

L'adaptation du droit des sûretés à la vie économique : la réforme du 23 mars 2006

Force est de constater l'importance considérable que tient le droit des sûretés dans le monde économique d'aujourd'hui. La garantie est à l'évidence devenue l'auxiliaire indispensable du crédit.

Toutefois, le droit des sûretés, dont certaines mesures sont issues de l'origine du code civil, a fait l'objet de réformes éparses, dispersées dans plusieurs codes et d'une activité jurisprudentielle intense rendant sa lecture de plus en plus complexe.

C'est pourquoi le gouvernement a eu à cœur de réformer le droit des sûretés de façon à en assurer une meilleure lisibilité. Pari gagné puisque, aux termes de l'ordonnance du 23 mars 2006, les dispositions du droit des sûretés régies au sein du code civil sont regroupées dans un livre IV exclusivement consacré à la matière, ce qui assure indéniablement une présentation plus claire du droit des sûretés au sein du code civil.

Mais pari gagné en partie seulement.

D'une part parce que la réforme laisse inchangée la plupart des régimes spéciaux qui restent logés dans différents codes (c'est le cas par exemple de la cession Dailly ou du gage de comptes d'instruments financiers qui restent régis par le code monétaire et financier).

D'autre part parce que l'ordonnance du 23 mars 2006 introduit elle-même de nouvelles dispositions dans le code de commerce (institution du gage sur stocks) ou dans le code de la consommation (instauration du prêt viager hypothécaire). Enfin parce que la réforme est restée lacunaire dans certains domaines ; ainsi par exemple le droit du cautionnement n'a subi aucune modification alors même qu'une clarification du régime de cette garantie était attendue par tous.

Il n'en reste pas moins que la réforme du droit des sûretés doit être saluée sur bien des points. La modification du gage de meubles corporels (I) et l'instauration d'un nouveau produit hypothécaire, l'hypothèque rechar-geable (II), font partie des innovations les plus marquantes.

L'adaptation du droit du gage à la vie économique

Le gage sans dépossession : pourquoi ?

Avant la réforme, pour que le gage de meubles corporels soit valablement constitué, le bien gagé devait obligatoirement être remis au créancier bénéficiaire de la garantie. C'était le principe du gage avec dépossession. Certes, des textes spécifiques admettaient, de façon dérogatoire, l'existence de gage sans dépossession. C'était le cas par exemple du nantissement de fonds de commerce qui permettaient au constituant de rester en possession du fonds de commerce nanti.

Mais les gages sans dépossession n'étaient reconnus que de façon exceptionnelle. Le principe du gage avec dépossession était, à l'évidence, un frein à la vie économique du constituant qui se voyait dépossédé du bien gagé.

C'est donc pour rendre le régime du gage plus attractif que la réforme a introduit, au coté du gage avec dépossession, le principe d'un gage sans dépossession.

La constitution de gage de meubles corporels : comment ?

Le gage suppose l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité de biens donnés en gage ainsi que leur espèce et leur nature ; cet acte suffit désormais à la validité du gage qui n'est plus subordonnée à la dépossession du constituant.

SOMMAIRE

Droit des sûretés

- L'adaptation du droit des sûretés à la vie économique : la réforme du 23 mars 2006

Droit du sport

- Le sponsoring sportif : nouvelles formes, nouveaux enjeux

Fiscalité indirecte - TVA

- De l'inversion du redevable

Contrôle fiscal et Contentieux

- Redressements couramment pratiqués

Concernant le gage avec dépossession, le gage devient opposable aux tiers par la remise du bien gagé au bénéficiaire. L'opposabilité du gage sans dépossession est quant à elle assurée par la publicité de l'acte de gage sur un registre spécial. Les modalités de la publicité du gage sans dépossession doivent être fixées par décret. Dans l'attente, cette formule reste impossible (sauf régime spécifique dérogatoire).

La réalisation du gage : une évolution attendue.

Comme auparavant, à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut demander en justice soit la vente, soit l'attribution du bien.

La réforme reconnaît en outre la validité des pactes commissaires. Désormais, les parties peuvent donc prévoir (sauf cas particuliers) qu'à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier devient propriétaire du bien gagé.

L'admission de la validité des pactes commissaires était une mesure très attendue par l'ensemble des praticiens.

En instaurant, au coté du gage **avec** dépossession, le principe d'un gage **sans** dépossession, la réforme a su s'adapter à la vie économique. Grâce à l'absence de dépossession obligatoire, le gage de choses futures est légalement reconnu et le gage sur choses fongibles facilité.

L'ordonnance a d'ailleurs institué le gage sur stocks, qui n'est autre qu'un gage de meubles corporels sans dépossession portant sur des choses fongibles.

Le constituant conserve toute maîtrise dans la gestion des stocks. Il peut les aliéner et les remplacer sans l'accord du créancier, à condition de maintenir le stock gagé à une valeur globale équivalente à celle du gage initial.

L'hypothèque rechargeable : une hypothèque à moindre coût

L'hypothèque rechargeable permet à un débiteur qui a déjà constitué une hypothèque de réutiliser cette même hypothèque, pour garantir des créances autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif.

La réutilisation de l'hypothèque initiale (le rechargement) permet d'éviter le formalisme et le coût liés à la constitution d'une nouvelle hypothèque.

La constitution de l'hypothèque rechargeable : Comment ?

La constitution d'une hypothèque rechargeable se fait en deux étapes. En premier lieu, une clause expresse permettant la possibilité de rechargement doit être insérée dans l'acte constitutif d'hypothèque. Cette faculté de rechargement sera portée à la connaissance des tiers par le biais de la publicité foncière. Dans un deuxième temps, une convention de rechargement entre le constituant et le nouveau bénéficiaire de l'hypothèque doit être conclue lors du rechargement, c'est-à-dire lors de la réutilisation de l'hypothèque en garantie de nouvelles créances.

Cette convention de rechargement fera l'objet d'une mesure de publicité simplifiée ce qui permettra d'éviter notamment le coût d'une nouvelle publicité foncière.

Pour quel montant ?

Le rechargement ne peut être effectué que dans la limite du montant maximum stipulé dans l'acte constitutif.

Deux cas de figure peuvent se présenter. Soit l'hypothèque rechargeable était, à l'origine, constituée pour un montant égal à la créance initiale. Le rechargement ne pourra dans ce cas s'opérer qu'en fonction de l'amortissement de la dette initiale. Soit au contraire l'hypothèque rechargeable a été constituée pour un montant supérieur à la dette garantie. Le rechargement pourra alors s'opérer dans la limite du montant prévu dans l'acte constitutif, nonobstant l'amortissement de la créance initialement garantie.

Des avantages indéniables pour les créanciers.

Si plusieurs créanciers sont inscrits sur l'hypothèque rechargeable, c'est la date de publication de la convention de rechargement qui déterminera le rang entre eux. Le créancier initial, s'il n'est pas totalement payé, conservera donc la priorité par rapport aux créanciers bénéficiant d'un rechargement.

Mais, et c'est là toute la particularité de l'hypothèque rechargeable, les créanciers bénéficiant du rechargement bénéficieront du même rang que le créancier initial vis-à-vis des créanciers inscrits en rang subséquent. L'existence d'une hypothèque rechargeable en premier rang va par conséquent limiter l'intérêt des hypothèques de rang postérieur qui seront primés par les créanciers bénéficiant d'un rechargement.

Encourager le crédit hypothécaire et développer le crédit aux entreprises, tels sont les objectifs de la réforme abordés ci-dessus.

Le nouveau droit des sûretés répondra-t-il aux objectifs de la réforme ?

L'avenir nous le dira.

Florence GRILLIER-ROUSSEAU
fgrillierrousseau@taj.fr

CONFÉRENCE

Partenariat avec bfinance

Prévention & sauvegarde :
Comment tirer parti
des réformes récentes ?

Le mercredi 13 septembre 2006

Le sponsoring sportif : Nouvelles formes, nouveaux enjeux

Les manifestations populaires auxquelles nous avons pu assister autour de la Coupe du Monde de football qui vient de se terminer confirment, si besoin était, que le sport est aujourd'hui devenu un produit de consommation majeur. Les entreprises, qui souhaitent accroître la notoriété de leur marque, améliorer leur relation aux clients, promouvoir leur image et leurs valeurs auprès du public, lancer de nouveaux produits ou encore fédérer leur personnel, l'ont bien compris. C'est pourquoi le sponsoring sportif est devenu l'un de leurs modes de communication principaux.

Cet engouement pour le sponsoring sportif se manifeste notamment par le fait qu'il revêt aujourd'hui de multiples formes. Au financement par Jules César des combats de gladiateurs, aux publicités sur les maillots des sportifs et aux panneaux publicitaires situés autour des aires de jeux ont succédé de nouvelles techniques de sponsoring telles que des opérations de relations publiques ou *le naming*.

Cette dernière technique, qui consiste pour un annonceur à donner son nom à un stade, est apparue aux Etats-Unis en 1926 lorsque la marque de chewing gum, Wrigley, a donné son nom au stade de basket de Chicago. L'Europe a également connu

deux cas de naming avant-guerre avec Bayer qui a donné son nom au stade de Leverkusen et Philips qui a fait de même à Eindhoven. Le naming a ensuite connu un nouvel essor au cours des années 80 aux Etats-Unis où, aujourd'hui, plus de trois-quarts des franchises professionnelles du base-ball et du football portent le nom d'une marque. En Europe, le naming se développe depuis une dizaine d'années. L'un des pionniers fût le club de football anglais de Bolton qui, en 1987, rebaptisa son Burnden Park en Reebok Stadium. Les clubs allemands ont suivi : le stade du Borussia Dortmund a changé de nom en décembre dernier et le stade du Bayern de Munich s'appelle désormais l'Allianz Arena. Cette technique a néanmoins permis de réduire considérablement la facture de la rénovation ou de la construction des stades allemands en vue de la Coupe du Monde 2006. Pourtant, le reste de l'Europe reste en marge de cette évolution. C'est notamment le cas de la France où l'immense majorité des clubs, n'étant pas propriétaires de leur stade, ne peuvent pas recourir à cette technique de financement, alors qu'ils en auront grandement besoin si, comme on peut s'y attendre, les recettes des droits TV viennent à diminuer dans les prochaines années.

Une autre conséquence du succès rencontré par le sponsoring est l'émergence d'une concurrence très forte entre les divers sponsors et particulièrement d'un nouveau phénomène : le marketing parasitaire («*ambush marketing*») sur les grands événements sportifs. Il consiste dans le fait pour une entreprise d'obtenir un impact comparable à celui d'un sponsor officiel mais sans être contractuellement (et donc financièrement) associé à l'événement sportif. Cette tactique est de plus en plus souvent utilisée par les concurrents des sponsors officiels.

Cette technique, qui est associée à un effet de surprise, est particulièrement difficile à sanctionner. Sur le terrain de la contrefaçon, s'il n'y a pas d'utilisation du logo officiel

de l'événement sans paiement préalable des droits, la pratique n'est pas répréhensible. La seule voie envisageable est celle de l'action en concurrence déloyale si l'on parvient à démontrer l'existence d'un parasitisme et à chiffrer le préjudice subi par le sponsor officiel.

Des mesures de protection ont déjà été mises en place par les institutions sportives internationales, notamment le Comité International Olympique et la FIFA, et par certains Etats mais leur efficacité est bien souvent battue en brèche. Le meilleur remède contre cette pratique paraît être la grande rigueur qui doit présider à la rédaction du contrat de sponsoring sportif.

Muriel FÉRAUD-COURTIN
Mferaud@taj.fr

De l'inversion du redevable

Il existait déjà dans notre code des cas où la TVA doit être acquittée par le client (acquisition par une entreprise établie en France de prestations immatérielles, acquisitions intra-communautaires, etc...); la taxe ainsi due par le client doit être scrupuleusement auto liquidée et récupérée le même mois. Le non accomplissement de ces écritures pour ordre est sanctionné par l'application d'une pénalité de 5%.

A compter du 1^{er} septembre 2006, cette inversion du redevable sera généralisée à l'ensemble des opérations (ventes de biens ou prestations de services) imposables en France lorsqu'elles sont réalisées par des entreprises non établies en France au profit d'entreprises immatriculées à la TVA en France.

Cette disposition nouvelle issue de l'article 94 de la loi de finances pour 2006, a été prise pour lutter contre la fraude fiscale. Certaines entreprises non établies en France facturaient leurs opérations avec la TVA due mais s'abstenaient de la reverser au trésor... !

Conséquences de cette mesure :

- Les entreprises doivent auto-liquider la TVA dans un plus grand nombre de cas qu'actuellement,
 - les factures adressées par les entreprises non établies en France ne doivent plus faire apparaître la TVA française,
 - il faudra donc veiller à ne pas régler cette TVA au fournisseur, pour procéder soi-même à l'auto liquidation de cette taxe.
- En l'état actuel de la législation, si par erreur l'entreprise établie en France réglait la facture TTC, la taxe ainsi indument facturée :
- ne serait pas récupérable (la déduction pratiquée serait rejetée, avec application de l'intérêt de retard),
 - l'auto liquidation serait exigible,
 - assortie de la pénalité de 5%.

Ce serait donc trois sanctions qui s'appliqueraient, d'où l'impérieuse nécessité de mettre en place un contrôle strict des factures provenant d'entreprises non établies en France.

Pour éviter d'interrompre la chaîne de TVA, le client établi en France peut autoriser le fournisseur étranger à continuer à acquitter la TVA due, auquel cas la chaîne de TVA reste ce qu'elle est actuellement.

Le client ne pourra consentir à cette tolérance que lorsqu'il sera sûr que la TVA qui lui sera facturée par l'entreprise étrangère sera effectivement reversée au trésor. En cas de défaillance, en effet, c'est en toute occurrence, l'entreprise cliente, établie en France, qui serait recherchée en paiement de la taxe, sans préjudice des pénalités applicables (cf. ci-dessus).

Lorsque l'on aura recours à cette solution, la facture de l'entreprise étrangère devra comporter le nom, l'adresse du «répondant fiscal» (établi en France), responsable du paiement de la taxe due.

Jean-Claude BOUCHARD
jbouchard@taj.fr

Les redressements couramment pratiqués

Au cours d'un colloque, la DVNI a présenté les redressements qu'elle pratique en matière de fiscalité d'entreprise. Sur la fiscalité nationale, l'impôt sur les sociétés représente plus de 70 % des redressements pratiqués.

1. La notion de changement d'activité est souvent appréciée par l'administration fiscale pour en tirer les conséquences prévues par l'article 221-5 du code général des impôts. Il est rappelé que le changement de l'objet social ou de l'activité réelle d'une société emporte cessation d'entreprise et donc la perte d'éventuels reports déficitaires.

Cette notion de changement d'activité a fait l'objet d'une abondante jurisprudence qui définit cette notion en un réel changement de métier.

L'administration à travers un faisceau d'indices apprécie cette notion de changement d'activité et appelle de ses vœux un revirement de jurisprudence suite à l'arrêt du Conseil d'État du 18 mai 2005 (Sophie B) voire une modification législative.

Cette question est couramment examinée dans le cadre du changement de mode d'exercice d'un distributeur (agent, commissionnaire, dépositaire). Si l'administration n'a pas toujours la possibilité de prouver le changement d'activité, l'administration soutient, en tout état de cause, qu'une indemnité correspondant au manque à gagner doit être versée au distributeur.

2. Le régime de l'intégration fiscale est également surveillé par l'administration qui considère que l'intérêt de groupe ne permet pas de justifier de relations anormales entre le groupe fiscal et

d'autres filiales, notamment étrangères. Récemment le Conseil d'Etat a confirmé cette analyse (arrêts du 28 avril 2006 SEEE et SIAS France).

Les conventions de circulation de l'impôt dans les groupes sont également source de rectifications et de contentieux. Si l'impôt mis à la charge d'une société du groupe est d'un montant différent de celui qu'aurait payé la filiale si elle avait été imposée séparément, la différence est considérée comme une subvention. Les tribunaux semblent partagés sur la question, avec toutefois une décision du Tribunal administratif de Lyon dans le sens du contribuable.

Les indemnités versées en cas de sortie de groupe font également l'objet de redressement soit quand elles ont été considérées comme déductibles par la société versante soit quand elles n'ont pas été imposées entre les mains de la bénéficiaire. L'administration ne considère pas ces versements comme ayant un caractère indemnitaire.

Le souci de neutralité qui doit exister dans le système de l'intégration conduit la DVNI à redresser des provisions qui sont réintégrées fiscalement à la veille de la sortie d'une entreprise d'une intégration, des provisions intragroupe qui n'ont jamais été déduites ou encore des provisions transformées en moins values.

3. Les impôts locaux représentent 5% des redressements pratiqués et principalement en matière de taxe professionnelle.

En l'attente du contentieux communautaire en cours sur l'IRAP et ses conséquences éventuelles sur la cotisation minimale, la valeur ajoutée en matière de taxe professionnelle soulève des contentieux pour les entreprises faisant l'objet de redressements fiscaux, les sociétés de

capital investissement, les entreprises d'assurances ou les holdings percevant des redevances de brevets et de marques.

4. La taxe sur la valeur ajoutée représente 12 % des redressements de la DVNI.

Ils portent sur la TVA grevant les frais de cession de titres, les défauts d'auto-liquidation ou les livraisons hors de France exonérées de TVA sans justification.

La jurisprudence du Conseil d'État FAUBA permet à l'administration de démontrer à l'aide d'un faisceau d'indices que les assujettis ne pouvaient ignorer le comportement frauduleux de leurs fournisseurs ou clients. Par ailleurs la jurisprudence de la CJCE du 21 février 2006 consacre communautairement l'abus de droit pour lutter contre les montages artificiels à but exclusivement fiscal.

Enfin la fiscalité internationale fait l'objet des redressements essentiellement en matière de prix de transfert (70% des redressements). La valorisation de la marque est remise en cause par l'administration.

Michel GUICHARD
mguichard@taj.fr

CONTACTS

- Neuilly : 01 40 88 22 50
- Lyon : 04 72 43 37 85
- Marseille : 04 91 59 84 75
- Bordeaux : 05 56 48 49 20
- Tours : 02 47 60 88 40
- Lille : 03 20 14 94 20

Stricto Sensu est édité par Taj, Société d'Avocats inscrite au Barreau des Hauts-de-Seine
Membre de Deloitte Touche Tohmatsu

SELAFa au capital de 1 463 500 € - 434 480 273 RCS Nanterre
181, avenue Charles de Gaulle - 92524 Neuilly-sur-Seine cedex - Tél : 01 40 88 22 50 - Fax : 01 40 88 22 17
Directeur de la publication : Gianmarco Monsellato - Responsable de la rédaction : Pascale Ponroy
Secrétaire de rédaction : Juliette Arnaud

Parution et dépôt légal : juillet 2006 - Diffusion gratuite. ISSN 1639 - 8327