

La Lettre du Dirigeant

L'ÉVÈNEMENT

● Recommandations sur la rémunération des dirigeants sociaux

DOSSIER

● Présentation de l'enquête annuelle de PricewaterhouseCoopers et Landwell & Associés sur les rapports du Président du conseil relatifs aux dispositifs de contrôle

● Sur la prise de conscience accrue du risque de fraude et de la nécessité de renforcer les règles éthiques et le dispositif de contrôle juridique au sein des entreprises

L'ACTUALITÉ

La présomption d'évasion fiscale à l'épreuve du droit communautaire

LANDWELL & ASSOCIÉS
Cabinet d'avocats correspondant de PRICEWATERHOUSECOOPERS

Supplément du numéro 1004
du 17 novembre 2008
ISSN : 1965-2313

Vers un statut de dirigeant social ?

Le dirigeant social est, à nouveau, au cœur des préoccupations des médias, des pouvoirs publics, des organisations professionnelles. L'opinion publique s'en mêle et s'émue de quelques affaires sur les « parachutes dorés » en succombant à la tentation fâcheuse de l'induction...

Les organisations professionnelles élaborent leurs propres normes. Le Medef et l'Afep (Association française des entreprises privées) ont été précurseurs avec les rapports Viénot I (1995), Viénot II (1999), Bouton (2002) et publient leurs « recommandations sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé » (octobre 2008).

Le législateur n'est pas en reste. Des textes divers se sont accumulés, chacun abordant un aspect particulier, plus ou moins essentiel, du statut du dirigeant social. La question de la rémunération et des avantages financiers du dirigeant de société cotée a été mise en avant et un cadre législatif complexe s'est progressivement mis en place notamment sur la base des lois du 26 juillet de 2005 (loi « Breton ») et du 21 août 2007 (loi « Tépà » déjà présentée dans cette revue). Dans les sociétés non cotées, des questions essentielles relatives au statut du dirigeant se posent également mais passent souvent inaperçues.

L'accumulation des initiatives contribue à la confusion et les résultats attendus sont souvent bien modestes. Il faut repenser la

réflexion de manière plus globale et créer un véritable statut de dirigeant social et de chef d'entreprise.

Dans cette réflexion, le juriste et le fiscaliste doivent prendre une part importante et rechercher des solutions efficaces et innovantes. Bien entendu, il faut examiner les spécificités de chaque situation de mandataire social (administrateur, président, directeur général, directeur général délégué, membre du directoire ou du conseil de surveillance, dirigeant de SAS, gérant de société commandite par action, gérant de SARL). Il faut aussi aborder de manière complémentaire et cohérente les multiples sujets juridiques concernant le dirigeant qu'il s'agisse, par exemple, des fonctions et de la rémunération, des responsabilités juridiques et de la gestion des risques, du cumul du mandat social et du contrat de travail, du statut fiscal, de la sécurité sociale et de la prévoyance. D'autres sujets ne doivent pas être négligés (la gouvernance et le contrôle interne, l'éthique et les codes de conduite, les aspects internationaux, les « sociétés de dirigeants » et les prestations de management dans le cadre d'un groupe, la situation des conjoints de dirigeant, etc.). Certaines techniques juridiques ont déjà été élaborées et mises en œuvre dans certaines sociétés et certains groupes pour aborder la situation du dirigeant dans sa globalité (par exemple, la « convention de direction » ou la « charte de dirigeant »). Mais il reste beaucoup à faire. ■ Francis Collin, avocat, associé du cabinet Landwell, membre du réseau PwC

Recommandations sur la rémunération des dirigeants sociaux

Le Medef et l'Afep ont présenté, le 6 octobre 2008, leurs «recommandations sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé». Ces recommandations intègrent et complètent le code de gouvernement d'entreprise élaboré à partir de 2003.



Par **FRANCIS COLLIN**, avocat, associé du cabinet Landwell, membre du réseau PwC,



MARIE SUPIOT, avocate, associée du cabinet Landwell, membre du réseau PwC,



et **NICOLE GOULARD**, avocate, associée du cabinet Landwell, membre du réseau PwC

Des règles générales dont l'application est à définir en fonction de chaque entreprise

Les recommandations concernent certaines composantes de la rémunération des dirigeants : sommes dues au titre d'un contrat de travail, indemnités de rupture, retraites supplémentaires, stock-options, attribution gratuite d'actions. Elles ne concernent pas la rémunération au titre du mandat.

Les recommandations «s'imposent» à toutes les sociétés cotées sur un marché réglementé. Le Medef et l'Afep suggèrent également aux sociétés cotées sur un marché organisé (Alternext) et aux sociétés non cotées de mettre en œuvre tout ou partie de leurs recommandations.

Elles concernent tous les dirigeants mandataires sociaux de ces sociétés : président, directeur général, directeurs généraux délégués des sociétés à conseil d'administration, membres du directoire de sociétés à directoire, conseil de surveillance et gérants des sociétés en commandite par actions. Elles ne visent ni les mandataires qui ne sont pas dirigeants sociaux (tels les administrateurs) ni les cadres dirigeants salariés qui ne sont pas mandataires.

«Mettre un terme au contrat de travail en cas de mandat social.»

L'accès à un mandat de dirigeant social impliquera la cessation du contrat de travail existant, soit par démission, soit par rupture conventionnelle, au motif que le niveau élevé de rémunération des dirigeants se jus-

tifie notamment par la prise de risque et qu'il est par conséquent incompatible avec le cumul des avantages résultant du contrat de travail. Cette obligation de rupture pose la question de la procédure de rupture : la procédure de rupture amiable fondée sur l'article 1134 du Code civil pourra-t-elle suffire ? Faudra-t-il appliquer le nouveau régime de rupture conventionnelle «homologuée» prévu par la loi du 25 juin 2008 (loi de modernisation du marché du travail) ? Cette rupture devra-t-elle donner lieu à indemnisation ? Cette recommandation ne vise que certains dirigeants (président, président-directeur général, directeur général,

président du directoire, directeur général unique dans les sociétés à directoire et conseil de

“ Des recommandations diverses qui s'imposent aux sociétés cotées... ”

surveillance, gérant de société en commandite par actions). Elle ne concerne pas les autres dirigeants tels que les membres du directoire (autres que le président) ou le directeur général délégué. Elle ne vise pas non plus les collaborateurs qui, au sein d'un groupe, exercent des fonctions de mandataire social dans une filiale.

La mise en place de cette recommandation va modifier considérablement les pratiques et les politiques en vigueur dans les groupes.

«Mettre définitivement un terme aux indemnités de rupture abusives.»

La recommandation interdit le versement d'indemnités au dirigeant en cas de départ

volontaire pour exercer de nouvelles fonctions ou changer de fonctions à l'intérieur du groupe ou encore lorsque le dirigeant a la possibilité de faire valoir à brève échéance ses droits à retraite. L'indemnité doit être subordonnée à des conditions «exigeantes» de performance. En substance, la recommandation n'ajoute rien à la loi Tepsa, qui conditionnait déjà le versement de ces indemnités à des conditions de performance. La recommandation plafonne cependant l'indemnité de départ à deux ans de rémunération, le plafond devant être appliqué à l'ensemble des indemnités, y compris celle versée en application d'une clause de non-concurrence. En pratique, ce plafonnement est déjà appliqué par nombre d'entreprises. La recommandation, en revanche, ne traite pas de l'attribution des primes d'arrivée («goldens hellos»).

«Renforcer l'encadrement des régimes de retraite supplémentaires.»

De ce point de vue, la recommandation est innovante, puisque la loi Tepsa excluait de son dispositif les régimes à prestations définies. La recommandation interdit notamment les régimes à prestations définies, réservés exclusivement aux mandataires sociaux, et le gonflement artificiel de la rémunération prise en compte pour le calcul des prestations. Enfin, elle insiste sur le caractère raisonnable que doivent représenter ces avantages par rapport à la rémunération fixe du bénéficiaire et compte tenu de son ancienneté.

«Fixer des règles complémentaires pour les options d'achat ou de souscription d'actions et l'attribution d'actions de performance.»

La recommandation comporte de nombreuses dispositions, dont certaines sont déjà appliquées par les entreprises. Ces dispositions visent tant l'attribution des options et des actions gratuites que le prix des options ou encore les modalités d'exercice. Elle prévoit notamment de conserver un caractère raisonnable à

l'octroi de ces éléments, de subordonner la réalisation des gains à l'atteinte de performance interne et externe à l'entreprise, de faire bénéficier l'ensemble des salariés de l'attribution d'options ou, à défaut, de prévoir un dispositif d'association des salariés aux performances de l'entreprise (intéressement, participation, AGA...). Il est également prévu que les conseils fixent les périodes pendant lesquelles les mandataires ne peuvent pas exercer leurs options (fenêtres négatives) et, le cas échéant, déterminent la procédure que doivent suivre les dirigeants avant d'exercer leurs options, afin de s'assurer qu'ils ne disposent pas d'informations susceptibles d'empêcher cet exercice.

«Améliorer la transparence sur tous les éléments de la rémunération.»

Pour améliorer la lisibilité et la comparabilité des informations sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux, une présentation standardisée des rémunérations des dirigeants des sociétés cotées est annexée aux recommandations.

Il est recommandé de suivre cette présentation standardisée et de rendre publics tous les éléments de rémunération des dirigeants, potentiels ou acquis, immédiatement après la réunion du conseil les ayant arrêtés.

Un respect «effectif et immédiat» par les sociétés cotées et des «modalités» à définir sans tarder par les conseils

La recommandation constitue une décision unilatérale du groupement qui s'impose à tous ses adhérents. De ce point de vue, les recommandations du Medef et de l'Afep ne comportent aucune ambiguïté et s'imposent incontestablement aux sociétés cotées.

Le code précise que, «en cas de non-application d'une partie de ces recommandations, il revient aux conseils d'ad-

ministration ou de surveillance d'en expliquer les raisons selon le principe «appliquer ou s'expliquer» («comply or explain»).» La loi du 3 juillet 2008 facilite le respect de ce code par les entreprises concernées qui devront déclarer, dans leur rapport de gestion, si elles se réfèrent au code Medef/Afep et, dans le cas contraire, en préciser les raisons. Lors du conseil des ministres du 8 octobre dernier, il a été annoncé que les sociétés ont trois mois pour «adhérer» à ces recommandations. A défaut, un projet de loi serait adopté début 2009 afin d'insérer ces recommandations dans un cadre juridique contraignant. Par ailleurs, la recommandation relative à l'obligation d'associer les salariés aux performances de l'entreprise (cf. supra) a fait l'objet d'un amendement présenté par le gouvernement et adopté le 27 octobre par le Sénat. Cet amendement vise à lier l'attribution de stock-options ou d'actions gratuites aux mandataires sociaux, soit à l'attribution de stock-options ou d'actions gratuites à tous les salariés de l'entreprise, soit à l'existence d'un accord d'intéressement, de participation dérogatoire ou de participation volontaire au sein de l'entreprise.

Ces recommandations sont d'application immédiate. A l'exception de l'interdiction de cumul du mandat social avec un contrat de travail qui s'applique aux mandats confiés ou renouvelés après la publication de cette recommandation, les autres recommandations doivent, à notre avis, s'appliquer aux situations en cours. Le code rappelle justement que la détermination de la rémunération des dirigeants relève de la responsabilité des conseils d'administration ou de surveillance et se fonde sur les propositions du comité des rémunérations. Cela signifie que les conseils qui n'en disposent pas aujourd'hui vont devoir en créer pour faire une bonne application des recommandations et, plus largement, des règles existantes en matière de rémunération des dirigeants.

Il revient donc aux conseils des sociétés concernées de mettre en œuvre sans tarder ces principes et d'en fixer les modalités d'application. ■

“ ...et qui doivent s'appliquer sans délai. ”

standardisée et de rendre publics tous les éléments de rémunération

Présentation de l'enquête annuelle de PricewaterhouseCoopers et Landwell & Associés sur les rapports du Président du conseil relatifs aux dispositifs de contrôle

Présentation de l'enquête annuelle de PricewaterhouseCoopers et Landwell & Associés sur les rapports du président du conseil relatifs aux dispositifs de contrôle.



Par **JEAN-MARC TRUCHL**, associé de PricewaterhouseCoopers, responsable de l'activité «Performance, risques et contrôle interne», et



par **SYLVIE LE DAMANY**, avocate, associée du cabinet Landwell, membre du réseau PwC, responsable du département Litiges et pénal des affaires et de l'activité «Gestion des risques juridiques et judiciaires».

Extrait de l'édition 2008, «Enquête sur les rapports du président du conseil relatifs aux dispositifs de contrôle interne», téléchargeable depuis le site (www.pwc.fr).

Le contrôle interne au sein des sociétés cotées en 2007 : un enjeu de management de plus en plus structuré

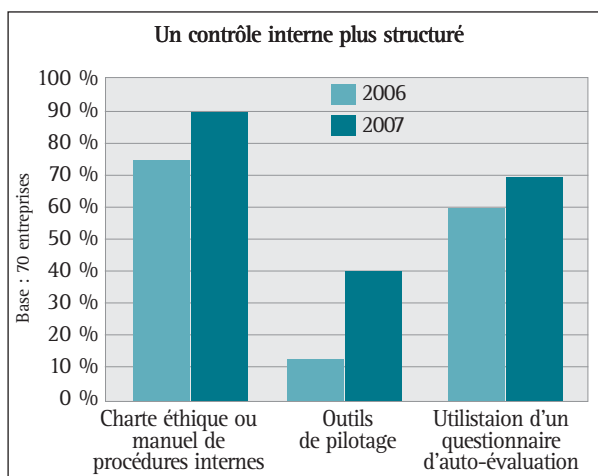
Depuis la loi de sécurité financière d'août 2003, les présidents de conseils d'administration des sociétés cotées sont dans l'obligation de communiquer sur leurs dispositifs de contrôle interne dans leur rapport annuel. L'édition 2008 de l'enquête annuelle de PricewaterhouseCoopers et Landwell & Associés, cabinet d'avocats membre du réseau, analyse l'étendue et la nature des informations relatives aux dispositifs de contrôle interne émis au titre de 2007. Cette année, le périmètre de son enquête couvre la totalité des sociétés cotées du CAC 40 ainsi que 30 sociétés dont les rapports ont été déposés sur le site de l'AMF avant la date du 31 mai 2008 incluant neuf sociétés soumises à SOX au 31 décembre 2007.

Des entreprises mieux armées et mieux organisées

En 2007, neuf entreprises sur dix confirment

l'existence d'une charte éthique ou d'un manuel de procédures de contrôle interne, contre 75 % en 2006. Cette formalisation quasi généralisée s'accompagne d'une nette progression en termes d'organisation des dispositifs et d'outils de suivi :

- ainsi, les outils de pilotage ont connu un progrès manifeste en 2007 : près de 40 % des entreprises affirment en avoir mis en place, contre seulement 15 % l'année précédente ;
- si l'hétérogénéité des référentiels utilisés reste de mise, l'adoption d'un cadre de référencement par les entreprises est en légère augmentation et se structure. En effet, le cadre méthodologique de l'AMF s'impose progressivement : 33 entre-



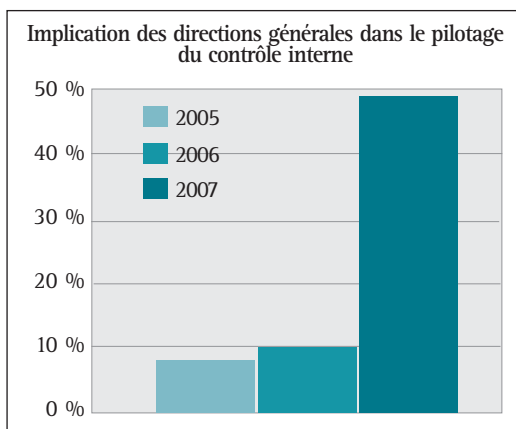
prises l'évoquent, alors qu'elles n'étaient que sept en 2006 ;

- 40 % des entreprises mentionnent l'existence d'un système d'information dédié au contrôle interne et près de 60 % d'entre elles utilisent un réseau intranet afin de diffuser la politique de contrôle interne auprès de ses employés. Ces chiffres montrent une amélioration considérable de l'implication du système d'information dans le rôle du contrôle interne par rapport à l'an passé, puisqu'en 2006 le nombre d'entreprises possédant un système d'information dédié au contrôle interne était marginal ;
- plus d'un tiers des entreprises signale un dispositif d'évaluation du contrôle interne mais seules les entreprises soumises au SOX mentionnent les résultats de cette évaluation. En revanche, bien qu'en progression par rapport à l'an passé, l'évocation de leur point de faiblesse reste rare. En 2007, 70 % des entreprises utilisent des questionnaires d'auto-évaluation. C'est la méthode la plus répandue.

Une typologie de risques mieux définie et une prise de conscience accrue du risque de fraude et de la nécessité de renforcer le dispositif de contrôle juridique

Les risques font l'objet d'une attention particulièrement croissante de la part des dirigeants. Dans 50 % des cas, l'énumération des risques auxquels sont soumises les entreprises figure dans le rapport du président (37 % en 2006).

L'existence d'une cartographie des risques (également appelée grille ou matrice des risques) est également en évolution significative. En 2007, 44 entreprises signalent son existence. A titre de comparaison, elles n'étaient que sept en 2005. Le risque de fraude occupe quant à lui



une place plus importante : il est cité dans 76 % des rapports contre 35 % en 2006.

Enfin, huit entreprises mentionnent la création d'un département anti-fraude contre une seule l'année précédente.

Si l'existence d'une charte éthique ou d'un code de conduite apparaît dans 90 % des entreprises visées par l'enquête, il est important de relever que c'est en lien avec l'importance grandissante donnée au risque de fraude (cité dans 76 % des rapports en 2007 contre 35 % en 2006) et à l'augmentation des réglementations dont le non-respect peut porter gravement atteinte à la réputation et à l'image. Si parmi les risques cités, les risques juridiques restent stables (cités par 88 % des entreprises), le dispositif de contrôle juridique a été renforcé par les sociétés incluses dans l'échantillon.

Une implication croissante des organes de direction

Au-delà du respect des textes, on observe une volonté marquée des dirigeants d'optimiser leur pratique du contrôle interne. Il s'agit d'un enjeu majeur pour les entreprises qui cherchent en effet à maîtriser les risques mais aussi à évaluer la pertinence des dispositifs dans un

souci de recherche de performance.

En effet, les directions générales sont de plus en plus nombreuses à s'engager : elles n'étaient que 7 % en 2005 et 10 % en 2006 à être impliquées dans le pilotage du contrôle interne. Ce chiffre atteint aujourd'hui 49 %, soit près d'une direction générale sur deux. Elles sont également soucieuses de poursuivre leurs démarches et de consolider leurs dispositifs

internes. Parmi les plans d'actions prioritaires figurent : l'identification des risques et la poursuite de leur analyse et de leur suivi ; la mise en place ou l'amélioration des dispositifs d'évaluation ; l'alignement du système de contrôle interne sur un référentiel ; l'élargissement du champ d'action du contrôle interne.

Le rôle des comités d'audit est également de plus en plus important. Ainsi, une proportion équivalente de sociétés voit leur comité d'audit s'impliquer à la fois dans le pilotage du contrôle interne ou dans la supervision des travaux de l'audit interne. Cette tendance va vraisemblablement s'accroître sous l'effet des obligations imposées par la transposition de la 8e directive européenne. Les sociétés cotées auront en effet l'obligation soit de créer un comité d'audit si elles n'en disposent pas déjà, soit d'adapter leur comité existant. Le rôle du comité d'audit sera notamment de suivre le processus d'élaboration de l'information financière ainsi que l'efficacité du contrôle interne et de la gestion des risques.

Enfin, si seulement 37 % des sociétés mentionnent l'existence d'un comité des risques en charge du suivi de la gestion des risques, il semble que de plus en plus d'entre elles songent à créer des organes

dédiés qui agiront au nom du conseil d'administration.

Quelle tendance pour le contrôle interne à l'avenir ?

Au-delà de la mise en place progressive du cadre de référence de l'AMF, l'analyse des rapports émis au titre de 2007 met en évidence que le contrôle interne continue à se structurer au sein des principales entreprises françaises cotées. Leurs

démarches sont de plus en plus centrées sur leurs risques majeurs et incluent désormais des phases de vérification de l'efficacité opérationnelle des dispositifs mis en place. Couplée au fait que les rôles et responsabilités en matière de pilotage du contrôle interne et de suivi des risques se clarifient progressivement et qu'ils apparaissent comme de réels enjeux de management, cette évolution semble indiquer que les entreprises acquièrent progressi-

vement une maturité qui leur permet aujourd'hui d'envisager d'élargir le champ de leur contrôle interne vers des aspects plus opérationnels et moins centrés sur l'information financière.

La prochaine étape semble en effet résider dans l'utilisation progressive du contrôle interne en tant qu'outil au service du pilotage des risques opérationnels et sans doute de l'amélioration de l'efficacité des processus. ■

Sur la prise de conscience accrue du risque de fraude et de la nécessité de renforcer les règles éthiques et le dispositif de contrôle juridique au sein des entreprises

Commentaire de Sylvie Le Damany.

“ Une gouvernance efficace accompagnée d'une éthique forte est un garde-fou nécessaire contre les excès qui peuvent aboutir à des crises incontrôlables. ”

L'enquête susvisée fait apparaître l'existence d'une charte éthique ou d'un code de conduite pour 90 % des entreprises interrogées. Il s'agit là de la conséquence de l'importance grandissante donnée au risque de fraude et à l'augmentation des réglementations dont le non-respect peut porter gravement atteinte à la réputation et à l'image des entreprises et de leurs dirigeants. Il est en effet intéressant de constater que les sociétés cotées, après avoir mis en place des chartes d'éthique essentiellement axées sur les valeurs de l'entreprise, ont progressivement mis en place des codes de conduite destinés à sensibiliser l'ensemble des collaborateurs, y compris le management, sur la nécessité de respecter les lois et règlements en vigueur dans les pays où l'entreprise développe ses activités. Ces codes qui peuvent avoir une valeur juridique contraignante se multiplient pour devenir de véritables outils de management et d'amélioration de l'environnement de contrôle.

En période de crise financière et économique que nous traversons, provoquée notamment par des acteurs dont les comportements étaient contraires à l'éthique voire frauduleux, le sujet des codes de bonne gouvernance, de conduite et d'éthique est d'actualité non seulement en matière de rémunération des dirigeants mais plus généralement au regard des réglementations, des bonnes pratiques et des règles internes applicables au sein des entreprises.

Cela signifie, qu'au-delà de l'existence d'un code de conduite, il est essentiel que le ou les codes existant au sein de l'entreprise, soient connus, compris, respectés et que les procédures qui y sont rattachées soient contrôlées. Il s'agit d'un vrai chantier «Éthique et conformité» qu'un grand nombre d'entreprises ont démarré considérant à juste titre qu'une gouvernance efficace accompagnée d'une éthique forte est un garde-fou nécessaire contre les excès qui peuvent aboutir à des crises incontrôlables. ■

La présomption d'évasion fiscale à l'épreuve du droit communautaire

La cour administrative d'appel de Nancy dans un arrêt du 22 août 2008 (CAA Nancy, n° 07NC00783, 22 août 2008, Rifaut) juge contraire au droit communautaire le dispositif de lutte contre l'évasion fiscale inscrit à l'article 123 bis du Code général des impôts (CGI). C'est à notre connaissance la première décision rendue en la matière.

Introduit par la loi de finances pour 1999 (loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998), l'article 123 bis du CGI, vise à dissuader les contribuables résidents fiscaux français d'utiliser des structures à l'étranger à des fins d'optimisation fiscale.

Cet article prévoit, en effet, d'imposer les personnes physiques, résidentes fiscales françaises, sur les revenus qui sont réalisés par une entité établie hors de France, dont ils détiennent directement ou indirectement 10 % ou plus du capital, dès lors que cette dernière peut être considérée comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A du CGI. Sont concernées, les entités étrangères dont l'actif est principalement composé de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants. Aux termes de l'article 123 bis, les revenus réalisés par de telles entités sont, dans la proportion des droits détenus par le contribuable, réputés constituer des revenus de capitaux mobiliers, quand bien même les revenus ne sont pas distribués. En l'espèce, l'administration fiscale avait fait application de ce dispositif pour réintégrer dans le revenu imposable d'une personne physique, résidente fiscale française, les revenus – non distribués – réalisés par la société dont elle était l'actionnaire majoritaire au Luxembourg (99,95 %

du capital social). Cette société, qui avait la forme d'une Soparfi, gérât un portefeuille de valeurs mobilières. Elle avait été constituée tout d'abord sous la forme d'une «holding de 29» avant d'être transformée, comme beaucoup de ses congénères à l'époque, en Soparfi. Rappelons, en effet, qu'une des cibles privilégiées du dispositif mis en place par le législateur français avec l'article 123 bis du CGI, était la holding pure de la loi luxembourgeoise du 31 juillet 1929.

Dans cette affaire, la cour de Nancy a clairement condamné le dispositif de l'article 123 bis du CGI, le déclarant contraire au droit communautaire, en ce qu'il constitue une entrave à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux, principes édictés respectivement par les articles 43 CE et 56 CE.

Le juge administratif rappelle qu'en vertu d'une jurisprudence désormais bien établie de la CJCE, une entrave à la liberté d'établissement ne saurait être admise que pour autant qu'elle poursuive un objectif compatible avec le traité, qu'elle soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elle reste strictement proportionnelle à l'objectif poursuivi. Si la lutte contre l'évasion fiscale peut être considérée comme un objectif légitime compatible avec le traité, le juge considère les dispositions de l'article 123 bis comme disproportionnées. Il estime, en effet, que le dispositif ne se limite pas aux situations de «montages purement artificiels» visant à contourner la



Par **NICOLE GOULARD**,
avocate, associée du Cabinet Landwell,
membre du réseau PwC

“ La jurisprudence condamne le dispositif de lutte contre l'évasion fiscale inscrit à l'article 123 bis du CGI. ”

législation nationale mais qu'il instaure une présomption irréfragable d'évasion fiscale à l'encontre de tout contribuable qui choisit d'investir à hauteur de 10 % ou plus à l'étranger dans une structure soumise à un régime fiscal privilégié.

L'arrêt de la cour d'appel de Nancy s'inscrit pleinement dans la voie ouverte par la CJCE, veillant à protéger très strictement le principe de la liberté d'établissement.

L'entrave, si elle est compatible avec le droit communautaire doit toujours rester strictement proportionnelle à l'objectif poursuivi. Lorsque le dispositif mis en place est trop large et pas assez spécifique dans son objet, il ne peut plus être considéré comme véritablement destiné à lutter contre

la fraude ou l'évasion fiscale (notamment CJCE, 16 juillet 1998, aff. 264/96, Imperial Chemical Industries, CJCE, 11 mars 2004, aff. 9/02 de Lasteyrie du Saillant ; CJCE aff. 196/04 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes).

Après l'article 209 B du CGI¹, dont il est largement inspiré, c'est donc au tour de l'article 123 bis d'être censuré par le juge. Le législateur doit maintenant le rendre compatible avec le droit communautaire. ■

1. CE 28 juin 2002, n° 232276, Société Schneider Electric.

Si vous souhaitez contacter les auteurs de cette lettre, vous pouvez vous adresser à la rédaction qui transmettra aux personnes concernées.
Vous pouvez également vous adresser à :

LANDWELL & ASSOCIÉS

Cabinet d'avocats correspondant de PRICEWATERHOUSECOOPERS

61, rue de Villiers
92208 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tél. 01 56 57 56 57
Fax 01 56 57 56 58

M^e Sylvie Le Damany - Tél. 01 56 57 82 70
E-mail : sylvie.le.damany@fr.landwellglobal.com
M^e Caroline Joly - Tél. 01 56 57 45 32
E-mail : caroline.joly@fr.landwellglobal.com



Supplément du numéro 1004 du 17 novembre 2008
Option Finance - 91 bis, rue du Cherche-Midi 75006 Paris - Tél. 01 53 63 55 55
SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327
Directeur de la publication : François Fahys
Service abonnements : B 310 - 60732 Ste-Geneviève Cedex. Tél. 03 44 07 44 52
Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 1108 T 83896