public perdent la propriété des ouvrages qu'ils ont édifiés à l'expiration de leur titre d'occupation.

J. Dufau.

*Moniteur des Travaux Publics*, 11-07-97, p 42 et 43.

## 52 - DROITS RÉELS SUR LE DOMAINE PUBLIC : DÉLIVRANCE DES TITRES PAR DES ORGANISMES AUTONOMES.

La loi du 25 juillet 1994 relative à la constitution de droits réels sur le domaine public et plus particulièrement son décret d'application du 6 mai 1995 ont organisé une procédure spécifique de délivrance et de retrait des nouveaux titres constitutifs de droits réels qui venaient d'être créés. Le dispositif ainsi mis en place concerne pour l'essentiel trois catégories d'occupation :

- l'occupation du domaine public géré par l'État,
- l'occupation du domaine public appartenant aux établissements publics nationaux,
- l'occupation du domaine public de l'État géré par un établissement public ou un autre organisme.

Le décret du 2 décembre 1996 commenté par Alain Fournier traite plus particulièrement de cette troisième catégorie en tenant compte de leur spécificité.

A. Fournier.

*Droit Administratif*, juin 97, p. 5 à 7.

## CONTRATS ADMINISTRATIFS

### 53 - LES CONTRATS PASSÉS PAR LES SERVICES PUBLICS INDUS- TRIELS ET COMMERCIAUX AU RE- GARD DU CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES - ARTICLE L.132-1 DU CODE DE LA CONSOMMATION.

Il est question de l'application de ce contrôle pour les clauses des contrats passés par ce type de service public : la qualité de client reconnu à l'usager de ces services publics suppose l'application de cette garantie, mais ces contrats contiennent des clauses exorbitantes du droit commun et des dispositions réglementaires (faisant référence au droit public) pouvant contrarier l'application du dit contrôle. Questions étudiées :

- application de la législation sur les clauses abusives au regard de la qualité des parties et de la nature du lien contractuel existant entre ces services publics et leurs usagers.
- les clauses réglementaires introduites dans ces contrats au regard de l'article 132-1 précité et la compétence juridictionnelle en la matière.

S. Pellinghelli-Steichen.

*Les Petites Affiches*, 14-07-97, p. 11 à 17.

### 54 - RÉGIE INTÉRESSÉE ET MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE - A PROPOS DE L'ARRÊT CAA PARIS 18 AVRIL 1997.

La plupart des communes de la région Ile-de-France sont desservies en eaux potables par la CGE dans le cadre d'un contrat de régie intéressée conclu avec le Syndicat des eaux d'Ile-de-France.

L'article 8 de cette convention prévoit que « certains travaux confiés à la CGE feront l'objet de conventions particulières entre le syndicat et la compagnie ». C'est en application de ces dispositions que le syndicat et la CGE ont conclu une convention particulière confiant à la CGE le soin de faire exécuter pour le compte du syndicat, maître d'ouvrage, des travaux de génie civil nécessaires à la pose d'une canalisation. La CGE a signé en exécution de cette convention particulière un marché pour le compte du Syndicat avec l'entreprise de viabilité d'Ile-de-France pour la réalisation de ces travaux. La CAA de Paris a considéré ce montage irrégulier aux motifs :

- que la convention particulière consentie entre la CGE et le syndicat constituait en faite une délégation de maîtrise d'ouvrage ;
- qu'une telle convention, était nécessairement irrégulière du fait de la non appartenance de la CGE à l'une des catégories de personnes qui aux termes de l'article 4 de la loi MOP peuvent seules se voir confier des attributions de la maîtrise d'ouvrage publique à titre de mandataire.
- que le marché conclu en application de cette convention irrégulière était lui-même nécessairement irrégulier puisque signé au nom et pour le compte d'une personne publique par une personne privée non régulièrement habilitée à cet effet.

L. Richer et E. Fatôme commente ce jugement et par ailleurs s'interroge sur la question de savoir si à défaut de pouvoir être maître d'ouvrage délégué, les régisseurs intéressés ne peuvent être de la même manière que les concessionnaires de service public, maître d'ouvrage des ouvrages du service public dont la gestion leur est confiée. La réponse à

cette question dépend de la possibilité ou non de reconnaître au régisseur intéressé la qualité d'exploitant.

E. Fatôme et L. Richer.

CAA Paris, 18-04-97, CGE c/ Syndicat des eaux d'Ile -de-France.

A.J.D.A., juin 97, p. 492 à 497 et 543 à 545.

## **DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC**

### 55 - QUAND UNE RÉGION PASSE PAR UNE ASSOCIATION POUR CONFIER UNE TÂCHE À UNE SEM.

Le TA de Toulouse décèle une délégation de service public irrégulièrement formée dans une affaire dans laquelle une région ayant rencontré des difficultés dans la passation de marchés avec une SEM avait décidé d'attribuer une subvention à une association pour qu'elle acquière une partie des actifs de cette SEM.

TA Toulouse, 28-01-97, Cervera.

*Droit Administratif*, mai 97, p. 12.

## **MARCHÉS**

## **PUBLICS**

### 56 - LES CONDITIONS DE PASSATION D'UN AVENANT.

Les avenants des marchés publics sont conclus pour permettre la poursuite de l'exécution du contrat. Toutefois, s'ils bouleversent l'économie du marché initial ou en changeant l'objet, le juge administratif censure leur passation aux motifs que les avenants constituent en fait de nouveaux contrats distincts devant faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. De plus tout projet d'avenant doit faire l'objet d'une consultation préalable auprès de la commission d'appel d'offres réunie pour le marché initial dès lors qu'il réalise une augmentation de plus de 5% du montant initial.

S. Charveron.

*Moniteur des Travaux Publics*, 27-06-97, p. 69.

## **COMPARAISON ENTRE LE RÉGIME DE LA FUSION SIMPLIFIÉE ET CELUI DE LA DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ UNIPERSONNELLE.**

Avant d'examiner les détails de la comparaison entre le régime de la fusion simplifiée et celui de la dissolution d'une société unipersonnelle, il convient de rappeler brièvement les principales caractéristiques de la fusion et de la dissolution.

La fusion est une opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule.

Elle peut résulter :

- soit de la création d'une société nouvelle par plusieurs sociétés existantes,
- soit de l'absorption d'une société par une autre.

Traditionnellement, la fusion se caractérise par trois conséquences :

1. Transmission universelle du patrimoine : tout le patrimoine de la société absorbée passe à la société absorbante (actif et passif). Le passif est pris en charge selon les modalités définies au contrat de fusion.
2. Disparition de la société absorbée : autre caractéristique, liée à la transmission du patrimoine, la fusion entraîne obligatoirement la dissolution de la société absorbée. Mais, à la différence des autres cas de dissolution, il n'y a pas lieu de procéder à la liquidation de la société absorbée et par conséquent il n'est pas nécessaire de nommer de liquidateur.
3. Échange de droits sociaux : lorsqu'il y a fusion, les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante et se voient attribuer des actions ou parts sociales de cette société (article 371 alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966). Autrement dit, il ne peut y avoir fusion si l'actif net transmis (après déduction du passif pris en charge par la société absorbante) est rémunéré par des biens autres que des actions ou des parts sociales.

Les cas de dissolution sont quant à eux énoncés à l'article 1844-7 du Code civil. Mais si cet article dispose de huit cas différents de dissolution, ces derniers se caractérisent toujours par les points suivants :

1. Phase de liquidation : en principe, toute dissolution de société, civile ou commerciale, doit être suivie d'une liquidation (article 1844-8 du Code civil et article 391 de la loi du 24-07-66). La Cour de cassation, par une jurisprudence constante, rappelle que celle-ci est d'ordre public (Cass. com, 24-10-89, *J.C.P. éd. E*, II, 15708).

2. Maintien de la personnalité morale : ce maintien est nécessaire pour réaliser les opérations de liquidation (créances à récupérer, contrats à achever...). Cela peut durer plusieurs années. Ainsi, la personnalité morale subsiste mais elle est réduite car elle ne survit que pour les besoins de la liquidation. La personnalité morale ne disparaît qu'au jour où la liquidation est prononcée.

3. Réalisation de l'actif : le mandataire liquidateur est le représentant de la société en liquidation, il doit dresser un inventaire du passif/actif et prendre les mesures conservatoires qui s'imposent, recouvrer les créances sociales et réaliser l'actif. Quant au passif, s'il n'a pu être intégralement réglé, les associés restent toujours tenus responsables : soit à la hauteur de leurs apports, soit solidairement et indéfiniment selon le type de société dont il s'agit. Cette règle s'avère protectrice des intérêts des associés de SARL comme des associés de sociétés par actions dissoutes (Cass, 17-12-79, *Revue des sociétés* 1981, p. 81). Cette règle s'applique également à l'EURL.

Ainsi, on constate qu'en droit les différences entre fusion et dissolution des sociétés sont marquées (dans un premier cas, la société disparaît et dans l'autre survit pour un temps ; dans un cas, il faut nommer un liquidateur et dans l'autre non...).

Par ailleurs, au plan fiscal, les distinctions sont également importantes :

- la dissolution d'une société étant assimilée à une cessation d'entreprise, elle entraîne en principe l'imposition immédiate des bénéfices (IS au taux de 33 1/3 %) et des plus-values non encore taxées (au taux de 19 % pour les plus-values à long terme). Elle devra également le précompte et un droit de partage de 1 % sur l'actif net.

- en matière de fusion, le législateur ayant voulu faciliter les regroupements d'entreprises, a prévu un régime de faveur en matière d'impôts directs (plus-values de fusion et provisions exonérées, quant à l'attribution des titres représentatifs de l'apport aux membres de la société absorbée, elle n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers et est exonérée d'impôt sur le revenu). Les fusions de sociétés entraînent en principe l'exigibilité du seul droit fixe de 1220 francs.

Or, en application des 3<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> directives en droit des sociétés du Conseil des Communautés européennes des 09-10-78 et 17-12-82, la loi du 05-01-88 a été modifiée relativement aux fusions, scissions et dissolutions. Nous verrons ainsi dans le cas particulier de la fusion à 100 %, que la fusion simplifiée d'une part et la dissolution de l'article 1844-5 alinéa 3 d'autre part, n'entraîne plus de différences notables.

Pour examiner la similitude de ces régimes, nous étudierons dans une première partie le sort de la transmission de patrimoine dans le cadre de la fusion d'une filiale à 100 % et en particulier dans l'hypothèse d'un actif net négatif. Puis dans une seconde partie, la récente évolution apportée par le législateur à la procédure de dissolution d'une société commerciale unipersonnelle.

## I/ FUSION SIMPLIFIÉE ET ACTIF NET NÉGATIF.

L'hypothèse à laquelle nous allons nous attacher est celle de la fusion absorption d'une filiale dont le capital est détenu en totalité par la société absorbante.

Dans ce cas de figure, la procédure de fusion a été simplifiée.

En effet, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée ni à l'établissement dans les deux sociétés concernées des rapports du conseil d'administration ou du directoire ou des commissaires à la fusion (loi n° 66-537 du 24-07-96, article 378-1 ; loi n° 88-17 du 05-01-88, article 7).

De même, il ne semble pas nécessaire d'indiquer dans le projet de fusion le rapport d'échange des actions, les modalités de remise des actions de la société absorbante ainsi que la date à laquelle ces actions donnent droit aux bénéficiaires.

En effet, cette opération n'entraîne aucun échange de titres, et par conséquent, aucune création de parts sociales ou d'actions, la société n'augmentant pas son capital social.

Mais cette simplification n'est cependant pas absolue puisque la nomination d'un commissaire aux apports est nécessaire, et qu'il s'agit même désormais du seul cas où elle l'est.

En effet, aux termes de l'article 378-1 de la loi du 24-07-66 lorsque depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante détient la totalité du capital des sociétés absorbées, il reste nécessaire que l'assemblée générale

extraordinaire de la société absorbante statue au vu du rapport d'un commissaire aux apports, conformément aux dispositions de l'article 193.

Cette disposition répond au souci du législateur d'assurer une bonne information des actionnaires de la société absorbante et des créanciers sur la valeur du patrimoine qui est transféré à cette dernière.

Or depuis l'entrée en vigueur de la loi Madelin du 11-02-94 portant réforme du droit des sociétés, l'article 378 de la loi du 24-07-66 qui prévoyait l'établissement d'un rapport du commissaire aux apports a été abrogée dans les autres cas de fusion.

Selon le Professeur LE CANNU et Me BOUERE, le souci de simplification qui anime la loi Madelin aurait dû conduire seulement à y préciser que le rapport du commissaire aux apports est confié au commissaire à la fusion, comme cela se fait très généralement en pratique et permet à un seul expert d'apprécier, de façon cohérente, les deux volets de l'opération : celui de la parité d'échange des actions et celui des valeurs de transferts.

Par ailleurs, au plan du capital social, la fusion absorption emporte augmentation du capital de la société absorbante en vue de l'échange de ses titres contre ceux de la société absorbée.

Ceci suppose qu'il y a une contrepartie réelle à l'augmentation de capital afin que celle-ci ne présente aucun caractère fictif. Il s'en suit que l'on a coutume d'affirmer qu'une société ayant un actif net négatif ne peut être absorbée par une autre.

C'est pour cette raison que la loi du 24-07-66 exige l'intervention d'un commissaire aux apports (article 378 qui renvoie à l'article 193). Celui-ci doit notamment vérifier que l'actif net apporté par la société absorbée est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante.

Néanmoins, il faut noter que dans notre espèce de la fusion absorption d'une filiale dont le capital est détenu en totalité par la société absorbante celle-ci n'entraîne aucune augmentation de capital.

La loi n° 88-17 du 05-01-88, prise en application des 3ème et 6ème directives en droit des sociétés du Conseil des Communautés Européennes des 09-10-78 et 17-12-82, a modifié les textes de la loi du 24-07-66 relatifs aux fusion et aux scissions.

Depuis cette modification, l'article 372-1 de la loi de 1966, ajouté par la loi de 1988, dispose qu'il n'est pas procédé à l'échange d'actions de la société bénéficiaire de la fusion contre des actions de la société absorbée lorsque ces actions sont détenues par la société absorbante.

Ainsi, dans la mesure où il est dorénavant acquis que dans l'hypothèse de société détenue à 100 %, il ne doit pas être procédé à un échange de titres et donc à une augmentation de capital de la société absorbante, rien ne s'oppose à ce que la société absorbante reçoive un apport en nature de la société absorbée dont la valeur serait négative.

Les actionnaires de la société absorbante se trouvent, dans cette hypothèse, dans une situation comparable à celle des actionnaires d'une société qui réalise une augmentation de capital au profit d'un tiers, sans prime d'émission alors qu'il existe pourtant des

réserves ou comparable à celle d'un tiers souscrivant une augmentation de capital d'une société ayant des pertes, donc un actif net négatif.

A noter que cette analyse est d'autant plus fondée que l'absorption d'une filiale détenue à 100 % pourrait être réalisée par la voie d'une dissolution de celle-ci et que, en ce cas, s'appliqueraient les règles particulières de l'article 1844-5 alinéa 3 du Code civil, que la filiale possède un actif net positif ou négatif.

En conséquence, désormais, les seules caractéristiques de fusion sont les suivantes :

1. disparition d'une ou plusieurs sociétés
2. transmission universelle du patrimoine sans liquidation.

L'échange de parts ou d'actions n'est plus une caractéristique essentielle de la fusion. Il n'a vocation à intervenir que lorsque le capital de la société absorbée n'est pas détenu ou n'est détenu qu'en partie par la société absorbante ou nouvelle.

## II) DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ COMMERCIALE UNIPERSONNELLE (ART 1844-5 AL.3)

La loi du 05-01-88 a modifié l'article 1844-5 du Code Civil. Désormais, la dissolution d'une société à main unique n'est pas suivie d'une procédure de liquidation. Elle emporte, de plein droit, transmission universelle du patrimoine, actif et passif, à l'associé unique; celle-ci se réalisant au jour de l'expiration du délai d'opposition des créanciers (30 jours à compter de la date de la publication de la dissolution).

Cela signifie que la personnalité morale de la société unipersonnelle demeure entière jusqu'à l'issue du délai d'opposition et que les dirigeants demeurent en place avec la plénitude de leurs pouvoirs.

Pendant cette période d'opposition, la personnalité morale de la société ne subit aucune restriction, à la différence de ce qui se passe lorsqu'il y a liquidation, où la personnalité morale de la société est maintenue pour les seuls besoins de celle-ci.

Il n'est plus utile de nommer de liquidateur, les dirigeants sociaux demeurant en place avec leurs pouvoirs légaux.

A l'issue de la période d'opposition, la personnalité morale disparaît de plein droit, en un trait de temps. Concomitamment, l'associé unique hérite de la totalité du patrimoine de la société dissoute, de ses biens, de ses droits et de ses dettes.

En conséquence, l'associé unique appréhende les actifs de la société dissoute sans formalité particulière, hormis pour les immeubles et les droits de propriété industrielle. En contrepartie, l'associé unique devient redevable personnellement de la totalité des dettes impayées de la société dissoute, sans pouvoir se prévaloir d'une quelconque limitation

de responsabilité.

Ainsi donc, alors qu'en droit commun, la dissolution d'une société n'emporte pas transfert universel du patrimoine et nécessite l'ouverture d'une liquidation, la dissolution d'une société unipersonnelle comporte des caractéristiques exactement inverses : transfert universel du patrimoine à l'associé unique et absence de liquidation, rapprochant fortement cette procédure de celle de la fusion simplifiée.

Genèse des réformes :

A ces arguments résultant de l'analyse du régime et de la nature juridique de la dissolution d'une société unipersonnelle et de la fusion simplifiée, il convient d'ajouter des arguments déterminants provenant du droit communautaire.

La 3ème directive communautaire en droit des sociétés, du 09-10-78 (JOCE 20 octobre 1978, p. 36 ; *JCP* 78, III 47777) concernant les fusions des sociétés anonymes, directive d'harmonisation des législations internes des pays membres, est à l'origine de la modification du droit positif. C'est d'ailleurs en considération de la directive de 1978 que la loi n° 88-15 du 05-01-88 a modifié l'article 1844-5, alinéa 3, du Code Civil.

En conséquence, selon le professeur DAIGRE, cette directive oblige à considérer que la dissolution-confusion des patrimoines est une véritable fusion au sens du droit communautaire et, en conséquence, au sens du droit interne français.

Une seconde directive confirme expressément cette qualification. La directive du 23-07-90 (JOCE 20 août 1990, p. 87 ; *JCP* 90, III, 641126), concerne le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports partiels d'actifs et échanges d'actions. Elle prévoit notamment que dans le cas de la société qui détient la totalité des titres représentatifs de son capital social, il s'agit de ce que l'on pourrait appeler une fusion par confusion des patrimoines.

Les directives du 09-10-78 (régime juridique interne des fusions) et du 23-07-90 (régime fiscal communautaire des fusions) peuvent être directement invoquées devant les tribunaux nationaux. Les notions internes de fusion et de scission des sociétés doivent être interprétées à la lumière de ces directives communautaires.

Cette définition de la fusion par application des directives européennes, qui consiste à lui assimiler la dissolution d'une société unipersonnelle, ne s'oppose pas aux règles fiscales françaises actuelles. En effet, la loi du 12-07-65 ne contient aucune définition des opérations de fusion et des opérations assimilées en matière d'impôt sur les sociétés ou d'impôt sur la distribution. Seul le décret du 13-02-74 a fourni une définition, en matière de droit d'enregistrement, aujourd'hui codifiée à l'article 301 B de l'annexe II du CGI.

Mais cette définition n'est strictement applicable qu'aux droits d'enregistrement et ne saurait être étendue aux catégories d'impôts. Au surplus, elle résulte d'un décret et ne saurait donc contrevenir à la loi et encore moins aux directives communautaires.

Ainsi, on peut donc désormais affirmer que la dissolution d'une société unipersonnelle

est une véritable fusion, tant du point de vue juridique que du point de vue fiscal.

Les conséquences de cette qualification ne sont pas négligeables :

Au point de vue juridique, l'assimilation de cette opération à une fusion absorption permet de lui étendre le régime des fusions prévu par la loi du 24-07-66, du moins pour les sociétés commerciales. Cela permet de compléter le régime très incomplet de l'article 1844-5, alinéa 3 du Code Civil. En particulier, on peut lui étendre les règles relatives à la rétroactivité ou à l'effet différé de la décision de fusion (article 372-2), de la protection des créanciers de la société confondante lorsqu'il s'agit d'une société anonyme (article 381), alors que l'art 1844-5 ne réserve le droit d'opposition qu'aux créanciers de la société dissoute.

Du point de vue du régime fiscal, l'assimilation de la dissolution par confusion des patrimoines à une fusion permet de lui faire bénéficier du régime fiscal de faveur, tant en matière de droit d'enregistrement qu'en matière d'impôt sur les sociétés et d'impôt de distribution.

**Nicolas MARQUETTE.**