

EDITORIAL

Par Marc HERAIL,
Rédacteur en chef

2

DOCTRINE

OPERATION DE FUSION (PARTIE I)

**PROCEDURE APPLICABLE AU RAPPROCHEMENT ENTRE LES SOCIETES
COOPERATIVES AGRICOLES ET LEURS UNIONS**

Par Marc Hérail,
Rédacteur en chef

3

ACTUALITES

**LA SOCIETE COOPERATIVE AGRICOLE DOIT PROUVER LA QUALITE
D'ASSOCIES DE L'APPORTEUR AINSI QUE LA DATE D'ADHESION DE CELUI-CI
AFIN D'APPLIQUER LES PENALITES STATUTAIRES**

CA MONTPELLIER, 1^{ÈRE} CH., SECTION B, 7 NOVEMBRE 2012, SCA LES
VIGNERONS DE CERS PORTIRAGNES VILLENEUVE, N° 11/04325

12

**SANCTION DE L'ASSOCIE COOPERATEUR ET DE SES HERITIERS POUR
RUPTURE DE L'ENGAGEMENT D'ACTIVITE AVANT TERME**

CA NIMES, 1^{ÈRE} CHAMBRE B, 15 NOVEMBRE 2012, SCA LES
TERRASSES DU VIRDOULE, N° 11/04274

14

**LA RESPONSABILITE DE LA SOCIETE COOPERATIVE AGRICOLE QUI
COMMERCIALISE LES CEREALES APPORTEES PAR UN ASSOCIE QUI N'A PAS
OPE POUR LA MODALITE DE COMMERCIALISATION**

CA AMIENS, 1^{ÈRE} CHAMBRE, SECTION 2, 20 NOVEMBRE 2012, SCA
CAP SEINE, N° 10/02974

18

INFORMATIONS BREVES

LE BOFIP par Michel Roussilhe

20

**LE CREDIT D'IMPOT COMPETITIVITE EMPLOI EST-IL APPLICABLE AUX
COOPERATIVES AGRICOLES ET LEURS UNIONS ?** par Michel Roussilhe

23

Editorial

Comme nous l'avions annoncé dans le dernier bulletin, l'article de doctrine traite de la fusion entre sociétés coopératives agricoles. Ce thème, déjà traité dans le BICA, vise à analyser plus particulièrement la protection des associés. Cependant, afin de développer plus clairement certaines questions, il s'avère nécessaire de débiter par une présentation du cadre général de l'opération de fusion. C'est l'objet de la première partie présentée dans ce numéro du BICA, prélude à une deuxième partie plus axée sur le contenu des projets de fusion.

La réflexion juridique ne doit pas masquer une vérité pratique, à savoir l'importance essentielle des facteurs humains que ne saurait jamais corriger une approche juridique aussi parfaite soit-elle.

*Par Marc HERAIL
Rédacteur en chef*

OPERATION DE FUSION (PARTIE I)
PROCEDURE APPLICABLE AU RAPPROCHEMENT ENTRE LES SOCIETES
COOPERATIVES AGRICOLES ET LEURS UNIONS

Introduction

1. On ne peut aujourd'hui faire abstraction des phénomènes de restructuration des sociétés coopératives agricoles se traduisant par une concentration accrue des entreprises concernées. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir le bulletin officiel de l'autorité de la concurrence révélant les contrôles des prises de participation ou fusion au titre des concentrations (infra Pour aller plus loin). Certains s'en inquiètent d'ailleurs, craignant une dénaturation de l'idéal coopératif, celui-ci s'atténuant indéniablement au sein de structures de grande envergure.

Toutefois, l'évolution des marchés (mondialisation, volatilité des prix des matières premières) oblige les sociétés coopératives agricoles, comme toute autre entreprise, à nouer des alliances tant pour consolider leur activité qu'assurer le développement de nouvelles filières (R. MELLERIO et B. GRETEAU, Les coopératives agricoles à l'heure des rapprochements capitalistiques, JCP E 2012, n° 46, 167).

2. Les fusions se divisent en deux catégories que sont les fusions-absorptions et les fusions-crétions. Dans la première hypothèse, une société coopérative agricole (société absorbée) transmet son patrimoine à une autre société coopérative (société absorbante) alors que dans le second cas de figure, les deux sociétés coopératives agricoles initiales disparaissent au profit d'une structure nouvelle. L'opération de fusion se distingue de la scission, les branches d'activité d'une société préexistante étant transmises à deux sociétés absorbantes, ainsi que de l'apport partiel d'actif, opération par laquelle une seule branche d'activité est apportée à une société coopérative existante. Le plus fréquemment, dans l'hypothèse d'un rapprochement entre deux sociétés coopératives agricoles, les partenaires optent pour la technique de fusion absorption.

3. Jusqu'en 2006, les opérations de fusion étaient réalisées sur le seul fondement du droit commun (C. civ., art. 1844-4) à l'exclusion du droit relatif aux sociétés commerciales en l'absence de renvoi spécifique énoncé dans le Code rural sauf convention contraire entre les sociétés parties à la fusion (BICA 1998). A l'unanimité les praticiens et les observateurs se sont justement alarmés de cette situation peu propice à la sécurité d'opérations couvrant d'importants enjeux financiers. Le formalisme n'était pas clairement défini et le recours aux commissaires aux comptes n'étaient pas obligatoire (M. CHIRON, Regroupement de coopératives agricoles – Comment concilier acapitalisme du statut et réalisme économique ? RFC 406, janvier 2008). L'ordonnance n° 2006-1225 du 5 octobre 2006 met fin à cette lacune en créant un régime propre aux fusions des sociétés coopératives agricoles (complétée par l'arrêté du 28 novembre 2007 JO 30 décembre 2007 et le décret n° 2008-375 du 17 avril 2008 JO 20 avril 2008).

4. L'ordonnance de 2006 a transposé l'essentiel des principes régissant déjà les restructurations des sociétés commerciales, sans éluder pour autant les particularités des sociétés coopératives agricoles notamment en affirmant l'absence de finalité spéculative. Ainsi, les rapprochements de sociétés coopératives agricoles ne doivent être motivés que

par l'augmentation de la puissance économique des coopératives et la valorisation des exploitations agricoles des coopérateurs (Sociétés coopératives agricoles, Dictionnaire permanent entreprise agricole n° 289).

On ne peut qu'approuver l'instauration de dispositions spécifiques qui clarifient les questions concernant la transmission universelle du patrimoine, le traitement comptable de l'opération, la continuation des engagements d'activité ainsi que les formalités à accomplir. En effet, ne pouvant empêcher un phénomène nécessaire à la préservation de la capacité concurrentielle des sociétés coopératives agricoles, la prise en considération des particularités du droit coopératif s'avérait plus que nécessaire.

5. La réglementation instaure ainsi un cadre procédural strict visant notamment à assurer l'information efficace des tiers et des associés de même qu'à garantir la sécurité de l'opération. En effet, il serait dommageable qu'une fusion puisse être remise en cause trop aisément. Il serait cependant très réducteur de limiter la fusion au seul examen de la procédure, car le rapprochement entre deux sociétés coopératives agricoles suscite d'inévitables interrogations quant au fond, notamment concernant l'évaluation de l'actif et du passif, les opérations portant sur les réserves avant la fusion, l'harmonisation des engagements des associés coopérateurs. L'étude de ces points est toutefois reportée au prochain numéro du BICA.

L'étude de la procédure invite à privilégier une approche chronologique. C'est la raison pour laquelle il est abordé dans un premier temps la préparation de l'opération de rapprochement (I), préalable nécessaire à la prise de décision (II) laquelle ouvre une possible contestation de la fusion (III).

I/ La préparation de l'opération de rapprochement

6. Une fusion ne tolère pas l'improvisation et impose une réflexion stratégique préalable entre les partenaires au rapprochement. Les limites et les paramètres de la fusion vont être progressivement élaborés par les dirigeants des deux sociétés coopératives agricoles (conseil d'administration ou, le cas échéant, le directoire). A ce stade de préparation de l'opération, les acteurs peuvent légitimement hésiter entre le souci de garantir une confidentialité protectrice d'un projet en devenir et la volonté d'assurer la transparence des caractéristiques de la fusion, notamment pour tester l'adhésion des associés à l'opération (voir a retenir).

7. La consultation des assemblées générales est-elle obligatoire avant l'élaboration définitive du traité de fusion ? A ce moment de l'opération, aucune exigence relative à l'intervention des assemblées n'est énoncée dans le Code rural. Cependant, l'esprit coopératif commande pour certains un effort de transparence amenant à informer les associés des sociétés coopératives agricoles concernées, voire à solliciter leurs avis. A cet égard, sur le plan formel, il est possible de présenter le projet, qui n'est pas encore un traité de fusion, lors d'une assemblée générale ordinaire (Fusion de sociétés coopératives agricoles, J.-Cl. Rural, fasc. 53-44). A l'issue de cette assemblée, mandat pourra être conféré aux dirigeants de poursuivre l'élaboration du projet et de conclure les accords nécessaires au rapprochement des sociétés coopératives agricoles.

8. Faut-il encadrer la discussion relative à l'élaboration du traité d'apport ? En l'absence d'obligation légale, d'aucuns défendent la sécurité qu'offre le mécanisme de la lettre d'intention (Pour une étude très détaillée du mécanisme voir Fusion de sociétés coopératives agricoles, J.-Cl. Rural, fasc. 53-44). Cette dernière permet en effet de formaliser les objectifs de la fusion, les moyens susceptibles d'être mis en œuvre ainsi

que la planification des différentes étapes, car il est vain de préparer une fusion si les partenaires n'ont pas une volonté certaine de se rapprocher.

La lettre d'intention témoigne de cet « engagement » à fusionner sans obliger les parties mais en les soumettant à une obligation de moyen, laquelle consiste à négocier de bonne foi. L'échec des négociations libère donc les parties sans indemnité sous réserve d'une action éventuelle en rupture abusive des pourparlers. L'abus est d'autant plus facile à démontrer que l'une des parties n'a pas respecté le cadre fixé conventionnellement, octroyant à la lettre d'intention un aspect comminatoire.

9. Si la lettre d'intention mentionne fréquemment les caractéristiques de la fusion prévue, les dirigeants des sociétés coopératives agricoles doivent en revanche prendre la précaution de souligner l'aspect non contraignant de l'acte. Celui-ci n'est, à dire vrai, qu'un document de travail destiné à structurer l'élaboration de la fusion. En effet, le rapprochement entre deux sociétés coopératives agricoles implique une phase d'audits juridique, comptable et financier permettant d'apprécier l'opportunité de la fusion. Jusqu'à la réalisation et l'analyse de ces diagnostics, les parties ne sauraient être engagées définitivement.

Sur le plan formel, la lettre d'intention précise le calendrier des étapes à suivre dans la préparation de la fusion. De même, la stipulation d'une clause d'exclusivité et de confidentialité s'avère prudente. Les partenaires s'interdisent ainsi mutuellement de préparer une autre opération de rapprochement avec des entreprises tiers, caractérisant ainsi un devoir normal de loyauté, comme ils s'engagent à respecter un devoir de secret autour du projet de fusion. L'échange des informations au cours de ce processus est légitime mais implique le maintien de l'obligation de confidentialité au-delà du terme des négociations dans l'hypothèse où celles-ci n'ont pu aboutir.

10. L'élaboration du projet de fusion implique la réalisation d'audits. Les sociétés coopératives agricoles procèdent à une analyse détaillée de leurs situations juridiques respectives. Sont inclus dans cette étude les éléments traditionnels de toute opération de rapprochement, à savoir le recensement des contrats conclus entre les sociétés candidates à la fusion et les tiers, les règles générales de fonctionnement des sociétés (statuts et règlement intérieur).

Au cas particulier des sociétés coopératives agricoles, la préparation de la fusion invite à observer attentivement les circonscriptions territoriales des candidates à la fusion et corrélativement la circonscription de la « nouvelle entité ». Dans l'hypothèse d'une modification de la circonscription territoriale de la nouvelle « société » et/ou de l'objet social, une communication doit en effet être réalisée au profit du HCCA, lequel doit agréer un élargissement de la circonscription de la société absorbante.

Les objets sociaux des coopératives agricoles doivent être ajustés de même que le fonctionnement des organes de direction (pondération éventuelle des droits de vote, assemblées de section).

L'examen des engagements d'activité est essentiel car étant au cœur du fonctionnement des sociétés coopératives agricoles. Outre, les modalités d'exécution des engagements, la durée est une question cruciale de même que l'examen des éventuels contrats de production. La nécessaire adaptation du rapport souscription/activité peut nécessiter une majorité renforcée (infra n° 19).

L'audit comporte un volet fiscal visant à évaluer tout d'abord le régime applicable à chaque société coopérative agricole (situation de la société à l'égard de l'IS ou encore le régime des plus-values) et dans un second temps d'apprécier les conséquences de la fusion sur le régime fiscal susceptible de s'appliquer ultérieurement.

Il faut compléter cette étude fiscale par un examen économique et financier s'attachant à l'analyse de la comptabilité de chaque société coopérative afin d'en évaluer les méthodes,

la régularité et la sincérité. Les diligences économiques et financières s'attachent également à l'examen comparatif de la situation financière de chaque coopérative.

A retenir : La fusion de sociétés coopératives s'avère être avant tout le rapprochement d'hommes. Ainsi, au-delà des aspects techniques, certes indispensables à la préparation et réussite d'une fusion, le succès de l'opération implique la volonté des exploitants d'adhérer au projet de rapprochement des sociétés. Les acteurs du secteur coopératif savent qu'une fusion peut échouer en raison d'une mésentente soudaine entre les hommes, de même qu'un projet voué à l'échec peut être sauvé car les personnes ont su trouver un terrain d'entente inespéré.

Ce faisant, l'aspect technique est primé par les considérations humaines lors de la préparation de la fusion. En d'autres termes, la formalisation contractuelle du projet notamment par l'emploi de la lettre d'intention s'avère inefficace dès lors que le rapprochement se heurte à des blocages humains. C'est la raison pour laquelle des rencontres informelles entre les dirigeants des deux sociétés apparaissent peut-être plus efficaces que des discussions délimitées par un cadre contractuel, alors même que l'aspect contraignant de ce dernier a été atténué (supra n° 9).

II – La prise de décision

11. Si elle se déroule bien, la phase de préparation du rapprochement entre sociétés coopératives agricoles aboutit à la réalisation d'un projet de traité de fusion qui doit être adopté par les deux sociétés coopératives agricoles. La décision implique préalablement une information efficace.

A) L'information des associés et des tiers

12. La prise de décision suppose au préalable une information complète et suffisamment anticipée à l'adresse des associés coopérateurs afin que ces derniers puissent statuer en toute connaissance de cause. C'est la raison pour laquelle le législateur a accentué le devoir d'information, les exigences légales ou réglementaires étant parfois plus fortes que celles imposées lors des opérations de rapprochement entre deux sociétés commerciales (Ainsi les comptes sur les trois derniers exercices sont communiqués aux associés selon l'article R. 526-9, 3° et 4° du Code rural : La restructuration des coopératives agricoles et de leurs unions : fusion, scission, apport partiel d'actifs et apport de branche d'activité, BICA 2008, n° 122, Doctrine p. 11). A noter toutefois que l'information des associés de la société absorbée peut s'avérer partielle dans la mesure où une application stricte du texte n'implique pas que les associés de la société absorbée aient connaissance des valeurs de la société absorbante (infra n° 15).

La protection accrue des associés pourrait cependant s'avérer une arme à double tranchant, car imposant aux associés coopérateurs un devoir accentué de diligence. En effet, certains documents ne leur sont pas transmis directement, étant précisé que les associés peuvent en obtenir communication à leurs frais (C. rur., art. R. 526-9). Un associé qui n'aurait pas fait l'effort de se renseigner sur les caractéristiques de la fusion peut-il encore utilement contester l'opération ?

13. **Quels sont les documents principaux destinés à l'information des associés et des tiers ?** A la lecture de l'article R. 526-9 du Code rural, on distingue trois supports distincts mais complémentaires destinés à préparer la prise de décision concernant l'opération de rapprochement. Ainsi, deux documents doivent être élaborés qui sont le projet de traité de fusion et le rapport de révision, auxquels s'ajoute, le cas échéant, le

rapport des commissaires aux comptes. Il est essentiel de ne pas confondre ces deux dernières formalités qui ne répondent pas au même régime.

Chaque société coopérative participant à l'opération doit mener l'élaboration d'un projet de traité de fusion dont le contenu est déterminé par décret (C. rur., R. 526-4 ; voir Pour aller plus loin). Dès ce stade, il faut assurer la publicité de l'opération à l'égard des tiers, le projet de traité de fusion devant être déposé ainsi au greffe du tribunal de commerce du siège social de chaque société coopérative agricole. En parallèle, obligation est faite de publier un avis dans un journal d'annonces légales du département du siège social de chaque structure concernée.

14. En présence de commissaires aux comptes au sein de la société coopérative agricole absorbée et de la société coopérative absorbante, l'information comprend obligatoirement un rapport de ces derniers sur les modalités de la fusion malgré une rédaction maladroite de la disposition réglementaire (C. rur., art. R. 526-9, alinéa 3). Cette prestation ne saurait donc être assimilée à une diligence directement liée (DDL).

Les commissaires aux comptes concernés veilleront tout particulièrement au délai de réalisation de l'information, celle-ci n'étant efficace que dans la mesure où elle est délivrée suffisamment tôt au profit des associés, car ces rapports doivent être consultables par les associé au moins un mois avant la date des assemblées générales (C. rur., art. R. 526-9).

15. Selon l'article R. 526-9 du Code rural, les rapports des commissaires aux comptes doivent mentionner une appréciation des valeurs énoncées dans le projet de fusion, rappeler les avantages particuliers tout en mentionnant les éventuelles difficultés d'évaluation. De même, les professionnels doivent vérifier que le montant de l'actif net de la société absorbée n'est pas inférieur au montant de l'augmentation de capital social ou au montant du capital de l'entité créée.

Les praticiens n'ont pas manqué de soulever une difficulté d'interprétation du texte qui oscille entre un devoir d'information, lequel s'avère moins contraignant car consistant en une description des éléments connus des commissaires aux comptes et un devoir d'appréciation, lequel appelle en sus un avis.

Afin de sécuriser au mieux la mission des commissaires aux comptes lors d'une opération de fusion, la CNCC a émis un avis technique (19 mai 2010) précisant les contours de l'expertise qui doit être réalisée.

16. On remarque que l'appréciation des valeurs porte sur les éléments figurant dans le rapport de fusion. Cela recouvre bien entendu les chiffres qui figurent nécessairement dans le projet de traité de fusion, à savoir la valeur d'apport de l'actif et du passif de l'absorbée transmis à la société absorbante selon la valeur nette comptable (C. rur., art. L. 526-3 ; R. 526-4 et 5). L'analyse du commissaire aux comptes ne saurait éluder cependant les autres informations contenues dans le projet de traité de fusion, que celles-ci concernent la société absorbée ou absorbante.

17. Au vu de l'article R. 526-9 du Code rural, les commissaires aux comptes des deux sociétés candidates à la fusion réalisent leur mission de manière distincte et indépendante. On en déduit que deux rapports seront réalisés séparément par chacun des commissaires aux comptes, à destination pour l'un de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée et pour l'autre de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante. Si les contenus respectifs des deux rapports sont similaires, car obéissant aux mêmes dispositions du Code rural, le travail semble plus ardu pour le commissaire aux comptes de la société absorbante qui doit apprécier obligatoirement les valeurs d'une société qu'il ne connaît pas.

18. Quelle distinction entre le rapport du commissaire aux comptes et le rapport de révision ? En premier lieu, le contenu du rapport de révision, énoncé par le Code rural, concerne essentiellement le respect du statut légal des sociétés coopératives agricoles (C. rur., art. L. 527-1). Ce document précise en particulier les conséquences de l'opération sur les engagements statutaires des associés coopérateurs ou non des sociétés coopératives agricoles. Le rapport de révision peut être perçu comme délivrant l'information relative aux droits des associés coopérateurs notamment en ce qui concerne l'engagement d'activité et les parts sociales attribuées.

Néanmoins, la responsabilité des commissaires aux comptes les oblige à relever dans leurs rapports les dysfonctionnements juridiques éventuellement observés dans le projet de traité de fusion.

En second lieu, la transmission des rapports établis par les commissaires aux comptes n'est pas aussi contraignante car seul le rapport de révision doit être obligatoirement lu au cours de l'assemblée générale extraordinaire, cette exigence étant requise sous peine de nullité de la délibération adoptée en assemblée.

B) Le vote en assemblée générale

19. Le projet de traité de fusion doit être adopté par les assemblées générales des sociétés partenaires dans l'opération de fusion. Une majorité des deux tiers des membres présents ou représentés est indispensable pour l'adoption du projet. Cependant, fréquemment, l'acte de fusion prévoit de nouvelles conditions de souscription qui doivent être acceptées par les deux assemblées d'associés. Dès lors que le rapport capital/activité est modifié, il est nécessaire de réunir le quorum irréductible des deux tiers des associés inscrits et la majorité des deux tiers des associés présents ou représentés.

20. Comme pour toute décision, la délibération de l'assemblée générale peut révéler un abus de majorité. Ce dernier est constitué lorsque la décision est contraire à l'intérêt social et dans le but de nuire aux intérêts des actionnaires minoritaires ou simplement dans le seul intérêt des actionnaires majoritaires (Cass. civ. 3^{ème} 18 juin 1997, RJDA 1997/11, n° 1360 : preuve obligatoire de l'atteinte à l'intérêt social).

Lorsque l'abus de majorité est démontré, il entraîne la nullité de la délibération. Peuvent demander cette nullité, les actionnaires minoritaires, mais également les actionnaires majoritaires (qui ont pourtant voté pour cette délibération) ainsi que les dirigeants au nom de la société. En assignant directement les actionnaires majoritaires, les actionnaires minoritaires peuvent également demander réparation d'un éventuel préjudice (Cass. com. 6 juin 1990, Rev. sociétés 1990, 606, CHARTIER).

Les graves conséquences d'une fusion sont une incitation pour les associés coopérateurs opposés à la fusion d'agir sur le fondement de l'abus de majorité. Cependant, la nécessité de prouver l'atteinte aux intérêts propres de la coopérative concernée réduit les probabilités de succès d'une telle action.

III/ La contestation de la fusion

21. **Un associé coopérateur peut-il s'opposer à la fusion adoptée en assemblée générale ?** En effet, l'article L.526-7 alinéa 1^{er} du Code rural, qui énonce effectivement une faculté d'opposition, n'accorde cette prérogative qu'aux créanciers non obligataires et non associés. Un associé coopérateur n'est donc pas fondé à s'opposer à la fusion. Une décision de la cour d'appel de Montpellier souligne la teneur exacte des droits de l'associé coopérateur dans l'hypothèse d'une fusion, au cas où l'opération entraîne une

aggravation des obligations de l'associé coopérateur au titre de l'engagement d'activité (CA Montpellier, 1ère ch, Section B, 9 mai 2012, n° 10/09070 SCAV Les Vignerons du Pays d'Enserune, BICA 2012 n° 139, Actualités p.14).

Tout d'abord, l'augmentation des engagements ne constitue jamais un motif d'opposition ou de contestation de la fusion, dès lors que les assemblées générales ont régulièrement adopté le projet. C'est pourquoi les juges vérifient au préalable le respect de la procédure nécessaire à la régularité de la fusion.

L'article L. 526-5 du Code rural dispose uniquement la nécessité d'un consentement donné à l'augmentation des engagements et non le principe d'un accord à la fusion. L'acceptation du projet de traité de fusion est de la compétence exclusive de l'assemblée générale qui statue à la majorité qualifiée. En d'autres termes, en cas d'augmentation des engagements, chaque associé détient la faculté, à titre individuel, de refuser cette modification, mais non d'empêcher la fusion votée par les assemblées générales.

22. Les créanciers peuvent-ils s'opposer à la fusion adoptée en assemblée générale ?

Les créanciers qui n'ont pas d'obligation au sein de la société et qui n'ont pas la qualité d'associé coopérateur peuvent former opposition à celle-ci dans la mesure où leur créance est antérieure à la publicité du projet de traité de fusion. Il ne faut pas se méprendre sur la notion d'opposition, laquelle ne saurait empêcher la réalisation du rapprochement. En effet, le tribunal saisi de l'opposition, s'il décide de ne pas rejeter la requête, pourra exiger la constitution de garanties ou ordonner le paiement immédiat des créances. Les créances obligataires sont protégées sur le fondement du droit commercial (C. com., L. 236-14).

23. Limitation des hypothèses de remise en cause de la fusion. Les créanciers estimant être lésés par l'opération de fusion ne peuvent agir en nullité, devant se contenter de leur faculté d'opposition. La nullité ne peut sanctionner que la nullité d'une délibération d'une des assemblées générales. Afin de garantir une certaine sécurité juridique, l'action en nullité est enfermée dans un délai de 6 mois à compter de la date de la dernière inscription au RCS rendue nécessaire par une procédure d'opposition.

Afin d'éviter les lourdes conséquences de l'anéantissement d'une fusion, le tribunal dispose de la faculté d'accorder un délai aux sociétés coopératives agricoles pour régulariser leur situation, si tant est que le défaut peut être corrigé (C. rur., art. L 526-7-1).

Pour aller plus loin :

. Contenu du rapport du commissaire aux comptes

Les commissaires aux comptes établissent un rapport normé construit de la manière suivante :

Partie I – modalités pratiques de l'opération ; valeur comptable des actifs et passifs transmis ; valeur réelle des mêmes actifs et passifs à titre informatif

Partie II – Description des diligences mises en œuvre pour apprécier les valeurs et les avantages particuliers ; mention des difficultés d'évaluation rencontrées

Conclusion – Observation sur la valeur nette comptable de l'actif et du passif absorbé ; vérification d'un montant d'actif net au moins égal au montant de l'augmentation du capital ; observation sur les difficultés d'évaluation en cas d'incidence sur la valeur des apports ; observation sur les avantages particuliers

Paragraphe spécifique – mention des irrégularités juridiques relevées.

. Contenu du projet de fusion : Code rural, art. R. 526-4

Le projet de fusion ou de scission mentionné à l'article L. 526-4 est arrêté par le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés coopératives agricoles ou unions de coopératives agricoles participant à l'opération de fusion ou de scission projetée.

Il contient les indications suivantes :

- 1° La forme, la dénomination, le siège social et le numéro d'agrément des sociétés coopératives agricoles ou unions participantes ;
- 2° Les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission et ses effets probables sur l'emploi ;
- 3° La désignation et l'évaluation de :
 - a) L'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ;
 - b) L'actif net de la ou des sociétés coopératives agricoles ou unions absorbées ou scindées ;
 - c) Le cas échéant, l'excédent d'actif net sur le capital social de la ou des sociétés coopératives agricoles ou unions absorbées avec l'indication des modalités d'inscription de cet excédent dans les différents postes de réserve de la ou des sociétés coopératives agricoles ou unions bénéficiaires des apports ;
- 4° Les modalités de remise des parts sociales ainsi que les dates à partir desquelles :
 - a) Les parts sociales donnent droit aux intérêts et / ou aux dividendes dus aux porteurs de parts ;
 - b) Les excédents annuels disponibles sont répartis et les droits aux ristournes sont ouverts ;
 - c) Les opérations de la société coopérative agricole ou de l'union de coopératives agricoles absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés coopératives agricoles ou unions bénéficiaires ;
- 5° Pour chaque société coopérative agricole ou union concernée :
 - a) La description des obligations d'apport, d'approvisionnement ou d'utilisation des services ;
 - b) Les durées d'engagement et les obligations de souscription de parts sociales des associés coopérateurs ;
 - c) La description des obligations souscrites par les associés non coopérateurs ;
- 6° Les modalités de mise en œuvre des engagements statutaires des associés de la ou des sociétés coopératives agricoles ou unions absorbées ou scindées ;
- 7° Les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés coopératives agricoles ou unions concernées, utilisés pour établir les conditions de l'opération ;
- 8° Le rapport d'échange des parts sociales ;
- 9° Les droits spéciaux attachés à certaines catégories de parts sociales, ainsi que, le cas échéant, tous avantages particuliers ;
- 10° Une note présentant l'intérêt économique, social et territorial du projet.

. Date d'effet de la fusion. La date d'effet de la fusion est déterminée selon les règles énoncées à l'article L. 236-4 du Code de commerce. Le rapprochement est par conséquent effectif à compter de l'adoption du traité de fusion par les deux assemblées générales. Néanmoins, la disposition précitée permet d'appliquer dans une certaine mesure un principe de rétroactivité de l'opération de rapprochement.

La portée de la rétroactivité ne doit pas être exagérée. Ainsi, malgré une telle stipulation, le bénéficiaire d'un apport d'actif n'est pas le redevable légal de la taxe professionnelle due, au titre de l'établissement cédé pour l'année d'apport. La taxe est donc due par l'entité apporteuse, qui exerçait l'activité dans l'établissement concerné au 1^{er} janvier de l'année en cause (CGI, art. 1478 du CGI), malgré la stipulation d'une clause de rétroactivité (CE, 16 mars 2001, SA Groupe Thésis, n° 202548, JurisData n° 2001-061978 / Dr. fisc. 2001, n° 28, comm. 659, concl. G. Goulard / RJF 2001, n° 804 / BDCF 2001, n° 80, concl. G. Goulard). Les juges admettent, en revanche, que cette charge puisse être transférée contractuellement à la société absorbante. Ce montant est donc déductible du résultat imposable du contribuable auquel elle est transférée dès lors qu'elle peut l'être du résultat imposable de celui qui la transfère (CE, 3e et 8e ss-sect., 5 juillet 2010, n° 310392, min. c/ Sté Boncolac, concl. E. Cortot-Boucher, JurisData n° 2010-011885). Cette décision met fin à une hésitation résultant d'une décision de 1971 qui avait rejeté cette interprétation (CE, 26 novembre 1971, Rec. CE 1971, p. 719 / Dr. fisc. 1972, n° 3, comm. 75 ; BOI 4 C-8-72). L'interprétation de la clause imposant au bénéficiaire de l'apport de prendre en charge le montant de la taxe professionnelle, nous semble fonder une demande de restitution de la part de taxe professionnelle par le bénéficiaire de l'apport d'actif pour laquelle le cédant a obtenu un dégrèvement.

. **Contrôle des concentrations.** Les sociétés coopératives étant des entreprises n'échappent pas au droit de la concurrence. Or, une opération de concentration est réalisée lorsque deux entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, lorsqu'elles créent une entreprise commune ou lorsqu'une entreprise prend le contrôle d'une ou plusieurs autres. Le Code de commerce précise les seuils de chiffres d'affaires déclenchant l'obligation de notification de l'opération auprès de l'Autorité (C. com., art. L. 430-2). Les trois seuils suivants doivent être atteints : le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 50 millions d'euros ; l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139 / 2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Une fois l'opération notifiée à l'Autorité, cette dernière procède à un examen de l'opération, plus ou moins rapide selon la nature de l'opération et les difficultés qu'elle soulève. Si elle ne pose pas de difficultés de concurrence particulières ou si les engagements présentés par les parties remédient aux problèmes constatés, l'opération peut donner lieu à une autorisation avec ou sans engagements au terme d'un examen rapide appelé **phase 1**. La décision est rendue dans un délai de 25 jours ouvrés à compter de la date de réception d'un dossier complet de notification. Si un doute sérieux d'atteinte à la concurrence subsiste au terme de cette phase, l'Autorité ouvre une **phase 2**, afin de procéder à une analyse approfondie de l'opération. Elle examine notamment si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par la création, le renforcement d'une position dominante ou par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui placeraient les fournisseurs en situation de dépendance économique. Elle examine également si l'opération est justifiée par des gains d'efficacité compensant les atteintes à la concurrence éventuellement constatées. A l'issue de cet examen (en principe 65 jours ouvrés à compter de l'ouverture de la phase 2), l'Autorité rend une décision collégiale qui peut, soit autoriser l'opération sans conditions particulières, soit l'autoriser sous réserve d'engagements, soit l'interdire.

* *

*

**LA SOCIETE COOPERATIVE AGRICOLE DOIT PROUVER LA QUALITE
D'ASSOCIES DE L'APPORTEUR AINSI QUE LA DATE D'ADHESION DE CELUI-CI
AFIN D'APPLIQUER LES PENALITES STATUTAIRE**

Solution

La société coopérative agricole de vinification La Grappe Dorée, aux droits de laquelle vient désormais la société coopérative Les Vignerons de Cers-Portiragnes-Villeneuve, assigne deux exploitants en paiement de pénalités pour non-apport de récoltes au titre de la campagne des vendanges 2006, ainsi qu'en remboursement d'avances à la plantation, d'aides pour achat de vignes et de quotes-parts des emprunts. Le tribunal de grande instance de Béziers accueille les demandes de la société coopérative.

En premier lieu, l'un des exploitant conteste la décision au motif que la cave coopérative ne rapporte pas la preuve de la souscription par lui de parts sociales, ni de ladite date de l'adhésion présumée aux statuts de la cave coopérative. Il ne peut donc être fait application des pénalités statutaires. En réponse, la société coopérative fait valoir que l'exploitant a eu la qualité d'administrateur voire même de président de la dite société coopérative. En outre, cette dernière observe que l'exploitant a repris l'exploitation d'un ancien adhérent par voie de bail conclu en 1997. En second lieu, l'exploitant s'oppose au remboursement des aides à la plantation dans la mesure où aucune clause ne stipule le remboursement des avances à la plantation et l'aide à l'achat de vignes.

Les juges relèvent qu'il appartient à la société coopérative de prouver la qualité d'associé coopérateur de l'exploitant qui a rompu ses apports. Cette preuve implique la démonstration de la souscription de parts sociales, laquelle se prouve normalement par le biais du fichier des associés coopérateurs. A défaut, il est admis que la preuve de la qualité d'associé coopérateur peut se faire par tous moyens. Cependant, la cour d'appel affirme que les documents produits ne suffisent pas à démontrer la souscription ou l'acquisition de parts sociales. De plus, il n'est pas rapporté la preuve par dénonciation ou acte de transfert que l'exploitant viendrait aux droits de l'ancien adhérent qui lui a cédé l'exploitation, ce dernier n'ayant plus de parts sociales depuis 1995 alors que la transmission d'exploitation a eu lieu en 1997.

Subsidièrement, dans l'impossibilité de déterminer la date d'une éventuelle adhésion de l'exploitant, on ne peut lui opposer la durée statutaire s'appliquant aux périodes d'engagement.

En revanche, les juges constatent que l'exploitant a bénéficié de prêts consentis par la société coopérative pour replanter. Dans la mesure où les prêts étaient subordonnés au respect d'une obligation d'apport pendant une période déterminée, la rupture de ces derniers entraîne l'exigibilité immédiate des sommes dues au titre des prêts. Le jugement rendu en première instance est ainsi confirmé.

Observation

Les pénalités statutaires ne s'appliquent pas aux exploitants qui ont apporté leur production sans avoir la qualité d'associé coopérateur (Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, Coopagri Bretagne, n° 09-11211, BICA n° 129, Actualités, p. 18). A première vue, l'arrêt n'apporte guère de nouveauté dans un domaine qui a suscité un contentieux non négligeable relativement à la qualité d'associé coopérateur. Les juges réaffirment en effet une solution ancienne, à savoir que la qualité d'associé suppose la détention de parts

sociales. Le principe n'étant ni contesté ni contestable, les litiges se sont cristallisés autour de la preuve de la souscription ou de l'acquisition de parts sociales.

Si la Cour de cassation a énoncé le principe de la liberté de la preuve (Cass. 1^{re} civ. 10 juillet 2002, RTD Com, 2003, 127 / Bull. Joly 2002, 1238, note M. HERAIL), encore faut-il que les éléments produits témoignent d'une réelle souscription de parts sociales (voir déjà pour une analyse similaire : CA Rouen, 1^{er} mars 2007, RD rur. 2007, août-septembre 2007, p. 59, note J.-J. BARBIERI). Ainsi, le seul constat d'une relation contractuelle ne saurait laisser présumer l'existence d'une relation sociétaire (Cass. 1^{ère} civ., 25 mai 1992, Bull. Joly, 1992, p. 789, note G. GOURLAY ; 30 juin 1992, JCP G 1992, IV, p. 279).

Certes, en l'espèce, on peut s'étonner que la désignation de l'exploitant comme dirigeant de la coopérative ne soit pas retenue comme valant preuve de la qualité d'associé coopérateur. Cette interprétation rappelle cependant les décisions selon lesquelles la participation de l'exploitant aux décisions de la société ne prouve pas la souscription de parts sociales (Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 1995, Bull. Joly, 1996, p. 142).

Cet arrêt met en relief les risques résultant de l'appréciation souveraine des juges quant à la preuve de la souscription de parts sociales. Certains arrêts témoignent parfois d'indulgence à l'égard de la société coopérative (CA Pau, ch. 1, 26 octobre 2010, Cave de Crouseilles, n° 4496/10, 09/00288). Les juges avaient admis à titre de preuve la signature de documents dans lesquels l'exploitant intervenait comme adhérent, notamment un contrat d'assurance exclusivement réservé aux associés coopérateurs. A l'inverse, d'autres décisions témoignent d'une plus grande rigueur dans la production de la preuve en rappelant l'obligation d'un registre des associés coopérateurs sur lequel ces derniers sont inscrits par ordre chronologique d'adhésion et numéros d'inscription avec indication du capital souscrit (C. rur., art R. 522-2, alinéa 3).

Il convient assurément de conseiller aux sociétés coopératives agricoles et leurs adhérents d'accomplir toutes les formalités permettant d'officialiser la qualité d'associé coopérateur par la signature d'un bulletin d'adhésion afin d'éviter ces contentieux qui demeurent encore trop nombreux.

A titre subsidiaire, si la qualité d'associé coopérateur de l'exploitant avait été reconnue, la demande de la société coopérative n'aurait pas pu davantage prospérer. En effet, la société ne peut contester l'exercice du droit de retrait devant l'impossibilité de produire la preuve de la date d'adhésion (Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2011, SCA des vignerons de Cers-Portiragnes-Villeneuve, n° 10-11615, BICA 2011, n° 133, Actualités, p. 16). Les dirigeants de sociétés coopératives se trouvant dans cette délicate situation peuvent envisager de clarifier ce point en déterminant en accord avec chaque associé coopérateur la date de début d'adhésion. C'est à ce prix que la société coopérative peut garantir l'efficacité de la durée s'appliquant à l'engagement d'activité. Naturellement, on veillera à ne pas aligner les dates d'adhésion afin d'éviter le risque d'un départ massif des adhérents au même moment.

**CA MONTPELLIER, 1^{ERE} CH., SECTION B, 7 NOVEMBRE 2012, SCA LES
VIGNERONS DE CERS PORTIRAGNES VILLENEUVE, N° 11/04325**

SANCTION DE L'ASSOCIE COOPERATEUR ET DE SES HERITIERS POUR RUPTURE DE L'ENGAGEMENT D'ACTIVITE AVANT TERME

Solution

Les époux Y deviennent associés coopérateurs de la cave coopérative de Gahilan, aux droits de laquelle vient la SCA Les Terrasses de Virdoules, par suite d'un acte de donation de terres agricoles et de parts de cave du 14 août 1954. La fille des époux Y, Madame A, acquiert le 12 octobre 1988, des parts sociales dans la même coopérative. N'étant pas exploitante, Madame A confie la mise en valeur de ses terres agricoles à ses parents par voie de bail. En 2001, les époux Y et leur fille Madame A cèdent leurs terres aux consorts B, ces derniers refusant la proposition de reprendre les parts sociales de la société coopérative.

En 2005, la société coopérative assigne Madame Y et sa fille en paiement des pénalités statutaires pour rupture de l'engagement d'activité ainsi qu'en remboursement des aides perçues au titre des primes de rénovation du vignoble. Le tribunal de grande instance de Nîmes condamne Madame Y et sa fille au seul remboursement de ces aides à l'exclusion des autres demandes de la société coopérative agricole (pénalités statutaires), laquelle interjette appel.

La cour d'appel de Nîmes affirme la qualité d'associés coopérateurs de mesdames A et Y dans la mesure où elles sont toutes deux porteuses de parts sociales et qu'elles possédaient, au moins jusqu'au 8 novembre 2001, des intérêts agricoles correspondant à l'objet social de la cave coopérative, alors même que madame A n'a jamais eu la qualité d'exploitante. De plus, Madame A et Y n'ont pas cédé leurs parts sociales à l'acquéreur des parcelles agricoles en 2001, n'ont pas non plus notifié la cession de l'exploitation et l'absence de reprise des parts sociales à la société coopérative et n'ont pas cherché à régulariser leur situation en sollicitant une autorisation de retrait anticipé.

Ce faisant, la rupture des apports à partir de 2002 constitue une résiliation unilatérale et fautive de l'engagement d'activité susceptible de justifier la condamnation au paiement des pénalités statutaires. A cet égard, les juges estiment que le statut applicable à la date de vente des terres agricoles concernées par l'obligation d'apport est celui en vigueur à la fin du dernier exercice au cours duquel le statut (et ses éventuelles modifications) a été adopté alors, d'une part, que l'associé coopérateur a continué à livrer sa production jusqu'à la vente et, d'autre part, qu'il n'a pas manifesté sa volonté de se retirer à la fin de cet exercice. Dans la mesure où les périodes d'engagement se sont renouvelées respectivement en 1998 (pour Madame A) et 1999 (pour Madame Y), il convient d'appliquer les statuts adoptés en 1997 dont le contenu relativement aux pénalités statutaires est similaire à la rédaction des statuts de 2002.

En revanche, le courrier adressé par Mesdames Y et A à la société coopérative agricole afin de clarifier la situation équivaut à la volonté de se retirer de la société, volonté confortée par l'interruption de l'apport de production et la vente des terres. C'est la raison pour laquelle la cour d'appel constate la fin de l'engagement d'activité au terme de la période de renouvellement applicable aux deux associés à savoir 2008 et 2009. Les pénalités statutaires ne seront donc calculées que sur la période comprise entre 2002 et 2003 (Pour Madame A) et 2004 (pour Madame Y).

Concernant les primes à la plantation, les juges relèvent que les époux Y ont contracté un plan leur donnant droit au versement de primes en contrepartie d'un engagement d'apport de 25 ans, sous peine de remboursement des sommes versées en cas de retrait. On ne peut opposer la substitution de l'acquéreur de l'exploitation dans l'exécution des plans adoptés puisque celui-ci a refusé, valablement, de reprendre la qualité d'associé

coopérateur. Madame A est donc redevable du remboursement des primes conformément aux stipulations des plans.

La cour d'appel réforme le jugement prononcé en première instance en affirmant l'obligation pour Madame A, en sa qualité personnelle et en tant qu'héritière de Madame Y, de prendre en charge le paiement des pénalités statutaires. La condamnation à rembourser les primes du plan de rénovation des vignobles est en revanche confirmée.

Observation

Cette décision soulève le problème de la preuve de la qualité d'associé coopérateur alors que la détention de parts sociales n'est ni contestée, ni contestable. Or, ce seul critère suffit à prouver la qualité d'associé coopérateur et, corrélativement, à prouver la soumission des adhérents à l'engagement d'activité. Comme le rappellent les juges, il n'est nul besoin de formaliser par écrit l'acceptation de l'engagement d'activité. Il ne s'agit, à dire vrai, que de la conséquence du caractère unitaire de l'adhésion (Contrat coopératif : articulation entre aspect contractuel et aspect institutionnel, BICA 2011, n° 133, Doctrine).

Les associés faisaient valoir la cessation d'activité et la vente des parcelles comme motif de la perte de la qualité d'adhérent. L'argumentation ne pouvait pas prospérer car la seule transmission de l'exploitation ne caractérise pas le transfert de parts sociales au cessionnaire. Seule la cession formelle des parts détenues initialement par les associés pouvait conférer au repreneur la qualité d'associé coopérateur. Mesdames Y et A ont été doublement imprudentes lors de la vente des terres. D'une part, elles ont respecté la procédure de l'article R. 522-5 du Code rural en proposant la cession des parts sociales au repreneur. Ce dernier ayant refusé, comme l'autorise la loi, il suffisait pour les cédants de notifier la cession de l'exploitation à la société coopérative agricole en l'informant de l'absence de reprise des parts. A l'époque, cette formalité était suffisante pour libérer sans indemnité les anciens associés de tout engagement (Mutation d'exploitation et transmission des droits de l'associé coopérateur, BICA 2010, n° 128, Doctrine n° 15 et suivants). Si la solution paraît sévère, les juges constatent que cette exigence d'information n'a pas été accomplie par les intéressées. A noter qu'aujourd'hui, cette précaution ne serait pas suffisante car la nouvelle rédaction de l'article R. 522-5 oblige les associés à solliciter l'application de la procédure de retrait anticipé dès lors que le cessionnaire ne poursuit pas l'engagement d'activité. D'autre part, Mesdames A et Y pouvaient mettre en œuvre l'article R. 522-4 du Code rural en demandant l'autorisation de rompre leur adhésion auprès du conseil d'administration. Sous réserve de l'appréciation des juges du fonds, la cession de l'exploitation, notamment en vue du départ en retraite, constitue probablement un motif légitime permettant d'échapper au paiement des indemnités (Mutation d'exploitation et transmission des droits de l'associé coopérateur, BICA 2010, n° 128, Doctrine n° 22). La cour d'appel ne pouvait que constater l'absence de mise en œuvre de cette procédure.

L'associé coopérateur a fait valoir l'irrégularité de la délibération du conseil d'administration au motif que seuls 11 administrateurs siégeaient au lieu des 12 prévus par les statuts. Cependant, les juges, tout en rappelant que la décision du conseil d'administration n'est pas qu'un acte de procédure, précise qu'en l'espèce la composition du conseil d'administration n'enfreint pas une règle d'ordre public dès lors que le seuil légal est respecté. En outre, les statuts ne mentionnaient qu'une faculté de remplacement et non une obligation.

En revanche, il était essentiel que la procédure destinée à préserver les droits de la défense soit respectée. C'est la raison pour laquelle la cour d'appel observe que le conseil

d'administration a mis en demeure l'associé coopérateur de présenter ses explications avant d'ordonner le paiement des pénalités statutaires (Le conseil d'administration doit mettre en demeure l'adhérent de présenter ses explications avant l'application des pénalités statutaires CA Montpellier, ch.1, section B, 30 novembre 2011, n° 09/05831, SCA Plaine du Roussillon c/ EARL Alsina, BICA 2012, n° 136, Actualités p.12) Le nombre d'administrateur n'a pas eu d'incidence sur la protection des droits fondamentaux des associés coopérateurs.

Les juges tirent également la conséquence de l'absence de formalisme relativement à l'exercice du droit de retrait. Dès lors que l'intention de l'associé coopérateur est sans équivoque, toute manifestation de volonté laissant présumer le souhait de ne plus apporter sa production à la société coopérative agricole doit être interprétée comme valant exercice du droit de retrait. L'enjeu était de taille car la société coopérative retient que les associés étaient toujours engagés n'ayant pas exercé formellement leur droit de retrait. Or, le calcul des pénalités s'opèrent sur le nombre d'années restant à courir jusqu'à la fin de l'engagement souscrit (Les pénalités financières en cas d'inexécution du contrat coopératif, BICA 2009, n° 127, Doctrine n° 18). En admettant le retrait de Mesdames A et Y en 2008 et 2009, au lieu de 2013 et 2014, les juges réduisent mécaniquement et substantiellement l'assiette des pénalités.

Les débats portent également sur le montant des pénalités, madame A sollicitant la diminution de ces dernières en raison de leur caractère excessif. Les juges rejettent la demande en distinguant notamment les deux volets des pénalités. Une fraction de ces dernières correspond à la prise en charge des frais fixes. A proprement parler, elles ne constituent pas une indemnisation, voire encore moins une pénalité : l'engagement d'activité permet à la société coopérative d'assumer les frais fixes auxquels elle doit faire face. Or, l'abandon de l'activité au cours de l'exercice par un ou plusieurs associés altère la capacité de la structure à supporter ces charges. Il n'est pas non plus normal que les associés coopérateurs supportent la part des frais fixes qui aurait dû être assumée par le démissionnaire. Cette clause indemnitaire n'est donc pas une clause pénale mais une modalité d'exécution par équivalent dans la mesure où elle détermine exactement la quotité des obligations de l'associé coopérateur. C'est la raison pour laquelle la participation aux frais fixes calculée pour l'exercice au cours duquel est constaté le manquement est multipliée par le nombre d'année restant à courir pour parvenir au terme de l'engagement d'activité.

Ce premier volet est complété par une « pénalité » correspondant à un pourcentage de la valeur des engagements qui auraient dû être tenus (quantités qui auraient dû être livrées ou du chiffre d'affaires qui aurait dû être réalisé par la société coopérative dans les sociétés coopératives de collecte et dans les coopératives agricoles de céréales ; valeur des engagements dans les coopératives d'exploitation en commun ; valeur des marchandises qui auraient dû être achetées ou du chiffre d'affaire qui aurait dû être réalisé avec la société coopérative dans les sociétés coopératives agricoles d'approvisionnement ; valeur des services qui auraient dû être fournis ou du chiffre d'affaire qui aurait dû être réalisé avec la société coopérative dans les sociétés coopératives agricoles de services). Cette clause d'indemnisation se distingue de la première dans la mesure où elles n'ont pas vocation à réparer le même préjudice. L'article 8-6 compense l'augmentation du prix de revient net par la moins bonne absorption des frais fixes alors que l'article 8-7 vise la diminution des marges sur vente par la réduction directe des volumes vendus. Or, le mode de calcul forfaitaire de l'indemnité prévue par l'article 8-7 renvoie *a priori* à la qualification de clause pénale.

La qualification est cruciale car la participation aux charges fixes ne peut en aucun être révisée par le juge, l'article 1152 alinéa 2 du Code civil ne s'appliquant qu'aux clauses pénales. En revanche, le second volet est susceptible d'être réduit. Il convient cependant

de constater que le pouvoir de réduction de l'indemnité forfaitaire n'est qu'admis à titre exceptionnel dès lors que le montant est jugé dérisoire ou surtout excessif. En aucun cas, les tribunaux ne sont tenus d'assurer une stricte équivalence entre le préjudice subi par le créancier et le montant de la clause pénale.

CA NIMES, 1^{ERE} CHAMBRE B, 15 NOVEMBRE 2012, SCA LES TERRASSES DU VIRDOULE, N° 11/04274

**LA RESPONSABILITE DE LA SOCIETE COOPERATIVE AGRICOLE QUI
COMMERCIALISE LES CEREALES APORTEES PAR UN ASSOCIE QUI N'A PAS
OPTE POUR LA MODALITE DE COMMERCIALISATION**

Solution

En 1996, la société civile d'exploitation agricole (SCEA) du Coureaux adhère à la société coopérative agricole Cap Seine. En 2004, elle donne expressément mandat à la coopérative d'établir les déclarations d'assujettissement à la TVA et d'éditer les factures des apports ou livraisons de produits.

En 2007, la coopérative Cap Seine édite des factures d'apports de blé et de colza pour la campagne 2007-2008, après application, en ce qui concerne le blé, d'une pénalité en raison d'une insuffisance de livraison par rapport au blé vendu. Elle en informe la SCEA par courrier dès le mois de septembre 2007. La société coopérative propose ainsi le paiement de la rémunération due au titre des apports, soit 58.374 Euros HT, après abattement d'une somme correspondant à la pénalité pour insuffisance de la quantité livrée (soit une facture de 47.672 Euros TTC).

Le gérant de la société exploitante refuse le paiement des 47.672 Euros TTC et reproche à la société coopérative agricole d'avoir mis en vente ses céréales sans son autorisation. Selon lui, le mandat n'emportait pas pouvoir de décider la commercialisation du blé et du colza. Pour ce motif, l'associé demande à la coopérative, la mise à disposition de la totalité de sa récolte et sollicite en outre des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice moral et d'un dommage matériel, car l'initiative de la coopérative a empêché la SCEA de vendre au meilleur prix.

La cour d'appel relève, à la lecture du bulletin d'adhésion et du mandat d'établissement de factures, que la SCEA s'est engagée envers la coopérative à réaliser des apports aux fins de commercialisation et pas seulement de stockage. Dès lors, il y a lieu d'inférer de la livraison de 96 tonnes de colza et de 414 tonnes de blé à la coopérative en juillet, août et septembre 2007 que la SCEA avait donné à la société coopérative Cap Seine pouvoir de vendre la totalité des quantités livrées. La vente contestée de la récolte livrée entre par conséquent dans les limites du mandat de commercialisation.

En revanche, il appartient à chaque associé de choisir le mode de fixation du prix par le biais de l'option exercée en faveur d'une modalité particulière de commercialisation (Cap Duo, Cap Marché ou Cap Matif). Or, la société coopérative ne rapporte pas de document témoignant de l'option exercée par la SCEA. Néanmoins, jusqu'à l'annonce de la pénalité pour insuffisance d'apport, la SCEA n'a pas contesté les décisions de la société coopérative relative à la commercialisation du colza ou du blé. En outre, l'inertie de la SCEA amène à constater que certaines options étaient fermées ôtant toute pertinence à l'argument selon lequel la SCEA a perdu une chance de vendre son blé au meilleur cours. A cet égard, aucun ordre de vente n'a été exprimé par la SCEA à la date du cours le plus élevé atteint pour le blé. Celle-ci ne peut donc soutenir l'existence d'un préjudice matériel, et encore moins d'un préjudice moral.

En revanche, les juges estiment que la société Cap de Seine n'apporte pas la preuve du paiement de la somme de 58.374 euros correspondant à la rémunération du blé apporté par la SCEA. L'examen des factures rend d'ailleurs peu probable le paiement de cette somme. La société Cap de seine est donc condamnée à régler cette somme son associé coopérateur.

Observation

Cet arrêt met en exergue l'absolue nécessité de préciser dans les statuts et le règlement intérieur les droits et obligations des partenaires. La société Cap Seine est une coopérative agricole de collecte/vente. Par conséquent, étant propriétaire des céréales apportées, la coopérative dispose naturellement du droit de commercialiser les produits collectés. Le mandat conféré à la société coopérative ne constitue pas un mandat de commercialisation mais uniquement le pouvoir d'éditer les factures et les déclarations de TVA. C'est pourquoi les juges estiment à juste titre que le contrat d'engagement emporte pouvoir pour la société coopérative de commercialiser le blé et le colza de l'adhérent. La société pouvait donc *a priori* choisir de vendre les marchandises sans ordre spécifique de l'associé coopérateur.

Cependant, la réponse de la cour d'appel s'avère finalement plus nuancée. Les juges retiennent en effet que l'associé coopérateur doit exprimer son choix des modalités de commercialisation. En effet, le risque lié à la rémunération est supporté par l'exploitant, lequel est libre d'opter pour un mode de vente parmi les propositions figurant dans le pacte social. C'est pourquoi les juges affirment que la société coopérative ne peut choisir d'elle-même le type de commercialisation sans ordre de l'associé coopérateur. Dès lors, si la commercialisation suppose la fixation du mode de détermination du prix, il faut retenir que la société coopérative a commis une faute en vendant sans précision exprimée par l'associé coopérateur.

L'associé coopérateur est en réalité rattrapé par le régime de droit commun de la responsabilité civile. En effet, la faute n'est pas suffisante pour fonder une demande de dommages et intérêts, la preuve d'un préjudice étant nécessaire. Or, les juges constatent que la décision de la société coopérative n'a pu nuire à la SCEA, car celle-ci n'a pas ordonné la vente à la date des cours les plus élevés pour le blé. La cause d'une rémunération jugée insuffisante réside dans l'inertie de la société. Or, à défaut de préjudice prouvée, le dommage moral étant écarté, la responsabilité civile contractuelle de la société coopérative ne pouvait être engagée.

Le litige concernant le paiement de l'apport de blé par la SCEA à la société coopérative soulève également le problème de la preuve de l'exécution de l'obligation. En effet il appartient toujours au débiteur de prouver qu'il a effectué le paiement qui était à sa charge. S'il n'est plus indispensable d'apporter une preuve écrite, le paiement pouvant se faire par tous moyens, les juges constatent en l'espèce qu'aucun indice ne permettait en l'espèce de prouver le paiement et, au contraire, l'examen des factures laissait fortement présumer le défaut de paiement. En effet, la SCEA a refusé le paiement de 47.672 euros TTC au motif que la quantité de blé livré était facturée 58.374 Euros HT. A dire vrai, la coopérative déduisait du prix total la pénalité pour insuffisance d'apport. Contestant la pénalité, la SCEA a refusé un paiement qui a, à son sens, un caractère partiel. Tout créancier étant en droit de refuser l'exécution partielle d'une obligation, ce refus constaté sur les factures laisse ainsi fortement présumer le défaut de paiement.

De plus, la compensation opérée par la société coopérative s'avère discutable en raison du litige existant entre les parties relativement à l'une des créances, à savoir le montant correspondant à la pénalité pour insuffisance d'apport.

CA AMIENS, 1^{ERE} CHAMBRE, SECTION 2, 20 NOVEMBRE 2012, SCA CAP SEINE, N° 10/02974

LE BOFIP

L'Administration fiscale vient de fixer sa doctrine dans une publication dite « LE BOFIP » « Bulletin Officiel des Finances Publiques » qui reprend la doctrine officielle au 12 septembre 2012 et qui se substitue au « Bulletin Officiel des Impôts ».

Toute documentation (instruction, rescrit, circulaires, réponse ministérielle...) non reprise dans le BOFIP est rapportée.

Si les principales instructions concernant les coopératives et leurs unions sont reprises intégralement, à la lecture de ce document, il est intéressant de relever certaines prises de position de l'Administration fiscale qui deviennent officielles.

RESPECT DES REGLES QUI REGISSENT LES COOPERATIVES ET LEURS UNIONS

L'Administration fiscale confirme qu'il suffit, en principe, qu'une seule des opérations réalisées se situe en dehors des prévisions du statut de la coopération agricole pour que l'exonération d'IS soit remise en cause.

Le « BOFIP » mentionne la procédure administrative suivante :

« Lorsque l'agent constate que le fonctionnement d'une coopérative agricole n'est pas conforme aux dispositions légales ou réglementaires régissant la coopération agricole, il doit adresser au directeur départemental des finances publiques dont il dépend un rapport relatant avec précision les faits constatés.

Le rapport est transmis par le directeur avec son avis personnel à la direction générale des finances publiques qui, après avoir pris l'attache de la direction de la législation fiscale, décide de la suite à donner. »

OPERATIONS HORS STATUT NON IMPOSABLES

L'Administration fiscale introduit une notion juridique intéressante :

« Sont exonérées les opérations réalisées avec les tiers qui découlent de la capacité juridique de la coopérative et notamment celles qui n'ont pas à être prévues dans les statuts, notamment les locations, produits financiers, les prises de participation... »

OPERATIONS AVEC LES TIERS NON ASSOCIES

L'Administration fiscale rappelle les obligations comptables, fiscales et juridiques pour les coopératives agricoles qui ont opté pour les TNA :

INFORMATIONS BREVES

- comptabilité distincte des opérations effectuées avec les tiers,
- révision juridique par un organisme agréé,
- souscription de déclarations annuelles.

Elle officialise sa position concernant le calcul du chiffre d'affaires TNA.

Pour les coopératives polyvalentes, les 20 % sont appréciés par branche d'activité.

Pour les coopératives monovalentes, le chiffre d'affaires de 20 % s'apprécie sur le chiffre d'affaires annuel tous secteurs confondus.

Concernant la tenue de la comptabilité spéciale, l'Administration fiscale précise la méthode à retenir :

« Le plan comptable des coopératives agricoles précise que la tenue d'une comptabilité spéciale implique l'identification et l'enregistrement séparé des achats, ventes ou prestations de services concernant les tiers ainsi que les charges et produits directement afférents à ces opérations dans les sous-comptes prévus à cet effet.

Cette comptabilité a pour but :

- La totalisation des opérations faites avec des tiers en vue d'en mentionner le montant au compte de résultat.
- L'établissement d'un compte de résultat spécial ventilé par branches d'activité, le cas échéant, retraçant les opérations faites avec les tiers, les charges et produits propres à ces opérations ainsi que la quote part justifiée des charges et produits communs. Le compte de résultat spécial peut être obtenu par la réservation d'une colonne particulière dans le compte général de résultat. »

OPERATIONS CONFIEES A DES TIERS

L'Administration fiscale confirme qu'un échange est une double vente.

« Il y a seulement travail à façon si le façonnier ne devient à aucun moment propriétaire des produits apportés par le donneur d'ordre et par suite restitué à ce dernier à l'identique et non pas seulement à l'équivalent les matières premières qu'il a fournies, toutefois par mesure de tempérament, cette double vente est exclue des 20 % ».

PLUS VALUES DE CESSION D'ELEMENTS D'ACTIF

L'Administration rappelle la décision du Conseil d'Etat du 10/09/1992 qui a prévu la taxation des plus-values selon le prorata des activités réalisées avec les tiers non associés.

Toutefois, elle n'en tire pas toutes les conséquences.

En effet, elle reprend son instruction du 27/04/1993 :

INFORMATIONS BREVES

IMMOBILISATIONS

- Immobilisations affectées à des opérations non imposables ⇒ exonération
- Immobilisations affectées à des opérations taxables ⇒ IS 100 %
- Immobilisations utilisées indifféremment, dans ce cas les immobilisations sont taxables selon le rapport $\frac{\text{bénéfice imposable hors plus values}}{\text{bénéfices totaux hors plus values}}$

VALEURS MOBILIERES

- Valeurs mobilières mêmes règles que pour les immobilisations

Il est intéressant d'observer qu'elle ne reprend pas la réponse de BERCY à COOP DE FRANCE concernant l'application de la jurisprudence de 1992 lorsque le rapport :

$$\frac{\text{bénéfice imposable hors plus values}}{\text{bénéfices totaux hors plus values}}$$

est égal à zéro.

Les services de BERCY avaient estimé qu'en période déficitaire, il convenait de retenir la quote part de chiffre d'affaires réalisé avec les tiers sur le chiffre d'affaires total.

PLUS VALUES REALISEES A L'OCCASION DE FUSIONS-SCISSIONS

Le BOFIP confirme l'instruction du 27/04/2013 concernant les fusions et scissions :

Bénéficiaire apporteur	Coopérative exonérée	Coopérative partiellement imposée ou société commerciale
Coopérative totalement exonérée	Plus-value (PV) non imposable	PV non imposable
Coopérative partiellement imposée	PV taxable chez l'apporteur	a) PV taxable chez l'apporteur ou b) b) Régime de faveur des fusions

LE CREDIT D'IMPOT COMPETITIVITE EMPLOI EST-IL APPLICABLE AUX COOPERATIVES ET LEURS UNIONS ?

L'Administration fiscale vient d'intégrer dans sa base BOFIP ses commentaires définitifs du dispositif du « Crédit d'Impôt pour la Compétitivité et l'Emploi » instauré par l'article 66 de la loi 2012-1510 du 29 décembre 2012.

Pour bénéficier de cette disposition, les entreprises doivent être soumises à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés.

La question se pose pour les entités partiellement assujetties à l'impôt sur les sociétés comme les coopératives, mutuelles ...

L'Administration fiscale pose le principe suivant :

Seules sont retenues dans l'assiette du crédit d'impôt les rémunérations versées aux salariés affectés aux activités non exonérées d'impôt sur les bénéfices.

Les organismes concernés doivent donc ventiler les charges de personnel entre les activités imposées et non imposées.

Les modalités de sectorisation des activités taxables et non taxables à l'impôt sur les sociétés sont différentes selon la nature de l'organisme.

Pour plus de précisions sur les modalités de sectorisation et de répartition des charges de personnel, il convient de se reporter notamment au BOI-IS-CHAMP-30 (pour les coopératives, les organismes contribuant à l'aménagement du territoire et à la construction d'immeubles, les organismes publics, les organisations syndicales) ainsi qu'au BOI-IS-CHAMP-50-10 (pour les établissements et organismes de recherche).

En l'absence de précisions spécifiques sur les modalités de sectorisation pour certains organismes, en ce qui concerne les dépenses de personnel, si elles peuvent être affectées en totalité à l'un ou l'autre des deux secteurs, elles doivent être réparties au prorata du temps d'utilisation (BOI-BIC-RICI-10-150-10 numéros 70 et 80).

* *
*