

## DROIT DES AFFAIRES, DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

### . **TRÈS IMPORTANT !** *Royal Décret-loi 4/2014 de mesures urgentes en matière de refinancement et de restructuration des dettes d'entreprises*

Partant du constat que bon nombre d'entreprises viables du point de vue opérationnel (c'est-à-dire dont l'activité économique est rentable) sont devenues inviables du point de vue financier en raison d'un endettement excessif qui plombe leurs résultats et les conduit au règlement judiciaire, voire à la liquidation, le Décret-loi se propose de faciliter la mise en place d'accords de refinancement ou de réaménagement de la dette entre ces entreprises et leurs créanciers.

En effet, la procédure collective actuelle d'apurement des dettes (*concurso de acreedores*) se termine trop souvent par la liquidation de l'entreprise.

Aussi, l'étape préalable à l'engagement de cette procédure collective, ouvrant la possibilité de conclure des accords avec les créanciers, s'avère déterminante pour le succès d'une restructuration financière de l'entreprise.

Le Décret-loi 4/2014 ne comporte qu'un seul article modifiant le contenu de plusieurs articles de la Loi 22/2003, disposition législative ayant établi l'actuel régime de procédure collective applicable aux entreprises en difficulté.

Il s'y ajoute plusieurs dispositions transitoires et additionnelles modifiant d'autres textes légaux, dans le même sens que la Loi 22/2003.

Sont reprises ci-après les modifications les plus importantes.

- **Le fait pour le débiteur de notifier [au Tribunal compétent en matière de procédure collective] l'engagement de négociations avec les créanciers au titre d'opérations commerciales suspend, durant le délai prévu pour mener à bien ces négociations (3 mois), l'exécution judiciaire portant sur des biens s'avérant nécessaires à la poursuite de son activité économique.** Les exécutions judiciaires sur les autres biens engagées par les titulaires de créances de nature financière (c'est-à-dire autres que les créances découlant d'opérations commerciales et les créances publiques) pourront également être suspendues si, au minimum, 51 % de ces créanciers ont exprimé expressément leur accord à l'initialisation des négociations.  
La suspension demeure en vigueur jusqu'à la formalisation des accords de refinancement prévus à l'article 71 bis, 1, ou jusqu'à l'admission de la demande d'homologation judiciaire des accords, ou bien jusqu'à l'obtention du minimum d'adhésions nécessaires à l'admission de la demande d'homologation judiciaire, ou bien jusqu'à la déclaration de procédure collective.  
Le nombre de notifications au Tribunal de négociations avec les créanciers emportant suspension d'exécution judiciaires de biens est limitée à une par an. (art. 5 bis modifié, Loi 22/2003)
- **Si le débiteur est entré dans la phase de procédure collective, l'exécution judiciaire des biens affectés en garantie réelle est suspendue uniquement pour ceux des biens s'avérant nécessaires à la poursuite de son activité professionnelle et entrepreneuriale.** C'est au juge en charge de la procédure collective qu'il revient de déterminer si un bien du débiteur s'avère nécessaire pour la poursuite de son activité professionnelle ou entrepreneuriale.  
A cet égard, il est précisé que ne seront pas considérées nécessaires à la poursuite de l'activité les actions ou parts de sociétés dont l'objet exclusif est la détention d'un actif et du passif indispensable à son financement, pour autant que la réalisation judiciaire de ces titres ne soit pas un motif de résiliation ou de modification des relations contractuelles à la charge de ces sociétés et permettant au débiteur de maintenir l'exploitation de l'actif. (art. 56 modifié, Loi 22/2003).
- **L'avis favorable d'un expert indépendant désigné par le Greffe du Tribunal de Commerce n'est plus requis comme condition pour que les accords de refinancement conclus entre les débiteurs et leurs créanciers, non présentés à l'homologation du Tribunal, ne soient pas résiliables si les débiteurs sont placés postérieurement en procédure collective.**  
Il est remplacé par une certification de l'expert-comptable du débiteur attestant l'adhésion de 60 % des créanciers à l'accord de refinancement. (art. 71 bis, 1 modifié, Loi 22/2003).
- **Le Décret-loi introduit la possibilité d'accords de refinancement non résiliables postérieurement** en cas de procédure collective, conclus par le débiteur avec un ou plusieurs créanciers **sans que soit requise l'adhésion d'une majorité de créanciers.**  
Ces accords doivent remplir les conditions suivantes : - augmenter la proportion de l'actif sur le passif existant ; - que l'actif courant en résultant soit supérieur au passif courant ; - que la valeur des garanties en résultant au profit des créanciers parties à l'accord ne dépasse pas les 9/10èmes de la valeur de la dette en cours envers eux ni le rapport des garanties à la dette en cours existant avant la conclusion des accords ; que le taux d'intérêt applicable à la dette restante ou résultant de l'accord de refinancement ne dépasse pas de plus d'un tiers celui applicable à la dette pré-existante à l'accord ; - l'accord doit être formalisé par acte authentique souscrit par tous les créanciers adhérents, l'acte devant mentionner expressément les motifs justifiant, du point de vue économique, les actes et contrats passés entre le débiteur et les créanciers en vertu de l'accord.

Le débiteur et les créanciers adhérents à l'accord peuvent, de leur propre initiative, demander l'avis d'un expert indépendant, lequel sera désigné par le Greffe du Tribunal de Commerce. (art. 71 bis, 2 modifié, Loi 22/2003).

- **Les accords de refinancement** conclus avec les créanciers à titre individuel ou collectivement et non présentés à l'homologation judiciaire, visés à l'article 71 bis modifié de la loi 22/2003, seront susceptibles d'être résiliés uniquement par l'administrateur de l'éventuelle procédure collective et seulement si les clauses des accords ne sont pas respectées (art. 72, 2, modifié, Loi 22/2003).
- **Pendant une période de 2 ans à partir de la date d'entrée en vigueur du Décret-loi, les crédits donnant lieu à de nouveaux apports de trésorerie (« fresh money »), et octroyés en vertu d'accords de refinancement conclus après l'entrée en vigueur du Décret-loi conformément à l'art. 71 bis de ce dernier, sont considérés intégralement comme créances contre la masse des créanciers<sup>1</sup>** (jusqu'à présent, 50% seulement de ces crédits avaient cette considération).  
Sont également considérés comme créances contre la masse des créanciers les crédits donnant lieu à de nouveaux apports de trésorerie, concédés, dans le cadre d'accords de refinancement, par le débiteur ou par des personnes ayant un lien spécial avec lui.  
Les apports de trésorerie découlant d'une augmentation de capital ne sont, en aucun cas, considérés comme créances contre la masse des créanciers.  
Les intérêts produits par les nouveaux apports de trésorerie sont considérés comme créances subordonnées, donc remboursées en dernier après toutes les autres créances.  
En cas de liquidation, les crédits ayant été consentis au débiteur par les créanciers en vertu d'une convention pour lui permettre de poursuivre son activité dans le cadre de la procédure collective seront considérés comme créances contre la masse des créanciers.  
Au terme d'une période de 2 ans décomptée à partir de la date d'octroi des crédits énoncés précédemment, ceux-ci ne seront considérés comme créances contre la masse des créanciers qu'à hauteur de 50 % de leur montant, conformément aux dispositions de l'art. 84, 2.11 de la loi 22/2003 (2<sup>ème</sup> Disposition additionnelle du Décret-loi 4/2014).
- Les créanciers ayant capitalisé directement ou indirectement la totalité ou une partie seulement de leurs créances ne sont pas considérés comme ayant un lien particulier avec le débiteur, à l'effet de la classification des crédits consentis par eux, en vertu d'accords de refinancement tels que prévus à l'art. 71 bis modifié de la loi 22/2003 ou de la 2<sup>ème</sup> Disposition additionnelle du Décret-loi, comme subordonnées. (art. 92, 5<sup>o</sup> modifié, Loi 22/2003).
- **Le fait pour le débiteur de refuser, sans motif raisonnable, la capitalisation de créances ou l'émission de titres ou d'instruments convertibles, empêchant ainsi la conclusion d'accords de refinancement** comme ceux prévus à l'art. 71 bis et 4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle de la loi 22/2003, **le rend présumé coupable de dol ou de faute grave.**  
**La capitalisation est présumée raisonnablement justifiée si l'avis d'un expert indépendant l'estime ainsi et, en tout état de cause, si l'accord de refinancement reconnaît aux associés du débiteur un droit préférentiel d'acquisition des actions, parts sociales, titres ou instruments convertibles souscrits par les créanciers dans le cadre de la capitalisation ou de l'émission des titres ou instruments, lors de leur éventuelle cession postérieure à des tiers.** L'accord de refinancement pourra, toutefois, exclure ce droit préférentiel d'acquisition en cas de cession à des sociétés du même groupe que le débiteur ou bien à des sociétés dont l'objet est la détention et administration de participations au capital d'autres sociétés. (art. 165, 4<sup>o</sup> ajouté, Loi 22/2003).
- **Le juge peut condamner les administrateurs, liquidateurs de droit ou de fait, mandataires généraux et associés qui se sont opposés sans motif raisonnable à la capitalisation ou à l'émission de titres ou d'instruments convertibles, à l'apurement, total ou partiel, du déficit dans la mesure où cette opposition a déterminé ou aggravé l'insolvabilité.** Art 172 bis, 1 modifié, Loi 22/2003).
- **Sont homologables judiciairement les accords de refinancement :**
  - **souscrits par, au moins, 51 % (jusqu'à présent 55 %) des titulaires de créances financières**, c'est-à-dire les créances autres que celles découlant d'opérations commerciales et celles dont sont titulaires des organismes de droit public;
  - **donnant lieu, au minimum, à une augmentation significative du crédit disponible ou à une modification ou annulation d'obligations**, soit moyennant une prorogation d'échéances soit en substituant les obligations par d'autres, pour autant que tout cela corresponde à un plan de viabilité permettant la poursuite de l'activité à court et moyen terme ;
  - **pour lesquels est émise une certification de l'expert-comptable du débiteur attestant l'existence d'un nombre suffisant de créanciers ayant adhéré aux accords de refinancement ;**
  - **formalisés par actes authentiques.**Ne sont pas retenus, pour le décompte des créanciers ayant souscrit aux accords, les titulaires de créances financières considérés comme personnes ayant des liens spéciaux avec le débiteur, au sens de l'art. 93,2 de la loi 22/2003 (conjoint, ascendants, descendants, famille jusqu'au 2<sup>ème</sup> degré, associés avec minimum de participation, sociétés du même groupe, administrateurs, mandataires généraux, etc.). Ils peuvent, toutefois, être affectés par l'homologation des accords. (4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle, 1 modifié, Loi 22/2003).
- **Dans le cas des prêts syndiqués, l'adhésion aux accords de refinancement par l'ensemble des prêteurs est réputée acquise si des titulaires de créances représentant 75 % du passif au titre des prêts ont voté en faveur des accords**, ce pourcentage

<sup>1</sup> Les créances contre la masse des créanciers (*créditos contra la masa*) sont remboursées prioritairement par rapport aux créances donnant lieu à la procédure collective (*créditos concursales*). Les premières correspondent généralement aux salaires, aux frais de justice, aux dettes découlant de l'activité poursuivie après l'entrée en procédure collective, aux dettes non échues découlant de l'exécution des contrats à obligations réciproques en vigueur lors du démarrage de la procédure collective. Les secondes correspondent aux dettes échues existant à la date de la déclaration de procédure collective. Les créances contre la masse sont l'équivalent de celles issues de la procédure de l'art. 40 en droit français.

pouvant être moindre si les normes du syndicat le déterminent ainsi. (4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle, 1 modifié, Loi 22/2003)

- Les titulaires de créances autres que financières et publiques, c'est-à-dire de créances découlant d'opérations commerciales, peuvent adhérer volontairement aux accords de refinancement homologués judiciairement, mais ils ne sont pas pris en compte dans la détermination des majorités requises à cet égard. (4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle, 1 modifié, Loi 22/2003)
- **Sont étendus aux titulaires de créances financières qui n'ont pas souscrit ou se sont opposés aux accords de refinancement et dont les créances ne bénéficient pas d'une garantie réelle**, ou pour la fraction des créances dépassant la valeur de cette garantie, les effets ci-après découlant des accords homologués judiciairement :
  - Si les accords ont été souscrits par des titulaires de créances financières représentant au minimum 60 % de ces créances, soit les moratoires du principal ou des intérêts jusqu'à un maximum de 5 ans, soit la conversion de dette en prêts participatifs d'une durée maximale de 5 ans.
  - Si les accords ont été souscrits par des titulaires de créances financières représentant au minimum 75 % de ces créances : soit les moratoires jusqu'à un maximum de 10 ans, soit les remises de dettes, soit la conversion de dettes en actions ou parts sociales du débiteur (dans ce dernier cas, les créanciers n'ayant pas adhéré aux accords peuvent opter pour une remise de dette équivalant au montant nominal des actions ou parts sociales dont l'acquisition leur incomberait et de la prime d'émission correspondante, et les augmentations de capital requises pour procéder à la capitalisation des dettes doivent être approuvées par les majorités d'associés prévues dans les dispositions législatives applicables à chaque type de société), soit la conversion de dettes en prêts participatifs pour une durée maximale de 10 ans, en obligations convertibles ou en prêts subordonnés, en prêts à intérêts capitalisables, ou en tout autre instrument financier de rang, échéance ou caractéristiques différents de la dette initiale, soit la cession de biens ou droits aux créanciers en paiement de la totalité ou d'une partie du passif. (4<sup>ème</sup> disposition additionnelle, 3 modifié, Loi 22/2003).
- **Sont étendus aux titulaires de créances financières qui n'ont pas souscrit ou se sont opposés aux accords de refinancement et dont les créances bénéficient d'une garantie réelle**, pour la fraction des créances ne dépassant pas la valeur de cette garantie, les effets découlant des accords homologués judiciairement tels qu'énoncés précédemment, pour autant que ces effets aient fait l'objet d'accords conclus avec les majorités indiquées ci-après, en fonction de la proportion de la valeur des garanties dont bénéficient les créanciers adhérents à ces accords par rapport à la valeur totale des garanties données :
  - 65 %, pour les moratoires du principal ou des intérêts jusqu'à un maximum de 5 ans, ou pour la conversion de dette en prêts participatifs d'une durée maximale de 5 ans ;
  - 80 %, pour les moratoires jusqu'à un maximum de 10 ans, les remises de dettes, la conversion de dettes en actions ou parts sociales du débiteur, la conversion de dettes en prêts participatifs d'une durée maximale de 10 ans, en obligations convertibles ou en prêts subordonnés, en prêts à intérêts capitalisables, ou en tout autre instrument financier de rang, échéance ou caractéristiques différents de la dette initiale, la cession de biens ou droits aux créanciers en paiement de la totalité ou d'une partie du passif. (4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle, 4 modifié, Loi 22/2003).
- A l'exécution éventuelle des garanties réelles engagée individuellement par chaque créancier titulaire, dans le cas où le débiteur ne respecte pas les accords de refinancement et si ceux-ci ne prévoient pas leur résiliation de ce fait, s'appliquent les règles suivantes :
  - si le produit obtenu de l'exécution est supérieur à la dette originelle, l'écart est considéré comme excédent au sens des articles 674 et 692 du Code de Procédure Civile [c'est-à-dire qu'il est disponible en faveur des créanciers titulaires de droits postérieurement inscrits sur le bien hypothéqué] ;
  - si le produit obtenu de l'exécution est inférieur au montant de la dette originelle, mais supérieur au montant découlant de la proportion de la valeur des garanties réelles dont bénéficient les créanciers adhérents à l'accord sur la valeur totale des garanties réelles données, il sera considéré qu'il n'y a ni excédent ni reliquat et le créancier conservera l'intégralité du produit obtenu de l'exécution ;
  - si le produit obtenu de l'exécution est inférieur au montant de la dette originelle ainsi qu'à celui découlant de la proportion entre valeur des garanties réelles en faveur des créanciers adhérents à l'accord et la valeur totale des garanties réelles données, l'écart entre le montant du produit et celui découlant de la proportion précitée sera considéré comme reliquat de la créance. (4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle modifiée, 11, Loi 22/2003).
- **Les accords de refinancement homologués judiciairement ne peuvent faire l'objet d'une résiliation** (4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle modifiée, 13, Loi 22/2003).
- Dans le délai d'un mois, la Banque d'Espagne doit procéder à la définition et à la publication de critères homogènes pour la classification comme risque normal des opérations restructurées en suite d'un accord de refinancement comme ceux prévus par l'article 71 bis ou la 4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle modifiés de la loi 22/2003. (1<sup>ère</sup> Disposition additionnelle du Royal Décret-Loi 4/2014, 07/03/2014).
- **Pour la réalisation des opérations transfrontalières communautaires de fusion de sociétés, dans lesquelles la société absorbante détient 90 % ou plus –mais non 100 %- du capital de la (des) société(s) anonyme(s) ou à responsabilité limitée absorbée(s), les avis préalables des administrateurs et d'experts sur les projets de ces opérations ne sont plus requis**, à condition que les associés des sociétés absorbées se voient offrir l'acquisition d'actions ou de parts de la société absorbante à un prix correspondant à leur valeur estimative raisonnable, à l'instar des autres opérations de fusion. (Loi 3/2009, art. 50, 1 modifié par 5<sup>ème</sup> Disposition finale du Royal Décret-loi 4/2014, 07/03/2014).

- **La possibilité de modifier le taux légal des intérêts de retard** selon accord des parties aux contrats commerciaux, **dans les conditions prévues à l'article 9, 1, de la loi 3/2004, n'est pas applicable aux opérations commerciales réalisées avec les Administrations publiques** (Loi 3/2004, art. 9, 1 modifié par 6<sup>ème</sup> Disposition finale du Royal Décret-loi 4/2014, 07/03/2014).
- **L'accord de la Commission Nationale du Marché des Titres ne sera plus nécessaire pour exclure de l'obligation de formuler une Offre Publique d'Achat les acquisitions ou les opérations de conversion ou de capitalisation des créances en actions de sociétés cotées qui soient la conséquence directe d'accords de refinancement homologués judiciairement conformément à la 4<sup>ème</sup> Disposition additionnelle modifiée de la Loi 22/2003, et qu'ils aient fait l'objet de l'avis favorable d'un expert indépendant et que prévu à l'art. 71 bis, 4 modifié de la Loi 22/2003.** (Décret 1066/2007, art. 8, d modifié par 8<sup>ème</sup> Disposition finale du Royal Décret-loi 4/2014, 07/03/2014)
- Pour les Petites et Moyennes Entreprises, au seul effet de déterminer l'existence de pertes entraînant la réduction obligatoire du capital social, et/ou la dissolution de la société, et/ou une situation d'insolvabilité constitutive d'un préalable objectif à la déclaration de procédure collective, **ne seront pas prises en compte, à titre exceptionnel pour les exercices clôturant dans l'année 2014, les pertes par dépréciation, reconnues dans les comptes annuels, sur les immobilisations corporelles, les investissements immobiliers, les stocks, les prêts et les postes d'actifs à encaisser.** (Décret-loi 10-2008, Disposition additionnelle unique modifiée par Royal Décret-loi 4/2014, 07/03/2014).

**. Une réduction du capital social d'une S.A.R.L. pour rembourser les apports de certains associés ne peut immédiatement précéder une réduction du capital en raison de pertes**

Au cours d'une même réunion, l'assemblée générale des associés d'une société à responsabilité limitée avait voté, à l'unanimité, deux résolutions.

Aux termes de la première, il était procédé à une réduction du capital social par remboursement des parts de certains associés qui avaient réglé personnellement une dette de la société envers un tiers. La seconde résolution prévoyait une réduction du capital social motivée par les pertes de la société, par annulation partielle des parts de tous les associés.

Le Greffier du Tribunal de Commerce du siège de la société refusa d'enregistrer cet accord.

Il justifia son refus en alléguant qu'**une réduction de capital par restitution d'apports aux associés ne peut être suivie sans délai d'une autre réduction, du fait de pertes, pour rétablir l'équilibre entre le capital social et le patrimoine net de la société diminué en conséquence de ces pertes, sur le fondement des articles 321 et 322 de la Loi sur les Sociétés de Capital.**

La société engagea un recours contre la décision du Greffier auprès de la Direction Générale des Greffes et du Notariat, laquelle, par Résolution en date du 10 décembre 2013, s'est prononcée comme suit :

**« ... En l'espèce, la prise en charge par plusieurs associés d'une dette de la société envers un tiers, qui est remboursée moyennant la restitution de leurs apports alors que ces associés font partie de la communauté de biens débitrice, implique en fait une liquidation partielle de la société moyennant l'amortissement et la remise de leurs apports aux dits associés, qui récupèrent ainsi de manière privilégiée leur créance sur la société.**

**Simultanément, la situation de la société, mise en évidence par la deuxième résolution, objet d'une certification, oblige légalement à procéder à une réduction du capital conformément aux articles 317 et 320 de la Loi sur les Sociétés de Capital.**

**Par conséquent, la réduction de capital préalable à cette dernière suppose effectivement le versement anticipé à des associés de montants, en infraction à l'interdiction expresse établie par l'article 321 de la Loi précitée selon lequel la réduction du capital social, du fait de pertes, ne peut donner lieu, en aucun cas, à des remboursements aux associés, ce qui constitue un procédé sinon frauduleux à tout le moins inadmissible.**

**EN CONSÉQUENCE, CETTE DIRECTION GENERALE A DECIDE DE NE PAS DONNER SUITE AU RECOURS ET DE CONFIRMER LA QUALIFICATION DU GREFFIER .... ».**

Cette Résolution peut faire l'objet d'un recours, dans un délai de 2 mois à compter de sa publication, auprès du Tribunal de Commerce du siège de la société demanderesse.

*Résolution D.G.R.N., 10/12/2013*

**. Nullité d'un contrat de swap pour vice de consentement du client**

Le gérant d'une société à responsabilité limitée opérant dans l'industrie du marbre avait demandé à une Caisse d'Epargne, dont il connaissait personnellement un des directeurs, de lui indiquer un instrument financier pour se couvrir du risque d'inflation dans ses opérations d'acquisition de matières premières.

A ce gérant, qui n'avait aucune connaissance financière spécifique, la Caisse d'Epargne avait offert de souscrire un contrat de swap, sans lui communiquer le risque de l'opération et en se bornant à lui expliquer le produit comme s'il s'agissait d'une assurance financière contre l'inflation.

La société ne réunit aucune des conditions requises par les normes MIFID (*Markets in Financial Instruments Directive*, sigle anglo-saxon de la Directive européenne 2004/39/CE relative aux marchés d'instruments financiers), transcrites en droit espagnol par la Loi 47/2007 du 19/12/2007 et par le Décret 217/2008, pour être considérée comme investisseur professionnel.

Par ailleurs, la Caisse d'Epargne ne procéda à aucun des deux tests requis par la réglementation préalablement à la conclusion de l'opération, à savoir les tests de convenance (*appropriateness test*).et de conformité (*suitable test*).

Le premier de ces tests s'assure que le produit répond aux besoins du client, le deuxième vérifie que le produit est idoine au regard de la situation financière, des objectifs d'investissement, et des connaissances ainsi que de l'expérience en la matière, du client.

Le swap fut formalisé pour une durée de 5 ans, avec 5 liquidations annuelles.

La première liquidation s'étant soldée par une perte, la société sollicita l'annulation du contrat pour vice de consentement par erreur de sa part ou par dol de la Caisse d'Epargne qui avait omis de réaliser les tests légaux de convenance et de conformité du produit.

En 1<sup>ère</sup> instance et en appel, la société obtint gain de cause, aux motifs : - que le produit financier fut offert par l'établissement de crédit sans accomplir les obligations légales d'information sur la complexité du produit et ses conséquences ; - que la demanderesse ayant le profil d'un client de détail, la défenderesse avait omis de réaliser le test obligatoire de convenance, pour s'assurer que le produit offert était celui qui s'ajustait aux besoins du client ; - que la défenderesse n'avait pas informé le client de manière claire et compréhensible, avant de conclure le contrat, sur les risques découlant du produit, de sorte que ce manquement aux devoirs d'information provoquèrent chez la société une erreur affectant son comportement, lequel a été vicié.

Saisie d'un recours interjeté par la Caisse d'Epargne, la Cour de Cassation nationale (*Tribunal Supremo*) l'a rejeté par arrêt du 20 janvier 2014, sur les principaux fondements ci-après reproduits *in extenso* en raison de leur importance :

- Etant donné que la complexité des produits swap favorise une information asymétrique lors de leur souscription, il est apparu nécessaire de **protéger l'investisseur de détail inexpérimenté dans sa relation avec le fournisseur de services financiers**, et cette **nécessité de protection se renforce parce-que les entités financières**, lorsqu'elles commercialisent ces produits, ne se bornent pas à les distribuer mais **prêtent au client un service qui va au-delà de la simple information aseptique sur les instruments financiers, dans la mesure où elles aident le client à interpréter cette information et à prendre la décision se souscrire à un produit déterminé.**
- **La concrétisation de ce devoir général d'agir de bonne foi en matière contractuelle se traduit, pour les entités financières, par l'obligation de fournir une information précontractuelle**, de telle sorte que les clients soient informés par leur banque des risques qu'implique l'opération spéculative en question. **Ce devoir d'information ne se limite pas à ce que cette dernière soit objective, claire et non trompeuse, mais inclut des orientations et des mises en garde au client sur les risques associés aux instruments financiers ou aux stratégies d'investissements dont s'agit. En outre, les entités financières doivent évaluer les connaissances et l'expérience financière du client pour déterminer quel type d'information doit lui être fourni.**
- **C'est pourquoi, les entités financières doivent réaliser sur le client un test de convenance, qui évalue ses connaissances (études et profession) et son expérience (fréquence et volume des opérations), de manière à se faire une idée sur ses compétences en matière financière.** Les exigences du test dénommé de convenance sont moindres que celles du **test dénommé de conformité, qui intervient quand l'entité financière prête, en outre, un service de conseil et d'assistance en matière d'investissements ou de gestion de portefeuilles.**  
Dans ce dernier cas, la banque doit effectuer un examen complet du client, cumulant le test de conformité avec celui de convenance, moyennant une recommandation personnalisée. En l'espèce, la sentence objet du pourvoi signale que la Caisse d'Epargne avait prêté un service de conseil financier mais avait omis de réaliser le test de conformité incluant celui de convenance.
- Une fois démontrée l'inexécution des obligations d'information, la Cour analyse ses conséquences sur la validité du contrat (annulabilité pour erreur viciant le consentement). Elle réaffirme qu'il est **uniquement possible d'apprécier l'erreur comme vice si la représentation erronée du contractant peut être considérée ainsi, parce qu'elle affecte la chose objet du contrat ou les caractéristiques essentielles de la chose qui ont motivé la conclusion du contrat et parce-que ladite erreur ou ladite représentation apparaissent raisonnablement certaines, et, outre leur évidence, sont excusables** (car n'est pas protégé l'ignorant dont l'erreur est le fruit de sa propre démarche exigible lors de la passation du contrat).
- Bien qu'une infraction aux obligations d'informations ne se traduit pas toujours par une erreur viciant le consentement (car il peut arriver que le client connaisse déjà le contenu de cette information), **la stipulation légale de l'obligation d'information permet d'apprécier l'existence d'une représentation erronée de la part du client de détail dans la souscription de ces produits financiers quand, comme en l'espèce, n'ont pas été communiqués préalablement les risques liés au produit financier swap, et c'est un fait prouvé que le client ne connut ces risques qu'à la réception de la première liquidation.**
- Concernant les conséquences de l'inexécution des tests de convenance et de conformité pour apprécier l'erreur viciant le consentement, l'arrêt de la Cour de Cassation précise que « ... **l'important n'est pas tant l'évaluation de la convenance de l'opération, au regard des intérêts du client de détail qui souscrit le swap, mais si en le souscrivant il avait une connaissance suffisante de ce produit et des risques concrets y attachés...** », ce qui a été démontré n'avoir pas été le cas.

La Cour de Cassation a donc annulé le contrat de swap et condamné la Caisse d'Epargne aux dépens.

*Cour de Cassation Nationale, arrêt 840/2013, 20/01/2014*

## FISCALITÉ

### **. IMPORTANT ! Traitement fiscal des opérations de capitalisation des dettes**

Le Décret-loi 4/2014 commenté antérieurement a modifié le texte de la Loi de l'Impôt sur les Sociétés (Décret législatif 4/2004) en ce qui concerne les opérations de capitalisation des dettes.

**Les augmentations de capital réalisées par compensation de créances seront prises en compte fiscalement pour leur montant du point de vue commercial, indépendamment de leur valeur comptable** (art.15, 1 modifié, Décret législatif 4/2004).

Par ailleurs, **dans le cas d'augmentation de capital réalisée par compensation de créances, l'entité cédante des éléments patrimoniaux intégrera dans sa base imposable la différence entre le montant de l'augmentation du capital, dans la proportion correspondante, et la valeur fiscale de la créance capitalisée** (art. 15, 3 modifié, Décret législatif 4/2004).

La combinaison des deux mesures précédentes entraîne la non imposition du débiteur, en cas de capitalisation de dettes pour le même montant nominal que ces dernières, à due proportion.

*2<sup>ème</sup> Disposition finale, 3, Royal Décret-loi 4/2014, 07/03/2014*

### **. IMPORTANT ! Traitement fiscal des remises et des moratoires de dettes**

Le Décret-loi 4/2014 a modifié également le texte de la Loi de l'Impôt sur les Sociétés (Décret législatif 4/2004) en ce qui concerne les remises de dettes ainsi que les moratoires découlant des accords conclus dans le cadre de la Loi des Procédures Collectives 22/2003.

Le produit correspondant à l'enregistrement comptable des remises et moratoires de dettes en application de la Loi 22/2003 s'imputera sur la base imposable du débiteur concomitamment à l'enregistrement postérieur des frais financiers découlant de ces dettes, et dans la limite du produit précité.

Toutefois, si le montant du produit est supérieur au montant total des frais financiers en attente d'enregistrement découlant des mêmes dettes, son imputation sur la base imposable s'effectuera proportionnellement aux frais financiers enregistrés dans chaque période imposable par rapport au total des frais financiers en attente d'enregistrement découlant de ces mêmes dettes. (art. 19, 14 ajouté, Décret législatif 4/2004).

Ces dispositions permettent ainsi l'étalement et l'atténuation de l'impact fiscal des remises et moratoires des dettes consentis en vertu d'accords de restructuration conclus dans le cadre de la loi 22/2003.

*2<sup>ème</sup> Disposition finale, 4, Royal Décret-loi 4/2014, 07/03/2014*

### **. IMPORTANT ! Exonération de droits d'enregistrement (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados)**

Le Décret-loi 4/2014 a exonéré de droits d'enregistrement les actes constatant des remises ou des moratoires de dettes, par la modification de l'article 45, I, B, 19 de la Loi de l'Impôt sur les Transmissions Patrimoniales et les Actes Juridiques Documentés (Décret législatif 1/1993).

L'article 45, I, B, 19 dans sa nouvelle rédaction énonce : « [ Sont exonérés] .... 19 - Les actes constatant des remises ou des minoration de montants de prêts, de crédits ou d'autres obligations du débiteur incluses dans les accords de refinancement ou dans les accords extrajudiciaires de paiements établis par la loi 22/2003, pour autant que, dans tous les cas, l'assujetti en soit le débiteur ».

*3<sup>ème</sup> Disposition finale, Royal Décret-loi 4/2014, 07/03/2014*

### **. Les frais financiers enregistrés en stocks en vertu d'une norme comptable ne sont pas assujettis à la limitation de leur déductibilité fiscale**

Une société de promotion et de construction immobilière comptabilise les frais financiers découlant des financements obtenus pour la réalisation de ses programmes de construction, parmi les charges de l'exercice.

Mais, elle enregistre en stocks les frais financiers afférents aux immeubles dont la construction n'est pas encore terminée à la clôture de l'exercice, en application de la 10<sup>ème</sup> norme du Plan Général de Comptabilité.

Cette norme prévoit : « ... Les frais financiers seront inclus dans le prix d'acquisition ou dans le coût de production de ceux des stocks qui requièrent une période temps supérieure à un an pour être vendus, selon les modalités établies par la norme sur les immobilisations matérielles... ».

Or, l'article 20, 1 du Texte Refondu de la Loi de l'Impôt sur les Sociétés (TRLIS) stipule : « Les frais financiers nets seront déductibles dans la limite de 30 % du bénéfice opérationnel de l'exercice ..... En tout état de cause, seront déductibles jusqu'à 1 million d'euros les frais financiers nets de la période d'imposition... ».

La société a donc interrogé la Direction Générale des Impôts (DGT), par rescrit n° V3479-13, pour savoir si la limitation à la déductibilité de l'article 20 du TRLIS s'applique aux frais financiers enregistrés comme stocks.

La DGT a répondu au rescrit, le 29/11/2013, en se référant à sa Résolution du 16/07/2012 dans laquelle elle précisait les modalités d'application des dispositions de l'art. 20 du TRLIS en matière de limitation à la déductibilité des frais financiers.

Dans cette Résolution, il est énoncé : « ... **Toutefois, ne seront pas inclus** [parmi les frais financiers assujettis à la limitation de déductibilité posée par l'art. 20 du TRLIS] **ceux des frais financiers qui, même ressortant, au plan comptable, à la rubrique 13 du compte de pertes et profits** [il s'agit des comptes de charges], **sont incorporés à la valeur d'un actif, conformément aux normes comptables, compte tenu que leur imputation effective au résultat de l'exercice et, par conséquent, à la base imposable de l'entité, se réalise au moyen de l'amortissement de cet actif assujetti aux limitations prévues par l'article 11 du TRLIS et non par l'article 20 du même texte .... ».**

**La DGT en déduit, concernant le cas soumis par la société de construction immobilière, que le même traitement en matière de déductibilité fiscale doit s'appliquer aux frais financiers enregistrés à l'actif, en vertu de normes comptables, comme ajout à la valeur des stocks.**

**Etant donné que ces frais seront imputés effectivement au résultat de l'exercice et, par conséquent, à la base imposable de l'entité, par la constatation de la dépréciation des biens en stock concernés ou bien au moment où ceux-ci sortent de l'actif (par cession ou perte), ils ne sont pas assujettis à la limitation de déductibilité établie par l'article 20 du TRLIS**

*Résolution de la DGT (Dirección General de Tributos), 29/11/2013, Rescrit V3479-13*

### **. La déductibilité de l'amortissement d'un fonds de commerce financier correspondant à des participations acquises après le 21 décembre 2007 est subordonnée à la justification de dispositions des droits étrangers**

Une société avait déduit de sa base imposable l'amortissement pratiqué sur un fonds de commerce financier correspondant à sa participation, acquise en 2009, dans une entreprise turque.

L'Administration fiscale avait repris cet amortissement, sur le fondement de la Décision de la Commission Européenne du 28/10/2009 qualifiant d'aide publique la législation permettant la déductibilité des fonds de commerce financiers et exigea la récupération de tous les amortissements sur fonds de commerce financiers acquis après le 21/12/2007, date de la Décision communautaire d'ouvrir une procédure en récupération des aides publiques accordées sous le concept d'amortissements des fonds de commerce financiers.

La société contesta cette décision auprès du T.E.A.C. (*Tribunal Económico-Administrativo Central*), en alléguant que l'Administration n'avait pas analysé son cas concret.

Pour cela, elle s'appuya sur l'article 1, 3 de la Décision de la Commission Européenne du 12/01/2011, aux termes duquel pouvait continuer à s'appliquer le régime établi par l'article 12.5 du TRLIS (Texte Refondu de la Loi de l'Impôt sur les Sociétés), prévoyant la déductibilité des amortissements des fonds de commerce financiers issus des participations dans des sociétés non résidentes dans la limite annuelle de 1% de leur montant, « ... **au regard des participations majoritaires détenues, directement ou indirectement, dans des entreprises étrangères établies en Chine, dans l'Inde ainsi que dans d'autres pays pour lesquels il est démontré ou peut être démontré l'existence d'obstacles juridiques explicites aux combinaisons transfrontalières d'entreprises ... ».**

A cet effet, la société présenta le rapport d'un expert indépendant faisant état de l'existence de dispositions dans la législation turque rendant impossible la fusion transfrontalière entre l'entité turque et l'entité espagnole, ce qui constituait un obstacle juridique explicite justifiant l'application du régime spéciale prévu par la Décision de la Commission Européenne.

**Le Tribunal conclut néanmoins que ce rapport était une preuve insuffisante de l'état du droit étranger et que la société devait démontrer l'existence, dans la législation turque, de la prohibition d'une fusion transfrontalière.**

**Le tribunal rejeta donc le recours de la société.**

*Résolution du T.E.A.C., 05/11/2013*

## **DROIT DU TRAVAIL**

### **. Droit du salarié licencié indûment à percevoir les allocations chômage dès la rupture du contrat de travail, si les salaires ne lui sont plus versés pendant la période courue jusqu'à la décision judiciaire qualifiant le licenciement**

Un salarié avait fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle ni sérieuse. Le Tribunal Social condamna l'employeur au paiement d'une indemnité et des salaires dus et non versés au salarié depuis la date du licenciement. Entretemps, le salarié avait obtenu du SPEE (Service Public d'Emploi d'Etat) le droit de percevoir les allocations chômage.

Devant l'inertie de l'employeur, le salarié engagea une procédure d'exécution de la condamnation précitée en ce qui concernait l'indemnité mais en excluant les salaires, puisqu'il percevait les allocations chômage. En cours de cette procédure, l'employeur fut déclaré insolvable, et FOGASA, le Fonds de Garantie des Salaires, reconnut au salarié le droit à une indemnité pour un montant inférieur à celui fixé par le Tribunal Social, à l'exclusion des salaires.

Mais, deux mois après, le SPEE notifia au salarié la cessation de son droit aux allocations chômage, sur le fondement de la condamnation initiale du Tribunal Social au paiement également des salaires. Postérieurement, il lui notifia sa décision : - de résilier sa résolution lui attribuant le droit de percevoir les allocations chômage ; - de déclarer comme indûment perçues toutes les allocations chômage qui lui avaient été versées jusqu'à la notification de la cessation de son droit à ces dernières.

Le salarié contesta la décision du SPEE devant le Tribunal Social, lequel la déclara nulle et non avenue. Mais le SPEE fit appel de cette sentence auprès du Tribunal Supérieur de Justice d'Andalousie, Chambre Sociale, lequel fit droit à sa demande et débouta le salarié.

Ce dernier engagea alors un recours en cassation auprès du Tribunal Suprême, Madrid.

Dans son arrêt rendu le 04/12/2013, le Tribunal Suprême fait droit au recours du salarié sur les fondements ci-après :

- Il est démontré que le salarié n'a pas perçu les salaires qui lui étaient dus jusqu'à la date de la décision judiciaire qualifiant le licenciement, et ce en raison de la situation de l'employeur qui a conduit à sa déclaration d'insolvabilité.
- En conséquence, la coïncidence dans le temps des salaires précités et des allocations chômage ne peut donner lieu à incompatibilité de leur perception.
- De ce fait, c'est-à-dire le double versement simultané ne s'étant pas produit, il est impossible de considérer indues les allocations chômage puisqu'en l'espèce le salarié a mené à bien, de manière ponctuelle, toute la procédure à sa portée pour faire exécuter la sentence qui lui avait reconnu le droit à ces salaires, en recourant également au FOGASA après que l'entreprise ait été déclarée insolvable.
- Si la solution de restitution [des allocations chômage] était appliquée, elle causerait un préjudice grave et disproportionné au salarié qui devrait rendre des allocations dont il a bénéficié légalement en raison d'une situation réelle de chômage et alors qu'il ne s'est produit aucun motif d'incompatibilité puisqu'il n'a perçu aucun salaire durant la période des allocations.

En conséquence, le Tribunal Suprême casse et annule l'arrêt du Tribunal Supérieur de Justice d'Andalousie et confirme la sentence du Tribunal Social déclarant nulle et non avenue la décision du SPEE refusant au salarié le droit aux allocations chômage.

*Tribunal Suprême, Chambre Sociale, arrêt du 04/12/2013*

#### **. Réduction des cotisations sociales patronales afférentes aux « contingences communes »**

Le Royal Décret-loi 3/2014 de mesures urgentes pour la promotion de l'emploi et de l'embauche à durée indéterminée a été promulgué le 28/02/2014 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars.

Il prévoit, pour les entreprises qui embauchent en CDI (à temps complet ou à temps partiel) entre le 25 février et le 31 décembre 2014 et maintiennent le niveau net d'emplois pendant une période de 3 ans, une réduction des cotisations sociales patronales pour « contingences communes » à 100 euros/mois pour les embauches à temps complet et à 75 ou 50 euros/mois pour les embauches à temps partiel en fonction de la durée journalière effective du travail.

Ces cotisations forfaitaires s'appliqueront pendant 24 mois. Pour les 12 mois suivants, les entreprises de moins de 10 salariés bénéficieront d'une réduction de 50 % des cotisations sociales patronales normales pour chaque salarié embauché pour une durée indéterminée.

Outre les conditions susmentionnées, pour bénéficier de ces réductions, les entreprises ne doivent pas avoir procédé à des licenciements collectifs ou individuels ni à des licenciements pour motifs disciplinaires dans les 6 mois précédant chaque embauche à durée indéterminée.

A défaut, les entreprises se verront imposer le versement des sommes non acquittées au titre de réduction des cotisations.

*Royal Décret-loi 3/2014, 28/02/2014*

\*\*\*