

# la lettre

fiscale, juridique, sociale, corporate



janvier 2009, n°27

Lettre d'information publiée par Landwell & Associés,  
cabinet d'avocats membre du réseau PricewaterhouseCoopers

## sommaire

▪ LA LETTRE FISCALE	4
▪ LA LETTRE JURIDIQUE	14
▪ LA LETTRE SOCIALE	20
▪ LA LETTRE CORPORATE	24



## Déduire les aides versées à ses filiales étrangères : les apports de la jurisprudence en 2008

Dans un contexte de dégradation économique, la fiscalité peut être un outil précieux pour les entreprises.

Le Gouvernement a ainsi fait adopter à la fin de l'an dernier un ensemble de mesures fiscales de nature à permettre de mobiliser rapidement certaines créances fiscales, telles des créances de crédit d'impôt recherche ou des créances de report en arrière de déficit.

De même a été adopté dans le cadre de la loi de finances un dispositif permettant à des entreprises dont l'effectif peut aller jusqu'à 2000 salariés d'imputer sur leur résultat imposable les déficits de certaines de leurs succursales ou filiales étrangères.

À cela, il faut ajouter qu'en 2008 la jurisprudence, tant nationale que communautaire, a fourni des précisions intéressantes sur les circonstances dans lesquelles des aides consenties à des entités étrangères ou des remontées de pertes sont envisageables (et donc déductibles fiscalement).

Il convient en effet de rappeler que, depuis une décision de principe datant de 1994 (CE, 11 février 1994, n° 119726, SA Les Éditions J.C. Lattès), il est clair que le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés ne fait pas obstacle à la déduction des aides consenties aux filiales étrangères. Toutefois, l'entreprise française qui accorde l'aide doit être en mesure de prouver qu'elle bénéficie de contreparties et le Conseil d'État a, ces derniers mois, apporté à plusieurs reprises des éclaircissements sur les contreparties qui peuvent être admises.

Ainsi, s'agissant des aides consenties à des filiales étrangères de distribution (CE, 26 mars 2008, n°296625, SA Tornier), le Conseil d'État a rappelé que la déductibilité de telles aides destinées à améliorer la pénétration des marchés étrangers reste conditionnée à la preuve qu'elles sont dans l'intérêt de la société qui les octroie. En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que les aides consenties ne revêtaient pas un caractère normal dès lors que la participation au capital de la filiale n'était que de 55 %, que le montant des aides était sans commune mesure avec le chiffre d'affaires de la filiale et que le lien entre ces aides et le développement des ventes n'était pas démontré.

Cette jurisprudence n'est pas éloignée dans son esprit d'une autre décision (CE, 28 mars 2008, n°277522, SA Clément) dans laquelle le Conseil d'État a refusé de reconnaître l'intérêt propre d'une société mère à consentir des avances sans intérêts à ses filiales en arguant essentiellement de la faiblesse de la participation (10 % en l'espèce). Ces décisions militent pour un examen au cas par cas du projet d'abandon de créances envisagé, en veillant à tout le moins notamment à la proportion entre l'aide consentie et le pourcentage de la participation dans la filiale.

C'est toujours cette notion d'intérêt propre de la mère qui a donné lieu à une analyse spécifique par la Haute juridiction dans un cas inédit d'abandon de créances consenti par une société mère à deux succursales établies en Australie et à Singapour de sa filiale détenue à 99,99 %, établie à Hong Kong (CE, 11 avril 2008, n°281033, SA Guerlain). Le Conseil d'État reconnaît, certes, l'existence d'un intérêt commercial de la mère au maintien des activités des succursales de distribution mais le confronte à la situation bénéficiaire de la filiale attestée par le versement à la mère de dividendes significatifs, pour refuser in fine la déductibilité des abandons de créances. L'intérêt de la mère est mis en regard, en quelque sorte, des moyens de la filiale. La réponse du Conseil d'État aurait sans doute été différente si le besoin de financement de la filiale au regard des objectifs commerciaux de la société mère avait pu être établi.

Il est toutefois intéressant de noter que le Conseil d'État accepte, dans cette décision, pour l'appréciation de l'intérêt commercial de la société française, de prendre en compte les perspectives de développement sur d'autres marchés d'Asie que ceux sur lesquels les succursales sont établies. Ainsi le développement, et non le seul maintien, de l'activité commerciale d'une société française peut justifier l'octroi d'aides à une filiale étrangère.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a de son côté eu l'occasion de rappeler qu'une société établie dans un État membre ne pouvait s'appuyer sur le principe de liberté d'établissement afin d'obtenir l'imputation sur ses profits des pertes réalisées par un établissement stable situé dans un autre État membre (CJCE, C414/06, 15 mai 2008, Lidl Belgium). La Cour, dans la lignée de ses jurisprudences « Marks & Spencer » (C446/03) et « Oy AA » (C231/05), établit que ce refus peut notamment être justifié par la prévention du risque de double prise en compte des pertes. La décision « Papillon » (C418/07) du 27 novembre 2008 vient néanmoins ouvrir d'autres perspectives de remontée des pertes dans le cas d'une société mère pouvant désormais intégrer une sous-filiale française détenue via une filiale établie dans un pays de l'Union européenne.

Ces décisions, prises ensemble, doivent conduire les entreprises à un examen au cas par cas des abandons de créances qu'elles envisagent au bénéfice de leurs filiales ou entités situées à l'étranger, surtout dans le contexte actuel de crise. L'intérêt de la mère devra ainsi être étayé avec une attention toute particulière.

Delphine Bocquet  
Nicolas Jacquot

# la lettre fiscale



## Arrêt Papillon : l'intégration fiscale bat de l'aile

**La CJCE, en condamnant le régime de l'intégration fiscale en ce qu'il est exclu pour les filiales françaises détenues par l'intermédiaire d'une société établie dans un autre État membre, ouvre un droit à restitution pour les groupes lésés depuis 2005 et impose pour l'avenir une refonte du régime.**

Une société française dénommée Papillon s'étant vu refuser le droit pour ses sous-filiales françaises détenues par l'intermédiaire d'une société néerlandaise d'opter pour le régime de l'intégration, le Conseil d'État avait saisi la CJCE d'un recours préjudiciel sur l'existence d'une entrave à la liberté d'établissement justifiée par la nécessité de maintenir la cohérence du système de groupe français.

La CJCE (C-418/07, 27 novembre 2008, Sté Papillon) vient de censurer le régime français. Les arguments avancés par le Gouvernement français pour justifier la restriction à la liberté d'établissement n'ont pas été jugés pertinents par la Cour. En particulier, elle rejette l'argument du risque de double prise en compte des pertes (pertes opérationnelles au niveau de la sous-filiale française et provision pour dépréciation de titres au niveau de la société mère française), en estimant que l'administration fiscale disposerait de moyens moins contraignants pour éviter ce risque. Cela pourrait ainsi être des dispositions imposant aux sociétés têtes de groupe de fournir à l'administration des pièces justifiant qu'il n'existe pas de double emploi des pertes, appuyées par la réglementation communautaire concernant l'assistance mutuelle.

Comme nous l'annoncions dès le jour de cette décision, l'arrêt de la CJCE ouvre des opportunités de réclamations depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, sur la base des quatrièmes et cinquièmes alinéas de l'article L190 du Livre des procédures fiscales, des sommes versées au titre de l'impôt sur les sociétés qui n'auraient pas été dues si l'option pour le régime de groupe avait pu être formulée, ou si un périmètre plus large avait pu être retenu.

L'effectivité du droit communautaire empêche que l'administration française oppose à une demande en restitution la décision de gestion du groupe de ne pas avoir opté en temps utile. La CJCE a en effet eu l'occasion de préciser qu'on ne peut faire grief à un contribuable de ne pas avoir opté pour un régime d'imposition qui lui aurait été favorable mais dont il était exclu par une loi nationale contraire au droit communautaire (CJCE, 8 mars 2001, C-397/98 et C-410/98, Metallgesellschaft et Hoechst)

Il serait en outre sans doute préférable qu'une telle demande en restitution soit effectuée avant avril 2009, même si l'article R 196-1 du Livre des Procédures Fiscales autorise, en principe,

un requérant à exercer une action en restitution en l'espèce jusqu'au 31 décembre 2010. Reste que la détermination de la créance potentielle dont il est demandé la restitution nécessite une revue des opérations intragroupes au sein du périmètre élargi sur la base de l'arrêt Papillon (plus-values, subventions, charges financières, etc.).

Pour l'avenir, au-delà des questions qui peuvent se poser désormais pour des régimes étrangers de groupe qui pourraient être remis en cause à la suite de la décision « Papillon », l'arrêt offre des perspectives d'optimisation et de croissance externe des groupes français à étudier, notamment avec la définition du périmètre d'intégration du prochain exercice. Il n'est notamment sans doute plus nécessaire de procéder dans ce cadre à des opérations de reclassements de titres dans les conditions complexes de l'amendement « Charasse ».

Nicolas Jacquot

## Les administrations fiscales peuvent-elles remettre en cause les opérations de restructuration au sein des groupes multinationaux ?

**Telle est l'intéressante question abordée par l'OCDE dans quatre notes thématiques publiées le 19 septembre dernier qui vont sans nul doute alimenter les débats entre fiscalistes mais aussi parmi les décideurs confrontés à un projet de restructuration au sein d'un groupe multinational.**

Certes, l'OCDE a eu l'occasion de se pencher depuis longtemps sur les modalités générales de fixation des prix de cession entre entreprises affiliées, au travers notamment de ses Principes directeurs en matière de prix de transfert et dans le cadre de son Modèle de convention fiscale destinée à éliminer les doubles impositions.

Mais pour la première fois, prenant acte de la constante augmentation des transferts transfrontaliers de fonctions, d'actifs et/ou de risques entre entreprises affiliées, l'OCDE est amenée à s'interroger sur les difficultés d'application des principes en matière de prix de transfert et des conventions fiscales à ces types de restructurations. Celles-ci consistent par exemple en la "conversion" de distributeurs de plein exercice en simples commissionnaires, ou encore de fabricants de biens en simples façonniers, conversions suspectes aux yeux des administrations fiscales compte tenu des effets fiscaux qu'elles emportent.

L'absence de lignes directrices claires au niveau international, propres à ces situations, crée une insécurité juridique importante tant pour les administrations fiscales, qui peuvent être tentées d'avoir une interprétation unilatérale des principes généraux de l'OCDE existants, que pour les entreprises, qui ne sont jamais à l'abri d'une remise en cause a posteriori des schémas de restructuration adoptés.

Bien que l'OCDE ne réponde pas complètement à ce stade aux difficultés qui sont soulevées, ces premiers travaux ont l'immense mérite de mettre en exergue les aspects fiscaux internationaux les plus saillants de ce type de restructurations.

Ainsi, la première note de ce projet de rapport aborde de façon générale les délicates problématiques liées à la réallocation des risques au sein d'un groupe et, corrélativement, à l'allocation des revenus associés. Si, fort heureusement, le principe de primauté du contrat y est rappelé, il est néanmoins encadré par l'exigence que l'allocation de ces risques soit assortie d'une réelle substance économique. Cet élément, fondamental, renforce la nécessité pour un groupe d'être à même de produire aux administrations fiscales une documentation appropriée.

La seconde note traite de l'application du principe de pleine concurrence aux opérations de restructuration et plus particulièrement de la question centrale de savoir si l'entité qui a transféré tout ou partie de ses fonctions, actifs et/ou risques, doit être dédommagée. Il ne s'agit en rien d'une question théorique et l'on voit de plus en plus d'administrations fiscales exiger le paiement d'« exit tax » dans le cadre de tels transferts. C'est donc avec intérêt, si ce n'est avec soulagement, que l'on constate que l'OCDE précise qu'il n'y a pas systématiquement matière à indemnisation et qu'il faut raisonner au cas par cas.

La troisième note examine l'application des principes en matière de prix de transfert aux transactions post-restructuration. L'OCDE met notamment en exergue l'importance pour un groupe d'être en mesure de fournir une analyse fonctionnelle pre-restructuration et post-restructuration. Une telle analyse a pour objet évident de permettre aux administrations fiscales d'apprécier la réalité et l'importance des changements opérationnels opérés dans le cadre de la réorganisation interne.

Enfin, dans sa dernière note, l'OCDE tente d'apporter un premier éclaircissement, peu rassurant, sur les circonstances dites exceptionnelles qui permettraient aux administrations d'écarter ou de requalifier une opération en privilégiant la substance sur la forme. On peut toutefois s'interroger sur l'existence de dispositifs de droit interne propres aux États qui permettraient de donner une base légale à ces considérations.

Au final, on regrettera que la question primordiale de la qualification en établissement stable d'une partie des activités

transférées suite à restructuration n'ait pas été directement abordée.

On le voit, l'OCDE vient de s'attaquer à un chantier difficile, qui crée à ce stade plus d'interrogations que de solutions. Cette perspective devrait inciter plus que jamais les entreprises à bien évaluer l'ensemble des risques fiscaux pouvant entourer toute opération de réorganisation intra-groupe.

Marie-Laure Hublot  
Eric Bonneaud

## Les fonds de dotation : un outil souple et avantageux sur le plan fiscal

**Contraintes administratives allégées, fiscalité optimale : les fonds de dotation créés par la loi de modernisation de l'économie présentent d'indéniables avantages**

La loi de modernisation de l'économie a institué une nouvelle forme de personne morale de droit privé, les fonds de dotation, dont l'objet est de collecter des dons et legs qu'ils doivent capitaliser et dont les revenus sont destinés à financer une activité d'intérêt général propre ou à être reversés à une personne morale à but non lucratif.

Les modalités de constitution d'un fonds de dotation sont beaucoup plus souples que celles d'autres entités : simple et rapide déclaration auprès de la préfecture du département du ressort de son siège (donc sans autorisation préfectorale contrairement aux fondations d'entreprises, ou sans nécessité d'un long examen de l'utilité publique par le Conseil d'État pour une fondation reconnue d'utilité publique), possibilité d'une seule personne pour sa création (à la différence d'une association qui en exige au moins deux).

Son mode de financement est sans égal : il peut bénéficier, dans les limites de l'intérêt général, de tous legs et donations sans examen administratif préalable, contrairement aux autres entités, et aucun minimum de versement n'est fixé aux fondateurs (à la différence des fondations d'entreprises pour lesquelles les fondateurs doivent s'engager au moins à hauteur de 150.000 euros).

Sa liberté d'organisation, par ses statuts, est réelle, alors que la loi impose aux fondations la composition et les conditions de renouvellement du conseil d'administration.

Enfin, la fiscalité est avantageuse, à l'instar des autres entités : les dons et versements effectués en faveur des fonds de dotation donnent droit à une réduction d'impôt de 60 %, dans la limite de 5‰ de leur chiffre d'affaires pour les entreprises, ou de 66 % des sommes versées, dans la limite de 20 % du revenu imposable pour les particuliers. Surtout, les dons et legs consentis aux fonds de dotation sont exonérés de droit de mutation à titre gratuit. Enfin, le régime fiscal du fonds de dotation lui-même est celui des organismes sans but lucratif.

L'ensemble de ces avantages en fait un outil à privilégier, tant par les investisseurs internationaux que par les personnes morales ou privées françaises, pour leurs actions de mécénat.

Nicolas Jacquot  
Jean-Philippe Dom

## GIE et assujettissement à l'IS

Le Conseil d'État précise les conséquences fiscales du non-respect par un groupement d'intérêt économique des règles encadrant son fonctionnement, lorsque le GIE ne prolonge pas l'activité économique de ses membres.

Il résulte de l'article 239 quater I du Code général des impôts que les GIE constitués et fonctionnant dans les conditions prévues par le Code de commerce (article L251-1 à L251-23) sont exclus du champ d'application de l'impôt sur les sociétés : ceci signifie notamment qu'un GIE ne peut relever du régime des sociétés de personnes que si son activité se rattache à l'activité économique de ses membres et a un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.

Dans l'affaire soumise au Conseil d'État, un particulier membre d'un GIE était également associé d'une société en participation dont l'objet était l'exploitation d'un avion appartenant au GIE et ce particulier déduisait une quote-part du déficit du GIE de son revenu. Le Conseil d'État (CE, 29 août 2008, n°299557, Joseph Kadouch et n°299558, Gabriel Kadouch) a estimé que ce particulier n'intervenait pas directement dans l'activité de la société en participation, celle-ci étant gérée par une SARL, et que dès lors il n'exerçait pas lui-même une activité économique dont le GIE était le prolongement.

Le Conseil d'État en a conclu que le GIE était passible de l'impôt sur les sociétés et que le particulier membre ne pouvait donc déduire de ses propres revenus une quote-part du déficit du groupement.

Le Conseil d'État confirme ainsi la doctrine administrative (D. adm. 4A-6123) relative au changement de régime fiscal, selon

laquelle les conséquences d'un tel changement s'appliquent lorsque des sociétés ou organismes soumis au régime des sociétés de personnes, notamment les GIE, ne fonctionnent plus conformément aux dispositions qui les régissent.

On peut relever que le Conseil d'État, en revanche, n'a pas souscrit à la thèse, retenue par certaines juridictions judiciaires, selon laquelle un groupement qui ne fonctionne pas conformément aux dispositions prévues par les articles L251-1 à L251-23 du Code de commerce ne peut, sur un plan juridique, se voir reconnaître la qualité de GIE et doit être requalifié en société créée de fait, analyse qui aurait permis au GIE d'échapper à l'IS.

Nicolas Jacquot

## Selon la CJCE, le régime mère-fille ne s'applique pas aux titres démembrés

La CJCE vient de préciser, dans un cas belge, que la qualité d'usufruitier des titres d'une filiale ne peut conférer la qualité de société mère au regard de la directive communautaire 90/435 du 23 juillet 1990.

S'écartant des conclusions de son avocat général, la CJCE vient de préciser, dans une affaire concernant le régime « mère-fille » belge, que la seule détention de l'usufruit des titres d'une filiale établie dans un autre État membre ne permet pas de bénéficier du régime d'exonération des dividendes (CJCE, 22 décembre 2008, C48/07, Les Vergers du Vieux Tauves SA).

La CJCE, en se livrant à une analyse juridique de la situation vis-à-vis de la filiale, estime qu'un usufruitier n'est pas un associé au sens de la directive. La Cour note ainsi que c'est la détention des parts qui confère cette qualité. Elle relève en outre que, l'usufruitier ayant seulement droit aux bénéfices distribués tandis que les bénéfices mis en réserve revenaient au nu-propriétaire, une société mère au sens de la directive ne peut être qu'une seule et même entité.

La question de la transposition de cette jurisprudence au cas français mérite d'être examinée, ce d'autant que le raisonnement de la Cour peut soulever quelques interrogations.

Comme nous l'évoquions dans notre précédente Lettre n°26 d'octobre 2008, la Cour administrative d'appel de Nancy, dans un arrêt du 1<sup>er</sup> août 2008 (Société Participasanh, n°06NC00586) estimait qu'un usufruitier ne pouvait jamais bénéficier du régime des sociétés mères, alors même que des statuts stipuleraient qu'il disposerait du droit de vote à toutes les assemblées tant ordinaires qu'extraordinaires. Mais le Conseil d'État doit encore

se prononcer. On rappellera en outre que pour l'administration fiscale française, les dividendes reçus par une société en qualité d'usufruitier des titres ne sont pas éligibles au régime d'exonération « mère-fille » (voir notamment l'instruction 4H2112 du 1<sup>er</sup> mars 1995).

Nicolas Jacquot

## Aide d'État illégale et récupération

Le risque pesant sur les entreprises relatif aux aides d'État en matière fiscale vient d'être rappelé par la CJCE dans un arrêt condamnant la France pour absence de mesure effective prise en vue de récupérer une aide déclarée illégale par la Commission.

La Cour de justice des communautés européennes a condamné la France le 13 novembre 2008 (C214/07) pour ne pas avoir exécuté la décision de la Commission du 16 décembre 2003 lui ordonnant de récupérer auprès des entreprises concernées des aides fiscales accordées illégalement.

Il s'agissait en l'espèce des exonérations fiscales accordées aux sociétés créées en vue de reprendre des entreprises en difficulté (régime dit, par commodité, de l'article 44 septies du CGI), introduites en 1989 sans notification préalable à la Commission.

La CJCE précise que la condition d'une impossibilité absolue, arguée par la France en l'espèce, d'une récupération d'aide illégale n'est pas remplie lorsque l'État membre se borne à faire part de difficultés juridiques, politiques ou pratiques que présente la mise en œuvre de la décision de la Commission, sans entreprendre de véritable démarche auprès des entreprises en cause aux fins de récupérer l'aide et sans proposer des modalités alternatives de mise en œuvre de la décision qui auraient permis de surmonter les difficultés.

Cet arrêt conduit ainsi la France à devoir désormais impérativement récupérer, auprès des contribuables concernés par la décision de la Commission de 2003, c'est-à-dire les entreprises qui ont bénéficié de ces exonérations, les aides fiscales accordées depuis 1993.

La CJCE vient ainsi rappeler avec acuité que le risque en matière d'aide d'État réside notamment dans la récupération de l'aide illégale sur dix ans et que peu de motifs peuvent permettre à un État membre de s'abstenir de cette obligation.

Le fait que les entreprises concernées par une aide d'État illégale soient très rarement parties prenantes aux discussions entre la Commission et les autorités de l'État membre, les oblige

à une vigilance toute particulière en la matière, et en premier lieu pour déceler d'éventuels régimes non notifiés à la Commission et potentiellement dans le champ des aides d'État illégales.

Nicolas Jacquot

## Espérance légitime de restitution d'une créance fiscale et violation du droit de propriété

Le Conseil d'État vient de confirmer que l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une créance fiscale est un bien au sens de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit de propriété, trouve à s'appliquer, selon une jurisprudence désormais bien établie, en matière fiscale (voir notamment CE, 15 juin 2001, n°204999, Amoretti ou CE, avis du 12 avril 2002, n°239693 ass., SA Financière Labeyrie).

La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà eu l'occasion de préciser qu'un retard non raisonnable de l'administration dans le remboursement de montants importants de crédits d'impôts reconnus par la loi pouvait constituer une violation de l'article 1er du premier protocole additionnel (CEDH, 3 juillet 2003, aff. 38746/97, Buffalo Srl. c/ Italie). Dans une précédente décision (CEDH, 16 avril 2002, aff. 36677/97, SA Dangeville c/France), la Cour avait également identifié une créance de restitution de TVA, ou tout au moins l'« espérance légitime » de pouvoir obtenir cette restitution, comme un bien protégé par l'article 1er du premier protocole additionnel.

Le Conseil d'État vient tout récemment de rappeler ce principe (CE, 19 novembre 2008, n°292948, Sté Getecom), en précisant cette notion « d'espérance légitime ».

En l'espèce le contribuable, ayant subi un redressement fiscal sur les exercices 1990, 1991 et 1992, soutenait que les dispositions de la loi de finance rectificative pour 2004 sur l'intangibilité du bilan d'ouverture portaient atteinte au droit de propriété, en ce qu'elles prévoyaient l'application du nouveau 4bis de l'article 38 du CGI relatif à la correction systématique des bilans aux litiges concernant des impositions établies avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et n'ayant pas encore donné lieu à une décision de justice devenue définitive.

Le Conseil d'État note que le contribuable s'appuyait sur l'état du droit résultant d'une de ses décisions du 7 juillet 2004 (n°230169, SARL Ghesquière Équipement), qui aurait dû conduire à la décharge d'une partie des impositions objets du litige. Mais le Conseil d'État relève, d'une part que sa décision de 2004 revenait rétroactivement sur une règle issue d'une « jurisprudence ancienne et constante », et, d'autre part, que le Gouvernement avait fait connaître dès novembre 2004 son intention de limiter les conséquences de la décision de juillet 2004 du Conseil d'État. Ces éléments sont de nature, selon la Haute Assemblée, à ne pas faire naître d'espérance légitime pour obtenir le remboursement d'une partie des sommes litigieuses.

L'approche du Conseil d'État peut de prime abord sembler restrictive. Mais les circonstances de l'espèce, avec ce revirement de jurisprudence suivi quelques semaines après d'une annonce du Gouvernement de vouloir limiter ses effets dans le temps, peuvent l'expliquer. On suivra dès lors avec attention l'analyse du Conseil d'État dans des contentieux pendant l'analyse du Conseil d'État dans des contentieux relatifs à l'article 59 de la loi de finances rectificative pour 2003 (taxe professionnelle des sous-traitants), dans lesquels l'atteinte à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, du fait d'une disposition législative rétroactive et contraire à une jurisprudence établie, est également invoquée et a été reconnue par plusieurs Cours administratives d'appel.

Nicolas Jacquot

## Le nouveau régime des impatriés renforce l'attractivité de la France

Le nouveau régime des impatriés, codifié à l'article 81 C du Code général des impôts, renforce sans aucun doute l'attractivité de la France par rapport à celle de ses voisins, même si nombre de ces derniers connaissent déjà des dispositifs comparables, comme l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas et bien sûr le Royaume-Uni.

Lors des discussions entourant l'adoption de l'article 121 de la Loi de modernisation de l'Économie, dont est issu ce nouveau régime, l'objectif affiché était d'avoir en France un régime aussi attractif que celui qui avait conduit au développement à Londres de la City

Le nouveau dispositif s'inscrit dans le prolongement direct du régime actuel de l'article 81B

Le dispositif de l'article 81 C s'inscrit dans le prolongement direct du régime actuel, codifié à l'article 81 B. C'est d'ailleurs pour

partie une reprise intégrale de ce dernier dispositif.

Le dispositif, rappelons le, est applicable aux salariés et dirigeants appelés par une entreprise étrangère à venir temporairement exercer un emploi en France et qui y établissent leur résidence fiscale française.

Il prévoit une exonération qui concerne :

- d'une part, au titre de l'activité exercée en France : le supplément de rémunération directement lié à l'impatriation est exonéré ( la « prime d'impatriation »). Le montant de cette exonération est plafonné puisqu'elle ne peut conduire à un montant de rémunération imposable inférieur à celui qu'aurait perçu un salarié de l'entreprise d'accueil ou à défaut d'une entreprise similaire établie en France, et

- d'autre part, sur option, l'activité déployée hors de France : le montant de cette seconde exonération est plafonné à 20 % de la rémunération (calculée après imputation de la prime d'impatriation).

Le dispositif est réservé aux personnes qui justifient de ne pas avoir été domiciliées en France au cours des 5 années qui précèdent la prise de fonctions. C'est un régime temporaire puisqu'il est applicable jusqu'au 31 décembre de la 5<sup>e</sup> année qui suit celle de la prise de fonction.

Les personnes placées sous ce dispositif bénéficient par ailleurs d'une déduction, dans certaines limites, des cotisations sociales acquittées auprès de régimes étrangers.

### Quelles sont les principales nouveautés apportées par le régime de l'article 81 C ?

Le nouveau dispositif est réservé aux personnes ayant pris leurs fonctions en France à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008.

L'une des principales nouveautés est tout d'abord l'ouverture du dispositif à des personnes directement recrutées à l'étranger par les entreprises françaises.

De plus, le calcul de la prime d'impatriation ouvrant droit à exonération est aménagé. Le principe est qu'il s'agit bien toujours de la prime fixée et prévue au contrat de travail ou au mandat social. L'exception, est, sur option, et pour les seuls salariés directement recrutés à l'étranger, une exonération forfaitaire fixée à 30 % de la rémunération (cette option devrait être réservée, sur la base des informations dont nous disposons, aux situations dans lesquelles aucune prime d'impatriation n'est prévue dans le contrat).

Par ailleurs est mis en place un dispositif de plafonnement

global des exonérations couvrant à la fois l'activité exercée en France (la prime d'impatriation) et la quote-part de rémunération exonérée au titre de l'activité déployée hors de France. Le salarié doit choisir entre :

- soit un système de plafonnement global des deux avantages (prime d'impatriation et quote-part au titre de l'activité déployée hors de France) qui s'établit à 50 % de la rémunération totale.
- soit la limitation de la rémunération exonérée au titre de l'activité déployée à l'étranger à 20 %, montant qui s'ajoute à la prime d'impatriation par ailleurs exonérée ;

L'article 81 C permet également de bénéficier d'une exonération partielle de certains revenus passifs gérés par un établissement situé à l'étranger, dans un pays avec lequel la France a signé une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale (distributions, intérêts, plus-values sur cessions de titre, etc. de source française et étrangère). Ces revenus sont exonérés à hauteur de 50 % de l'impôt sur le revenu mais ils restent intégralement assujettis aux prélèvements sociaux additionnels (CSG, RDS...).

Enfin, le dispositif est ouvert aux non-salariés, à certaines conditions complémentaires, notamment l'obtention préalable d'un agrément. Ces derniers pourront bénéficier d'une exonération à hauteur de 30 % de leur rémunération.

Le nouveau régime des impatriés est complexe et soulève de nombreuses questions. L'instruction administrative le commentant est donc vivement attendue.

Nicole Goulard

## TVA/Douane

### Groupements / Conditions d'exonération de TVA

Le bénéfice de l'exonération prévue pour les groupements visés à l'article 13 A-1-f) de la 6<sup>e</sup> Directive (nouvel article 132-1-f de la Directive 2006/112) n'est pas subordonné au fait que tous ses membres bénéficient des services fournis par ledit groupement (CJCE, aff. C-407/07, 11 décembre 2008, Sichtung)

Un groupement d'hôpitaux, dont le but était de fournir des services à ses membres en exonération de TVA, s'est vu remettre en cause le bénéfice de cette exonération sur une partie de ses prestations de services au motif que celles-ci n'étaient pas rendues à l'ensemble de ses membres, mais à une partie d'entre eux seulement.

La question préjudicielle posée à la Cour de Justice des Communautés Européennes a ainsi porté sur l'interprétation de l'article 13 A-1-f) de la 6<sup>e</sup> Directive et plus particulièrement sur le fait de savoir si cet article devait être interprété comme subordonnant le bénéfice de l'exonération des groupements au fait que les services soient rendus à l'ensemble de leurs membres.

Selon le gouvernement néerlandais, les exonérations au principe de l'assujettissement à la TVA sont d'interprétation stricte et, au vu du libellé de l'article de la Directive, les prestations fournies seulement à certains membres d'un groupement autonome ne seraient pas couvertes par l'exonération.

Selon la Cour, l'interprétation des textes doit cependant être conforme aux objectifs poursuivis par lesdites exonérations.

La Cour relève au contraire qu'il ne ressort pas du libellé de l'article de la Directive que l'exonération doit bénéficier aux seules prestations de services fournies par les groupements autonomes à tous leurs membres.

La Cour a mis en avant le fait que les besoins des membres d'une telle association diffèrent et que, même lorsque les prestations sont fournies à un seul ou à quelques membres d'un groupement, le coût de la fourniture de ces prestations reste une dépense engagée en commun par ledit groupement constitué à cette fin ; il reste possible d'identifier la part de la dépense imputable à chacun des services pris individuellement.

Nathalie Martin-Queulin  
Samuel Papillault

## Assurance / Notion de prestations de services afférentes à des opérations d'assurance

Les opérations réalisées par un intermédiaire, au nom et pour le compte d'un courtier en assurance, constituent des prestations accessoires à une opération d'assurance, quand bien même cet intermédiaire n'entre pas directement en contact avec l'organisme d'assurance (CJCE, aff. C-124/07, 3 avril 2008, J.C.M. Beheer BV)

En sa qualité d'intermédiaire transparent pour un courtier d'assurance, agissant au nom et pour le compte dudit courtier, la société J.C.M. Beheer BV avait notamment pour activité de conclure des polices d'assurances et/ou de se charger de leur transfert. Elle n'entrait qu'indirectement en relation avec l'organisme d'assurance. La société était rémunérée via une commission qu'elle a considérée comme exonérée de TVA en application de l'article 13 B a) de la 6<sup>e</sup> Directive (article 135 1-a de la Directive 2006/112 du 28 novembre 2006).

L'administration fiscale hollandaise a remis en cause l'exonération, au motif que cet intermédiaire n'entretenait pas de relation directe avec les assureurs et que les opérations réalisées ne sauraient être considérées comme des prestations de services afférentes aux opérations d'assurance, effectuées par des courtiers ou des intermédiaires, telles que visées par le texte d'exonération.

La question préjudicielle posée à la Cour de Justice des Communautés Européennes portait sur l'interprétation de l'article 13 B a) de la 6<sup>e</sup> Directive, et plus particulièrement sur le point de savoir si les opérations réalisées par un intermédiaire, agissant au nom et pour le compte d'un courtier d'assurance, constituent, ou non, des prestations accessoires aux opérations d'assurances, et, à ce titre, sont exonérées, ou non, de TVA.

La CJCE a relevé que les activités de J.C.M. Beheer BV étaient caractéristiques du métier de courtier ou d'intermédiaire en assurance. Elle a souligné ensuite que le principe de neutralité de la TVA doit permettre aux opérateurs de choisir le modèle organisationnel qui leur convient le mieux, sans courir le risque de voir leurs opérations exclues de l'exonération.

Ainsi, la Cour a jugé que la circonstance qu'un courtier ou un intermédiaire d'assurance entretienne, non pas un rapport direct avec les parties au contrat d'assurance ou de réassurance à la conclusion duquel il contribue, mais seulement un rapport indirect avec ces dernières, par l'entremise d'un autre assujetti, qui est lui-même en relation directe avec l'une de ces parties et auquel ce courtier ou cet intermédiaire d'assurance est lié

contractuellement, ne s'oppose pas à ce que la prestation fournie par ce dernier soit exonérée de la TVA.

Cette jurisprudence est à rapprocher de l'arrêt Volker Ludwig (CJCE, 21 juin 2007, Aff. C-435/05) dans lequel la CJCE avait adopté une position similaire au sujet de la négociation de crédit, confirmée par l'administration dans un rescrit n°2006/9 du 7 février 2006 (voir Lettre Landwell n°24).

Nathalie Martin-Queulin  
Grégory Vincent

## Banques / Calcul des droits à déduction

Une soulte de résiliation de swaps de taux d'intérêts est située dans le champ d'application de la TVA, mais est exonérée et doit donc être incluse au dénominateur du prorata de déduction de TVA des redevables partiels (TA de Paris, n° 0312727, 9 juillet 2008, Sté Suez Finance).

La société Suez Finance avait pour activité de centraliser et gérer les ressources et besoins financiers des sociétés du groupe Suez. Elle a contracté auprès d'un établissement de crédit des emprunts à taux fixe et conclu des contrats d'échange de taux d'intérêts (Swaps) afin de se couvrir contre les variations des taux d'intérêts. La société a cependant résilié ses emprunts de manière anticipée. Elle a en conséquence versé une indemnité à l'organisme prêteur et perçu une soulte liée à la résiliation anticipée des swaps afférents auxdits emprunts.

La société a considéré que la soulte, ayant un caractère « indemnitaire », était située hors du champ d'application de la TVA et ne devait pas être prise en compte pour la détermination du prorata de déduction de TVA (rapport existant entre le montant annuel du chiffre d'affaires taxable et le montant annuel du chiffre d'affaires total).

L'administration a remis en cause cette exclusion et inscrit cette somme au seul dénominateur du prorata de déduction.

Saisi du litige, le Tribunal administratif de Paris a jugé qu'une telle soulte était représentative de la valeur des swaps à la date de la résiliation et que, malgré le caractère aléatoire desdits contrats de swaps, elle devait être regardée comme la contrepartie d'une prestation de service effectuée à titre onéreux (la prise en charge des intérêts afférents à l'emprunt contracté) : la soulte entrait donc dans le champ d'application de la TVA, mais était exonérée de la taxe.

En outre, cette soulte ne pouvait être regardée comme procédant d'opérations accessoires à l'exclusion du dénominateur du prorata de déduction (puisque les contrats étaient étroitement imbriqués à l'activité économique taxable de la société dont ils constituaient le complément indispensable, direct et permanent) : la soulte devait donc être prise en compte pour la détermination des droits à déduction, au seul dénominateur du prorata.

Cet arrêt constitue une application de la jurisprudence communautaire EDM de 2004 et de l'instruction administrative du 10 janvier 2006 publiée au BOI 3A-1-06 qui a précisé la notion d'opérations financières situées hors du champ d'application de la TVA et la notion de produits financiers présentant un caractère accessoire : dès lors que lesdits produits constituent la « substance » même de l'activité des organismes bancaires et financiers, ils ne sauraient être considérés comme hors du champ ou accessoires.

Nathalie-Martin-Queulin  
Samuel Papillault

## Sociétés holding / Dépenses engagées lors d'opérations de restructurations

Plusieurs décisions communautaire et nationale ont porté en 2008 sur la question du droit à déduction de la TVA et sur les conditions de déduction de la taxe grevant les dépenses engagées dans le cadre d'opérations de restructurations (plus particulièrement, d'acquisitions et de cessions de titres ainsi que de prises de participations réalisées par une filiale).

- Tout d'abord, dans un arrêt *Aventis* du 14 mai 2008, la Cour administrative d'appel de Versailles a admis la déduction de la TVA ayant grevé les frais liés à une opération de cession de titres.

La société *Aventis* a procédé à un apport partiel d'actif, en janvier 2002, d'une branche complète d'activité relative à une activité de fabrication et de commercialisation d'additifs nutritionnels pour l'alimentation animale, en échange de titres de la société bénéficiaire. Dès la prise d'effet de l'apport, elle a cédé ses titres à une société tierce. La société a déduit la TVA grevant les honoraires de conseils relatifs à la cession des titres et demandé le remboursement du crédit de TVA en résultant. L'administration fiscale lui a refusé le remboursement de ce crédit, au motif que cette TVA ne portait que sur l'opération de cession de titres et non sur l'apport lui-même.

La Cour, a toutefois relevé que c'est à bon droit que la société avait procédé à la déduction de la TVA ayant grevé cette cession

de titres. Cette opération avait pour finalité une restructuration de son activité, assujettie à la TVA. Les frais supportés pour mener à bien cette opération entretenaient donc un lien direct et immédiat avec l'activité économique taxable, leur conférant la nature de frais généraux. Une décision similaire avait déjà été prise par cette même Cour (CAA Versailles, 29 septembre 2006, *COMEPA*).

On rappellera cependant que la Cour administrative d'appel de Paris (CAA Paris, 21 mai 2007, *Pfizer*), dans un cas similaire, avait refusé la déduction de la TVA ayant grevé des frais de cession, au principal motif que la société n'avait pas été en mesure de démontrer que la cession des titres avait pour but un redéploiement de son pôle de distribution, dans le cadre d'une stratégie internationale, résultat d'exigences financières.

- Ensuite, le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt *Axa* du 6 octobre 2008, qu'une société holding ne peut déduire, au titre de ses frais généraux, la TVA ayant grevé les dépenses de conseil afférentes à une prise de participation, réalisée non pas par la holding, mais par l'une de ses filiales.

L'administration fiscale a remis en cause cette déduction en considérant que ne peuvent être incluses dans les frais généraux d'une société les dépenses exposées dans le cadre d'une opération, même assujettie à la TVA, qui a été réalisée non par cette société dans le cadre de son exploitation commerciale propre, mais par une société distincte, sa filiale.

Le Conseil d'État a confirmé la position de l'administration.

Seules les prises de participations directes autorisent donc la déduction.

Enfin, et pour autant que la déduction de la TVA grevant les frais d'acquisition de titres soit admise, les conditions de leur déduction doivent ensuite être précisées. À cette fin, la CJCE, dans un arrêt *Securenta* (aff. C-437/06) du 13 mars 2008, a précisé que la société doit préalablement ventiler ses dépenses entre ses activités dans/hors du champ d'application de la TVA, au moyen d'un ratio reflétant leur imputation réelle à chacune desdites activités.

La Cour a précisé que le ratio à utiliser doit être librement déterminé par les Etats-membres, à condition que la méthode retenue reflète objectivement la part d'imputation réelle des dépenses en amont à chacune des activités ; des critères économiques, financiers ou physiques peuvent donc être envisagés dans le cadre du calcul de ce ratio.

On retiendra de ces jurisprudences qu'il convient systématiquement d'apprécier les circonstances de faits et de ne pas tirer de conclusions générales de décisions prises dans un environnement particulier. Ceci étant, elles confirment la

tendance jurisprudentielle selon laquelle la TVA correspondant aux frais engagés à l'occasion d'opérations de restructurations, et plus particulièrement de vente de titres, peut être déduite dès lors que ces frais trouvent leur fondement exclusif dans l'activité économique générale de la société qui les a engagés, de manière à caractériser un lien direct et immédiat avec cette activité.

On peut cependant regretter que ces décisions, même si elle privilégient indéniablement l'analyse économique, ne tiennent pas compte de la mission générale de gestion et d'organisation des groupes qui incombe, en définitive, aux seules sociétés holding et non à leurs filiales opérationnelles.

Nathalie Martin-Queulin  
Grégory Vincent

## Fiscalité environnementale : TGAP sur les imprimés

L'article 84 de la loi du 24 décembre 2007 (n°2007-1822) instaure une contribution volontaire pouvant se substituer au paiement de la Taxe sur les activités polluantes (TGAP) applicable aux imprimés. Les nombreuses entreprises concernées par la « TGAP imprimés » devraient préférer la contribution volontaire en raison de son taux particulièrement incitatif.

La taxe générale sur les activités polluantes ou TGAP s'applique, depuis la loi du 30 décembre 2003 (loi n° 2003-1312), aux personnes qui distribuent ou font distribuer des imprimés. Le taux de cette TGAP s'élève à 0,9 euro par kilogramme d'imprimés produit par ou pour le compte des redevables.

Cependant, le redevable peut se soustraire au paiement de la TGAP en optant pour une contribution volontaire financière ou en nature.

Aux termes de l'article L541-10-1 du Code de l'environnement, toute personne est tenue de contribuer à la collecte et à la valorisation des déchets d'imprimés papiers si :

- elle distribue des imprimés papiers à titre gratuit ou onéreux, que les destinataires en aient ou non fait la demande ;
- elle distribue pour son propre compte ou fait distribuer des imprimés (imprimés publicitaires classiques), dans des boîtes aux lettres, les parties communes d'habitations collectives, des locaux commerciaux, des lieux publics ou sur la voie publique.

Celle-ci peut prendre la forme d'une contribution en nature consistant par exemple en la mise à disposition d'espaces de communication dédiés à la collecte des déchets d'imprimés papiers.

Elle peut également correspondre à une contribution financière, dont le taux fixé par décret est inférieur à celui de la TGAP. Il est en-dessous du seuil de 0,15 euro par kilogramme et peut être modulé en fonction de la qualité environnementale de l'imprimé.

Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2008, le champ d'application de cette contribution volontaire a été étendu par l'article 84 de la loi n°2007-1822 du 24 décembre 2007 à tout donneur d'ordre qui émet ou fait émettre des imprimés à l'intention des destinataires finaux. Par ailleurs, le champ d'application est étendu aux imprimés émis gratuitement ou non.

Depuis l'entrée en vigueur de cette nouvelle taxe, de nombreuses entreprises ont opté pour une contribution en nature. D'autres essaient également de diminuer les envois d'imprimés au profit des envois par courriels.

Parallèlement, l'administration douanière, compétente pour la collecte et le contrôle de cette TGAP, a initié un certain nombre de contrôles.

Ainsi, la contribution volontaire, qu'elle soit financière ou en nature, constitue une alternative intéressante à la TGAP dans la mesure où elle permet de réduire de manière significative le coût fiscal et les risques douaniers liés à la distribution d'imprimés.

Sophie Dumon-Kappe  
Guy Le Gall

# la lettre juridique



## L'affaire Cartesio

Le degré de mobilité intracommunautaire de l'administration centrale des sociétés reste soumis à la souveraineté de chacun des états membres

Suivant l'arrêt Cartesio, une société ne peut, lorsque le droit de son pays de création ne l'autorise pas, déplacer son siège social en conservant sa qualité de société relevant de la loi de son état de constitution.

L'arrêt paraît ouvrir pleinement la faculté pour une société de déplacer son siège et sa loi de rattachement par la voie de la transformation en société d'une forme de l'état d'accueil. En pratique, les plus grandes réserves doivent être émises sur la faisabilité de tels déplacements intracommunautaires de société.

De la même façon, l'arrêt peut laisser penser que la voie de la fusion-absorption permet de trouver une voie au déplacement de siège. Là encore, pour des raisons juridiques, tenant notamment à la question du maintien des contrats *intuitu personae*, cette alternative présente de nombreux inconvénients.

Dans ces conditions, les discussions concernant la directive mobilité ne devraient-elles pas être relancées ?

Les faits de l'affaire « Cartesio » sont d'une grande simplicité.

Une société de droit hongrois souhaitait obtenir l'inscription au registre des sociétés du transfert de son siège en Italie tout en continuant à être régie par la loi de son lieu de création (Hongrie). Le droit hongrois s'opposait à un tel déplacement de siège. Ces dispositions du droit hongrois étaient-elles contraires au principe de liberté d'établissement ?

« Point du tout » répond la CJCE dans un arrêt du 16 décembre 2008 (CJCE, 16 décembre 2008, affaire Cartesio, C-210/06), prenant une position en totale opposition par rapport à celle qui ressortait des conclusions de l'avocat général.

Pour la Cour, en l'état actuel du droit communautaire, les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée.

En substance, les États membres définissent librement les

conditions de mobilité du siège social. La solution paraît logique. Pour bien la comprendre, en percevoir les ressorts et projeter des solutions pratiques, il convient à titre préliminaire de rappeler que la détermination du siège statutaire ou réel, l'existence de la personnalité morale, la loi qui lui est applicable et la nationalité qui découle de ces éléments d'une certaine façon, en sont des questions plus ou moins liées selon le contenu des réglementations nationales, mais qui restent distinctes dans leur conception (1) et leur régime (2).

1) Concevoir la mobilité intracommunautaire des sociétés commerciales dotées de la personnalité morale, suppose que l'on replace le débat dans son contexte théorique.

La création de la personnalité morale des sociétés n'est possible - au moins pour les sociétés relevant des première et deuxième directives communautaires en droit des sociétés - qu'en respectant un formalisme défini par le législateur. En Hongrie, comme en France, ce formalisme est celui de l'inscription à un registre du commerce et des sociétés. Il s'agit là d'une expression de la théorie dite de la fiction de la personnalité morale des sociétés commerciales. Leur personnalité juridique résulte d'une fiction de la loi. Le législateur, à l'occasion de son œuvre créatrice des personnes juridiques constituées sous forme de sociétés, peut également imposer souverainement des conditions restrictives à leur existence. Parmi ces conditions, il est possible, comme c'est le cas en Hongrie et en France, de prévoir que le siège social soit déterminant de la loi applicable (en France, c. civ., art. 1837). Dès lors, changer le lieu du siège n'est pas possible sans modification de la loi applicable à la société, la *lex societatis*.

Cette théorie du siège, à laquelle se réfère encore le droit français, voit, en France et dans d'autres États de l'Union Européenne, la société acquérir la personnalité morale par voie d'enregistrement au RCS du lieu de son siège statutaire. La société enregistrée au lieu de son siège statutaire en France est ainsi constituée conformément au droit français. La mobilité du siège réel peut emporter une modification de la loi applicable, voire de la nationalité de la société. La théorie du siège connaît de subtiles variations dans ses applications par les États membres au sein de l'Union Européenne, comme a déjà permis de le remarquer l'arrêt *Überseering* (CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* : Rev. sociétés 2003, p. 315, note J.-P. Dom). Mais ce n'est pas la seule théorie permettant la création d'une société dotée de la personnalité morale.

Très différente de la théorie du siège, la théorie de l'incorporation permet à une société, anglaise par exemple, d'être incorporée au lieu de son registered office, en Grande-Bretagne par exemple, pour avoir son administration centrale au lieu de son head office, dans n'importe quel État, membre ou non de l'Union Européenne.

Le principe est donc ici celui de la dissociation du lieu d'enregistrement par rapport au siège. Ce système a notamment permis à l'empire britannique de développer l'activité commerciale de ses sujets au sein du Commonwealth en permettant en principe de maintenir, quelle que soit la localisation du head office, la compétence des juridictions du registered office. Le head office qui - si l'on transpose la notion en droit français - tient lieu de siège réel à la société peut ainsi être déplacé sans que soit affecté le rattachement au lieu d'incorporation (le registered office). L'ordre interne compétent pour la création de la société n'est pas affecté par la mobilité de son siège. Là encore, cette théorie connaît différentes déclinaisons par les États qui l'appliquent.

Les deux théories sont difficilement compatibles en termes de mobilité du siège social. La mobilité appliquée à une société créée dans un État appliquant la théorie du siège suppose, au moins pour le droit français et le droit hongrois, un changement d'ordre juridique de rattachement.

Tel n'est pas le cas, pour les sociétés qui appliquent la théorie de l'incorporation.

La question posée à la CJCE revenait donc à celle de la conformité de la théorie du siège au regard du principe de liberté d'établissement.

À cet égard, par son arrêt *Cartesio*, la CJCE considère que la théorie de l'incorporation ne s'impose pas et que la théorie du siège n'est pas contraire au principe communautaire de liberté d'établissement. Le droit français (c. civ., art. 1837) peut donc, de ce point de vue, être maintenu en l'état.

En termes de développement économique intracommunautaire et donc d'attractivité, par principe, la théorie du siège paraît, au premier regard, moins attractive que la théorie de l'incorporation : mieux vaudrait lorsque l'on crée une société en Europe bénéficier de la plus grande faculté de déplacement du siège réel... En est-on si sûr ? Les créateurs de sociétés ont-ils nécessairement envie de maintenir la compétence, voire la loi applicable, du lieu du registered office d'une société dont ils déplacent le siège ? S'agissant d'attractivité, l'arrêt *Daily Mail* (CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust*, 81/87, Rec. p. 5483.) a, en outre, pu démontrer que le droit anglais n'est lui-même pas toujours favorable à la mobilité...

## 2°) Il reste que la décision *Cartesio* commentée paraît limiter le régime de la mobilité des sociétés relevant d'États appliquant la théorie du siège.

Il convient néanmoins de distinguer selon que le changement affecte l'administration centrale (a) - le siège réel donc - ou le siège statutaire (b).

a) Concernant le changement d'administration centrale, d'après l'arrêt, les États restent souverains dans la définition du degré de mobilité de l'administration centrale des sociétés commerciales dotées de la personnalité morale. Si une société doit, suivant la loi du lieu de sa création, maintenir son administration centrale (donc son siège réel) au lieu de son siège statutaire pour rester rattachée à l'ordre juridique dont elle est issue, la liberté d'établissement ne s'y oppose pas. Cette solution est heureuse.

En effet, le système communautaire se doit de maintenir sa propre cohérence et l'on voit mal comment une solution différente aurait pu être préconisée alors que le règlement n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne prévoit dans son article 7 qu'un État membre peut « imposer aux Sociétés européennes (SE) immatriculées sur son territoire l'obligation d'avoir leur administration centrale et leur siège statutaire au même endroit », le tout à peine de liquidation (Rgl 2157/2001, art. 64).

L'article 64 dudit règlement éclaire d'ailleurs assez bien la décision de la CJCE.

Bien entendu, cet article 64 ne concerne que les sociétés européennes (en France, c. com., art. L. 229-1 et s.). Mais on constate que l'arrêt de la CJCE ouvre sur certaines solutions qui se dégagent du point 1 de l'article 64. Suivant ce point, lorsqu'une SE n'a plus son siège statutaire et son administration centrale au même endroit, soit l'administration centrale - autrement dit en droit français le siège réel - est rétablie dans l'État membre du siège statutaire, soit le transfert du siège statutaire doit être réalisé avec changement d'ordre interne de rattachement, suivant une procédure spéciale (Rgl 2157/2001, art. 8).

b) La CJCE a jugé bon d'anticiper les questions qui découlent notamment de la pratique de la mobilité des SE (points n°115 et s.). Celles-ci tiennent dans le déplacement non plus du siège réel, de l'administration centrale, mais du siège statutaire et, par conséquent pour les sociétés relevant de la loi appliquant la théorie du siège, pose la question du changement de loi applicable.

À cet égard, l'arrêt *Cartesio* laisse entendre, en substance, que si, pris isolément, le siège de la société peut, à la discrétion de chaque État membre, ne pas être mobile, en revanche, la forme sociale peut l'être dès lors qu'elle peut être transformée en société d'une autre forme au sein de l'Union Européenne.

Motivant sa décision, la CJCE distingue en effet l'hypothèse du déplacement du siège social sans changement de droit applicable, du même déplacement avec changement du droit national applicable, « la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace ».

Selon la Cour, dans cette dernière hypothèse, le droit du pays de constitution ne saurait sanctionner la mobilité-transformation par une dissolution ou une liquidation de la société concernée (point 112). La décision commentée est toutefois, sur ce point, pétrie de contradictions.

On comprend tout d'abord des motifs qu'une telle restriction serait contraire à la liberté d'établissement de la société librement constituée dans un État membre (point 112 et 113). Mais, par la suite, la Cour tempère la force de la liberté d'établissement à un double titre.

D'une part, la mobilité-transformation n'est possible que pour autant que le droit du pays d'accueil le permet (point 112). Cela signifie que les réglementations du pays de création et du pays de transformation doivent être en harmonie pour permettre le déplacement de la personne juridique, ce qui - relève la Cour (point 114) - est loin d'être le cas.

D'autre part, la Cour relève plus loin que le principe invoqué par la Commission suivant lequel toute société demandant à transférer son siège avec transformation en société relevant du droit du pays d'accueil devrait pouvoir le faire comme le font les sociétés européennes et les GEIE - dont précisément le droit est harmonisé par voie de règlement et de directive - n'est aucunement acquis. Ce que le droit communautaire a fait pour le GEIE et la société européenne, il ne l'a pas fait pour les autres formes sociales. Et la CJCE de ne pas se prononcer sur un hypothétique raisonnement par analogie (point 120).

En substance, contrairement à ce que laisse entendre le communiqué rédigé par les institutions communautaires concernant le même arrêt, la mobilité intracommunautaire des sociétés commerciale sera possible lorsque les États membres auront harmonisé leur réglementation concernant la transformation des sociétés et la mobilité interne et intracommunautaire de leur siège... Tout reste donc à faire sur ce point.

Mais, à titre de conclusion provisoire, tous ces débats sont-ils utiles et pertinents en droit positif ?

D'une part, si l'on excepte le GEIE et la Société Européenne qui sont mobiles par nature, la directive « fusions transfrontalières » (directive 2005/56/CE) est maintenant applicable dans toute l'Union Européenne et donc en France (c. com., art. L236-25 et s.). La transposition française devrait être très prochainement parachevée (certains décrets d'application font encore défaut et seront pris en janvier 2009). En conséquence, peuvent donc déplacer leur siège social de la France vers un autre État membre, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés européennes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées qui se font absorber

par une société nouvellement créée dans l'État de destination.

D'autre part, l'arrêt rendu par la CJCE dans l'affaire SEVIC systems AG (C-411/03) étend, sur fond de liberté d'établissement et de non-discrimination, la liberté de fusionner avec transmission universelle du patrimoine à toutes les formes sociales et va donc au-delà du champ d'application *ratione materiae* et *personae* de la directive.

Suivant cet arrêt, les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à ce que, dans un État membre, l'inscription au registre national du commerce de la fusion par dissolution sans liquidation d'une société et par transmission universelle du patrimoine de cette dernière à une autre société soit refusée de manière générale lorsque l'une des deux sociétés a son siège dans un autre État membre, alors qu'une telle inscription est possible, dès lors que certaines conditions sont respectées, lorsque les sociétés participant à la fusion ont toutes deux leur siège sur le territoire du premier État membre.

Il reste que faire une fusion transfrontalière là ou une transformation transfrontalière avec maintien de la personnalité morale de la société du pays de création dans celle du pays de destination serait plus simple et juridiquement plus conforme.

En effet, la fusion-absorption qui emporte dissolution de la société absorbée peut être perçue comme un succédané de la mobilité / transformation.

La société absorbée perd ce qui constitue son enveloppe, sa personnalité juridique par la voie de la dissolution.

Le rattachement à l'ordre juridique interne d'origine disparaît ainsi quoiqu'il advienne.

Le patrimoine de la société absorbée est, en revanche, transmis dans la société absorbante qui, dans l'hypothèse étudiée, est rattachée à un autre état membre. La chambre commerciale de la Cour de cassation a elle-même admis cette assimilation de la fusion à la transformation lorsqu'il lui a été demandé si les règles d'unanimité applicables en cas de transformation d'une société en SAS (le principe de l'unanimité) l'étaient également en cas de fusion (Cass. com., 19 décembre 2006).

Sans que la fraude à la loi ait été envisagée, la société qui fusionne en se faisant absorber par une SAS doit respecter le principe de l'unanimité des associés applicable en matière de transformation.

Pourtant, fusion et transformation, sont des opérations qui en termes de mobilité intracommunautaire peuvent certes produire les mêmes effets, mais ne connaissent néanmoins pas le même régime.

Le principe d'universalité de la transmission patrimoniale qui résulte de la fusion assure la seule continuité patrimoniale de la personne morale absorbée qui est tout de même dissoute. En conséquence, les contrats intuitu personae se trouvent affectés par la fusion et doivent être renégociés à cette occasion (par ex., parmi une jurisprudence fournie, v. récemment, en matière de franchise, Cass. com., 3 juin 2008).

Il n'en va pas de même concernant la transformation. Le principe applicable est alors celui de la pérennité de la personnalité morale. En cas de transformation / mobilité, le point pourra s'avérer important, lorsque les oppositions techniques des systèmes juridiques en présence au sein de l'Union Européenne auront été définitivement levées.

Il y a probablement là de quoi relancer le projet de directive mobilité intracommunautaire!

Jean-Philippe Dom

## Les apports de la LME au droit des sociétés par actions

On trouve dans les mesures de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 (LME), une certaine accentuation de la distinction entre les sociétés selon qu'elles font (2°) ou non (3°) appel public à l'épargne (APE), le régime commun étant maintenu (1°).

1°) Concernant les dispositions communes aux sociétés par actions, en premier lieu, le droit applicable aux actions de préférence est modifié (v. infra).

En second lieu, en cas de fusions de sociétés anonymes, prolongeant la loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire, les apports sont évalués par le commissaire à la fusion à moins d'une unanimité des actionnaires de chacune des sociétés participant à la fusion qui permet alors la désignation d'un commissaire aux apports (C. com., art. L236-10).

2°) Parmi les sociétés pouvant recourir à l'APE, les sociétés anonymes connaissent une série de modifications destinées à simplifier leur pratique.

Les membres des organes de contrôle (administrateurs, membres du conseil de surveillance) ne seront plus tenus de détenir des actions de la société que de façon supplétive (C. com., art. L225-25 et L225-72, v° 2009). Cela devrait notamment faciliter la désignation d'administrateurs indépendants dans les sociétés cotées.

Les hypothèses dans lesquelles les actions à droit de vote double conservent cette prérogative, notamment en cas de transfert de propriété, sont étendues à la fusion et à la scission, sauf clause contraire des statuts (C. com., art. L225-124, v° 2009).

Concernant le droit boursier, les sociétés dont les titres sont cotés sur Alternext peuvent procéder au rachat d'actions, mais seulement en vue de favoriser la liquidité des titres (C. com., art. L225-209-1).

Enfin, les hypothèses d'offre publique de retrait des actionnaires sont étendues aux modifications substantielles des statuts, aux opérations de transmission universelle du patrimoine, à la disposition des principaux actifs sociaux, à la réorientation de l'activité sociale ou à la suppression, pendant plusieurs exercices, de toute rémunération de titres de capital. L'Autorité des marchés financiers est en charge de l'appréciation des conséquences de l'opération au regard des intérêts des actionnaires pour décider s'il y a lieu de mettre en œuvre l'offre publique de retrait (C. mon. et fin., art. L433-4, I, 3°).

3°) Parmi les sociétés ne faisant pas d'APE, la SAS sort rayonnante du lifting juridique.

D'une part, l'exigence de minimum légal du capital social est sacrifiée sur l'autel de la compétitivité intracommunautaire; l'existence d'un capital reste néanmoins requise; par ailleurs, l'apport en industrie devient possible dans une société par actions (C. com., art. L. 227-1, v° 2009).

D'autre part, la SASU voit, en cas de présidence exercée par l'associé unique, ses modalités de fonctionnement allégées (C. com., art. L. 227-9, al. 3 nouveau, in fine). Il en va de même de ses obligations de publicité légale.

Enfin, en-deçà de seuils à définir par voie de décret, l'obligation de recourir à un commissaire aux comptes disparaît (C. com., art. L. 227-9-1, v° 2009). Cet allègement ne s'appliquera pas aux SAS qui justifient une transparence particulière, qui contrôlent une autre société ou qui sont contrôlées par une autre société. Une réponse ministérielle est venue préciser qu'un accord entre le Gouvernement et la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes a été trouvé et devrait être publié avant la fin de l'année (Rép. min., n° 26561 à Mme Conchita Lacuey, JOAN Q, 2 déc. 2008, p. 10429.).

En conclusion, la réforme du droit des sociétés par actions que réalise la LME est profonde. Elle annonce, en outre, un calendrier chargé pour l'avenir. En effet, l'article 152 de la loi habilite le gouvernement à légiférer, par voie d'ordonnances, dans des délais assez brefs, notamment en matière boursière et financière.

Jean-Philippe Dom

## L'aménagement du droit des actions de préférence

Introduites en droit français par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004, les actions de préférence ont vu leur régime juridique complété et aménagé par deux textes successifs : la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie et l'ordonnance n° 2008-1145, du 6 novembre 2008.

Ces textes ont été pris après une consultation de place, pour rendre plus attractif le marché boursier français. Destinés aux sociétés cotées, les nouveaux textes qui seront applicables au 1<sup>er</sup> janvier 2009 emportent néanmoins des conséquences pour toutes les formes de sociétés par actions concernant l'existence (1) et le régime (2) des actions de préférence

### 1. Pour ce qui est de l'existence de ces actions de préférence, deux points retiennent l'attention.

Tout d'abord, l'émission d'actions relevant d'une catégorie existant déjà, la procédure de vérification des avantages particuliers requise par l'article L. 228-15, al. 1<sup>er</sup> est écartée (c. com., art. L228-15, al. 3). L'intervention du commissaire aux comptes au titre du rapport spécial qu'il établit à l'occasion de l'émission d'actions de préférence apparaissant suffisante à garantir l'égalité des actionnaires d'une même catégorie (c. com., art. L228-12, al. 1<sup>er</sup>).

Ensuite, la protection des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital est également aménagée. Les termes de l'article L228-98 du code de commerce restent assez peu clairs. En cas de création d'actions de préférence modifiant les règles de répartition des bénéfices ou entraînant amortissement du capital, l'assemblée des titulaires de chaque catégorie de valeurs mobilières donnant accès au capital (c. com., art. L228-103) doit donner son autorisation. Si la création d'actions de préférence du même type résulte d'une émission avec maintien du droit préférentiel de souscription, il faut ajouter à cette protection le jeu de l'article 288-99 du code de commerce (bénéfice anticipé de l'accès aux titres créés pour les titulaires de droits d'accès au titres de capital, maintien des droits des mêmes titulaires, ajustement des droits de conversion, de souscription, de remboursement ou d'échange).

### 2. Concernant le régime des actions de préférence, la réglementation évolue à deux égards.

En premier lieu, la loi prévoit dorénavant que « par dérogation aux articles L225-132 et L228-91, les actions de préférence sans droit de vote auxquelles est attaché un droit limité de participation aux dividendes, aux réserves ou au partage du patrimoine en cas de liquidation sont privées de droit préférentiel de souscription pour toute augmentation de capital en numéraire, sous réserve de stipulations contraires des statuts. » (c. com., art. L228-11, dernier alinéa). Cette mesure était, semble-t-il, destinée à des émissions de titres très particuliers s'apparentant à des obligations indexées sur le résultat de la société. Elle provoque un choc en retour qu'il faut signaler. En vertu de ce texte, sauf modification statutaire précédant la prochaine augmentation de capital, toute action de préférence sans droit de vote bénéficiant d'une quelconque diminution de ses droits pécuniaires se trouve dépourvue de droit préférentiel de souscription. La conséquence est très lourde tant ce type de produit est également usité dans certains montages à effet de levier.

En second lieu, le régime du rachat des actions de préférence est aménagé. Dorénavant, l'article L228-20 du code de commerce ayant été abrogé, les actions de préférence, qu'elles soient ou non cotées, peuvent être rachetées dans les conditions de l'article L228-12 du même code.

À dater de l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital, la société appelée à attribuer ces titres ne peut modifier sa forme ou son objet, à moins d'y être autorisée par le contrat d'émission ou dans les conditions prévues à l'article L. 228-103.

En outre, elle ne peut ni modifier les règles de répartition de ses bénéfices, ni amortir son capital, ni créer d'actions de préférence entraînant une telle modification ou un tel amortissement, à moins d'y être autorisée dans les conditions prévues à l'article L. 228-103 et sous réserve de prendre les dispositions nécessaires au maintien des droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital dans les conditions définies à l'article L. 228-99 ou par le contrat d'émission.

Sous ces mêmes réserves, elle peut cependant créer des actions de préférence.

En cas de réduction de son capital motivée par des pertes et réalisée par la diminution du montant nominal ou du nombre des titres composant le capital, les droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital sont réduits en conséquence, comme s'ils les avaient exercés avant la date à laquelle la réduction de capital est devenue définitive.

Jean-Philippe Dom

# la lettre sociale



## La contribution patronale de 10 % sur les actions gratuites et les stock-options n'est pas remboursable

Depuis le 16 octobre 2007, lorsqu'un salarié se voit attribuer des actions gratuites ou des options ouvrant droit à la souscription ou à l'achat d'actions, son employeur est tenu de verser une contribution patronale de 10 % dans le mois suivant l'attribution.

Cette contribution n'est due que pour les actions et options attribuées dans le cadre d'un plan « qualifié », c'est-à-dire qui remplit les conditions fixées par le code de commerce.

En adoptant cette nouvelle contribution, le législateur visait évidemment les actions et options de souscription d'actions qui bénéficient d'un régime de faveur en matière sociale et fiscale.

Il convient de rappeler que, pour bénéficier du régime social et fiscal de faveur, les attributions doivent avoir eu lieu dans les conditions fixées par le Code de commerce, mais il faut également que le salarié observe des délais avant de pouvoir céder ses titres, ainsi que le prévoit le code général des impôts.

Lorsque les conditions d'application du régime de faveur ne sont pas réunies, les actions gratuites et stock-options sont considérées comme des salaires et donc soumis à cotisations sociales.

En pratique, il est tout à fait envisageable que la contribution de 10 % soit due au moment de l'attribution, mais qu'en revanche, au moment de la cession, les conditions pour bénéficier du régime social et fiscal de faveur ne soient pas réunies, soit parce que le régime a été disqualifié durant cette période, soit parce que le salarié n'a pas respecté les délais imposés par le code général des impôts.

Dans une telle situation, la question se posait de savoir si l'employeur était tenu de payer à la fois la contribution patronale de 10 % et les cotisations sociales : 45 % en moyenne pour la part patronale et 22 % pour la part salariale (cette dernière devant être supportée par l'employeur dans le cas des actions gratuites). Le ministère a répondu par l'affirmative (lettre non publiée). Dans un tel cas, les cotisations acquittées par l'employeur pourraient représenter alors jusqu'à 77 %.

Rappelons qu'entrent dans le champ d'application de la contribution de 10 % les attributions faites en application de plans étrangers dont bénéficient les salariés assujettis à cotisations sociales en France. Outre la problématique du respect des délais par les bénéficiaires qui est fréquente pour les plans étrangers, on peut imaginer que les inspecteurs URSSAF

soient plus enclins que dans le passé à demander les copies des plans et à rechercher une « qualification » de ces plans au regard du droit français pour augmenter les montants recouverts au titre de la contribution patronale.

Certaines sociétés pourraient être tentées de considérer que leur plan ne « qualifie » pas et en conséquence, ne pas acquitter la contribution patronale de 10 %. N'oublions pas dans ce cas que les cotisations sociales assises sur les salaires seront dues au moment de l'acquisition définitive des titres, soit au moment de l'exercice des options pour les stock-options ou au terme de la période d'acquisition pour les actions gratuites... Dans ce cas, il conviendrait de vérifier au préalable que des cessions ne sont pas intervenues au cours des dernières années en application du même plan ou d'un plan trop similaire, car une telle situation pourrait entraîner un redressement sur les gains réalisés au cours des dernières années.

La prudence semble davantage imposer la mise en place d'un « sous-plan » français pour les attributions en application de plans étrangers, une communication sans faille des informations entre la société étrangère et la société française, ainsi que le blocage des titres au niveau de l'organisme gestionnaire. Le cas des salariés en situation de mobilité internationale méritera également d'être examiné, qu'il s'agisse d'impatriés ou d'expatriés, en particulier compte tenu des différences d'approche en matière sociale et fiscale.

Virginie Lejeune  
Karine Mabilieu

## Accord de participation - régime d'autorité - traitement social

Dans un arrêt du 3 juillet 2008 (Cass. 2e civ. 3 juillet 2008 n° 07-17.379, Sté Maintenance Paris c/ Urssaf de Lille), la Cour de cassation considère que les sommes issues de la réserve spéciale de participation constituée par application du régime légal obligatoire dit « d'autorité » doivent être soumises aux cotisations de sécurité sociale.

À la suite d'un contrôle l'Urssaf de Lille a réintégré dans l'assiette des cotisations d'une société les sommes allouées aux salariés au titre de la participation en raison de ce que l'accord de participation n'avait pas été déposé dans le délai requis.

La société a contesté ce redressement devant la juridiction de sécurité sociale qui a rejeté sa demande.

Devant la Cour de cassation, la société faisait grief au jugement de valider ce redressement, alors que, selon elle, ouvrent droit aux exonérations fiscales et sociales les sommes portées par une entreprise à la réserve spéciale de participation selon les règles définies par le régime obligatoire de droit commun, en l'absence d'accord et que ne sont privées du bénéfice de ces exonérations que les entreprises qui versent des sommes à la réserve spéciale de participation en vertu d'un accord qui n'a pas été déposé dans les délais.

La Cour de cassation n'accueille pas cette argumentation et valide le raisonnement du tribunal qui a retenu que la société ne pouvait revendiquer le bénéfice d'une exonération de cotisations sociales, que le législateur a entendu réserver aux seules entreprises ayant régulièrement conclu et déposé un accord de participation.

Cette décision d'une exceptionnelle sévérité est discutable et se heurte à l'interprétation administrative en vigueur. En effet selon une circulaire interministérielle de 2005, le régime dit d'autorité « comprend notamment la constitution d'une réserve spéciale de participation [...] bénéficiant des exonérations fiscales et sociales liées au régime de la participation » (circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 publiée au JO du 1<sup>er</sup> novembre 2005, dossier participation fiche 2 II A).

Pour rappel, le régime dit « d'autorité » sanctionne les entreprises qui n'ont pas mis en place d'accord de participation dans le délai d'un an suivant la clôture de l'exercice au titre duquel sont nés les droits des salariés à bénéficier de la participation.

La société, soumise au régime dit « d'autorité », ne pouvait évidemment pas justifier d'un accord et encore moins d'une preuve de dépôt.

On relèvera que depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2005, en application de l'article L. 243-6-2 du Code de la sécurité sociale, les entreprises peuvent opposer l'interprétation admise par une circulaire du ministre chargé de la sécurité sociale ayant fait l'objet d'une publication, aux organismes en charge du contrôle. L'utilisation de cet article, si cela avait été possible à l'époque des faits, aurait ainsi permis à l'entreprise d'éviter l'analyse littérale des textes par la Haute Cour.

Malgré sa sévérité, la décision du 3 juillet 2008 a néanmoins le mérite de rappeler aux entreprises que les dispositifs de participation des salariés aux résultats et les plans d'épargne recèlent encore des particularismes forts et des zones de risque pouvant entraîner la perte des exonérations fiscales et sociales prévues par les textes.

Le législateur avait l'opportunité de clarifier la situation par l'insertion d'un article dans la loi du 3 décembre 2008 sur les revenus du travail ; il ne l'a pas jugé nécessaire.

Blandine Lundy  
Matthieu Courtadon

## Licenciements/Modifications du contrat de travail pour motif économique : jurisprudence

Dans un contexte économique difficile, la Cour de cassation a rendu plusieurs arrêts en matière de licenciement économique présentant un intérêt certain pour les employeurs.

Elle a rappelé par ailleurs que la procédure de modification du contrat de travail pour motif économique est une procédure stricte et incontournable.

### Licenciement et obligation de reclassement :

Dans un arrêt en date du 13 novembre 2008 (Boncristiano c/ Sté Cie générale de Crédirpar), la Cour de cassation a jugé pour la première fois que l'employeur avait pu tenir compte de la volonté expresse du salarié pour limiter ses recherches de reclassement au périmètre défini par le salarié.

Au cas d'espèce, l'employeur avait dans un premier temps recherché des postes de reclassement sans limite géographique (conformément aux obligations qui sont les siennes). Au

terme de ses recherches, l'employeur avait proposé un poste de reclassement au salarié, qui avait alors refusé ce poste en invoquant son souhait, pour des raisons familiales, de ne pas s'éloigner de son domicile pour l'exercice de son activité professionnelle.

Suite à ce refus, l'employeur avait limité ses recherches de reclassement au périmètre ainsi défini par le salarié, ce que ledit salarié avait reproché in fine à son employeur.

La Cour de cassation a jugé que l'employeur n'avait pas failli à son obligation en tenant compte de la volonté expresse du salarié.

Ainsi, il semble aujourd'hui qu'un employeur puisse tenir compte des conditions fixées expressément par le salarié en matière de recherches de reclassement, quitte à ce que dernier subisse les conséquences de son choix par la suite.

Il est nécessaire de souligner que quelques mois plus tôt, dans un arrêt en date du 24 juin 2008 (Pernette c/ Sté Fideuram Wargny), la Cour de cassation a jugé que l'employeur ne peut limiter ses offres de reclassement en fonction de la volonté présumée des intéressés de les refuser.

Dans cette affaire, des salariés avaient refusé une proposition de reclassement éloignée (salariés travaillant à Lyon et se voyant proposer une mutation à Paris) pour des raisons personnelles ou familiales.

L'employeur, alors qu'il existait d'autres postes disponibles à l'étranger (en Suisse), n'avait pas proposé ces postes aux salariés.

Ce que la Cour de cassation lui a reproché, considérant qu'il n'appartenait pas à l'employeur de se faire l'interprète de la volonté présumée des salariés.

Par conséquent, au regard de ces deux arrêts, l'approche de l'employeur pourrait être différente selon que le salarié manifeste clairement et expressément (et par écrit pour des questions de preuve) sa volonté ou non en matière de reclassement.

En tout état de cause, il convient selon nous de rester prudent en la matière étant précisé qu'en cas de contentieux, l'employeur aura toujours intérêt à rapporter la preuve qu'il a fait ses meilleurs efforts en terme de recherches de reclassement peu importe la volonté exprimée par le salarié, celle-ci étant susceptible d'évoluer.

### **Licenciement et effectif à prendre en considération en matière de PSE :**

Dans un arrêt en date du 23 septembre 2008 (n° 07-42.862 P + B), il a été jugé que seuls les salariés qui sont rattachés à l'activité de l'employeur en France bénéficient des lois françaises régissant le droit du travail, en application du principe de la territorialité de la loi française.

En application de ce principe, l'effectif à prendre en considération pour déterminer si un PSE doit être mis en place est constitué par les seuls salariés relevant des établissements de la société situés en France.

Au cas d'espèce, la structure française était la succursale d'une société étrangère.

Le fait que cette succursale soit sans personnalité morale, n'a donc eu aucune incidence sur l'appréhension du principe de territorialité.

### **Modification du contrat de travail et procédure applicable :**

Dans un arrêt en date du 25 juin 2008 (Chatain c/ Sté Sicame), la Cour de cassation a précisé combien la procédure applicable en matière de modification du contrat de travail pour motif économique était incontournable et stricte.

Pour mémoire, en pareil cas, un délai de réflexion d'un mois doit être laissé au salarié.

Au cas d'espèce, l'employeur souhaitant vraisemblablement gérer au plus court les délais, avait convoqué le salarié à un entretien préalable de licenciement au cours de la période réflexion. Pour autant, il avait fixé la date de cet entretien à une date postérieure à l'expiration de celle-ci.

La Cour de cassation a jugé que le licenciement du salarié était sans cause réelle et sérieuse dès lors que le délai d'un mois n'était pas expiré lors de la convocation à l'entretien préalable.

Cette décision, sévère au demeurant, devra conduire les employeurs à respecter scrupuleusement les règles en matière de modification de contrat de travail pour motif économique afin d'éviter les sanctions dont les conséquences peuvent être lourdes, notamment si le nombre de salariés concernés est important.

Blandine Lundy

# la lettre corporate



## Sélection d'articles

Retrouvez les dernières contributions des avocats Landwell dans la presse économique, financière ou spécialisée.

- **Feuillet rapide comptable n°01/09 - 01/2009**  
« Report en avant ou en arrière des déficits - Optez de toute urgence pour le carry-back! » - par Marie-Amélie Deysine
- **Achatpublic.com - 07/01/2009**  
Chat consacré aux contrats complexes : la compilation - par Assiba Djemaoun et Jérôme Grand d'Esnon
- **International Tax Review - 01/01/2009**  
« New legislation on transfer pricing postponed again » - par Marie-Laure Hublot et Nicolas Jacquot
- **Gérer - 01/01/2009**  
« Les PME et la crise financière » - par Francis Collin
- **Le Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment - 26/12/2008**  
« Et un, et deux, et trois décrets » - par Jérôme Grand d'Esnon
- **Revue de Droit Fiscal - 25/12/2008**  
« Groupes de sociétés : une sous-filiale française détenue via une filiale étrangère peut être intégrée » - par Jean-Luc Pierre
- **Le Tout Lyon en Rhône-Alpes - 20/12/2008**  
« Diriger en période de crise : les techniques alternatives de financement » - par Anne Saudeau
- **Feuillet rapide fiscal n°65/08 - 19/12/2008**  
« Carry-back : intérêt d'opter avant le 31 décembre 2008 » - par Marie-Amélie Deysine
- **Revue de Droit Fiscal - 18/12/2008**  
« Bénéfices non-commerciaux : les règles d'assujettissement à l'IR des produits de l'exploitation indirecte de signes distinctifs par des particuliers : une évolution de la jurisprudence ? » - par Jean-Luc Pierre
- **Challenges - 11/12/2008**  
« Des classes moyennes à l'abri du plafond des niches fiscales » - par Nicolas Jacquot
- **Directmatin - 11/12/2008**  
« Développement durable, les petits gestes ne suffisent pas » - par Bettina Laville
- **Option Finance - 08/12/2008**  
« L'impact de la loi informatique et libertés sur la collecte d'informations imposée par la MIF » - par Cyril Karam et Frédéric Guénin
- **Droit des Sociétés - Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur - 01/12/2008**  
« Réduction de capital : opérations de réduction du nominal des titres et de rachat des titres d'un associé » - par Jean-Luc Pierre
- **La Gazette du Midi - 01/12/2008**  
« Du nouveau sur le carry-back » - par Thierry Droulez
- **La Tribune - 01/12/2008**  
« Le régime français de l'intégration fiscale va devoir être revu » - par Nicolas Jacquot
- **Commerce International - 01/12/2008**  
« Fiscalité internationale : des disparités importantes à travers l'Europe » - par Philippe Durand
- **Décideurs Stratégie Finance Droit - 01/12/2008**  
« La nouvelle autorité de la concurrence : innovations et enjeux » - par Edith Baccichetti
- **International Tax Review - 01/12/2008**  
« Tax management in companies : process or technology ? » - par Thierry Morgant
- **Droit des Sociétés - Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur - 01/12/2008**  
« Fiscalité des groupes de sociétés : distributions reçues de sociétés filiales » - par Jean-Luc Pierre
- **Feuillet rapide comptable n°06/08 - 12/2008**  
« Fusions : charges de l'absorbée - Un audit d'acquisition en sécurise la déduction soit chez l'absorbée soit chez l'absorbante » - par Marie-Amélie Deysine
- **Option Finance - 24/11/2008**  
« Réformes en cours des systèmes fiscaux mondiaux » - par Philippe Durand
- **International Tax Review - 17/11/2008**  
« Anti-abuse provision declared not compatible with EU law » - par Nicolas Jacquot
- **La Lettre des Juristes d'Affaires - 03/11/2008**  
« La nouvelle autorité de la concurrence : la fin d'un bicéphalisme à la Française ? » - par Edith Baccichetti
- **International Tax Review - 01/11/2008**  
« French presidency aims for results from VAT » - par Alain Charlet
- **Le Monde - 01/11/2008**  
« La crise fragilise l'épargne salariale et les stock-options » - par Sylvie Le Damany

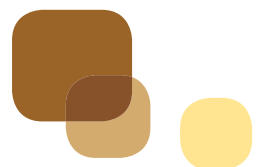
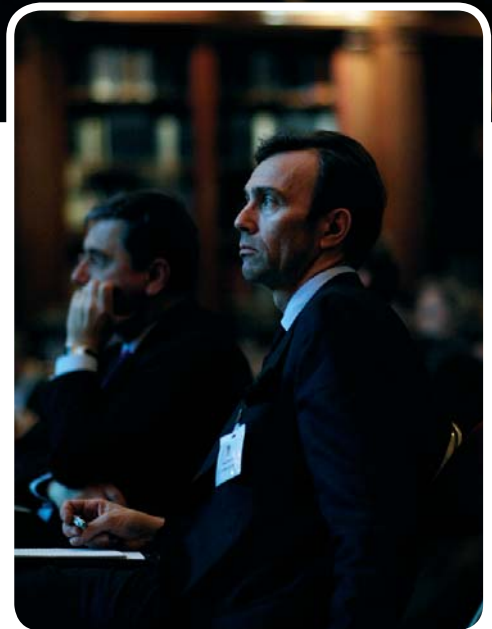
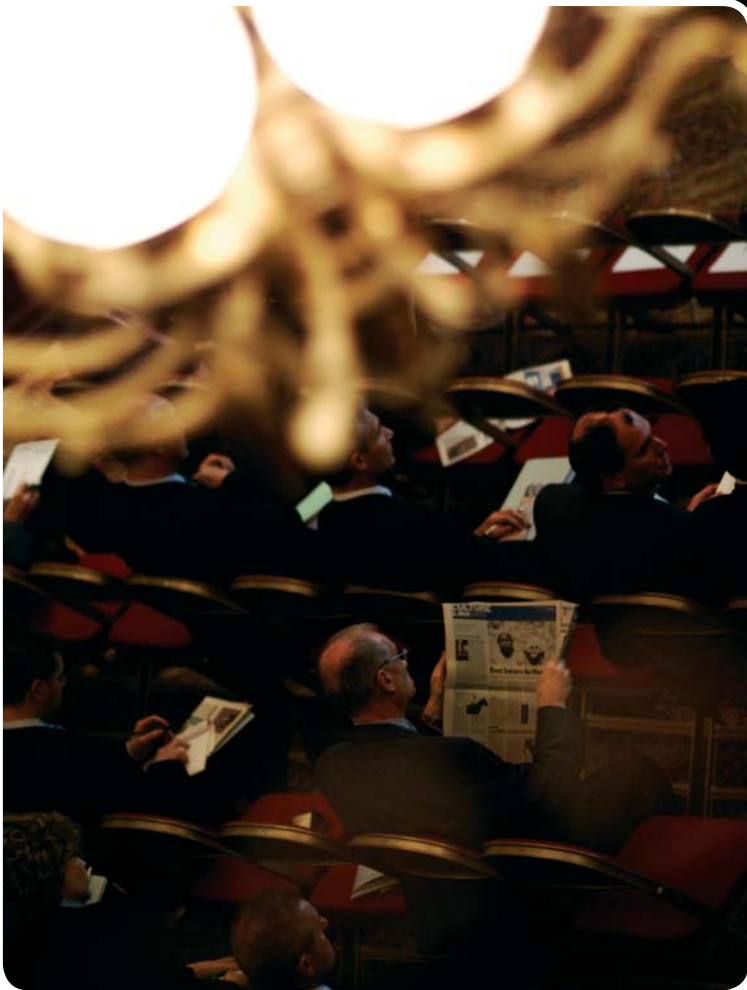
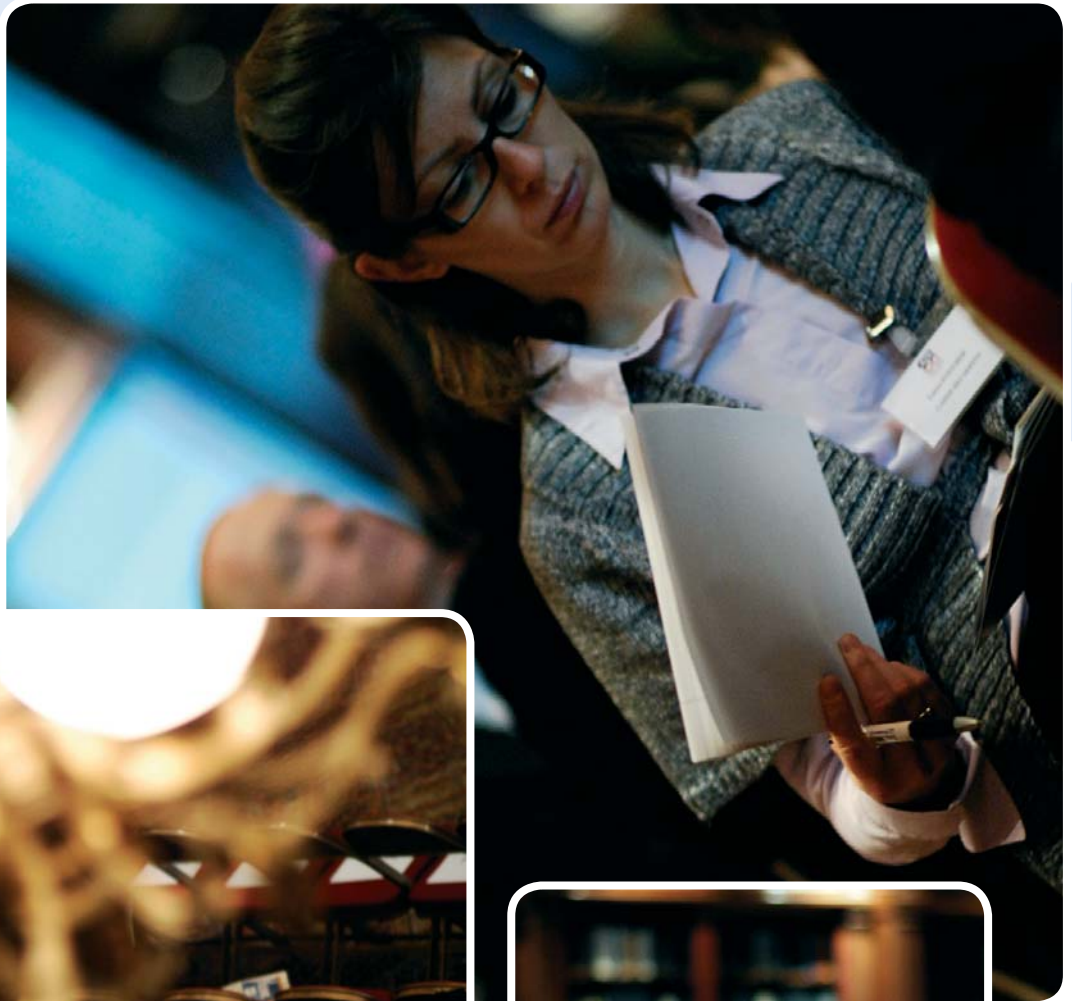


## PwC Fiscalis une première très réussie!

PwC Fiscalis a réuni le 28 octobre plus de 140 participants dans les salons de l'Automobile Club de France.

Organisé pour la première fois cette année, PwC Fiscalis a pour ambition de devenir au fil des ans le rendez-vous annuel de la rentrée en fiscalité européenne et internationale. Aux côtés des interventions d'associés de la firme française et du réseau, des intervenants extérieurs de tout premier plan seront sollicités : institutionnels français, représentants de la Commission européenne et grands témoins d'entreprises.

*Vous retrouverez une synthèse des débats dans un prochain numéro de la Revue de Droit fiscal.*



# événements

## ■ Actualités fiscales pour 2009 Mesures fiscales nouvelles (lois de finances) - Instructions et principales décisions de jurisprudence

---

Paris  
Mardi 13 janvier 2009  
Hôtel Le Méridien Etoile

## ■ Actualités fiscales pour 2009

---

Lyon  
Jeudi 15 janvier 2009  
Landwell & Associés  
20, rue Garibaldi  
69006 Lyon

Contact Sylviane Lucchini  
sylviane.lucchini@fr.landwellglobal.com  
Tél. 04 78 17 81 45

Marseille  
Lundi 19 janvier 2009  
New Hotel of Marseille  
71 Boulevard Charles Livon  
13007 Marseille

Contact Marie-Caroline Le Pécheur  
marie-caroline.le.pecheur@fr.landwellglobal.com  
Tél. 04 91 99 30 43

Strasbourg  
Mardi 20 janvier 2009  
Hôtel Hilton  
Avenue Herrenschmidt  
67000 Strasbourg

Contact Marie Lazarus  
marie.lazarus@fr.landwellglobal.com  
Tél. 03 90 40 26 24

Metz  
Jeudi 22 janvier 2009  
Chambre de Commerce, d'Industrie et de Services de la Moselle  
10/12, avenue Foch  
57000 Metz

Contact Marie Lazarus  
marie.lazarus@fr.landwellglobal.com  
Tél. 03 90 40 26 24

Lille  
Jeudi 22 janvier 2009  
Hôtel mercure Lille Métropole  
157, avenue de la Marne  
59700 Marcq-en Barœul

Contact Marjorie Carlier  
marjorie.carlier@fr.landwellglobal.com  
Tél. 03 20 06 75 25

## ■ L'emploi transfrontalier entre la France et la Belgique : aspects juridiques et fiscaux

---

Bruxelles  
Vendredi 23 janvier 2009

Paris  
Vendredi 30 janvier 2009

Contact Frédérique Hernandez  
frederique.hernandez@fr.landwellglobal.com  
Tél. 01 56 57 41 84

## ■ Les délais de paiement : quelles actions à entreprendre ?

---

Mardi 27 janvier 2009  
Hôtel mercure Lille Métropole  
157, avenue de la Marne  
59700 Marcq-en Barœul

Contact Marjorie Carlier  
marjorie.carlier@fr.landwellglobal.com  
Tél. 03 20 06 75 25

## ■ Dispute resolution : résolution des différends en matière de prix de transfert

---

Jeudi 29 janvier 2009  
Landwell & Associés - Neuilly-sur-Seine

Contact Frédérique Hernandez  
frederique.hernandez@fr.landwellglobal.com  
Tél. 01 56 57 41 84

## ■ Assemblée Générales 2009

---

Mercredi 4 février 2009  
Hôtel Le Méridien Etoile - Paris

Contact : Caroline Simundza  
caroline.simundza@fr.landwellglobal.com  
Tél. 01 56 57 41 37

# save the date

- Ateliers TVA

.....  
Avril 2009

- Panorama des Redressements fiscaux

.....  
11<sup>e</sup> conférence annuelle en partenariat avec Les Echos

Juin 2009

Contact : [marketing-landwell@fr.landwellglobal.com](mailto:marketing-landwell@fr.landwellglobal.com)



# contacts

## éditée par

---

Landwell & Associés  
Cabinet membre du réseau  
PricewaterhouseCoopers

## comité de rédaction

---

comité de rédaction  
Delphine Bocquet

## Avec la participation de :

Eric Bonneaud, Matthieu Courtadon,  
Jean-Philippe Dom, Philippe Durand,  
Sophie Dumon-Kappe, Nicole Goulard,  
Marie-Laure Hublot, Nicolas Jacquot,  
Guy Le Gall, Blandine Lundy, Nathalie  
Martin-Queulin, Virginie Lejeune, Karine  
Mabilleau, Samuel Papillault, Grégory  
Vincent.

## coordination éditoriale

---

Département Marketing  
& Communication  
Caroline Simundza  
Tél. 01 56 57 41 37

## société d'avocats

---

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

## Landwell en régions

---

Bordeaux :	05 57 10 07 00
Grenoble :	04 76 84 33 00
Lille :	03 20 06 75 25
Lyon :	04 78 17 81 00
Marseille :	04 91 99 30 30
Montpellier :	04 99 13 69 50
Nantes :	02 51 84 36 90
Rennes :	02 99 31 73 00
Strasbourg :	03 90 40 26 24



# abonnement

- Si vous souhaitez recevoir gratuitement la lettre fiscale, juridique, sociale, corporate et ses flashes d'actualité électroniques, nous vous remercions de vous inscrire directement sur notre site internet : [www.landwell.fr](http://www.landwell.fr) ou de compléter et de retourner le bulletin d'abonnement ci dessous :

- par fax au 01 56 57 49 48

- par Courrier à Landwell & Associés :

A l'attention du département Marketing Communication Développement  
61, rue de Villiers - 92208 Neuilly-sur-Seine cedex

## Avertissement

Cette publication diffuse des informations fiscales, juridiques ou sociales à caractère général. Cette publication ne peut se substituer à des recommandations ou à des conseils de nature fiscale, juridique ou sociale. Toutefois, les informations contenues dans cette publication ne constituent en aucune manière un conseil personnalisé susceptible d'engager, de quelque manière que ce soit, la responsabilité des auteurs et / ou de Landwell & Associés. Cette publication est la propriété de Landwell & Associés. Toute reproduction et / ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit est interdite sans autorisation préalable.

© 2009 Landwell & Associés.

Cabinet d'avocats membre du réseau PricewaterhouseCoopers. PricewaterhouseCoopers est composé d'entités juridiques distinctes et indépendantes les unes des autres.



## “ Bulletin d'abonnement

- Je souhaite m'abonner à la lettre fiscale, juridique, sociale, corporate et à ses flashes d'informations (e-mail).

Nom\* ..... Prénom\* .....

Société\* ..... Fonction\* .....

Adresse professionnelle\* .....

Tél. prof.\* ..... Fax .....

E-mail prof.\* .....

\* Champs obligatoires. Ces informations sont destinées à traiter vos abonnements et réservées à l'usage interne. Vous disposez d'un droit d'accès et de rectification que vous pouvez exercer auprès de Landwell & Associés, Service Communication, 61, rue de Villiers 92208 Neuilly-sur-Seine Cedex

LES RÉALISATIONS DURABLES  
SONT TOUJOURS COLLECTIVES



Photo : Frank Colbiron

**PRICEWATERHOUSECOOPERS**

AUDIT ■ CONSEIL ■ EXPERTISE COMPTABLE ■ FISCAL ET JURIDIQUE

[www.pwc.fr](http://www.pwc.fr)

[www.landwell.fr](http://www.landwell.fr)

**LANDWELL** & ASSOCIÉS  
Avocats  
Réseau PRICEWATERHOUSECOOPERS 