

# Actualité fiscale et juridique des groupes

Jeudi 30 juin 2016

Elisabeth Ashworth, Gaëtan Berger-Picq, Jean-Philippe Bidegainberry  
Pierre Bonneau, Pierre Carcelero, Jean-Eric Cros, Mathieu Daudé, Philippe  
Grousset, Daniel Gutmann, Edouard Milhac, Alexandra Rohmert,

# Sommaire

- I. Problématiques liées à la rémunération des fonctions de direction
- II. Point d'actualité sur les fusions
- III. Fiscalité des holdings
- IV. Table ronde : structuration des opérations de cession de filiales
- V. Intégration fiscale : nouveautés du BOFIP
- VI. Transactions intra-groupe et restructurations
- VII. Groupes multinationaux
- VIII. Table ronde : impact des restructurations sur la participation

# **I. Problématiques liées à la rémunération des fonctions de direction**

## I.1. Jurisprudence de la Cour de cassation : revirement ?

Par Jean-Eric Cros, avocat associé

## I.1.1. Jurisprudence « SAMO-GESTION »

- Arrêt SAMO GESTION : Cass. Com. 14 sept. 2010 n° 09-16-084
- Arrêt MECASONIC : Cass. Com. 23 oct. 2012 n° 11-23-276

Nullité pour absence de cause des conventions par lesquelles une SA confie à un prestataire une mission de direction générale.

Jurisprudence considérée comme applicable aux SAS.

## I.1.2. Arrêt du 24 novembre 2015 (Cass. Com. n° 14-19.685 société TER c/Sté Regards) (1/2)

- Validation d'une convention de direction générale confiée par une SAS à une SARL.
- Cour d'appel de Paris, confirmée par la Cour de cassation, a considéré que la jurisprudence *SAMO GESTION* et *MECASONIC* ne s'applique pas aux conventions conclues par une SAS dans la mesure où « *les statuts ne font pas obstacle à ce que la société confie sa direction générale à une société tierce par la voie d'une convention de prestation de services* ».

## I.1.2. Arrêt du 24 novembre 2015 (Cass. Com. n° 14-19.685 société TER c/Sté Regards) (2/2)

- Solution fondée sur L. 227-5 du Code de commerce qui renvoie aux statuts « *le soin de déterminer les conditions dans lesquelles sera dirigée la SAS* ».
- Mais prudence :
  - solution qui consacre la direction de fait ;
  - les statuts ne doivent pas y faire obstacle (définition de la direction générale de la société) ;
  - application de la procédure des conventions réglementées de l'article L. 227-10 (convention avec « un dirigeant ») ;
  - problème de la représentation (article L. 227-6) ;
  - solution préconisée : directeur général personne morale (dirigeant de droit).

## I.2. Indemnités de rupture des mandataires sociaux et nouveautés sociales et fiscales

Par Pierre Bonneau, avocat associé et Pierre Carcelero, avocat

## I.2. Indemnités de rupture des mandataires sociaux et nouveautés sociales et fiscales (1/3)

**Lois de financement de la sécurité sociale et de finances pour 2016** → modifient le traitement social et fiscal des indemnités de rupture des mandataires sociaux :

### ➤ **Traitement social (1/2)**

#### – **Régime antérieur :**

- cotisations sociales : exonération dans la limite la plus favorable entre :
  - ✓ ICL ou à défaut ILL (limite 2 PASS, soit 77,232 euros en 2016) ;
  - ✓ 2 X le salaire annuel brut de l'année civile précédant la rupture (limite 2 PASS) ;
  - ✓ 1/2 de l'indemnité de rupture versée (limite 2 PASS).

**➔ A condition de ne pas dépasser 10 PASS (soit 386.160 euros en 2016) : à défaut, indemnités assujetties intégralement dès le 1<sup>er</sup> euro**
- CSG/CRDS (8 %) : exonération dans la limite la plus favorable entre :
  - ✓ ICL ;
  - ✓ ou à défaut ILL.

## I.2. Indemnités de rupture des mandataires sociaux et nouveautés sociales et fiscales (2/3)

### ➤ **Traitement social (2/2)**

#### – **Nouveau régime :**

- **assujettissement intégral aux cotisations sociales, CGS et CRDS dès le 1<sup>er</sup> euro pour les indemnités de cessation forcée excédant 5 PASS (au lieu de 10), soit 193,080 en 2016 ;**
- sont visées les indemnités de cessation forcée versées aux mandataires sociaux, dirigeants et personnes visées à l'article 80 ter du CGI ;
- dispositions applicables aux indemnités versées au titre d'une cessation forcée notifiée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016.

## I.2. Indemnités de rupture des mandataires sociaux et nouveautés sociales et fiscales (3/3)

### ➤ **Traitement fiscal**

#### – **Double plafond jusqu'en 2014 :**

- double de la rémunération ;
- 50 % de l'indemnité perçue.

Dans la limite de **six fois le PASS (soit 225,288 € pour 2014)**.

#### – **A compter de 2015 (article 80 duodecies 2 du CGI) : plafond unique égal à 3 fois le PASS (pour 2015 : 114.120 € ; pour 2016 : 115.848 €).**

## I.3. Rémunération des dirigeants de holding et taxe sur les salaires

Par Gaëtan Berger-Picq, avocat associé

### I.3. Taxe sur les salaires : les rémunérations versées aux dirigeants sont-elles taxables ? (1/3)

#### – Un peu de droit :

Article 231-1 CGI « Les sommes payées à titre de rémunérations **aux salariés** (...) sont soumises à une taxe égale à 4,25 % de leur montant évalué selon les règles prévues à l'article L. 136-2 du Code de la sécurité sociale, sans qu'il soit toutefois fait application du deuxième alinéa du I et du 6° du II du même article. Cette taxe est à la charge des entreprises et organismes **qui emploient ces salariés**, (...) lorsqu'ils ne sont pas assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée ou ne l'ont pas été sur 90 % au moins de leur chiffre d'affaires au titre de l'année civile précédant celle du paiement desdites rémunérations ».

## I.3. Taxe sur les salaires : les rémunérations versées aux dirigeants sont-elles taxables ? (2/3)

### – Un peu d'interprétation :

CE 21 janvier 2016, n° 388989, 8<sup>e</sup> 3<sup>e</sup> s-s. Sté Juliane :

- « Considérant qu'il résulte des travaux parlementaires de l'article 13 de la loi du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, dont est issu l'article 231 du Code général des impôts, que le législateur a entendu rendre l'assiette de la taxe sur les salaires identique à celle de la contribution sociale généralisée, sous réserve des seules exceptions mentionnées à la première phrase du 1 de cet article 231 (...) » ;
- sans avoir la qualité de salarié au sens du droit du travail, certains dirigeants sont au nombre des personnes dont les rémunérations sont soumises à la taxe sur les salaires, puisqu'elles sont soumises à la CSG.

### I.3. Taxe sur les salaires : les rémunérations versées aux dirigeants sont-elles taxables ? (3/3)

- **Sont ainsi inclus dans l'assiette** de la taxe sur les salaires les revenus d'activité des personnes mentionnées à l'article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale, notamment :
  - les gérants minoritaires de SARL, les présidents du conseil d'administration, directeurs généraux et directeurs généraux délégués des SA et les présidents et dirigeants des SAS.
- Les membres du directoire ne sont pas mentionnés à l'article L. 311-3, et ne semblent donc pas assujettis à la taxe sur les salaires.
- **Quid du redevable de la taxe ?** (les « *entreprises et organismes qui emploient ces salariés* » selon le texte de loi...) :
  - la question du champ ayant été réglée par l'assiette, celle du redevable recevra certainement le même traitement...

## **II. Point d'actualité sur les fusions**

Par Jean-Eric Cros, avocat associé

## II. Jurisprudence européenne sur responsabilité pénale et fusion (1/2)

- La question posée est celle du transfert de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante :

jurisprudence « traditionnelle » française -> principe consacré : personnalité de la responsabilité pénale, « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* » cf. article 121-1 du Code pénal).

Exemple : - Cass. Crim. 14-10.2003 n° 4992 (accident du travail) ;  
- Cass. Crim. 20-06.2000 (blessures involontaires).

## II. Jurisprudence européenne sur responsabilité pénale et fusion (2/2)

- Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 mars 2015 (N° C 343-13) :
  - fondement : 3<sup>e</sup> directive (78/885/CEE) finalité de protection des associés et des tiers en cas de fusion entraînant la disparition du « responsable » personne morale.
  - décision : une fusion absorption (en droit espagnol) entraîne la transmission de l'obligation de payer une amende infligée après la fusion pour des infractions (droit du travail) commises avant celle-ci.
  - question : réaction des tribunaux français ?

## **III. Fiscalité des holdings**

### III.1. Déduction de la TVA par les sociétés holdings animatrices : *Ginger II*

Par Gaëtan Berger-Picq, avocat associé

### III.1. Déduction de la TVA par les sociétés holdings animatrices : *Ginger II*

- La situation après « *Ginger II* » (1/3)
- **CE 20 mai 2016, n° 71940, min. c/ Sté Ginger Groupe Ingénierie Europe (« *Ginger II* ») :**
  - la perception des dividendes ne dégrade pas les droits à déduction de TVA d'une société holding qui s'immisce dans la gestion de ses filiales au travers de prestations de services ;
  - exit la solution contraire rendue par le Conseil d'Etat le 27 juin 2012 (arrêt « *Ginger I* ») ;
  - application de la jurisprudence CJUE 16 juillet 2015 C-108/14 et C-109/14 Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG et Marenave Schiffahrts AG.

## III.1. Déduction de la TVA par les sociétés holdings animatrices : *Ginger II*

### ➤ La situation après « *Ginger II* » (2/3)

- Les cas tranchés :

Management fees facturés aux filiales

+ Dividendes hors champ

Coefficient de déduction = 100 %

---

- Les cas sujets à discussion :

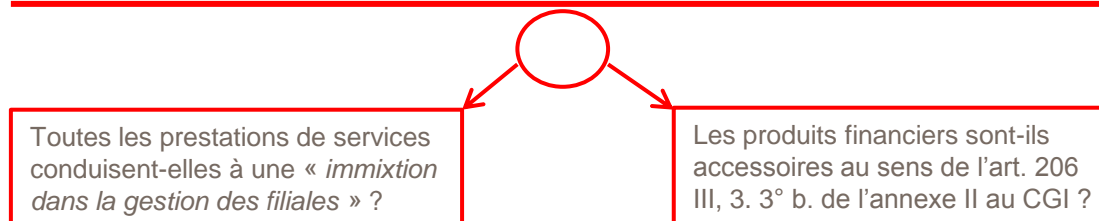
Prestations de services d'une autre nature

+ Dividendes hors champ

+ Produits financiers (intérêts de prêts par exemple)

Coefficient de déduction = ?

---



## III.1. Déduction de la TVA par les sociétés holdings animatrices : *Ginger II*

### ➤ La situation après « *Ginger II* » (3/3)

- Les produits financiers exonérés de TVA sont accessoires si :
  - opérations financières présentant un lien avec l'activité principale de l'entreprise :  
« Il en va ainsi, par exemple, des holdings mixtes qui, outre une activité industrielle, commerciale ou de services taxable, réalisent des opérations liées à la gestion financière du groupe » (BOI-TVA-DED-20-10-20, n° 220).
  - utilisation de dépenses grevées de TVA limitée au maximum à 10 % des biens et services grevés de TVA.
  
- La jurisprudence hâtive de la CAA Nantes 12/05/2016 (14NT02110) ouvre la voie à un nouveau contentieux...

## III.2. TVA et assurance groupe : point de vigilance

Par Elisabeth Ashworth, avocat associé

### III.2.1. Situation visée

- Une société négocie avec une compagnie d'assurance un contrat d'assurance global couvrant l'ensemble des sociétés du groupe auxquelles elle refacture ensuite la prime pour leurs quotes-parts respectives.
- La refacturation constitue-t-elle une prestation d'assurance exonérée sur le fondement des dispositions de l'article 261 C 2° du CGI (art. 135 paragraphe 1 sous a de la directive 2006/112/CE) ?

### III.2.2. Une jurisprudence nationale hésitante

- **CAA Versailles 20 mars 2007, n° 05-2193, sté Inchcape France**  
*« En l'absence de risque encouru par cette société, les services qu'elle a rendus ne constituent pas une opération d'assurance ».*
- **CAA Nantes 17 mai 2010, n° 08-3512, SAS Le Hello**  
*« En répercutant le coût sur ses filiales, en appliquant une clé de répartition bonus-malus (...), elle s'est livrée à des opérations d'assurance (...) exonérées de TVA ».*
- **CAA Paris 23 février 2016 n° 14PA04692, SA Energie Europe service**  
*« Il revient à la société d'établir qu'en souscrivant un contrat de groupe dont le coût a été exactement répercuté sur ses filiales, elle s'est livrée à des opérations d'assurance au bénéfice de ces dernières ».*

### III.2.3. Les critères fixés par la CJUE

- **CJUE, aff. C-349/96, 25 février 1999, CPP**

Un assujetti n'ayant pas la qualité d'assureur qui, dans le cadre d'une assurance collective dont il est preneur, procure à ses clients qui sont les assurés une couverture d'assurance en ayant recours à un assureur qui prend en charge le risque couvert, effectue une opération d'assurance.

- **CJUE, aff. C-224/11, BGZ Leasing**

Un crédit-bailleur qui assure lui-même le bien faisant l'objet d'un crédit-bail et refacture le coût exact de l'assurance au crédit-preneur, réalise une opération d'assurance (pour autant qu'il s'agisse d'une opération distincte du crédit-bail).

### III.2.4. Que faire ?

- Apprécier les risques encourus.
- Attention à la rédaction des contrats.
- Privilégier si possible la solution du mandat.

## III.3. Abus du régime des sociétés mères

Par Edouard Milhac, avocat associé

### III.3. Abus du régime des sociétés mères (1/3)

#### – Directive « mère-fille » n° 2015/121 du 27 janvier 2015

- Nouvelle clause générale d'exclusion des avantages de la directive mère-fille :
  - ✓ disposition générale qui concerne à la fois l'exonération des dividendes reçus par les sociétés mères et l'exonération de retenue à la source sur les dividendes versés à des sociétés mères européennes.
- Passage d'une faculté d'exclure à une interdiction formelle d'accorder une exonération
- Transposition en droit français par le biais de la loi de finances rectificative pour 2015 :
  - ✓ article 119 ter CGI : « le 1 ne s'applique pas aux dividendes distribués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de ce même 1, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents » ;
  - ✓ article 145, 6°, k) renvoie à l'article 119 ter CGI : « Le régime fiscal des sociétés mères n'est pas applicable [...] aux produits des titres de participation distribués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages définis au 3 de l'article 119 ter ».

### III.3. Abus du régime des sociétés mères (2/3)

#### – Conditions d'exclusion du régime :

- un montage non authentique :
  - ✓ jurisprudence communautaire et administrative suffisamment fournie sur la notion de montage ;
  - ✓ absence d'authenticité selon l'article 119 ter 3 si le montage n'a pas été mis en place pour des « motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique » ;
  - ✓ notion confuse de « motif commercial » en droit interne ;
  - ✓ les éléments du montage sont appréciés *in concreto*.
- dont l'objectif principal est l'obtention d'un avantage fiscal
- qui va à l'encontre de l'objet ou de l'effet des dispositions en cause :
  - ✓ objet et finalité du régime mère-fille : éviter la double imposition du résultat des filiales.

### III.3. Abus du régime des sociétés mères (3/3)

#### – Application pratique

- Remise en cause des avantages du régime mère-fille
  - ✓ La remise en cause des avantages du régime va majoritairement se jouer sur la présence de « motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique »
- Mise en consultation publique de commentaires administratifs favorables
  - ✓ La doctrine administrative (BOI-IS-BASE-10-10-10-10, n° 180 s.) a intégré à sa base des commentaires concernant la clause anti-abus, mis en consultation publique jusqu'au 7 juillet 2016 :

*« Pour l'application de cette disposition, la notion de motifs commerciaux s'entend au sens large de toute justification économique même si elle n'est pas liée à l'exercice d'une activité commerciale au sens de l'article 34 du CGI. Sont donc susceptibles d'être considérées comme présentant des motifs valables au sens de la clause, des structures de détention patrimoniale, d'activités financières ou encore des structures répondant à un objectif organisationnel. »*

## III.4. Discrimination à rebours : feuilletton en cours

Par Daniel Gutmann, avocat associé

### III.4.1. L'affaire *Metro Holding* (régime des sociétés mères)

- CE, 12 novembre 2015, n° 367256 : le régime des sociétés mères n'est pas conforme à la directive mère-fille en tant qu'il est subordonné à une exigence de droits de vote
  
- Conseil constitutionnel, déc. n° 2015-520 QPC du 3 février 2016 : il en découle que la même exigence ne saurait s'appliquer dans un contexte purement interne (ou dans le contexte de dividendes de source extra-communautaire)
  - Fondement : rupture de l'égalité devant l'impôt et les charges publiques

### III. 4. Les prolongements de l'affaire Metro Holding

- Prolongements généraux : le CE estime que dans le doute sur le sens d'une directive dont l'interprétation est nécessaire pour statuer sur le renvoi d'une QPC, il lui appartient de renvoyer une question préjudicielle à la CJUE
  - CE, 31 mai 2016, n° 393881, *M. Jacob*
- Prolongement au cas particulier de la contribution de 3% sur les distributions (CGI, art. 235 ter ZCA)
  - Saisine du CE dans plusieurs affaires en cours
    - REP diligenté par l'AFEP et certaines sociétés → Saisine de la CJUE (CE, 27 juin 2016, n° 399024, AFEP et autres)
    - Renvoi d'une QPC par le TA Montreuil, 4 avril 2016, n° 1600379, *Sté Apsis*
  - Saisine du C. const. en cas de détention de la société distributrice à plus de 95% (CE, 27 juin 2016, n° 399506, Société Layher)
  - Comp. affaire belge pendante devant la CJUE (« fairness tax ») : conclusions de l'AG J. Kokott attendues le 5 octobre 2016

## **IV. Table ronde : structuration des opérations de cession de filiales**

## IV.1. Modalités de calcul d'une plus ou moins-value post recapitalisation

Par Philippe Grousset, avocat associé

## IV.1.1. Rappel des règles

- La détermination du prix de revient des titres :
  - le prix de revient correspond à la « valeur d'origine » des titres, c'est-à-dire, pour ceux acquis à titre onéreux, à leur « coût d'acquisition » (CGI ann. III, art. 38 quinquies).
  
- La ventilation CT/LT de la plus ou moins-value :
  - CGI, Art. 39 duodecies : distinction fondée sur la durée de détention des titres de plus ou moins de 2 ans ;
  - BOI-BIC-PVMV-20-10 n° 20 : « (...) *pour apprécier si un élément est cédé avant ou après un délai de 2 ans, (...) il convient de tenir compte, d'une manière générale, de la date à laquelle cet élément est entré dans l'actif de l'entreprise* ».

## IV.1.2. Existe-t-il une différence, pour l'application des règles de ventilation CT/LT, selon que l'augmentation de capital s'opère par élévation du nominal ou par création de nouveaux titres ?

Cela dépend de l'approche retenue...

– Approche juridique :

Selon une approche juridique, il convient de tenir compte de la date d'acquisition ou de souscription des titres aux fins de ventiler la plus ou moins-value entre CT/LT.

– Approche économique :

Selon une approche économique, il convient de tenir compte des dates d'investissement au capital, aux fins de ventiler la plus ou moins-value entre CT/LT (Application de la JP *Rexel*, puis *Fauvernier* et *Prédica* à propos d'opérations de « coup d'accordéon »).

→ Ventilation CT/LT de la PV/MV : méthode du prorata des apports :

- $LT = PV/MV \times \text{apports} + 2 \text{ ans/apports totaux} ;$
- $CT = PV/MV \times \text{apports} - 2 \text{ ans/apports totaux}.$

## IV.1.3. Dispositif spécifique de l'article 39 quaterdecies 2 bis du CG

- CGI, art. 39 quaterdecies 2 bis :

*« La moins-value résultant de la cession, moins de 2 ans après leur émission, de titres de participation acquis en contrepartie d'un apport réalisé et dont la valeur réelle à la date de leur émission est inférieure à leur valeur d'inscription en comptabilité n'est pas déductible, dans la limite du montant résultant de la différence entre la valeur d'inscription en comptabilité desdits titres et leur valeur réelle à la date de leur émission. »*

- BOI-BIC-PVMV-30-30-120 n° 40 :

la doctrine administrative commentant ces dispositions indique que *« les titres de participation concernés par la présente mesure sont ceux faisant l'objet d'une **émission nouvelle en contrepartie d'un apport** »*.

- Réponse claire en cas de création de nouveaux titres, mais quid en cas d'augmentation du nominal des titres en contrepartie de l'apport ?

## IV.2. Problématique sociale de la cession de filiale en difficulté

Par Pierre Bonneau, avocat associé

## IV.2. Problématique sociale de la cession de filiale en difficulté

- **Contexte** : cession d'une filiale en difficulté qui se retrouve en liquidation judiciaire quelques temps après la cession.
- **Risque pour le cédant** : recours des salariés de l'activité cédée contre le cédant suspecté d'avoir voulu externaliser le licenciement des salariés transférés pour s'épargner les risques et les coûts d'un PSE (affaire SAMSONITE, 2008).
- **Fondement de l'action** : articles 1382 et 1383 du Code civil ou obligation contractuelle de bonne foi (TGI de Toulouse, affaire SFR).
- **Prévention des risques** : les juges prendront en compte :
  - la qualité du repreneur ;
  - la viabilité du projet ;
  - la qualité et de la transparence de l'information des IRP ;
  - la qualité de la concertation avec les partenaires sociaux ;
  - les engagements du cédant.

## IV.2.1. Nouveau périmètre du motif économique (El Khomri)

### – Définition des difficultés économiques proposée :

- « *Evolution significative d'au moins un indicateur économique tel qu'une baisse des commandes ou du chiffre d'affaires, des pertes d'exploitation, une dégradation de la trésorerie ou de l'excédent brut d'exploitation* ».
- ✓ **Baisse significative des commandes ou du chiffre d'affaires si la période concernée**, en comparaison avec la même période de l'année précédente, est au moins égale à :
  - 1 trimestre pour une entreprise de moins de 11 salariés ;
  - 2 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 11 salariés et - de 50 salariés ;
  - 3 trimestres consécutifs pour une entreprise d'au moins 50 salariés et - de 300 salariés ;
  - 4 trimestres consécutifs pour une entreprise de 300 salariés et +.
- tout autre élément de nature à justifier de ces difficultés.

**Commission des Affaires sociales du Sénat** → révision de la définition du licenciement économique: « *baisse du chiffre d'affaires ou du carnet de commandes d'au moins 30 % pendant un semestre par rapport à l'année précédente ou perte d'un marché représentant au moins 30 % de l'activité* ».

- **Périmètre d'appréciation** : suppression de l'amendement proposant l'appréciation des difficultés économiques d'une entreprise appartenant à un groupe au seul plan national (le périmètre d'appréciation reste le secteur d'activité du groupe).

## IV.2.2. Restructurations avant une cession d'activité (El Khomri)

- **Constat** : interprétation jurisprudentielle trop restrictive de l'article L.1224-1 du Code du travail → échecs constatés des processus de reprise de certaines sociétés et de l'objectif de sauvegarde des emplois.
- **Projet de loi : insère une dérogation au principe du transfert automatique de l'ensemble des contrats de travail des salariés affectés à l'activité transférée :**

*« Dans les entreprises mentionnées à l'article L. 1233-71, lorsque le plan de sauvegarde de l'emploi comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, le transfert d'une ou plusieurs entités économiques nécessaire à la sauvegarde d'une partie des emplois et lorsque ces entreprises souhaitent accepter une offre de reprise dans les conditions mentionnées à l'article L. 1233-57-19, **les dispositions de l'article L. 1224-1 relatives au transfert des contrats de travail ne s'appliquent que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés à la suite des licenciements, à la date d'effet de ce transfert** ».*
- L'employeur pourrait mettre en œuvre, avant un transfert d'activité, un PSE prévoyant dans le plan de reclassement une ou plusieurs cessions d'entités économiques, présentées **comme seul moyen d'éviter une fermeture de site et de protéger une partie des emplois.**
- La cession emporterait alors le transfert automatique des contrats **limité au nombre d'emplois qui ne seraient pas supprimés dans le cadre du PSE.**
- Régime réservé aux seules entreprises tenues d'établir un PSE et soumises à l'obligation de proposer un congé de reclassement (+1 000 salariés).

## IV.3. Points de vigilance sur la fixation du prix

Par Alexandra Rohmert et Alexandre Delhaye, avocats associés

### IV.3.1. La vente à prix symbolique ou nul (1/4)

- Double exigence du Code civil : le prix doit être **réel et sérieux** :
  - le prix ne doit être ni fictif ni simulé ;
  - le prix ne doit pas être dérisoire → les juges comparent la valeur réelle au prix stipulé : en cas de disproportion manifeste entre les deux, le prix sera considéré comme dérisoire. Seul le déséquilibre manifeste est sanctionné.
  
- Peut-on considérer que la somme de 1 euro constitue bien un prix sérieux ?
  - Seul le prix dérisoire est sanctionné → un prix bas n'équivaut pas à une absence de prix ou à un prix dérisoire.
  - Le vendeur doit avoir une contrepartie → le prix doit être proportionné à la valeur de la chose vendue de sorte qu'il puisse être considéré comme sa contrepartie.

## IV.3.1. La vente à prix symbolique ou nul (2/4)

- 2 situations en pratique (qui sont parfois cumulées) :
  - vente d'une société en difficulté → dans ce cas, la valeur objective des titres achetés est elle-même symbolique : le prix symbolique reflète la valeur réelle. Le « véritable prix » consiste dans la prise en charge des coûts liés aux difficultés financières, ce qui justifie le prix symbolique (ex : coûts de cessation d'activités, de fermeture d'un site...);
  - l'acheteur assume des obligations, monétaires ou non, autres que l'achat en lui-même → la contrepartie de l'acheteur peut être recherchée ailleurs que dans le seul acte de transfert de propriété : il peut y avoir contrepartie avec un accord indivisible de la vente qui impute à l'acheteur une contrepartie « réelle et sérieuse » (ex : prise en charge de coûts futurs, substitution dans les engagements du vendeur, par exemple, dans l'hypothèse d'un cautionnement).

## IV.3.1. La vente à prix symbolique ou nul (3/4)

- ➔ Dans tous les cas, nécessité pour le cédant de prendre toutes mesures et faire toutes diligences afin de s'assurer de la viabilité du projet du cessionnaire à court et moyen terme, en particulier :
- en s'assurant que le cessionnaire sera bien en mesure de supporter les passifs (analyse du business plan, analyse de la structure du cessionnaire, analyse de ses capacités opérationnelles et financières....) ;
  - en délivrant au cessionnaire une information complète lui permettant de chiffrer les passifs et les besoins de financement ;
  - en pouvant justifier du choix du repreneur, notamment auprès des salariés et actionnaires ;
  - risque : recherche de la responsabilité du cédant.

## IV.3.1. La vente à prix symbolique ou nul (4/4)

### **En pratique, le juge va rechercher l'équilibre global des accords :**

→ tant que le cédant y trouvera un intérêt (ex : transférer sur le cessionnaire des passifs actuels et/ou futurs ou trouver un cessionnaire intéressé), l'acquisition à prix dérisoire pourra se justifier.

### **Sanction :**

- depuis Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218 : nullité relative en présence d'une vente/cession de droits sociaux conclue « pour un prix indéterminé ou vil » ;
- incidence de la réforme du droit des contrats sur la solution retenue par l'arrêt précité: le raisonnement utilisé par la Cour de cassation en termes de protection de l'intérêt général (nullité absolue) ou d'un intérêt privé (nullité relative) est celui qui figure dans le futur article 1179 (qui parle de « sauvegarde »). Il est donc possible, vraisemblable même que la solution retenue le 22 mars 2016 ait vocation à se maintenir après le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Reste que le débat demeure ouvert sur ce qu'est un intérêt privé au regard de l'intérêt général.

## IV.3.2. La vente à « prix négatif » (1/3)

- L'opération de vente peut se traduire par un « prix négatif » : le vendeur verse une somme d'argent à l'acquéreur supérieure à celle qu'il a reçue à titre de prix par ce dernier
- Cette situation pose une difficulté juridique, le prix ne devant en principe pas être inférieur à un euro au minimum. Conséquences :
  - soit disqualification du contrat : le contrat est requalifié en donation en présence d'une intention libérale du pseudo-vendeur ;
  - sinon, le contrat sera sanctionné par la nullité.

## IV.3.2. La vente à « prix négatif » (2/3)

- Mais, cette situation est admise si elle résulte de la mise en jeu d'une clause de garantie de passif.
- La jurisprudence refuse alors d'annuler le contrat pour défaut de cause ou de disqualifier la vente car celle-ci a été initialement voulue comme telle par les parties.
- En réalité, la cession de droits sociaux ne s'effectue jamais pour un prix négatif même lorsqu'elle implique la prise en charge d'un passif considérable et ce, en recourant à la notion de mécanisme d'indemnisation (clause de garantie de passif *stricto sensu* : l'indemnité versée peut être supérieure au prix de cession, mais le prix en lui-même n'est pas affecté).

## IV.3.2. La vente à « prix négatif » (3/3)

- En pratique, la solution consiste, avant cession, à recapitaliser la filiale avec, si nécessaire, filialisation préalable.
- Mais, la filialisation doit nécessairement s'accompagner d'un apport de fonds propres suffisant pour permettre à la filiale de faire face aux charges grevant les actifs transférés → vigilance sur la fixation du montant à apporter et sur la sécurisation de ce montant une fois la cession effectuée afin de s'assurer du bon usage de ces sommes (ex : fiducie).

## **V. Intégration fiscale : nouveautés du BOFIP**

Par Jean-Philippe Bidegainberry, avocat associé

## V.1. Périmètre d'intégration fiscale : filiale cédée le dernier jour de l'exercice

- **BOI-IS-GPE-10-20-10-20160302 n° 230** : « *Par ailleurs, en cas de cession des titres d'une filiale le dernier jour d'un exercice, cette filiale sort en principe du groupe au premier jour de cet exercice. Toutefois, il est admis de maintenir la filiale dans le groupe au titre de cet exercice, sous réserve que toutes les autres conditions prévues à l'article 223 A du CGI soient remplies* ».

## V.2. Intégration fiscale horizontale

- **Choix de la société mère** : BOI-IS-GPE-10-30-50-20160302 n° 50.
- **Etablissements stables** : BOI-IS-GPE-10-30-50-20160302 n° 40, 120 et BOI-IS-GPE-10-40-20160302 n° 1 et 343.
- **Fusions** : BOI-IS-GPE-40-10-20160302 n° 40, BOI-IS-GPE-50-10-10-20160302 n° 64 et BOI-IS-GPE-50-10-20-20160302 n° 46.
- **Contribution additionnelle à l'IS** : BOI-IS-AUT-20160302 n° 130.
- **Passage d'un groupe d'intégration verticale à un groupe d'intégration horizontale** : aucun assouplissement apporté sur ce point.

## V.3. Distributions de dividendes au sein d'un groupe d'intégration fiscale

- **Jurisprudence** : CJUE, 2<sup>e</sup> ch., 2 sept. 2015, aff. C-386/14, Groupe Steria SCA .
- **Réforme législative** : aménagement du régime des groupes de sociétés par l'article 40 de la loi de finances rectificative pour 2015 (CGI, art. 223 A et s.) :
  - fin de la neutralisation de la quote-part de frais et charges au titre des exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016 ;
  - abaissement du taux de la quote-part de frais et charges à 1 %.
- **BOFIP** : l'Administration a mis en consultation publique du 4 mai au 4 juin 2016 inclus ses commentaires sur l'aménagement du régime des distributions de dividendes dans le cadre de l'intégration fiscale :
  - BOI-IS-BASE-10-10-20 ; BOI-IS-GPE-20-20-20 ; BOI-IS-GPE-20-20-20-10 et BOI-IS-GPE-20-20-20-20.

## **VI. Transactions intra-groupe et restructurations**

## VI.1. Valorisation d'actifs et acte anormal de gestion

Par Pierre Carcelero, avocat

## VI.1. Valorisation d'actifs et acte anormal de gestion (1/3)

- **Conseil d'Etat, 10 février 2016, n° 371258, SA Hôtels et Casino de Deauville**
  - La société d'exploitation de la marque « Le Fouquet's » (SEMF), membre du groupe d'intégration fiscale constitué par la SA Hôtel et Casino de Deauville (SHCD), est titulaire de la marque Fouquet's et en concède l'utilisation à différentes sociétés et, en particulier, à sa société sœur, la société d'exploitation du restaurant Fouquet's (SERF).
  - L'administration fiscale a remis en cause, au titre des années 2000 à 2002, la décision de la SEMF de renoncer à percevoir des redevances au titre de l'utilisation de cette marque par la SERF.
    - ➔ La cour administrative d'appel de Versailles a confirmé l'existence d'un acte anormal de gestion au motif que la SEMF ne pouvait se prévaloir de l'intérêt commercial du groupe pour justifier l'aide apportée à sa société sœur.

## VI.1. Valorisation d'actifs et acte anormal de gestion (2/3)

### – Conseil d'Etat, 10 février 2016, n° 371258, SA Hôtels et Casino de Deauville

- Position de la Cour à première vue conforme à la jurisprudence antérieure (CE, 26 septembre 2011, n° 328762, Séguy).
- Position de la Cour nuancée par le Conseil d'Etat, à l'instigation du rapporteur public.  
**→ « La préservation de l'existence même d'un actif ou la prévention d'une dévalorisation certaine de ce dernier peut constituer une contrepartie justifiant le caractère normal d'un avantage consenti par la société exploitant cet actif ».**

## VI.1. Valorisation d'actifs et acte anormal de gestion (3/3)

- **Conseil d'Etat, 10 février 2016, n° 371258, SA Hôtels et Casino de Deauville**
  - Espoir d'une extension à la préservation ou l'accroissement de la valeur de la participation dans une filiale (prolongement de la décision CE, 5 juillet 2013, n° 351874, Kingfisher).
  - Accessoirement : neutralisation de la subvention indirecte pour la détermination du résultat d'ensemble.
    - ➔ Obligation de tirer toutes les conséquences des rectifications opérées, y compris lorsqu'elles sont favorables au contribuable.

## VI.2. Financement par emprunt d'un rachat par une société de ses propres titres

Par Philippe Grousset, avocat associé

## VI. 2.1. Décision du Conseil d'Etat SNC Pharmacie Saint-Gaudinoise

- Le Conseil d'Etat décide que, pour remettre en cause la déductibilité des intérêts d'emprunt contracté par une société aux fins de procéder au rachat de ses propres titres suivi de leur annulation, l'administration doit rechercher si l'opération de rachat de titres en cause a été réalisée dans l'intérêt de la société.
- Ce faisant, si le Conseil d'Etat confirme qu'une société qui emprunte pour racheter ses propres titres avant de les annuler ne peut se voir refuser, par principe, la déduction des intérêts d'emprunt, il affirme également qu'une telle opération de réduction de capital n'échappe pas à la critique de l'AAG.

(CE, 15 février 2016, n° 376739, SNC Pharmacie Saint-Gaudinoise)

## VI.2.2. Enseignements à tirer de cette décision

- Le CE décide que, sous réserve de satisfaire aux conditions générales de déductibilité des charges au plan fiscal, les intérêts d'emprunt souscrit par une société en vue du rachat de ses propres titres suivi de leur annulation sont, par principe, déductibles de son résultat imposable.
  - Le CE écarte ainsi l'application de la doctrine administrative prévoyant la non-déductibilité des sommes versées et des éventuels intérêts financiers supportés par la société pour le rachat des parts qu'elle a elle-même émises (BOI-BIC-PVMV-40-20-20-10 n° 210).
- Le CE confirme qu'une opération de réduction de capital par voie de rachat de titres est une décision d'associés qui n'échappe pas à la critique de l'AAG (cf. CAA Versailles, 24 janvier 2012, n° 10VE03601, SAS YOPLAIT).
  - Dans la décision YOPLAIT, le juge a reconnu la déductibilité des intérêts de l'emprunt contracté par la société en vue du rachat de ses propres titres suivi de leur annulation, en statuant sur l'opportunité pour la société de l'opération de restructuration sous-jacente.

### VI.2.3. Mise en perspective

- Nécessité de démontrer l'intérêt de la société de procéder à de telles opérations de réduction de capital par voie de rachat de titres.
- En revanche, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'opération profite exclusivement à la société ; le fait que l'opération profite également aux associés n'implique pas que l'opération serait par principe contraire ou étrangère aux intérêts de cette société.

## **VII. Groupes multinationaux**

## VII.1. Jurisprudence récente en matière de prix de transfert

Par Edouard Milhac, avocat associé

## VII.1. Jurisprudence récente en matière de prix de transfert (1/2)

### – Charge de la preuve des prix de transfert

*CE 16 mars 2016, n° 372372, Sté Amycel France*

- **Faits :**

- ✓ une société française commercialise ses produits auprès de clients tiers et de sociétés liées ;
- ✓ à l'occasion d'une vérification de comptabilité, l'Administration constate que les produits sont vendus aux sociétés sœurs à un prix inférieur à celui facturé aux clients tiers : elle rectifie les résultats sur le fondement de l'article 57 du CGI, sans procéder à une analyse de comparables autonome.

- **Solution :**

- ✓ le Conseil d'Etat juge qu'il résulte de l'article 57 du CGI que « lorsqu'elle constate que les prix facturés par une entreprise établie en France à une entreprise étrangère qui lui est liée sont inférieurs à ceux pratiqués [...] par cette entreprise avec d'autres clients dépourvus de liens de dépendance avec elle » ou par des entreprises similaires à des clients tiers, sans que cet écart soit justifié par une différence de situation entre les clients, l'administration doit être regardée comme établissant l'existence d'un avantage ;
- ✓ nuance de la jurisprudence Cap Gemini (CE n° 266436 et n° 266438, 7 novembre 2005) qui imposait à l'administration de procéder à une analyse de comparables pour établir l'existence d'un avantage de nature à présumer un transfert de bénéfices au sens de l'article 57 du CGI.

## VII.1. Jurisprudence récente en matière de prix de transfert (2/2)

### – Précisions sur la notion de dépendance

*CE 15 avril 2016, n° 372097, Sté Lifestand Vivre Debout*

- **Faits :**

- ✓ Lifestand Vivre Debout (LSVD) et Lifestand International (LSI – société suisse) ont conclu un contrat de distribution et n'ont pas de lien capitalistique entre elles ;
- ✓ LVSD et LSI n'avaient pas de dirigeants de droit en commun ;
- ✓ LSI ne disposait pas des moyens matériels et humains pour assurer les fonctions qu'elle devait assurer au titre du contrat de distribution (un seul salarié et établissement en Suisse à une adresse de domiciliation alors qu'aucun loyer afférent à des locaux ne figure dans sa comptabilité) ;
- ✓ l'essentiel du contrat de distribution continuait à être pris en charge par le gérant de LSVD.

- **Solution :**

- ✓ Le Conseil d'Etat rappelle qu'un lien de dépendance au sens de l'article 57 peut exister en l'absence de liens capitalistiques et de dirigeants communs, s'il est relevé que :
  - pour la domiciliation de la société, **aucun loyer** ne figurait en comptabilité ;
  - l'essentiel des fonctions exercées à la société continuait d'être exercé par la société française ;
  - le gérant de la société française **exerçait en fait la direction** et le contrôle de la société suisse.

## VII.2. Country-by-country reporting (“CBCR”)

Par Mathieu Daudé, avocat conseil

## VII. 2. Country-by-country reporting (« CBCR ») (1/3)

- **Objectif** : permettre aux administrations fiscales d'évaluer les risques de prix de transfert en amont d'un contrôle fiscal.
- **Champ d'application** : groupes multinationaux dont le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 750 M€.
- **Communication et mécanisme d'échanges entre Etats** :
  - mécanisme principal : société mère ultime du groupe auprès de son Administration de résidence, qui la partage avec les autres juridictions d'implantation du groupe ;
  - mécanisme secondaire : si la société mère ultime n'est pas soumise à l'obligation ou que l'échange entre Administrations n'est pas prévu ou n'est pas effectif, alors obligation de dépôt transférée à la société de rang inférieur (mécanismes itératif).
- **Contenu de l'obligation** :
  - table 1 : vue d'ensemble de la répartition des bénéfices, des impôts et des activités par juridiction fiscale : CA (lié/non-lié), bénéfice avant impôts, IS acquittés/dus, nombre d'employés, capital social, bénéfices non distribués, actifs corporels, etc. ;
  - table 2 : liste des entités constitutives du groupe ;
  - table 3 : informations complémentaires, le cas échéant ;
  - 223 quinquies C : contenu précisé par décret (à venir) mais devrait être similaire.

## VII. 2. Country-by-country reporting (« CBCR ») (2/3)

- **Entrée en vigueur :**
  - action 13 : exercices ouverts à compter du 01/01/2016 ;
  - 223 quinquies C : 01/01/2016 ;
  - délais hétérogènes de mises en œuvre entre les différents pays.
- **Délais et modalités de dépôt :**
  - action 13 & 223 quinquies C : dans les 12 mois qui suivent la clôture de l'exercice ;
  - modalités de dépôt françaises : par voie dématérialisée.
- **Sanction :**
  - nouvel article 1729 F du CGI prévoit une amende ne pouvant excéder 100 000 € en l'absence de production de la déclaration dans les délais.
- **Projet de loi Sapin II (adopté en première lecture par l'AN le 14 juin) :**
  - un CBCR public au plus tard pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017 ;
  - sociétés dont le CA excède 750 M€ (abaissement à 250 M€ à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2020) ;
  - données à publier : nature des activités, nombre de salariés, CA net, RCAI, impôt dû, impôt liquidé et bénéfices non distribués.

## VII. 2. Country-by-country reporting (« CBCR ») (3/3)

### – Enjeux pratiques et de gestion fiscale

- Enjeux pratiques
  - ✓ détermination de l'entité tenue de déposer la déclaration ;
  - ✓ contenu de l'obligation en cas de mise en œuvre du mécanisme secondaire ;
  - ✓ nécessité de mettre en place les outils de reporting adéquats afin de pouvoir respecter les délais de dépôt.
- Enjeux de gestion fiscale : des pratiques de contrôle modifiées
  - ✓ programmation du contrôle fiscal ;
  - ✓ opérations de contrôle.

➔ Nécessité de réaliser des audits dès 2016 afin d'identifier les éventuelles problématiques et mettre en œuvre les éventuelles actions correctrices.

## VII.3. Proposition de directive du 28 janvier 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale

Par Mathieu Daudé, avocat conseil

## VII. 3. Proposition de directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale (1/3)

### ➤ **5 principales mesures anti-BEPS**

- Version définitive de la proposition de directive, qui sera adoptée formellement lors du Conseil ECOFIN du 12 juillet 2016
- Transposition des dispositions par les Etats membres avant le 31 décembre 2018 (délai plus long pour la déductibilité des intérêts)

#### **1. Limitation de la déductibilité des intérêts versés (article 4)**

- Introduction de la notion de surcoût d'emprunt
- Déduction du surcoût d'emprunt dans la limite de 30 % de l'EBITDA ajusté et 3M €
- Déduction totale si le contribuable ne fait pas partie d'un groupe
- Report sous certaines conditions sur les exercices suivants des intérêts non déductibles

#### **2. Exit tax en cas de transfert de résidence ou d'actifs (article 5)**

- Plus-value imposable dans certains cas
- Sous certaines conditions, l'impôt pourrait être payé sur plusieurs exercices
- Pas de taxation, sous certaines conditions, si le transfert d'actifs a un caractère temporaire (retour de l'actif dans les 12 mois) lorsque les actifs sont supposés revenir à l'Etat membre du contribuable à l'origine du transfert

## VII. 3. Proposition de directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale (2/3)

### 3. Clause générale anti-abus (article 6)

- Pour le calcul de l'IS, l'Etat membre peut ignorer un montage ou une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la loi fiscale applicable, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.
- Un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique lorsque ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.
- Dans ce cas, la charge fiscale est calculée sur la base de la substance économique conformément à la législation nationale.

### 4. Dispositifs hybrides (article 9)

- Dispositif permettant d'éviter les doubles exonérations ou déductions en présence d'entités ou de dispositifs dont les qualifications juridiques ou économiques divergent selon les Etats.

## VII. 3. Proposition de directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale (3/3)

### 5. Régime des sociétés étrangères contrôlées (articles 7 et 8)

- La base d'imposition d'une société mère comprend les revenus non distribués d'une filiale étrangère lorsque les conditions suivantes sont remplies :
  - ✓ La société mère détient, seul ou conjointement, une participation directe ou indirecte de plus de 50 % des droits de vote, 50 % du capital ou 50 % des bénéfices ;
  - ✓ l'impôt payé sur ses bénéfices par la filiale est inférieur à la différence entre l'impôt qui aurait été payé par la société mère dans son propre Etat et ce qui a été effectivement payé par la filiale.
- Les mêmes règles s'appliquent dans les relations siège/ES
- La société mère doit inclure dans la base taxable :
  - ✓ soit certains revenus passifs de la filiale ou certains revenus d'activités à destination de sociétés liées (à moins que l'Etat de la mère n'y renonce lorsque ceux-ci représentent moins du tiers des revenus de la filiale) :
    - dans ce cas, les revenus imposables doivent être calculés en application des règles fiscales de l'Etat de la société mère.
  - ✓ soit les revenus non distribués de la filiale provenant de montages artificiels à but essentiellement fiscal :
    - dans ce cas, les revenus imposables au niveau de la mère sont ceux qui sont générés par des actifs et des risques liés à des fonctions humaines significatives exercées par la société mère.
- Mécanisme d'élimination de la double imposition

## **VIII. Table ronde : impact des restructurations sur la participation**

## **VIII.1. Arrêt Wolters Kluwer**

**Par Pierre Bonneau et Jean-Philippe Bidegainberry, avocats associés**

## VIII.1. Arrêt Wolters Kluwer

- **CA Versailles, 2 février 2016, n° 15-01292 – Wolters Kluwer** : « *Des manœuvres frauduleuses constituées par la non-communication de documents et un discours trompeur, dissimulant l'augmentation importante de l'endettement ayant pour effet direct l'absence de réserve spéciale de participation doivent être sanctionnées par l'inopposabilité aux salariés et le recalcul de la participation* ».
- **À rapprocher : Cass. crim. 15 mars 2016, 14-87.989** : délit d'obstacle constitué par de fausses déclarations à l'inspecteur du travail en vue de dissimuler l'absence de versement de la subvention de fonctionnement du CE et de faire ainsi obstacle à l'accomplissement de sa mission.
- **Cass. Soc. 18 février 2016, n° 14-12614** : « *Selon l'article D. 3324-40, (...) le complément résultant d'un redressement fiscal doit être affecté au montant de la réserve spéciale de participation de l'exercice au cours duquel les rectifications sont devenues définitives; il en résulte que seuls les salariés présents lors de cet exercice peuvent prétendre à une répartition de cette réserve ; ... les actions en responsabilité tant contractuelle que délictuelle des salariés qui ne sont plus présents dans l'entreprise lors de l'exercice au cours duquel le redressement fiscal est devenu définitif sont irrecevables* ».

### ➔ Portée de la décision :

- de nombreuses restructurations ont un effet sur la participation ;
- augmentation du contentieux « *innovant* » sur ces questions ;
- limitée jusqu'à présent par des textes protecteurs de la sécurité juridique.

## VIII.2. Impact de la rétroactivité d'une fusion sur les capitaux propres

Par Pierre Bonneau et Jean-Philippe Bidegainberry, avocats associés

## VIII.2. Impact de la rétroactivité d'une fusion sur les capitaux propres (1/2)

- **Rappel formule de calcul de la réserve :**  
 $\frac{1}{2} \times (\text{bénéfice net} - 5 \% \text{ des capitaux propres}) \times \text{salaires/valeur ajoutée}$
- *Quid de l'impact de la rétroactivité d'une restructuration sur le calcul de la participation ?*
  - **Prise en compte des capitaux propres au prorata temporis ?** (application à la lettre de l'article D.3324-4)
  - **Prise en compte des capitaux propres tels qu'ils existent à la date d'effet de l'opération ?**
    - ✓ Position de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos du montant du bénéfice (Cass. Soc. 23 février 1983)
    - ✓ Analyse identique de l'administration fiscale à propos d'un apport partiel d'actif en cours d'exercice comptable (instruction n° 4-I-2-00 du 3 août 2000)
- **Cass. Soc. 8 décembre 2010, n° 09-65.810 :** « *Vu les articles L. 3324-1 et L. 3326-1 du Code du travail ; attendu, selon le second de ces textes, que le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise **sont établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes; qu'ils ne peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges relatifs à la participation aux résultats de l'entreprise** »*
  - Ne tranche pas la question de fond mais souligne l'importance de l'attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes

## VIII.2. Impact de la rétroactivité d'une fusion sur les capitaux propres (2/2)

*A rapprocher :*

– **Cass. Soc. 30 janvier 2013, n° 12-11.875 :**

- le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise permettant le calcul de la réserve spéciale de participation sont établis par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes (confirmation de jp) ;
- si le document ne comporte aucune information sur le montant des capitaux propres ni sur celui de l'excédent net répartisable retenu et sur l'exercice auquel ces montants se rapportent, un syndicat est recevable à contester le calcul de la réserve spéciale de participation.

– **TGI de Nanterre, 5 février 2015, n° 13/06481 :**

- les provisions pour dépréciation de titres de participation doivent être réintégrées pour le calcul des capitaux propres qui servent à la détermination de la participation des salariés ;
- cette position prend le contre-pied de la solution « historique » favorable aux salariés selon laquelle ces provisions n'étaient pas à prendre en compte pour le calcul des capitaux propres (car moins les capitaux propres sont importants, plus les droits des salariés le sont) ;
- position confirmée par la **cour d'appel de Versailles du 1<sup>er</sup> mars 2016** (n° 15/00869).

**Merci pour votre attention**