

CORRECTION NOVATECH

Dossier 1 : Le choix d'une structure juridique

La société NOVATECH est en développement et rencontre des difficultés de capacité de financement. Sa structure est une société à responsabilité limitée (SARL), ce qui limite de fait son nombre d'associés. Afin d'augmenter ses capacités de financement, Mme DUPOND, envisage de la transformer en société anonyme (SA).

Cette situation nous amène à nous poser 2 questions : Quels sont les effets de la transformation d'une SARL en SA sur l'exercice de pouvoir et le financement de l'entreprise ? (I) Quelles seraient les conséquences de cette transformation sur votre situation la situation fiscale et sociale de Mme DUPOND ? (II)

I Les effets de la transformation d'une SARL en SA sur l'exercice du pouvoir et le financement de l'entreprise

A) L'exercice du pouvoir

Actuellement, en tant que gérante majoritaire de la SARL, Mme DUPOND bénéficie d'un pouvoir de direction très étendu.

La SA doit comporter au minimum 7 associés (actionnaires), personnes physiques ou morales. Il n'existe pas de maximum. L'augmentation du nombre d'associés entraîne de faire une dilution du pouvoir.

« La SA est dirigée par un conseil d'administration, comprenant 3 à 18 membres ». ((Art. L225-47 du Code de commerce).

« Le Conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de la nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération.

Le Président est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

Le Conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite » (Art. L225-47 du Code de commerce).

La révocation du président ad nutum signifie qu'elle peut se faire sans préavis, sans motif et sans indemnités. La personne révoquée ne pourra donc pas demander des dommages et intérêts pour une révocation sans juste motif.

En tant que PDG de la nouvelle structure, Mme DUPOND devra répondre de ses actes devant le conseil d'administration et sera révocable à tout moment.

Par ailleurs, dans le cadre d'une SARL, vous bénéficiez d'un droit de regard sur le choix de vos associés (intuitu personae), ce qui ne sera plus le cas avec une SA.

B) Le financement de l'entreprise

La création d'une SA nécessite la constitution d'un capital social minimum d'un montant de 37000 euros.

Une SA dispose d'une grande souplesse de financement :

Elle ne fixe pas un nombre maximum d'associés, contrairement à la SARL 5100° ;

Elle peut faire appel public à l'épargne et émettre divers titres sur le marché.

Cette structure permet donc de répondre aux besoins de financement pour développer l'activité de l'entreprise.

II Les conséquences de la transformation d'une SARL en SA sur le statut social et le régime fiscal du dirigeant.

A) Le statut social

Aujourd'hui gérant majoritaire d'une SARL, Mme DUPOND est considérée comme un travailleur indépendant et dépend du régime des travailleurs non-salariés (TNS). En devenant PDG d'une SA, elle sera affiliée au régime des « assimilés-salariés ». Elle bénéficiera du régime de sécurité sociale et de retraite des salariés, et ce, quel que soit le nombre d'actions que vous détiendrez.

B) Le régime fiscal du dirigeant

La rémunération du gérant majoritaire d'une SARL ou du président du conseil d'administration d'une SA est imposée sur le revenu dans la catégorie fiscale des traitements et salaires.

Qu'elle soit gérant majoritaire d'une SARL ou PDG d'une SA, vous êtes donc soumis à l'impôt sur le revenu.

Dossier 2 : La validité d'une clause du contrat de travail

La société NOVATECH a recruté une commerciale, Mme OUDIN en 2017, afin de développer l'activité. A l'époque, Mme DUPOND a inséré dans le contrat de travail une clause afin d'éviter que la salariée exerce une activité concurrentielle préjudiciable à l'entreprise à la fin de leur relation contractuelle.

Sachant que le droit évolue rapidement dans ce domaine, elle se demande si cette clause est toujours valable.

Apprécier la validité de la clause figurant dans le contrat de travail de Mme OUDIN.

Le contrat de travail du salarié de Mme OUDIN contient une clause lui interdisant d'exercer une activité concurrentielle préjudiciable à l'entreprise à la fin de la relation contractuelle. Il s'agit donc d'une clause de non concurrence.

Mme OUDIN s'interroge sur la validité de cette clause actuellement.

Quelles sont les conditions de validité d'une clause de non-concurrence ? Une clause de non concurrence peut-elle contenir une indemnité dérisoire ?

La jurisprudence a précisé les conditions de validité de la clause de non-concurrence du contrat.

Cette clause doit :

- être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié,
- être limitée dans le temps,
- être limité dans l'espace,
- comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 novembre 2006 précise qu'une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie.

Ainsi, une indemnité financière égale à un 1/10e du salaire brut équivaut à une contrepartie dérisoire.

Ces conditions sont cumulatives.

Dans l'article 7 du contrat de travail de Mme OUDIN.

- La clause est justifiée par la nécessité de protéger les intérêts de la société (savoir-faire et portefeuille client), le salarié étant commercial. Il est en contact direct avec la clientèle,
- La clause est limitée dans le temps (deux ans à partir de la cessation du contrat),
- La clause est limitée dans l'espace (la région Centre),
- La contrepartie financière est dérisoire car le montant de 100 € est bien inférieur à un 1/10^eème du salaire brut du commercial sur 24 mois.

Par conséquent cela équivaut à une absence de contrepartie.

Donc, en l'absence de contrepartie financière, la clause de non-concurrence n'est pas valable.

Dossier 3 : Le Droit d'alerte

Les salariés, par le biais de leurs représentants, s'inquiètent de la situation financière de leur entreprise suite à la perte d'un client important. Les membres du comité d'entreprise souhaitent anticiper et prévenir une aggravation éventuelle de cette situation, pouvant déboucher sur une cessation des paiements si rien n'est fait.

En cas de difficultés économiques, juridiques ou financières d'une entreprise, quels sont les dispositifs légaux permettant d'éviter leur aggravation ? Quels sont les acteurs pouvant enclencher la procédure ?

La loi du 26 juillet 2005, dite loi de sauvegarde des entreprises, renforce la prévention et l'anticipation, tout en évitant la cessation des paiements. La loi accorde un droit spécifique à certains acteurs de l'entreprise, il s'agit du droit d'alerte. Ce droit a pour but d'informer le chef d'entreprise ainsi que les créanciers, les associés et les salariés des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation et de prendre toutes les mesures nécessaires pour remédier à ces difficultés.

La procédure est enclenchée par certaines personnes : le commissaire aux comptes, le comité d'entreprise, les associés ou actionnaires.

Si les mesures prises par les dirigeants ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation, un rapport d'alerte est rédigé par les personnes responsables de l'alerte qui le transmettent au tribunal de commerce ou au tribunal de grande instance selon la nature juridique de l'entreprise (civile ou commerciale).

Les membres du comité d'entreprise de l'entreprise peuvent enclencher une procédure d'alerte car ils ont eu connaissance de la perte d'un client important, ce qui peut affecter la situation économique de l'entreprise. Ils peuvent demander à Madame DUPOND en tant que dirigeant de l'entreprise, de leur fournir des explications sur ces faits.

Si ces explications ne sont pas convaincantes ou si leurs inquiétudes persistent, ils peuvent voter la poursuite de la procédure et se faire assister d'un expert-comptable.

À l'issue de la procédure, le comité d'entreprise rédige un rapport d'alerte destiné à Madame DUPOND avec copie éventuelle au commissaire aux comptes. La procédure d'alerte se clôture par un vote des membres du comité d'entreprise décidant de poursuivre ou non par l'information des organes de direction de la SA.

D'autres personnes pourraient également enclencher cette procédure, en plus des membres du comité d'entreprise. Il s'agit du commissaire aux comptes, des actionnaires de la SA, voire du tribunal de commerce, informés de la situation à partir des documents comptables communiqués conformément à la loi.