N° 8 | 06/2023

LETTRE JURIDIQUE

L'ACTUALITÉ EN DROIT
DES SOCIÉTÉS

orcom

www.orcom.fr

DOSSIER

CESSION DE FONDS DE COMMERCE OU CESSION DE TITRES : QUE CHOISIR ?

La cession ou l'acquisition d'une entreprise s'effectue principalement de deux manières : **l'opération peut ainsi porter sur le fonds de commerce** et certains éléments d'actif (équipements, contrats, stocks...), **ou sur les titres d'une société**, pour peu que l'entreprise cible soit exploitée sous cette forme.

L'opportunité d'acquérir un fonds de commerce ou les titres d'une société dépendra d'abord du schéma de départ :

- si la cible est exploitée sous forme individuelle, l'entreprise et la personne physique ne forment qu'un seul et même individu. La transaction ne peut ainsi porter que sur les actifs de l'entreprise et/ou son fonds de commerce.
- Si, à l'inverse, l'entreprise cible est exploitée sous forme de société (SARL, SAS...), cette dernière, en tant qu'entité juridique autonome, dispose de son propre patrimoine. Ses associés n'ont aucun droit de propriété direct sur les actifs de la structure, mais détiennent, chacun, une quote-part de son capital social (actions, parts sociales...). De fait, la transaction pourra être effectuée, au choix, auprès de la société et porter sur le fonds de commerce dont elle est propriétaire, ou bien auprès des associés et porter sur la structure qui soutient l'activité. L'acquisition de l'intégralité des titres de la société emportera indirectement acquisition de l'ensemble des éléments d'actif et de passif de l'entreprise.

Le fonds de commerce constitue l'un des principaux éléments d'actif d'une entreprise, que cette dernière soit exploitée sous forme de société ou d'entreprise individuelle. Le fonds de commerce comporte l'ensemble des biens affectés et nécessaires à l'exercice de l'activité commerciale, y compris la clientèle qui y est attachée.
La cession de titres, quant à elle, s'entend de la cession d'actions ou de parts sociales de la structure juridique qui héberge l'activité.

Lorsque les deux options de cession sont offertes (par hypothèse, lorsque l'entreprise est une société), **il s'agira donc de comparer les différentes modalités de cession**. Ainsi plusieurs éléments sont à mettre en balance, comme, par exemple, la fiscalité attachée à l'opération, les contraintes de formalisme à respecter dans l'une ou l'autre des hypothèses, les différents impacts fiscaux, sociaux, comptables inhérents, ou encore le mode de transmission en lui-même et sa cohérence avec l'objectif poursuivi.

Bon nombre de diligences préalables resteront toutefois communes aux deux opérations. Il conviendra par exemple de :

- s'assurer de la libre transmissibilité des actifs transférés. À cet effet, le cessionnaire et ses conseils devront identifier et traiter, parfois conjointement avec le cédant, tout élément susceptible d'empêcher ou de ralentir le processus de cession (existence de garanties, sûretés, nantissements ou autres empêchements quelconques pouvant grever les titres ou le fonds de commerce, et pour lesquels une mainlevée serait rendue nécessaire) ;
- procéder à une analyse précise des contrats dont bénéficie l'entreprise (baux, emprunts, contrats commerciaux et fournisseurs...), ces derniers étant susceptibles de comporter des clauses de rupture anticipée en cas de changement de contrôle ou imposant, plus simplement, une information des cocontractants, la pérennité desdits contrats en dépendant ;
- obtenir, le cas échéant, l'accord préalable du conjoint commun en biens du cédant, dans l'hypothèse où ces derniers se seraient unis sous un régime de communauté ;
- purger les différentes obligations résultant de l'environnement juridique de l'entreprise (pour une société, le cas échéant : recueil de l'accord des associés, respect des clauses d'agrément, de préemption, ou autres mesures restrictives au transfert de propriété des titres susceptibles d'exister au sein des statuts ou d'un pacte d'associés ; quel que soit le mode d'exploitation de l'entreprise : contrôle et agrément des autorités de tutelle pour certaines activités spécifiques ou réglementées ...) ;
- respecter le droit d'information préalable des salariés, imposant, en cas de projet de cession de fonds de commerce, comme en cas de cession de titres entraînant une prise de participation majoritaire d'une société, d'en informer les salariés au moins deux mois à l'avance.

Concernant la fiscalité, les cessions seront toutes deux soumises à un droit de mutation (à la charge de l'acquéreur) ainsi qu'à l'imposition des plus-values (pesant sur le vendeur), dont les régimes différeront selon l'objet et la nature de l'opération.
En cas de cession du fonds de commerce, le régime fiscal de l'entreprise cédante est déterminant pour connaître le taux d'imposition des plus-values. Ainsi, une entreprise cédant son fonds, soumise à l'impôt sur les sociétés, sera imposée au dit taux. À l'inverse, l'entreprise cédante soumise à l'impôt sur le revenu sera imposée selon le barème progressif de ses associés, par transparence fiscale. Quant au droit d'enregistrement, il fluctuera de 3 % à 5 % à raison du prix de cession.

En ce qui concerne la cession de titres, la plus-value sera imposée entre les mains des associés cédants, au prélèvement forfaitaire unique de 30 %. Les droits d'enregistrement, quant à eux, varieront selon la forme sociale ou la composition de son patrimoine : 3 % du prix s'agissant de la cession des parts d'une SARL ; 0,1 % du prix en cas de cession des actions d'une SA ou SAS. Enfin, les cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière seront soumises à un droit d'enregistrement s'élevant à 5 % du prix.

Si les procédés et diligences à mettre en œuvre sont similaires, la grande différence entre ces deux modalités de cession réside dans l'objet de la transmission en lui-même.

Lors d'une cession de fonds de commerce, seule l'activité commerciale est transmise, en ce compris, les biens utiles à l'activité, sa clientèle et éventuellement le bail du fonds (le fonds de commerce). Par conséquent, les dettes liées au fonds de commerce ne sont pas transmises avec celui-ci.

A l'inverse, la cession des titres d'une société emportera la cession de l'actif et du passif de cette dernière. Ainsi, les dettes seront également transmises et une convention de garantie d'actif et de passif viendra bien souvent compléter la documentation juridique, en préservation des intérêts de l'acheteur.

Autre différence notable : lors d'une cession de titres, la perception du prix de vente par le vendeur est en général immédiate (sauf aménagements contractuels), contrairement à la cession de fonds de commerce qui subit un délai de séquestre d'une durée allant de 3 à 5 mois.

Acquisition d'un fonds de commerce

► Acquisition auprès du vendeur des éléments d'actifs incorporels (clientèle, droit au bail ...) et des éléments corporels (machines, marchandises ...) nécessaires au fonctionnement de l'activité

Les créances et les dettes ne sont pas transmises (attention le montant des dettes nettes de créances doit être inférieur au prix de cession ...)

Le passif reste à la charge du vendeur (remboursement des emprunts ...)

Le prix est séquestré jusqu'à désintéressement des créanciers

L'acquéreur peut décider de ne pas reprendre tous les contrats

Levée éventuelle du droit de préemption de la commune, du droit de préférence du bailleur, franchiseur ...

Droits d'enregistrement de 3 à 5 % du prix

Information préalable des salariés

Acquisition de titres d'une société

► Achat par l'acquéreur des parts ou actions qui composent le capital social de la société cible

Les créances et les dettes sont transmises

L'acquéreur se voit transmettre la responsabilité de dettes dont l'origine est antérieure à la vente

La cession est donc souvent accompagnée d'une garantie d'actif et de passif

La réalisation d'un audit permettra de diminuer le risque

Le prix peut être perçu immédiatement

Tous les contrats sont transmis (attention néanmoins aux contrats intuitu personæ)

Droit d'enregistrement (0,1 % pour les cessions d'action, 3 % pour les cessions de parts sociales et 5 % pour les cessions de titres de sociétés à prépondérance immobilière)

Information préalable des salariés

ACTUALITÉS

LA RÉFORME DE L'EXERCICE EN SOCIÉTÉ DES PROFESSIONS LIBÉRALES RÉGLEMENTÉES

Les textes applicables à l'exercice en société des professions libérales sont sur le point d'être refondus. Une ordonnance parue le 8 février 2023 a uniformisé la réglementation applicable aux dites professions, devenue éparse au fil des nombreuses réformes. Cette ordonnance entrera en vigueur le 1er septembre 2024.

En plus de mettre fin à cet éparpillement législatif, l'ordonnance apportera son lot de nouveautés concernant l'exercice en société des professions libérales.

Voici un rapide panorama des mesures phares de cette ordonnance :

Catégorisation des activités

Les professions libérales seront désormais regroupées au sein de trois grandes familles d'activités.

La famille des professions de santé regroupe les professions médicales et autres professions de santé (médecin, chirurgien-dentiste, biologistes médicaux, pharmaciens ou les infirmiers, ...).

La famille des professions juridiques ou judiciaires est une famille relativement étendue, dont la liste sera précisée par décret. Néanmoins, devraient au moins y figurer les avocats, notaires, administrateurs ou mandataires judiciaires ainsi que les commissaires de justice. Il faudra cependant attendre un décret pour prendre la mesure de l'étendue de cette famille d'activité.

Enfin, la famille des « professions techniques et du cadre de vie » réunira les autres professions libérales réglementées (notamment les experts-comptables, commissaires aux comptes ou encore les architectes et géomètres-experts).

Notion de « professionnel exerçant »

L'ordonnance fait référence à plusieurs reprises à la notion de « professionnel exerçant » dans le corps de ses dispositions. Pour la bonne compréhension de tous, l'ordonnance définit la notion de « professionnel exerçant » comme suit : **« on entend par professionnel exerçant la personne physique ayant qualité pour exercer sa profession ou son ministère, enregistré en France conformément aux textes qui réglementent la profession, et qui réalise de façon indépendante des actes relevant de sa profession ou de son ministère »**.
Trois critères se dégagent concernant la notion de « professionnel exerçant » : ce dernier doit être une personne physique, avoir la qualification nécessaire à l'exercice de l'activité (diplôme, inscription à l'Ordre ou sur la liste professionnelle concernée) et exercer effectivement la profession en toute indépendance.

Ainsi, la réalisation d'actes de gestion ne confère pas la qualité de « professionnel exerçant ». Cette notion se retrouve dans de nombreuses dispositions de l'ordonnance comme, par exemple, celles relatives à la composition du capital d'une SEL, ou encore à l'agrément des cessions de parts ou d'actions.

En revanche, la qualité de « professionnel exerçant » n'est, à la lettre du texte, pas requise pour exercer des fonctions de mandataire social de la société. Ainsi la possibilité pour une personne morale d'exercer des fonctions de mandataire social demeurera possible dans les sociétés où cela est permis, sous réserve que cette personne morale exerce son activité au sein de ladite SEL.

Le retrait d'associé autorisé

La Cour de cassation avait écarté, à défaut de dispositions réglementaires spécifiques, la possibilité pour l'associé d'une SEL de se retirer de la société unilatéralement ou d'obtenir qu'une décision de justice autorise ce retrait, peu importe l'existence de dispositions statutaires en ce sens.

L'ordonnance autorise désormais le retrait de l'associé d'une SEL, dès lors que des modalités de retrait auront été expressément prévues par les statuts. Il est toutefois important de préciser que les dispositions réglementaires propres à chaque type de professions libérales réglementées primeront sur les dispositions statutaires.

Maintien de la possibilité de créer des sociétés de droit commun pour les professionnels du droit

Depuis la loi MACRON du 6 août 2015, certains professionnels du droit peuvent exercer leur activité par le biais d'une société de droit commun (SARL, SAS, SA...).

À la suite de l'ordonnance, les professionnels du droit pourront toujours constituer des sociétés de droit commun mais le régime de ces dernières sera aligné sur celui des SEL. Une telle harmonisation pourrait limiter l'intérêt pour ces derniers à constituer une SARL ou une SAS plutôt qu'une SEL.

ACTUALITÉS

Renforcement des obligations de communication aux autorités professionnelles

L'obligation de communication des SEL auprès des autorités ou ordres professionnels dont elles dépendent est étendue. Jusqu'alors, en cours de vie sociale, seul un état de la composition du capital devait être communiqué, à raison d'une fois par an.

Désormais, les SEL devront également communiquer un état des droits de vote, une version à jour des statuts et « les conventions contenant des clauses portant sur l'organisation et les pouvoirs des organes de direction, d'administration ou de surveillance ayant fait l'objet d'une modification au cours de l'exercice écoulé ».

Cette nouvelle obligation d'information s'inscrit dans le cadre de la mission de contrôle qu'exercent les instances ordinales sur les SEL.

Modification du régime des SPFPL

La sphère d'activité des SPFPL a été précisée. Les SPFPL pourront désormais officiellement détenir des titres de sociétés civiles pour acquérir et administrer des immeubles par exemple. Néanmoins, cette extension d'activité doit toujours être en lien avec le fonctionnement des sociétés dans lesquelles les SPFPL détiennent des participations.

L'obligation de communication aux autorités et ordres professionnels pour les SPFPL est alignée sur celle prévue pour les SEL par l'ordonnance.

Les règles de gouvernance sont durcies : les dirigeants et mandataires sociaux des SPFPL devront avoir la qualité de « professionnel exerçant », et devront ainsi exercer leur activité au sein des sociétés détenues par la SPFPL.

Les règles de composition du capital des SPFPL « pluriprofessionnelles » sont alignées sur celles en vigueur pour toutes les SPFPL.

Attention : des décrets d'application viendront compléter les dispositions de l'ordonnance qui le nécessitent. Bon nombre de mesures doivent en effet être complétées ou précisées pour pouvoir être concrètement appréciées. Ce n'est qu'après la parution de ces décrets qu'il sera possible d'appréhender la réforme dans sa globalité.

Les SEL, les SPFPL et les sociétés de droit commun concernées par l'ordonnance disposeront d'un délai d'un an pour se mettre en conformité avec les nouvelles mesures.

ORCOM se tient à votre disposition pour vous accompagner dans cette démarche.

RETOUR SUR...

LA SCI : OUTIL DE DÉTENTION D'IMMEUBLE

La société civile immobilière est une structure juridique permettant de posséder et de gérer un patrimoine immobilier à usage d'habitation, professionnel ou commercial.

Dans la précédente lettre juridique d'ORCOM (n°7), nous vous avons présenté les différents objectifs que la SCI patrimoniale peut vous permettre d'atteindre. Aujourd'hui, vous avez pris la décision de créer cette société ?

Voici les principaux points clés à questionner et toutes les réponses à avoir en tête.

Ses associés ? Son capital social ?

La société civile immobilière sera constituée par deux associés au moins avec un capital social librement fixé par les associés.

En contrepartie, vous-même et vos associés recevront des parts sociales qui pourront ensuite faire l'objet d'une cession ou d'une transmission, le cas échéant en démembrement de propriété afin d'optimiser le coût de la transmission future desdites parts.

La gérance ?

Il vous appartiendra également de désigner une ou plusieurs personnes aptes à gérer la société (il pourra s'agir d'un associé ou non, d'une personne physique ou d'une personne morale).

Afin de sécuriser le fonctionnement de votre SCI, il pourra être opportun de désigner deux gérants à la création ou de prévoir à l'avance une gérance successive dans les statuts, en cas de décès, de démission ou de révocation du gérant.

Le vote des décisions ?

Dans une SCI, les règles de majorité pour prendre les décisions sont déterminées dans les statuts.

Des statuts bien rédigés peuvent ainsi organiser les conditions de vote des décisions et les règles de majorité.

En cas de mésentente, la SCI peut ainsi éviter les situations de blocage qui peuvent se rencontrer en indivision sur un bien immobilier.

Pour cela, la SCI est une bonne alternative à l'indivision et ses conséquences (notamment les règles d'unanimité ou des deux tiers pour prendre des décisions).

Il est également possible dans les statuts de la SCI de dissocier la qualité d'associé **du pouvoir décisionnel qu'il aura dans la société**, situation qui se rencontre lorsque des parents envisagent de transmettre la nue-propriété des parts à leurs enfants.

Les statuts seront, dans cet objectif de transmission, rédigés avec soin afin de permettre à l'usufruitier de conserver la maîtrise décisionnelle au sein de la société.

Et comment anticiper les conséquences des aléas de la vie : divorce, décès ?

Il est important de sécuriser la création de votre SCI pour éviter les lourdes conséquences des aléas de la vie : divorce, décès.

Si les associés sont mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts, il conviendra de privilégier l'apport de biens propres, s'ils en détiennent, au capital social de la SCI, afin d'éviter le partage de la valeur des parts ayant rémunéré cet apport, avec le conjoint, à l'occasion du divorce.

S'agissant du décès d'un associé, celui-ci n'entraîne pas la disparition de la SCI.

Les statuts prévoiront les modalités de transmission des parts sociales dans cette situation : transmission automatique aux héritiers ou transmission après autorisation des associés survivants selon des règles de majorité à définir.

La SCI est un formidable outil pour détenir et gérer un bien immobilier, encore faut-il en maîtriser les rouages, de la préparation du dossier jusqu'à l'immatriculation de la société. Notre département juridique se tient à votre disposition pour vous accompagner dans vos démarches.

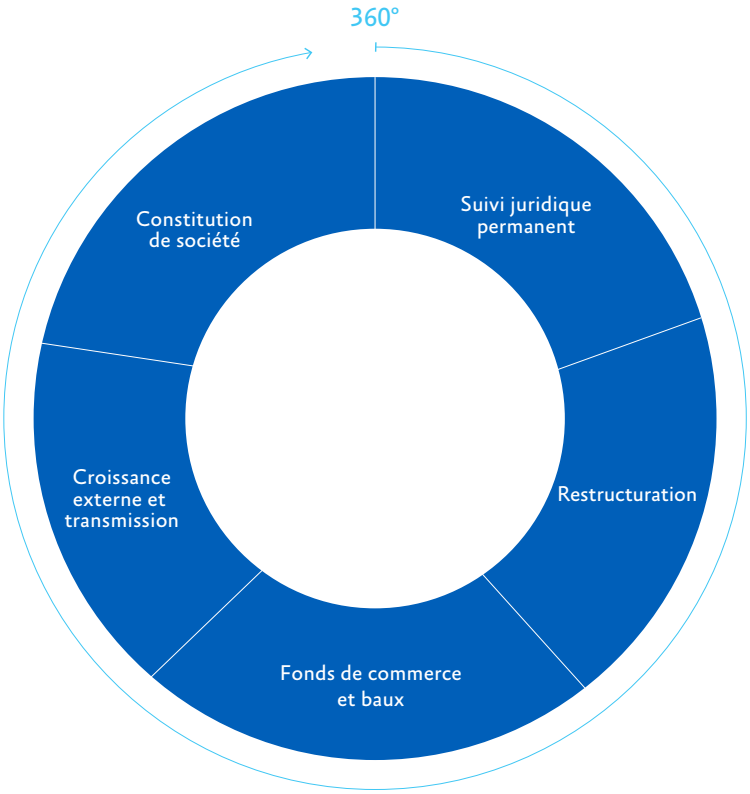
VOUS ACCOMPAGNER

BÉNÉFICIEZ D'UN SERVICE JURIDIQUE COMPLET

Un département conseil en Droit des sociétés structuré et expérimenté au service de la croissance de votre entreprise.

Spécialisé dans l'accompagnement des entreprises, ORCOM vous apporte son expertise en droit des sociétés et sa **capacité d'analyse pluridisciplinaire pour soutenir vos projets et votre entreprise dans toutes les étapes de son développement** : création d'une nouvelle entité, organisation de la gouvernance, restructuration, suivi juridique, croissance externe...

Les 50 consultants du Département Conseil en droit des sociétés, répartis sur 9 sites, interviennent aux cotés des équipes et associés ORCOM pour vous apporter **un conseil de proximité et des solutions éclairées adaptées à vos enjeux.**



> *Vous accompagner à tous les stades du développement de votre entreprise, depuis sa création jusqu'à sa transmission*

Le Département juridique d'ORCOM met son expérience en matière de transmission d'entreprise à votre service pour vous éclairer sur toutes ces questions.

Retrouvez toutes nos offres conseil sur www.orcom.fr