

Actualité juridique de la vie des affaires et des sociétés. *Morceaux choisis*

Le droit des affaires en général et le droit des sociétés en particulier n'échappent pas à la tendance actuelle à l'hyperinflation législative et réglementaire.

Les biologistes, comme chefs d'entreprise, et leurs conseils, avocats et experts comptables, sont confrontés à ces évolutions permanentes, qu'il s'agisse de la gestion et de l'exploitation du laboratoire, ou des opérations de regroupement et de cession.

Cette fin d'année est l'occasion de faire un focus sur quelques points particuliers issus d'une sélection purement arbitraire tant le sujet est dense.

Il ne s'agit donc pas de dresser un panorama de l'actualité juridique de la vie des affaires et des sociétés de l'année 2017, mais de relever quelques éléments qui n'ont pas nécessairement retenu l'attention et qui sont susceptibles d'intéresser les biologistes, dirigeants ou associés.

La primauté des statuts dans l'organisation des pouvoirs de direction des SELAS

Le recours à la forme sociale SELAS est quasi systématique dans le secteur de la biologie dès lors que les associés décident d'exercer au sein d'une structure sous forme de société par actions. L'intérêt de la SELAS est bien connu. Cette forme sociale offre beaucoup de liberté par rapport aux structures de type SELARL ou SELAFA, un grand nombre de dispositions concernant l'organisation de la direction, et plus généralement de la vie sociale, étant laissée à la liberté des associés. Toutefois, il faut être vigilant dans l'hypothèse où le fonctionnement de la société et les relations entre associés sont réglés à la fois par les statuts et un pacte d'associés.

La Cour de Cassation rappelle, dans un arrêt de la Chambre Commerciale du 25 janvier 2017, que « seuls les statuts de la société par actions simplifiées fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ».



© Drazen_istock



© PeopleImages-istock

La règle est naturellement transposable aux SELAS. Elle souligne qu'il existe une hiérarchie des normes en matière de vie sociale des sociétés et que les statuts priment nécessairement les dispositions contenues dans un pacte d'associés.

En outre, la solution retenue rappelle que certaines dispositions sont de la compétence exclusive des statuts, dont seules leurs dispositions sont opposables aux tiers.

Les biologistes veilleront systématiquement à ce que les dispositions qu'ils adoptent par la voie d'un pacte d'associés soient en pleine conformité avec les statuts. Dans l'hypothèse d'une contradiction et de la nécessité de recourir à une interprétation des dispositions convenues entre les associés, les statuts l'emporteront toujours.



François Marchadier
Avocat au Barreau de Paris

Il faut également garder présent à l'esprit que certaines dispositions, qui constituent le socle juridique *a minima* et obligatoire de la vie de la société, ne peuvent être réglées que par les statuts.

L'assujettissement aux cotisations sociales des gains en capital issus des régimes d'intéressement des managers (*management package*)

Le niveau de valorisation des laboratoires et l'importance des levées de fonds nécessaires à la réalisation des opérations de cession sont de plus en plus souvent l'occasion de la mise en place d'outils d'intéressements des biologistes qui demeurent en exercice dans les nouvelles structures. Ces produits sont issus des méthodes dites de « *management package* » qui consistent de manière générale à intéresser au capital les biologistes par l'attribution de titres représentatifs du capital des sociétés concernées.

Le but principal poursuivi par un *management package* est d'associer le manager à la réussite de l'entreprise et d'obtenir un meilleur rendement après impôts et cotisations sociales qu'un simple intéressement.

Dans une décision du 6 juillet 2017, la Cour d'Appel de PARIS a soumis à cotisations sociales les gains en capital réalisés par des managers qui avaient souscrit des bons de souscription d'actions (BSA).



La cession de ces BSA, 5 mois après leur souscription, avait généré une plus-value importante soumise par l'URSSAF à cotisations sociales.

Le risque social avait d'ores et déjà été identifié par les spécialistes, mais c'est la première fois qu'une juridiction se prononçait précisément sur ce point.

La décision est fondée sur les dispositions de l'article L.242-1 du Code de la Sécurité Sociale qui prévoient que « pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie



ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, [...] et tous les autres avantages en argent ou en nature ».

La Cour d'Appel de PARIS a considéré que l'attribution à un nombre réduit de personnes du droit de souscrire à des BSA constitue un avantage octroyé en contrepartie d'un travail, bien que ces BSA représentent un investissement en capital soumis aux aléas de la vie des affaires.

Cette analyse est critiquée par la doctrine fiscale qui considère qu'il faut analyser en réalité si la souscription aux BSA a été effectuée aux conditions du marché, et non pas à des conditions préférentielles. Par ailleurs, une critique pourrait être faite sur l'assiette retenue pour l'assujettissement aux cotisations sociales, l'avantage acquis par les souscripteurs correspondant éventuellement à l'insuffisance du prix de souscription, mais pas à la plus-value.

La question est de savoir si cette décision sera confirmée par la Cour de Cassation et si elle préfigure une nouvelle jurisprudence des juridictions en matière sociale favorable aux redressements réalisés par l'URSSAF.

Dans l'attente de la consolidation de la jurisprudence et d'une plus grande sécurité juridique, il paraît indispensable de prendre en compte, lors de la mise en place d'un *management package*, le surcoût potentiel qui résulterait de cet assujettissement aux cotisations sociales.

Assouplissement des règles d'adoption de la rémunération des gérants de SELARL

En l'absence de règles légales issues du Code de commerce, les statuts peuvent prévoir de manière précise les conditions de fixation et de versement de la rémunération des biologistes coresponsables, gérants de SELARL.

Mais ce n'est pas toujours le cas et la jurisprudence a élaboré un certain nombre de conditions qui, au vu de la pratique de la gestion des SELARL, apparaissent comme pragmatiques et satisferont un double objectif de sécurité juridique et de souplesse.



© wurtwhanfoto-istock

La Cour de Cassation, dans un arrêt de la Chambre Commerciale du 15 mars 2017, rappelle le principe essentiel qui réside dans le fait de soumettre les rémunérations des gérants à une décision collective annuelle.

En revanche, la solution dégagée par la Cour de Cassation offre beaucoup de liberté aux associés pour fixer les conditions d'adoption des décisions sur les rémunérations. Ainsi, la validité d'une ratification *a posteriori* par l'assemblée des associés est admise. Dès lors, l'assemblée appelée à approuver les comptes du précédent exercice pourra se prononcer par la même occasion sur les rémunérations versées au cours de l'exercice considéré.

La souplesse est également de mise sur le plan formel. Dans l'espèce examinée par la Cour de Cassation, la délibération sur les rémunérations versées au gérant a été considérée comme régulièrement adoptée moyennant la signature du rapport sur les conventions réglementées, indépendamment de la question de savoir si la rémunération des gérants ne fait pas partie en réalité des conventions courantes dès lors qu'elle ne contient pas des dispositions exorbitantes.

En pratique, une résolution annuelle des associés approuvant les rémunérations versées au cours de l'année écoulée, au vu du rapport de gestion, sera donc, en vertu de cette jurisprudence, considérée comme suffisante.

Les mécanismes de fixation du prix de cession des sociétés exploitant un laboratoire

La pratique la plus couramment admise en matière de cession de laboratoires consiste à prévoir une clause d'ajustement du prix associée à l'établissement de comptes dits « de cession » arrêtés à la date de réalisation définitive de l'opération (le « *closing* »).

Ainsi, la détermination et le paiement du prix obéissent au mécanisme suivant. Un prix de cession provisoire est déterminé par référence à la valeur d'entreprise du laboratoire cible résultant

de l'examen des comptes et de la situation du laboratoire avant un ajustement qui prend en considération la dette financière et le niveau de trésorerie.

Au jour de la réalisation définitive de la cession, une partie substantielle du prix est versée au cédant qui représente habituellement entre 80 et 100 % du prix de cession provisoire.

S'ouvre alors une période de 4 à 8 semaines, variant selon la complexité des comptes, au cours de laquelle sont établis les comptes de cession afin de calculer l'ajustement final du prix par correction financière calculée sur le niveau d'endettement net au jour du *closing*. L'enjeu de la négociation sera donc de définir dans le contrat de cession les critères de détermination de la dette nette au *closing* et éventuellement l'écart existant entre le besoin en fonds de roulement (BFR) normatif tel qu'estimé par les parties et le niveau du BFR réellement constaté dans les comptes.

Mais il est fort probable que dans les années, si ce n'est les mois, à venir, les cessions de laboratoires se trouvent confrontées à des mécanismes de fixation du prix empruntés aux autres secteurs d'activité, dans lesquels la pratique a décidé de recourir à des mécanismes de fixation du prix définitif en amont, dès la signature du protocole de cession sous conditions suspensives (le « *signing* »), sans ajustement post-*closing*.

Cette méthode contraint l'acquéreur à un audit financier plus poussé puisque le *closing* ne pourra pas permettre de débattre du calcul de l'ajustement final du prix en fonction de la situation de trésorerie par exemple.

En revanche, cette méthode de fixation en amont du prix de cession est apparue pour les praticiens, comme pour les parties, comme une source de certitude et de simplicité substantielle.

Deux points sont à prendre en considération. Pour les vendeurs, dès lors qu'un prix définitif aura été établi en considération des comptes de référence, ils transféreront la propriété du laboratoire aux acquéreurs avec les bénéfices et éventuelles augmentations de valeurs qui auront pu avoir lieu entre la date d'établissement des comptes de référence et la date du *closing*. Par effet de symétrie, les acquéreurs prendront le risque de faire une acquisition pour un prix qui aura insuffisamment pris en compte les variations de valeurs entre la date de son établissement et la réalisation de l'opération. Les actes de cession prendront donc soin de prévoir, durant la période intercalaire entre la fixation du prix de cession (au moment du *signing*) et la réalisation définitive du transfert des titres (le *closing*), les conditions de management du laboratoire et la distribution des résultats.

Dans ces circonstances, les actes de cession intègrent des clauses qui organisent la gestion de la société pendant la période comprise entre le *signing* et le *closing*.

Les deux systèmes (ajustement du prix de cession post-*closing* par établissement d'un bilan de cession ou fixation définitive et forfaitaire du prix intégral, au moment de la fixation de la valeur de l'entreprise) ont chacun leurs avantages et il ne s'agit pas de promouvoir une pratique à l'exclusion de l'autre.

Toutefois, il est aujourd'hui important que les biologistes qui envisagent la cession de leur laboratoire, appréhendent ce méca-

nisme qui pourrait dans les prochains temps, compte tenu de la sophistication accrue du financement des opérations en amont, connaître un essor important dans le secteur.

Illustration de la mise en jeu des garanties de passif consenties lors d'une opération de cession de titres

Dans le secteur des cessions de laboratoires, l'adoption des garanties de passif n'était pas, jusqu'à des temps relativement récents, l'élément qui retenait le plus l'attention des cédants. Les exemples de contentieux lourds en matière de déclenchement de garantie de passif postérieurement à la cession n'étaient jusqu'à présent pas légions en matière de cession de laboratoire.

Toutefois, là encore, l'augmentation de l'importance des enjeux justifie une vigilance accrue, tant de la part des acquéreurs, que des cédants.

Les mécanismes de garantie de passif obéissent aux règles des contrats et le droit applicable aux garanties de passif s'est forgé au fil des ans par application de ces règles et par l'émergence d'une jurisprudence toujours plus précise.

Ce droit jurisprudentiel a donc largement façonné la rédaction des garanties de passif dans une interaction entre la doctrine, la pratique et la jurisprudence.



© vni-istock

Indépendamment des mécanismes précis de garantie des différents postes de passif (ou d'actif) du bilan, et des risques éventuellement non couverts par des provisions, les actes contiennent habituellement un certain nombre de déclarations faites par les cédants et dont la rédaction, par sa portée générale, pourrait inciter à un défaut de vigilance. En effet, ces clauses sont souvent interprétées, à tort, par les cédants signataires des actes, comme des clauses de style sans véritable portée.

En réalité, il faut garder présent à l'esprit que ces déclarations sont bel et bien des garanties déclaratives qui engagent leurs signataires comme ils sont engagés sur la garantie des postes de passif du bilan. Un arrêt récent de la Cour d'Appel de PARIS en donne une illustration (CA PARIS 14 juin 2017).

Le cédant de titres d'une société avait déclaré qu'il n'existait à sa connaissance aucun fait susceptible d'affecter les résultats de la société. La généralité de cette déclaration pourrait laisser penser



© FangXiaoNuo-istock

que l'engagement n'avait que peu de portée. Il n'en est rien. Le cédant avait omis de préciser que les clients de la société cédée étaient eux-mêmes en lien avec une entreprise tierce dirigée par sa compagne. Cette omission a été considérée comme suffisante pour engager la responsabilité du cédant sur le fondement de ses garanties déclaratives.

Outre le fond (c'est-à-dire les faits qui, comme éléments comptables ou hors bilans, sont susceptibles d'engager la garantie des cédants), on n'insistera jamais assez sur l'importance des règles de procédure et la précision de leur rédaction dans les garanties de passif (c'est-à-dire les règles qui fixent les conditions de déclenchement et d'exécution des garanties).

Un arrêt du 6 juillet 2017 de la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE en est l'illustration. La garantie de passif contenait une disposition de portée générale qui rappelait que l'acquéreur avait l'obligation d'informer le cédant de tout nouveau passif sans délai.

Une autre disposition du même acte de garantie précisait que l'acquéreur s'engageait à informer les cédants « dans un délai de 15 jours » par lettre recommandée avec accusé de réception de tout événement susceptible de révéler un passif « à peine de déchéance » de la garantie.

L'arrêt d'appel précise que, loin de contenir une contradiction, l'article 3 énonce un principe de portée générale et que l'article 5 en précise les modalités de fonctionnement.

Ainsi, la Cour d'Appel d'AIX EN PROVENCE se met dans le droit fil d'une jurisprudence bien établie de la Cour de Cassation qui a jugé que, dès lors que les règles de déclenchement de la procédure de garantie de passif n'étaient pas respectées par l'acquéreur bénéficiaire de la garantie, ce dernier pouvait se trouver exposé à une peine de déchéance prévue à titre de sanction par les dispositions contractuelles.

Ainsi, la garantie de passif ne peut pas être le parent pauvre de l'examen et de la négociation des accords. ■