

LA LETTRE DES FUSIONS-ACQUISITIONS ET DU PRIVATE EQUITY

AU SOMMAIRE

Dossier

Les actualités de la rentrée 2016

- Florilège de mesures sur la loi Sapin 2 pour les sociétés de gestion p.2
- Déduction des charges financières : l'Union européenne place la barre toujours plus haut p.3
- Pactes d'associés : la licéité des clauses de *bad leaver* p.5
- La protection des lanceurs d'alerte dans la balance de la justice p.6
- Comment déduire la TVA dans les holdings après l'arrêt Ginger ? p.7
- Procédures collectives : halte à l'extension p.8
- Réduction ISF-PME : les commentaires administratifs nouveaux sont arrivés ! p.9
- Restructuration et participation : de la nécessaire transparence de l'employeur p.10
- Avances intra-groupe : les groupes appelés à revoir leur copie ? p.11
- Facturation de management fees aux pays émergents : revue des principales problématiques fiscales p.12
- Loyauté du dirigeant envers l'actionnaire : attention à ne pas franchir la ligne rouge ! p.13
- La série judiciaire du co-emploi dans un groupe de sociétés continue p.14
- L'assurance de «risques fiscaux spécifiques», nouveau vecteur de développement des assureurs p.15
- Illégalité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de cession d'actions p.16

EDITORIAL

Le changement, c'est (encore et toujours) maintenant ? Si le lecteur assidu de cette lettre pourrait voir dans cette interpellation introductive quelque répétition du propos de notre lettre de mars dernier, force est de constater que le premier semestre 2016 a donné lieu à de nombreuses actualités affectant les opérations de fusion-acquisition et de private equity : certaines tournées vers le passé avec une jurisprudence venue remettre en question ou préciser un certain nombre de principes importants ; d'autres plus prospectives avec notamment une législation importante en préparation tant au niveau interne qu'europpéen.

Cette lettre est donc l'occasion de brosser un panorama de rentrée aussi complet que possible de ces évolutions, qui n'auront pas toutes le même impact dans la structuration des opérations portant sur des sociétés non cotées.

La jurisprudence récente dans le domaine social vient clarifier le régime applicable aux lanceurs d'alerte, aux situations de co-emploi (apportant ainsi de l'eau au moulin de la problématique de l'immixtion que nous abordons dans notre lettre de juin) et en matière de restructuration pour le calcul de la participation.

En matière commerciale, le devoir de loyauté du dirigeant envers son actionnaire est confirmé par la Cour de cassation. On retiendra aussi des décisions qui ont consacré la licéité des clauses de *bad leaver* et qui ont circonscrit la possibilité d'étendre une procédure collective au sein d'un groupe.

Sur le plan législatif, le projet de loi Sapin 2 s'apprête à chambouler le landernau bancaire en permettant à certains fonds tels les FPCI de prêter à des entreprises non financières. Enfin, le droit fiscal n'est pas en reste avec une riche actualité, tant en matière de déduction de la TVA sur les frais généraux des holdings que sur le plan de la déduction des intérêts d'emprunt : ATAD (pour *Anti Tax Avoidance Directive*), c'est le nouvel acronyme qui fait peser une ombre supplémentaire sur les règles déjà complexes que nous connaissons en droit français.

Toutes ces actualités, que nous abordons ensemble et sans hiérarchisation dans les pages qui suivent, sont d'une importance première pour les acteurs du private equity qui devront les avoir intégrées aussi bien dans la structuration de leurs opérations d'acquisition que dans le suivi de leurs participations existantes.

La période pré-électorale qui nous mènera jusqu'au printemps prochain pourrait encore être le théâtre de nouveautés significatives, parmi lesquelles notamment le compte épargne investisseur attendu de pied ferme par les *business angels* mais qui pourrait pâtir du récent changement de ministre à Bercy. A l'heure où nous finalisons cette lettre, il n'était pas certain que cette mesure figure dans les prochaines lois de finances. ■

Laurent Hepp, avocat associé

Florilège de mesures sur la loi Sapin 2 pour les sociétés de gestion



Par **Jérôme Sutour**, avocat associé, responsable Services financiers.
jerome.sutour@cms-bfl.com

Il serait erroné de penser que le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dit «loi Sapin 2» (le «Projet») limite son champ à la seule transposition en droit français de la directive¹ et du règlement² «Market Abuse» et à l'organisation du statut de lanceurs d'alerte, en particulier auprès de l'Autorité des marchés financiers.

En effet, au-delà de la création d'un régime de signalement des manquements professionnels aux autorités de contrôle compétentes (l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution) par les salariés des entités régulées telles que les sociétés de gestion de portefeuille («SGP»), de l'extension du champ des manquements en matière d'abus de marché et du rehaussement du plafond des sanctions, le Projet introduit un certain nombre de nouvelles dispositions intéressant les SGP allant bien au-delà du strict champ de la lutte contre la corruption.

Tout d'abord, le Projet autorise le Gouvernement, à prendre par ordonnance, les mesures devant conduire à ce que les SGP ne soient plus considérées comme des entreprises d'investissement. Si cette évolution est salubre au regard du cadre légal des autres pays de l'Union européenne, il faut regretter qu'elle ne permettra plus aux SGP de désigner des agents liés.

Aussi, dans la continuité de la mise en œuvre de la réglementation EMIR³, le Projet élargit le champ d'applicabilité du régime propre aux garanties financières aux obligations financières résultant de contrats conclus entre une ou plusieurs chambres de compensation et un de leurs adhérents, entre cet adhérent et un client auquel il fournit, directement ou indirectement, un service de compensation et entre ce client et la ou les chambres de compensation. Cette extension est l'occasion de reconnaître que la remise d'actifs et sûretés en garanties de telles obligations financières peut être effectuée ou constituée par les parties elles-mêmes ou par des tiers. Si l'introduction de cette disposition a pour but de permettre la mise en œuvre du

régime des garanties financières de l'article L. 211-38 du Code monétaire et financier (le «CMF») aux opérations impliquant des chambres de compensation, la possibilité de remise par d'autres personnes que les parties assouplit considérablement ce régime résistant au droit des faillites.

A la suite de l'évolution opérée en matière d'octroi de crédits par les fonds d'investissement alternatifs après l'entrée en application du règlement ELTIF⁴, le Projet confirme cette possibilité en dehors du régime ELTIF au bénéfice des fonds professionnels spécialisés, des fonds professionnels de capital-investissement et des organismes de titrisation. Il prévoit que ces fonds peuvent également accorder des prêts aux entreprises non financières dans des conditions et limites fixées par décret en Conseil d'Etat et que les prêts ainsi accordés ont une maturité inférieure à la durée de vie résiduelle du fonds dont les rachats de parts ou actions et le recours à l'effet de levier font l'objet de limitations.

Enfin, et c'est heureux, le Projet précise, ce qui pouvait susciter des débats, que les fonds professionnels sous forme de sociétés peuvent prévoir des clauses d'agrément et d'inaliénabilité (possibilité qui n'est pas ouverte aux autres fonds non professionnels du CMF). Dans ce registre, la faculté de suspension des rachats en cas de circonstances exceptionnelles est re-précisée,

«Le Projet précise, ce qui pouvait susciter des débats, que les fonds professionnels sous forme de sociétés peuvent prévoir des clauses d'agrément et d'inaliénabilité.»

occasion pour le Projet d'envisager le traitement, pour les contrats d'assurance, des unités de compte en représentation des fonds faisant l'objet d'une telle suspension.

Le Projet prévoit que l'entreprise d'assurance concernée puisse proposer de procéder au règlement des rachats sous forme de remise des titres d'un organisme de placement collectif («OPC»), suspendre ou restreindre, sur cette partie du contrat uniquement, les facultés d'arbitrage de rachats ou de transferts et le paiement des prestations. En outre, si cet OPC peut publier une valeur liquidative, l'assureur peut calculer les capitaux ou les rentes garantis des contrats sans tenir compte de la partie du contrat exprimée en unités de compte constituées d'actions ou de parts de l'OPC concerné. ■

1. Directive 2014/57/UE.

2. Règlement (UE) n° 596/2014.

3. Issue du règlement (UE) n° 648/2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux.

4. Règlement (UE) n° 2015/760.

Déduction des charges financières : l'Union européenne place la barre toujours plus haut

Jadis pays privilégié pour déduire les intérêts, la France s'est muée au cours des dix dernières années en un labyrinthe fiscal pour les emprunteurs. Et la directive européenne adoptée le 12 juillet 2016 ne devrait pas améliorer la situation.

Le 12 juillet dernier, le Conseil de l'Union européenne a adopté une nouvelle directive destinée à lutter contre les pratiques dites d'«évasion fiscale» ayant une incidence sur le fonctionnement du marché intérieur (dite directive ATAD). Cette directive ATAD traite aussi bien de la déduction fiscale des charges financières nettes que de l'*exit tax* sur les transferts d'actifs d'un pays à un autre ou encore d'autres dispositifs identifiés comme potentiellement nocifs (instruments hybrides, sociétés étrangères contrôlées – «CFC» – ou montages considérés comme abusifs). Elle s'inscrit dans le prolongement des recommandations émises par l'OCDE ayant pour objet d'encadrer certains schémas d'optimisation fiscale (dites recommandations anti-BEPS)¹.

Principes gouvernant la nouvelle limitation de déduction des charges financières nettes

L'objectif affiché par les Etats membres est d'autoriser la déduction des charges financières au niveau de l'entité où la marge est réalisée. Ainsi, la déduction des charges financières nettes (*i.e.* des charges financières minorées des produits financiers) encourues au titre de toute dette (liée ou non) ne serait autorisée qu'à hauteur du montant le plus élevé entre 30 % de l'EBITDA ajusté de l'emprunteur (hors revenus exonérés) et trois millions d'euros. Dans l'hypothèse où une partie des charges financières nettes n'aurait pas été déduite au titre de l'exercice en cause, des tests complémentaires prenant en compte soit le ratio de capitalisation (*i.e.* fonds propres/ensemble des actifs) du groupe comptablement consolidé auquel appartient l'entité débitrice, soit l'EBITDA

du même groupe, pourraient permettre de déduire tout ou partie de l'excédent. De même, la directive ATAD laisse ouverte la possibilité de retenir l'EBITDA réalisé par le groupe fiscal auquel appartient l'entité débitrice, à l'instar de ce qui est prévu par le droit fiscal français s'agissant des groupes fiscalement intégrés (cf. al. 14 et suivants de l'article 223 B du Code général des impôts). Dans ce dernier cas cependant, et de manière analogue à l'application du mécanisme du «rabort» au sein des groupes français fiscalement intégrés, le plafond de trois millions d'euros susmentionné serait déterminé au

niveau du groupe.

Les Etats membres ont la possibilité de prévoir des règles permettant le report en avant (voire en arrière, sur trois exercices maximum) des charges financières nettes non déduites en application des règles visées ci-dessus, ainsi qu'un report en avant de l'EBITDA qui n'aurait, le cas échéant, pas été absorbé au cours des cinq exercices antérieurs.

Cette limitation de déduction des charges

financières nettes ne s'appliquerait pas aux entités autonomes (*i.e.* les sociétés n'appartenant pas à un groupe et ne disposant pas d'établissement stable), ni aux entreprises financières. Par ailleurs, les charges financières dues à raison des emprunts contractés avant le 17 juin 2016 (et non modifiés ultérieurement) ainsi qu'au titre de ceux venant financer des projets d'infrastructures publiques à long terme au sein de l'Union européenne, ne seraient pas concernées par ce dispositif. Cependant, ces exclusions doivent être prises en compte avec prudence dans la mesure où cette directive ATAD constitue un niveau d'exigence minimal mais où rien n'interdit

«La directive ATAD laisse ouverte la possibilité de retenir l'EBITDA réalisé par le groupe fiscal auquel appartient l'entité débitrice, à l'instar de ce qui est prévu par le droit fiscal français s'agissant des groupes fiscalement intégrés.»



Par **Laurent Hepp**, avocat associé en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés qu'en fiscalité des transactions et private equity. laurent.hepp@cms-bfl.com



et **Jean-Charles Benois**, avocat counsel en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés qu'en fiscalité des transactions et private equity. jean-charles.benois@cms-bfl.com

¹ Pour une analyse comparée du projet de directive avec les recommandations anti-BEPS sur la déduction des charges financières, voir «Déduction fiscale des charges financières : vers de nouvelles barrières ?», *Lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity*, 29 mars 2016.

aux Etats membres de retenir un dispositif plus contraignant.

La date limite de transposition de cet article de la directive ATAD est fixée au 31 décembre 2018 ou «à la fin du premier exercice fiscal complet suivant la date de publication [...] de l'accord entre les membres de l'OCDE sur une norme minimale» anti-BEPS en matière de déduction des intérêts, sous réserve que les Etats membres de l'Union européenne disposent de règles nationales aussi efficaces que celles prévues dans la directive ATAD pour limiter la déduction des intérêts par les groupes, une date butoir étant fixée en tout état de cause au 1^{er} janvier 2024.

Incidences fiscales potentielles en France de cette nouvelle limitation

La transposition en droit interne français des principes de la directive ATAD en matière de déduction fiscale des charges financières nettes pourrait à nouveau complexifier le calcul des intérêts déductibles, lequel relève déjà de la gageure. A cet égard, il serait très souhaitable, afin de préserver l'attractivité

du territoire français, que cette nouvelle règle se substitue à tout ou partie des règles existantes. En particulier, le dispositif dit du «rabort», qui limite la déduction des charges financières nettes au montant le plus élevé entre 75 % desdites charges et trois millions d'euros, fait office de parfait candidat à l'abolition, dans la mesure où, comme le dispositif introduit par la directive ATAD, il limite la déduction des charges financières nettes encourues sur l'ensemble de la dette, que celle-ci soit souscrite auprès d'entités liées ou de prêteurs externes au groupe.

Par ailleurs, une des difficultés principales introduite par la directive ATAD pourrait concerner la déduction des charges financières nettes au sein des sociétés holding car celles-ci réalisent en général un EBITDA limité, voire négatif. Or, lorsque la holding d'acquisition est constituée dans le même Etat que la société cible opérationnelle, il ne paraît pas anormal que la déduction des charges financières soit autorisée, indépendamment de la question de savoir si la dette correspondante est logée dans la holding ou la société opérationnelle. On voit mal, en effet, en quoi une telle déduction porterait atteinte

au bon fonctionnement du marché intérieur européen. Certes, les clauses de sauvegarde prenant en compte le groupe fiscal ou le groupe comptablement consolidé devraient permettre d'atténuer ces difficultés. Mais, d'une part, certains groupes ne peuvent (ou ne veulent) pas opter pour le régime de l'intégration fiscale et, d'autre part, le ratio de capitalisation d'une holding est souvent moins élevé que celui du groupe, du moins lorsque la(les) société(s) opérationnelle(s) est(sont) peu endettée(s). Dans ces différents cas, on peut penser qu'il reviendra alors aux groupes considérés de se mettre en conformité avec l'esprit de la directive ATAD, en réallouant tout ou partie de la dette du groupe aux filiales opérationnelles, afin que les entités emprunteuses soient également celles générant l'EBITDA.

S'agissant de la transposition de la directive ATAD en droit interne français, il reste à déterminer à quelle date cette nouvelle limitation devra obligatoirement entrer en vigueur dans l'Hexagone. A cet égard, la question se pose de savoir si la France entend faire application de la possibilité de retarder la

«Une des difficultés principales pourrait concerner la déduction des charges financières nettes au sein des sociétés holding.»

mise en œuvre de la règle sur la déduction des intérêts en retenant la seconde date limite de transposition, potentiellement plus longue que la première. Il paraîtrait cohérent que la France, qui s'est déjà dotée d'un arsenal fourni de limitation de la déduction des intérêts, puisse se prévaloir de la prolongation du délai de transposition même si le droit interne français ne prévoit pas de plafonnement identique de la déduction des charges financières nettes en fonction de l'EBITDA². La position du Gouvernement sur cette question est donc très attendue. ■

² Voir sur cette question «Directive ATAD et limitation de la déduction des intérêts : quel délai de transposition pour la France ?», par Jean-Charles Benois, 25 juillet 2016, n° 1376.

Pactes d'associés : la licéité des clauses de *bad leaver*

La validité d'une clause de *bad leaver*, prévoyant pour un associé l'obligation de céder ses actions à un prix décoté de 50 %, y compris en cas de licenciement qualifié sans cause réelle et sérieuse, ne peut être contestée sur le fondement de l'illicéité de sa cause.

Tel est l'un des enseignements de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 juin 2016¹. En l'espèce, la directrice commerciale d'une société détenait des actions, notamment pour en avoir reçu à titre gratuit. Par la suite, elle a conclu, avec la société mère de son employeur, un pacte d'associés contenant un engagement de céder ses actions en cas de perte de sa qualité de salariée quelle qu'en soit la cause, étant précisé qu'en cas de licenciement autre que pour faute grave ou lourde, le prix serait fixé à dire d'experts dégradé d'un coefficient de 0.5. Licenciée, la directrice commerciale estimait devoir percevoir l'intégralité de la valeur de ses actions, le licenciement ayant été qualifié d'abusif par la juridiction prud'homale pour être dépourvu d'une cause réelle et sérieuse. Pour contester la validité de son engagement de cession à prix décoté, elle invoquait notamment l'illicéité de sa cause, celle-ci résidant selon elle dans l'imputabilité de son licenciement.

Or, la Cour de cassation confirme l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris aux termes duquel la cause de la clause litigieuse n'est pas qualifiée d'illicite dans la mesure où celle-ci participe de l'équilibre général du contrat et s'inscrit dans un processus d'amélioration de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise.

Cette décision se place donc dans la continuité de l'arrêt en date du 18 octobre 2005² qui avait consacré le principe selon lequel la cause d'un pacte d'associés peut valablement résider dans le désir d'établir une procédure de sortie de la société. Ayant précisé, en outre, que «la cause d'un pacte ne se confond pas avec les mobiles de l'actionnaire non plus qu'avec les chances de

succès de l'opération». Seule une situation manifestement abusive peut donc conduire à invalider un tel engagement extra-statutaire, analysé selon la jurisprudence en une promesse unilatérale de vente³. C'est pourquoi, la cour d'appel de Paris avait, dans un arrêt en date du 14 décembre 2004⁴, invalidé la cession forcée de titres au prix symbolique d'un euro dans le cadre de la rupture de la période d'essai de l'associé concerné,

revenant pour l'associé à abandonner la totalité du montant de son apport. Comme l'avait soulevé le professeur Claude Champaud, il semble que «dans l'esprit des magistrats, [...] les promesses de vente ont pour finalité de permettre à la société de se séparer d'associés dont les manquements menacent directement le projet entrepreneurial. [...] En dehors de faits

objectifs et d'une gravité suffisante, la possibilité trop facilement acceptée d'exclure un associé bouleverserait les équilibres du droit sociétaire»⁵.

Ainsi, selon l'arrêt commenté, la cause de l'engagement de cession ne pourrait être qualifiée d'illicite par le seul fait que la perte de la qualité d'associé et la décote critiquée seraient liées au sort du contrat de travail de l'associé concerné. Toutefois, ne pourrait-on pas craindre que le débat se déplace sur le terrain de la validité de telles clauses d'exclusion, lesquelles sont déclenchées par le seul effet d'une décision de licenciement, laissée au bon vouloir de l'organe de gestion ? Il convient également de relever que l'arrêt commenté valide la décote appliquée sur le terrain du droit du travail et de la prohibition des sanctions pécuniaires visée par l'article L. 1331-2 du Code du travail, mais seulement dans la mesure où elle tend à s'appliquer à tous les cas de licenciement et ne vise donc pas à sanctionner un comportement fautif du salarié. ■



Par **Christophe Blondeau**, avocat associé en Corporate/Fusions & acquisitions. Il couvre l'ensemble des questions relatives aux opérations transactionnelles notamment dans le secteur immobilier. christophe.blondeau@cms-bfl.com



et **Julie Bailly**, avocat en Corporate/Fusions & acquisitions. Elle intervient principalement sur des opérations de fusion-acquisition, de private equity et de restructuration de groupe de sociétés, tant sur le plan national qu'international. julie.bailly@cms-bfl.com

1. Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978.

2. CA Paris, 3^e ch. sect. A, 18 octobre 2005, RG 04/04322.

3. Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17.349 et n° 13-19.066.

4. CA Paris, 3^e ch. sect. A, 14 décembre 2004, RG 03/21818.

5. Claude Champaud, RTD Com. 2005 p. 355.

La protection des lanceurs d'alerte dans la balance de la justice



Par **Pierre Bonneau**, avocat associé en droit social.

Il est notamment le conseil de plusieurs établissements bancaires et financiers et intervient régulièrement sur des opérations de rapprochement ou de cession d'entreprises. pierre.bonneau@cms-bfl.com

«Le licenciement prononcé à l'encontre d'un lanceur d'alerte pour avoir signalé de bonne foi des conduites potentiellement illicites est nul car il contrevient à la liberté d'expression.»

Présents depuis plusieurs années dans l'actualité de nombreux scandales économiques et financiers, les lanceurs d'alerte viennent de faire l'objet d'une attention particulière de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui leur a conféré, à certaines conditions, une protection renforcée contre le licenciement. Une décision importante dans l'attente de l'édification, par le législateur, d'un prochain statut juridique.

Le signalement de bonne foi d'un fait n'est pas fautif

Dans un arrêt en date du 30 juin 2016, la Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi jugé nul le licenciement pour faute lourde d'un salarié qui avait dénoncé de bonne foi au procureur de la République des faits potentiellement délictueux de son employeur (escroquerie et détournement de fonds publics), ouvrant ainsi droit à sa réintégration au sein de l'entreprise.

Conformément à sa précédente jurisprudence (Cass. soc. 29 septembre 2010), la Haute Juridiction a considéré que *«le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute»*. Seule la mauvaise foi du salarié qui dénoncerait des faits qu'il sait inexacts saurait justifier un licenciement pour faute.

Une protection renforcée par la nullité du licenciement

Si la Cour d'appel avait jugé sans cause réelle et sérieuse ce licenciement de «représailles», la nullité ne pouvant en principe être prononcée que si un texte la prévoit, la Cour de cassation a surmonté cette absence de fondement légal pour conclure à la nullité du licenciement. En 2011, à l'époque des faits, les articles L. 1132-3-3 et L. 1132-1 du Code du travail prévoyant la nullité du licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié ayant signalé des faits pouvant constituer un délit ou un crime n'étaient en effet pas applicables, ces dispositions n'ayant été introduites qu'en 2013 par la loi n° 2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

La Cour de cassation s'est donc placée sur un autre terrain pour fonder sa décision en rappelant que la nullité du licenciement peut aussi être prononcée lorsque la mesure contrevient à une liberté fondamentale (Cass. soc. 13 mars 2001). Au visa de l'article 10, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), il a donc été jugé que le licenciement prononcé à l'encontre d'un lanceur d'alerte pour avoir signalé de bonne foi des conduites potentiellement illicites est nul car il contrevient à la liberté d'expression consacrée par ladite convention. La Cour a suivi le même raisonnement juridique au sujet du droit d'agir en justice (Cass. soc. 3 février 2016) et de la liberté de témoigner en justice (Cass. soc. 29 octobre 2013).

Dans l'attente d'un statut légal, une protection fondée sur la liberté d'expression garantie par le droit européen

Cet arrêt témoigne d'une volonté de la Cour de cassation de renforcer la protection des lanceurs d'alerte et ce, même si les faits qu'ils dénoncent ne donnent pas nécessairement lieu à des poursuites pénales. Alors que les articles L. 1132-3-3 et L. 1132-1 du Code du travail s'appliquent en cas de dénonciation de faits *«constitutifs d'un délit ou d'un crime»*, la Cour de cassation, dans cet arrêt du 30 juin 2016, protège le salarié contre le licenciement en cas de révélation de faits *«susceptibles de qualification pénale»*. Un champ donc beaucoup plus large, pourvu que le salarié soit toujours de bonne foi, et qui pourrait soulever de sérieuses difficultés d'interprétation. Ces dernières devraient cependant se restreindre avec la mise en place prochaine d'un statut légal plus complet des lanceurs d'alerte. Le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a notamment pour objet de définir plus avant les contours du statut des lanceurs d'alerte et d'encadrer la procédure à suivre en cas de signalement. Dans sa version actuelle, il introduit un principe de non-discrimination spécifique aux lanceurs d'alerte applicable au recrutement, à la formation, à la promotion ou encore au licenciement. Le lanceur d'alerte devrait cependant bénéficier de cette protection à la condition d'avoir respecté la procédure de signalement spécifiquement mise en place. ■

Comment déduire la TVA dans les holdings après l'arrêt Ginger ?

La TVA grevant les frais généraux d'une holding qui s'immisce dans la gestion de ses filiales est entièrement déductible, comme l'a confirmé le Conseil d'Etat dans l'arrêt Ginger du 20 mai 2016¹. Mais cette déduction n'est que partielle lorsque la holding ne participe pas à la gestion de l'ensemble de ses filiales, a ajouté la Haute assemblée. Nombreuses sont les questions que se posent les holdings pour évaluer correctement leurs droits à déduction et, notamment : qu'est-ce que l'immixtion dans la gestion ? L'absence de refacturation ou la simple refacturation de dépenses constitue-t-elle une immixtion ? Comment déterminer la part de la TVA récupérable en cas d'immixtion dans la gestion de certaines filiales seulement ?

L'immixtion d'une holding dans la gestion d'une filiale constitue, selon la Cour de justice, une activité économique dans la mesure où elle implique la mise en œuvre de transactions soumises à la TVA, telles que la fourniture de services administratifs, financiers, commerciaux et techniques par la holding à sa filiale (notamment, Cibo Participations, C-16/00 et Larentia Minerva, C-108/14). Les transactions dont il s'agit sont celles qui entrent dans le champ d'application de la TVA, c'est-à-dire, plus particulièrement, les prestations de services à titre onéreux. L'immixtion dans la gestion est donc constituée lorsque la holding participe à la gestion de sa filiale dans le cadre d'une activité économique de prestataire de services. Cela implique, en principe, que cette activité soit exercée par la holding de façon durable et que les prix facturés soient en relation avec les coûts supportés. Ne répondent pas *a priori* à la définition de l'immixtion dans la gestion : la location de locaux professionnels par la holding à sa filiale, la facturation de redevances de brevets ou de marques, etc., qui ne caractérisent pas une participation à la gestion de la filiale.

La Cour de justice devrait apporter dans les prochains mois des précisions sur cette notion

d'immixtion à l'occasion des réponses aux nouvelles questions préjudicielles posées en début d'année par la juridiction hongroise (MRV, C 28/16). L'absence de refacturation aux filiales des services externes grevés de TVA utilisés par une holding dans le cadre de la gestion active de celles-ci permet-elle de considérer cette holding comme une assujettie à la TVA au titre desdits services ? La réponse est-elle différente en cas de refacturation pure et simple par la holding des services externes ? Telles sont en substance les questions de la juridiction hongroise qui s'interroge sur le droit de déduire la TVA grevant les services externes supportés par la holding. Dans sa décision du 20 mai 2016, le Conseil d'Etat précise que la TVA grevant les frais généraux affectés pour partie à d'autres filiales à

«La TVA grevant les frais généraux affectés pour partie à d'autres filiales à la gestion desquelles la holding ne participe pas ne peut être déduite que partiellement, selon une clé de répartition.»

la gestion desquelles la holding ne participe pas ne peut être déduite que partiellement, selon une clé de répartition reflétant objectivement la part d'affectation réelle des dépenses en amont à chacune des deux activités, économique et non économique, de la holding. Le mode de calcul de cette clé (dénommée «coefficient d'assujettissement» dans la partie réglementaire du Code général des impôts) n'est pas imposé. Il peut s'agir d'une clé fondée sur la masse salariale, le temps passé, les mètres carrés de bureaux, le nombre d'écritures comptables, les recettes et autres produits encaissés par la société, etc. Il importe seulement que cette clé soit adaptée à la nature et à l'utilisation de la dépense à laquelle elle s'applique. Plusieurs clés peuvent ainsi être retenues par la holding afin de déterminer au mieux le montant de la TVA qu'elle est en droit de déduire. ■



Par **Ariane Beetschen**, avocat associé en TVA, taxe sur les salaires et autres taxes indirectes. Ses activités de conseil, contentieux, auteur et formateur concernent plus particulièrement les problématiques des holdings. ariane.beetschen@cms-bfl.com

¹ Voir l'article de Henri Bitar et Frédéric Bertacchi dans la Lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity du 20 juin 2016.

Procédures collectives : halte à l'extension

L'extension d'une procédure collective, création prétorienne consacrée par le législateur¹, permet de manière extraordinaire d'écarter, dans le cadre des procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, le principe d'unicité du patrimoine et d'indépendance des personnes morales. Mesure exceptionnelle, l'extension doit être strictement limitée à la satisfaction du but qui l'anime : permettre le bon déroulé d'une procédure collective. C'est ce que vient de rappeler une décision du 5 avril 2016².



Par **Alexandre Bastos**, avocat associé, responsable de l'activité Restructuring-Insolvency.

Il intervient sur l'ensemble des problématiques liées à la prévention ou au traitement des difficultés des entreprises, tant en conseil qu'en contentieux. Il est également chargé d'enseignement à l'Université Paris II Assas et à l'ESCP.
alexandre.bastos@cms-bfl.com



et **Guillaume Bouté**, avocat, membre de l'équipe Restructuring-Insolvency. Il traite de l'ensemble des problématiques soulevées par la défaillance d'entreprises, amiable ou judiciaire. Il intervient tant en conseil qu'en contentieux. Il est chargé d'enseignement à l'université Paris II Assas et à l'ULCO.
guillaume.boute@cms-bfl.com

L'extension permet d'étendre, à raison du caractère fictif de l'une des entités ou de la confusion des patrimoines (imbrication de leur patrimoine ou, plus simplement, relations financières anormales), la procédure collective ouverte à l'encontre d'une entité économique à une autre entité. Lorsqu'elle est prononcée par le tribunal de la « faillite », l'extension conduit à faire masse active et passive commune entre les entités concernées. Dès lors que celles-ci se trouvent attirées dans une unique procédure collective, une seule issue peut être adoptée pour l'ensemble des entités : plan de continuation, plan de cession, liquidation judiciaire. Il s'agit là de l'un des impacts les plus redoutables de l'extension qui pourrait aller jusqu'à conduire une entité « saine » à connaître le funeste sort d'une liquidation judiciaire. Toutefois, en cas d'extension pour confusion de patrimoine, les personnes juridiques demeurent distinctes, leurs masses active et passive sont traitées comme une

seule entité au regard de la procédure collective. Cette faculté d'extension trouve sa raison d'être dans l'esprit fondamentalement pragmatique qui anime le droit des entreprises en difficulté. Parce qu'une procédure collective ne peut être efficacement menée en raison du caractère fictif ou de la confusion des patrimoines de deux entités, le droit permet d'écarter l'indépendance de ces entités afin de poursuivre les buts de la procédure collective : maintien de l'activité, maintien de l'emploi, apurement du passif.

Dès lors, se pose la question de l'identification du moment où cesse le risque d'extension. La réponse découle directement et logiquement de la raison d'être de l'extension : lorsque la procédure collective a pu être conduite sans recours à l'extension, celle-ci cesse d'être ouverte aux

organes de la procédure.

En l'espèce, après conversion de sa sauvegarde en redressement judiciaire, la société débitrice a fait l'objet d'un plan de cession totale de son activité à la suite duquel la procédure a été convertie en liquidation judiciaire. Postérieurement, le liquidateur obtient du Tribunal l'extension de la liquidation judiciaire à une autre société. La Cour de cassation confirme l'annulation de cette décision par la Cour d'appel qui a estimé qu'une fois la cession totale de l'entreprise arrêtée, l'extension de la procédure sur le fondement de la confusion des patrimoines est impossible. La Cour procède ainsi au maintien bienvenu d'une solution dégagée sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 26 juillet 2005. La solution

n'allait pas d'elle-même compte tenu de ce que, contrairement aux textes anciens, le droit positif ne fait plus de l'arrêt d'un plan de cession totale de l'activité du débiteur le point de fixation de la procédure collective au point même que certains, vision théorique mais exacte, considèrent que

si la situation d'espèce le permettait, le débiteur pourrait être l'objet d'un plan de continuation au terme de la cession totale de son activité.

Par un même raisonnement, la Cour de cassation a pu décider que, sous l'empire des textes antérieurs, l'adoption d'un plan de redressement par voie de continuation³ ou la clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif⁴ érigent un obstacle à l'extension de la procédure collective. Ces solutions ne paraissent pas, compte tenu de ce qui précède, devoir être remises en cause postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005. L'arrêt étudié plaide fermement en ce sens. ■

«Lorsque la procédure collective a pu être conduite sans recours à l'extension, celle-ci cesse d'être ouverte aux organes de la procédure.»

1. Art. L. 621-2 du Code de commerce.

2. Cass. com., 5 avril 2016, n° 14-19869.

3. Cass. com., 22 octobre 1996, n° 95-13.024.

4. Cass. com., 11 juillet 1995, n° 93-15.525.

Réduction ISF-PME : les commentaires administratifs nouveaux sont arrivés !

Le BOFIP commentant les derniers aménagements législatifs du dispositif de réduction d'ISF-PME était attendu et il a enfin été mis en consultation publique le 6 juillet dernier¹. Inventaire des principaux apports des commentaires (d'ores et déjà en vigueur) dans l'attente de la version issue de la consultation.

Investissements directs

Rappelons que la société cible doit, au moment de l'investissement initial, avoir moins de sept ans depuis sa première vente commerciale ou, si elle est plus âgée, avoir besoin d'un investissement supérieur à 50 % de son chiffre d'affaires moyen des cinq années précédentes étayé par un plan d'entreprise établi en vue d'intégrer un nouveau marché géographique ou de produits.

Concernant l'«investissement initial», l'Administration définit cette notion par rapport au souscripteur et à ses liens avec la société : un investisseur non associé de la société sera réputé réaliser un investissement initial (tandis qu'un investisseur déjà associé ne pourra bénéficier de la réduction d'impôt que par exception, en respectant les conditions des investissements de suivi). Ainsi, une même opération pourra revêtir à la fois la nature d'investissement initial pour un nouvel investisseur et celle d'investissement de suivi pour un autre investisseur déjà actionnaire. Il sera alors nécessaire de respecter les conditions relatives à chaque type d'investissement, ce qui soulèvera la question de leur articulation, notamment concernant les plans d'entreprise qui doivent,

en principe, respectivement étayer les investissements initiaux des sociétés de plus de sept ans et les investissements de suivi. Au sujet de ces plans, le contenu attendu par l'Administration est assez large car il doit expliciter la viabilité financière *ex ante* de la société ainsi que l'évolution des produits, des ventes et de la rentabilité. L'Administration exige, en outre, qu'il soit communiqué à l'investisseur, à la date de son investissement, ce qui sera susceptible de soulever des difficultés liées à sa confidentialité.

Concernant les entreprises de plus de sept ans, qui doivent démontrer un important besoin de financement, l'Administration confirme que ce besoin

peut être entendu largement : toutes les dépenses indispensables à la réalisation de l'opération de croissance peuvent être prises en compte et le besoin peut être plus large que le montant des souscriptions reçues.

Par ailleurs, au sujet de l'emploi par les sociétés des fonds versés, l'Administration précise utilement qu'aucune condition particulière n'encadre cet emploi et qu'il peut consister en une opération de croissance prenant la forme de prise de participations au capital d'autres sociétés.

Investissements via un fonds ISF (FCPI ou FIP)

Les organismes constitués dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen – dont la souscription des parts est désormais éligible à la

réduction ISF – doivent, selon l'Administration, avoir une forme, un objet ainsi que des règles et ratios d'investissement «équivalents» aux Fonds communs de placement dans l'innovation (FCPI) et Fonds d'investissement de proximité (FIP) ISF français. L'exercice de comparabilité de ces organismes européens avec les fonds français risque de ne pas être aisé

compte tenu notamment de la particularité et de la complexité quasi byzantine des règles de calcul des ratios d'investissement² des fonds français. Relevons, enfin, que l'Administration retient dans ses commentaires une définition des titres éligibles au quota de 40 % plus large que celle prévue dans le Code monétaire et financier (en visant comme éligibles à ce quota les titres ayant fait l'objet d'un rachat ainsi que les titres acquis à l'occasion d'un investissement de suivi). Il sera intéressant de vérifier si cette évolution du champ d'application du quota de 40 % sera confirmée dans les commentaires définitifs. ■

«Une même opération pourra revêtir à la fois la nature d'investissement initial pour un nouvel investisseur et celle d'investissement de suivi pour un autre investisseur déjà actionnaire.»



Par **Lionel Bogey**, avocat en fiscalité. Il intervient tant en conseil qu'en contentieux en matière de fiscalité des entreprises, du patrimoine et du private equity. Il est chargé d'enseignement à l'Université Paris II Assas. lionel.bogey@cms-bfl.com



et **Matias Labé**, avocat en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises, dans le cadre d'opérations transactionnelles, que de fiscalité du patrimoine. Il accompagne notamment des acteurs du private equity dans leurs structurations éligibles à l'ISF-PME. matias.labe@cms-bfl.com

¹. BOI-PAT-ISF-40-30-10 à 40-30-40, BOI-PAT-ISF-40-30-10-20 et BOI-PAT-ISF-40-30-30-10. La consultation publique a pris fin le 31 août dernier.

². Les fonds ISF sont ainsi tenus de respecter un quota juridique de 70 % (lequel peut être relevé dans le cadre de la détermination d'un objectif d'investissement ISF et sert de base de calcul à la réduction d'impôt) et de 40 %, une limite d'investissement de 20 % en titres de sociétés cotées de faible capitalisation boursière ainsi qu'un quota fiscal de 50 % !

Restructuration et participation : de la nécessaire transparence de l'employeur

Par **Pierre Bonneau**, avocat associé en droit social. pierre.bonneau@cms-bfl.com



et **Florence Habrial**, avocat en droit social. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux dans tous les domaines du droit du travail et en particulier sur les opérations de restructuration. florence.habrial@cms-bfl.com

Dans le cadre d'une réorganisation intra-groupe intervenue en juin 2007, la société Wolters Kluwer France (WKF) avait acquis les actions de quatre sociétés du groupe (parmi lesquelles les sociétés Lamy et Groupe Liaisons) avant de procéder, à son profit – et après avis favorable des instances représentatives du personnel – à une transmission universelle de leur patrimoine (TUP).

Pour acheter ces actions, la société WKF avait souscrit en juillet 2007, soit postérieurement aux opérations d'information-consultation et à une période où aucun CE n'avait été constitué, un emprunt de 445 millions d'euros auprès de sa société mère hollandaise HWKF. Cet endettement avait eu pour effet d'empêcher tout versement de participation aux salariés.

En 2012, plusieurs syndicats ont assigné les sociétés WKF et HWKF afin de voir déclarer l'opération de restructuration inopposable aux salariés et d'obtenir la condamnation des deux sociétés à reconstituer une réserve spéciale de participation (RSP) pour les exercices 2007 à 2022.

Accueillant favorablement leur demande, tout en la limitant aux années 2007 à 2010, la cour d'appel de Versailles a considéré que *«l'opération de restructuration est constitutive d'une manœuvre frauduleuse de la part de la direction*

des sociétés WKF» et l'a, par conséquent, déclarée *«inopposable dans ses effets sur le montant de la RSP pour les années 2007 à 2010, à l'égard des salariés de la société WKF, bénéficiaires du régime obligatoire de participation»*.

Pour justifier la qualification de «fraude», la Cour relève notamment que les membres de la direction

avaient sciemment et à plusieurs reprises dissimulé au CE l'impact de la réorganisation sur le montant de la RSP.

Ainsi, la souscription de l'emprunt n'avait pas été mentionnée dans le cadre de la procédure d'information-consultation. A l'inverse, certains représentants de la direction avaient indiqué que la restructuration envisagée n'aurait *«aucune*

conséquence sociale ni en particulier sur les salaires», tandis que d'autres, s'abritant derrière le caractère complexe de l'opération, n'avaient pas répondu à la question du CE sur l'impact de celle-ci sur le montant de la RSP.

En outre, la Cour relève que les informations économiques et financières sollicitées par le CE après 2007 ne lui ont jamais été fournies et considère comme *«aggravante»* la circonstance que l'employeur ait pour activité l'édition et la diffusion d'ouvrages de droit du travail *«de sorte qu'il était particulièrement bien placé pour avoir connaissance des dispositions légales à respecter»*.

Bien qu'il ne soit pas définitif, cet arrêt met tout d'abord en exergue l'impérieuse nécessité pour les employeurs de faire preuve de transparence dans le cadre de la consultation des instances sur un projet de réorganisation et ce, particulièrement à l'occasion des opérations complexes. Il est en effet vraisemblable que, si l'employeur avait expressément fait état des impacts de l'opération sur la participation, la fraude n'aurait pas été considérée comme caractérisée.

Cet arrêt illustre ensuite les effets puissants de la fraude ainsi retenue : ceux-ci ouvrent ainsi la voie à une remise en cause du montant de la participation alors même que, selon l'article L. 3326-1 du Code du travail, *«le montant du bénéfice net et celui des capitaux propres de l'entreprise sont établis par une attestation du commissaire aux comptes»* et qu'ils *«ne peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges nés de la participation»*.

La cour d'appel de Versailles considère pour sa part que ces dispositions ne s'opposent pas à ce qu'une opération de restructuration soit déclarée inopposable aux salariés avec pour conséquence la réintroduction dans le bénéfice net des sommes soustraites abusivement de ce bénéfice (du fait des charges de l'emprunt litigieux) afin de reconstituer la réserve spéciale de participation.

Les praticiens des opérations de réorganisation juridique des groupes seront donc particulièrement attentifs au sort que la Cour de cassation réservera à cette singulière décision, laquelle incite en tout état de cause à la plus grande vigilance dans le traitement des conséquences sociales de ces opérations. ■

«Cet arrêt met tout d'abord en exergue l'impérieuse nécessité pour les employeurs de faire preuve de transparence dans le cadre de la consultation des instances sur un projet de réorganisation.»

Avances intra-groupe : les groupes appelés à revoir leur copie ?

Au sein des groupes, la rémunération des sommes mises à disposition entre sociétés liées doit faire l'objet d'une attention particulière afin que soit retenu un taux de marché correspondant à une gestion commerciale normale.

Les entreprises retiennent généralement dans leurs relations financières avec des sociétés qui leur sont liées une rémunération basée sur les modalités de financement de la société prêteuse. L'administration fiscale, quant à elle, n'hésite pas à réintégrer l'écart des taux d'intérêt entre le coût de financement externe d'une société et le taux auquel elle prête les sommes tirées si celui-ci est négatif (en d'autres termes, si la société prêteuse prend à sa charge

une partie du coût du financement sans le refacturer à la société liée emprunteuse).

Pourtant, et conformément au principe récemment rappelé par la cour administrative d'appel (CAA) de Versailles¹ dans un arrêt du 9 février 2016, le juge de l'impôt n'apprécie en général

pas la normalité du taux des avances consenties par la société prêteuse par rapport à celui qu'elle supporte pour son propre endettement.

Dans cette affaire, il a en effet été jugé qu'une avance de trésorerie ne doit pas être confondue avec un emprunt et que les conditions financières applicables (notamment le taux d'intérêt) doivent en tenir compte. Selon les juges, «*les sommes mises [...] à la disposition de la société Rhodia en compte courant d'associé ne présentent pas le caractère d'emprunts contractés auprès d'une filiale que la société mère s'engage à rembourser dans un délai, et selon un échéancier, déterminés contractuellement*».

Cette décision retient que la rémunération d'avances de fonds doit être appréciée par rapport à celle que le prêteur pourrait obtenir d'un établissement financier ou d'un organisme assimilé auprès duquel il placerait, dans des conditions analogues, des sommes d'un montant équivalent. Les juges ont considéré qu'au cas d'espèce les avances, en raison de leurs caractéristiques

(sommes mises à disposition de manière permanente, remboursables à tout moment, absence de convention de prêt, montant ayant constamment fluctué), étaient assimilables à un placement financier sous forme de parts de SICAV ou fonds communs de placements monétaires.

Bien que conforme à une jurisprudence établie², on peut néanmoins s'interroger sur l'application de cette solution lorsqu'une entreprise s'est endettée exclusivement en vue de reprêter ces sommes à des entités liées à un coût inférieur à celui qu'elle supporte. En pareille hypothèse, la CAA de Paris a préféré apprécier la rémunération des avances consenties au regard du coût de refinancement du prêteur³. En poursuivant la même logique,

«Les juges ont considéré qu'au cas d'espèce les avances [...] étaient assimilables à un placement financier sous forme de parts de sociétés SICAV ou FCP monétaires.»

le Conseil d'Etat a également semblé nuancer sa position traditionnelle bien que la rédaction de la décision ne permette pas d'en tirer une interprétation certaine en ce sens⁴.

En conclusion, lorsqu'une société s'endette puis reprête les sommes tirées au

près des sociétés de son groupe, compte tenu de l'insécurité née des récentes décisions des juridictions administratives dont on peine à comprendre la logique d'ensemble, la prudence commande de rémunérer ces avances *a minima* au coût de refinancement qu'elle supporte. En effet, le taux des OPCVM monétaires semble ne constituer qu'un plancher que l'entreprise pourrait rehausser. Bien entendu, cette solution ne donne pas entière satisfaction à l'emprunteur qui pourrait être conduit à réintégrer une partie des intérêts servis chaque fois que le coût de refinancement retenu serait supérieur soit au plafond légal de déduction de l'article 39, 1, 3°, du CGI, soit au taux de marché, lorsque celui-ci est invocable par l'emprunteur.

Il est donc important de réfléchir à la construction juridique des flux intragroupes, en particulier lorsque ces canaux de remontée de trésorerie sont utilisés aux fins de remboursement de la dette senior dans des opérations de LBO, les modalités de mise à disposition des sommes justifiant des modalités de rémunération différentes. ■



Par **Florian Burnat**, avocat en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des transactions et private equity que dans le domaine de la fiscalité des particuliers, actionnaires et dirigeants. florian.burnat@cms-bfl.com



et **Vincent Forestier**, avocat en fiscalité. Il conseille au quotidien des sociétés dans le cadre de leurs problématiques en fiscalité directe ainsi que dans leurs opérations d'acquisitions, de LBO et de restructuration. vincent.forestier@cms-bfl.com

1. CAA Versailles, 3^e ch., 9 février 2016, n° 15VE00394.

2. CE, 8^e et 7^e s.-s., 7 octobre 1988, n° 50256 ; CE, 10^e et 9^e s.-s., 31 juillet 2009, n° 301936.

3. CAA Paris, 10^e ch., 27 mai 2014, n° 13PA01773.

4. CE, 10^e s.-s., 28 novembre 2012, n° 340971, Sté Camefi.

Facturation de management fees aux pays émergents : revue des principales problématiques fiscales

La facturation de management fees à des filiales situées dans les pays émergents est devenue un point de friction récurrent pour les sociétés françaises. Les problématiques fiscales soulevées doivent être résolues tant localement qu'en France.



Par **Agnès de l'Estoile-Campi**,
avocat associé en fiscalité
internationale et conseiller du
commerce extérieur de la France.
agnes.delestoile-campi@cms-bfl.com

Tout d'abord, il faut résoudre la problématique de la retenue à la source. En général et en application des conventions fiscales signées par la France avec ces pays, aucune retenue n'est censée être prélevée sur des facturations de services qui n'entraînent pas de transfert de savoir-faire. Au Brésil, par exemple, l'administration fiscale a radicalement modifié sa position en 2014 et le prélèvement d'une retenue à la source sur les facturations de services par des entreprises françaises n'est plus un problème majeur. En Inde, un arrêt Steria de juillet 2016 a validé qu'en application de la clause de la nation la plus favorisée, la retenue à la source ne devrait plus s'appliquer à des services techniques, mais le sujet est loin d'être épuisé car la convention fiscale franco-indienne permet de prélever une retenue à la source sur les services de conseil. Lorsqu'une retenue à la source est prélevée localement, malgré les dispositions de la convention fiscale, elle ne vaut pas crédit d'impôt et entraîne, de ce fait, une double imposition. Il nous semble toutefois que, dans ce cas, on devrait admettre qu'elle constitue une charge déductible pour la société française.

Ensuite, de nombreux obstacles à la déduction par les sociétés locales des management fees demeurent. En Chine, par exemple, la simple appellation de management fees emporte la non-déduction automatique pour la filiale chinoise ! Au Brésil comme en Inde, le degré d'exigence de preuve concernant le bien-fondé et la matérialité des services semble dissuasif. Enfin, il faut bien entendu justifier du prix et de la méthode de facturation.

On constate donc, en pratique, une auto-censure qui crée une double imposition : soit que la filiale locale ne déduit pas les facturations, soit que la société mère française renonce à facturer. Lorsque la société française renonce à facturer, elle risque la réintégration des management fees non facturés dans la base de l'impôt sur les sociétés (article 57 du Code général des impôts) et

l'application d'une retenue à la source sur les revenus réputés distribués. S'il est désormais possible d'éviter la retenue à la source par un remboursement spontané des management fees non facturés¹, le redressement en impôt sur les sociétés peut en cacher un autre en matière de TVA. En effet, un arrêt du Conseil d'Etat du 20 mai 2016 a jugé que les droits à déduction de TVA sur les frais des sociétés holding étaient maintenus inté-

«Lorsque la société française renonce à facturer, elle risque la réintégration des management fees non facturés dans la base de l'impôt sur les sociétés [...] et l'application d'une retenue à la source sur les revenus réputés distribués.»

gralement, à la condition toutefois que ces frais soient affectés à des filiales à la gestion desquelles la société holding participe (autrement dit que la holding facture des management fees)². La situation des sociétés qui participeraient à la gestion de ses filiales sans facturer les management fees correspondants n'est pas résolue par cet arrêt. La confrontation de la pratique et des principes français peut donc engendrer une double imposition et, en fonction des circonstances, un risque en matière de TVA. Un subtil équilibre doit être trouvé afin de minimiser les situations pénalisantes. Les groupes français doivent donc passer en revue leur politique de facturation de management fees pour tenter de résoudre les situations à risque, souvent propres aux pays émergents, et trouver des solutions pragmatiques qui permettent de cantonner le risque fiscal tant en France que dans les pays concernés. ■

1. Article L. 62 A du Livre des procédures fiscales (LPP).

2. Voir l'article d'Ariane Beetschen, page 7.

Loyauté du dirigeant envers l'actionnaire : attention à ne pas franchir la ligne rouge !

Au cours d'un LBO, des divergences de vues peuvent parfois survenir entre l'associé majoritaire et l'équipe de management de la cible, notamment lorsqu'il s'agit de prendre certaines décisions stratégiques relatives à la mise en place d'un refinancement. Par un arrêt du 5 juillet dernier, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est toutefois venue rappeler avec une certaine fermeté les contours de l'obligation de loyauté pesant sur le dirigeant vis-à-vis de son actionnaire.

Le dirigeant d'Europcar, société majoritairement détenue par le fonds

Eurazeo, avait été nommé directeur général le 1^{er} avril 2010, en application d'un contrat de mandat en date du 31 mars 2010. Ce contrat prévoyait le versement d'une indemnité de révocation mais précisait toutefois, de

manière assez classique, que celle-ci ne serait pas due en cas de révocation pour faute grave, telle qu'entendue par la jurisprudence sociale, à savoir la faute qui rend impossible le maintien dans l'entreprise. Le dirigeant avait ensuite été révoqué de ses fonctions le 13 février 2012 par décision du conseil d'administration pour des motifs évoquant «*un mode de management conflictuel, son attitude à l'égard des partenaires financiers, la sous-performance du groupe et son absence d'initiative*», les faits décrits ayant alors été qualifiés de faute grave. Il se trouve notamment que le dirigeant, sans l'accord préalable de son actionnaire, avait entamé des discussions avec le fonds KKR, concurrent d'Eurazeo, dans le but de lever les fonds permettant de financer l'exploitation du groupe.

Notons qu'il est désormais d'usage, lors de la négociation des termes et conditions de l'investissement des managers-investisseurs, d'anticiper les conséquences d'un comportement dommageable du manager vis-à-vis de la société ou de son actionnaire, notamment lorsque celui-ci manque à son devoir de loyauté, à son obligation de confidentialité ou encore qu'il tient des

propos diffamatoires à leur égard.

En première instance, le Tribunal de commerce de Versailles, considérant que la déloyauté n'avait pas été démontrée, avait permis au dirigeant de percevoir son indemnité contractuelle de fin de mandat d'un montant avoisinant les 2,5 millions d'euros. Europcar a interjeté appel de cette décision et la cour d'appel de Versailles est venue infirmer le jugement du Tribunal en retenant la qualification de faute grave et le manquement du dirigeant à son devoir de loyauté envers son actionnaire.

La Cour de cassation a validé le raisonnement des juges d'appel en rejetant le pourvoi formé par le dirigeant et en adoptant une position protectrice des intérêts de l'actionnaire. Dans la ligne de la décision d'appel et d'une jurisprudence établie lorsqu'un dirigeant omet de tenir

son actionnaire informé de circonstances de nature à influencer sur son consentement, la Cour rappelle le nécessaire respect par le dirigeant de son devoir de loyauté envers l'actionnaire. Il n'est donc pas possible pour un dirigeant, sans agir contre l'intérêt social, de court-circuiter son actionnaire en communiquant directement avec des investisseurs potentiels et «*en tentant de créer un antagonisme entre la société Europcar et son principal actionnaire*».

De manière plus originale, la Cour de cassation retient ici la communauté d'intérêts existant entre la société et son actionnaire majoritaire et précise que le dirigeant ne peut y porter atteinte. Dans le contexte des opérations de private equity, cela viendra certainement alimenter les discussions lorsqu'il s'agira désormais d'apprécier la manière dont le dirigeant veille à préserver les intérêts de l'investisseur financier. ■



Par **Thomas Hains**, avocat en Corporate/Fusions & acquisitions. Il assiste des industriels, des fonds d'investissement et des managers dans le cadre de tous types d'opérations de fusion-acquisition, de joint-ventures et de private equity, tant nationales qu'internationales.
thomas.hains@cms-bfl.com

La série judiciaire du co-emploi dans un groupe de sociétés continue

A travers des affaires médiatiques récentes, la Cour de cassation confirme dans trois décisions importantes rendues le 6 juillet dernier qu'elle entend limiter la reconnaissance du co-emploi au sein du groupe à des situations exceptionnelles.

Par **Pierre Bonneau**, avocat associé en droit social.
pierre.bonneau@cms-bfl.com



et **Maïté Ollivier**, avocat en droit social. Elle intervient dans le domaine du conseil et du contentieux en droit du travail et droit de la protection sociale, en particulier sur les opérations de restructuration et la gestion des situations des cadres dirigeants.
maite.ollivier@cms-bfl.com

«La reconnaissance du co-emploi nécessite davantage qu'une simple coordination des activités économiques et des intérêts des sociétés qui composent le groupe, elle implique, selon la jurisprudence, une "anormalité" dans les rapports sociétaires appréciés au cas par cas.»

Cette notion sensible au sein des groupes de sociétés est particulièrement exploitée par les salariés et leurs représentants en vue d'obtenir la condamnation de la société mère en tant que responsable solidaire des conséquences financières des licenciements économiques résultant de la réorganisation ou de la liquidation de leur entreprise située en France. L'appréciation de la notion d'ingérence «anormale» d'une société mère dans la gestion économique et sociale d'une autre société du groupe constitue la pierre angulaire de la jurisprudence sur la notion de co-emploi.

Une appréciation restrictive du co-emploi confirmée

Pour la Chambre sociale, la notion de co-emploi, hors le cas de lien de subordination, procède d'une triple confusion d'intérêt d'activité et de direction caractérisant une immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale. Les arrêts du 6 juillet 2016 étaient attendus avec intérêt dans la mesure où ils portaient, d'une part, sur des affaires emblématiques (Continental et 3 Suisses) avec des enjeux financiers significatifs, et qu'ils devaient, d'autre part, permettre une

nouvelle fois de préciser la position de la Cour de cassation sur la notion de co-emploi au sein de groupe de sociétés.

Dans l'affaire Continental, la fermeture du site de Clairoux avait emporté, à l'issue d'un long conflit social, le licenciement de tous les salariés de l'établissement dont ils ont contesté le motif économique en demandant la condamnation solidaire

de la société mère allemande Continental AG en qualité de co-employeur. La cour d'appel d'Amiens avait condamné sur ce fondement la société mère à verser solidairement près de 29 millions d'euros d'indemnités aux anciens salariés.

Le 6 juillet dernier, la Cour de cassation¹ a confirmé l'absence de cause réelle et sérieuse des licenciements mais a censuré la qualification du co-emploi en considérant que «le fait que la politique du groupe déterminée par la société mère ait une incidence sur l'activité économique et sociale de sa filiale et que la société mère ait pris dans le cadre de cette politique des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée à garantir l'exécution des obligations de sa filiale liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois ne pouvaient pas suffire à caractériser une situation de co-emploi.»

Une notion d'«ingérence anormale» difficile à établir

Pragmatique, la Cour de cassation reprend les critères retenus depuis l'affaire concernant les anciens salariés de Molex en 2014². Ainsi, la reconnaissance du co-emploi nécessite davantage qu'une simple coordination des activités économiques et des intérêts des sociétés qui composent le groupe, elle implique, selon la jurisprudence, une «anormalité» dans les rapports sociétaires appréciés au cas par cas³.

Les faits d'espèce de la troisième affaire concernant 3 Suisses sont sources d'enseignement sur ce point. En effet, le même jour, la Cour de cassation⁴ a confirmé la qualité de co-employeur et la condamnation solidaire de la société mère allemande à indemniser les salariés au titre de leur licenciement nul en retenant une concordance d'indices. Pour la Chambre sociale, l'immixtion abusive était caractérisée par la centralisation des équipes et pouvoirs de direction au niveau de la société mère, la prise en charge des relations et contentieux contractuels et le contrôle des activités comptables renforcés par les services de la société mère, ce qui avait eu pour effet de priver la filiale de son autonomie de gestion économique et sociale.

Dans ce contexte et nonobstant ce durcissement de l'interprétation des critères jurisprudentiels du co-emploi, la prudence commande de continuer à préserver l'autonomie de gestion des filiales, en particulier lorsque celles-ci doivent se réorganiser pour faire face à des difficultés. ■

1. Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 14-27.266.

2. Cass. soc., 2 juillet 2014, n° 13-15.208

3. Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 14-26.541 et n° 14-27.266

4. Cass. soc., 6 juillet 2016, n° 15-15.481

L'assurance de «risques fiscaux spécifiques», nouveau vecteur de développement des assureurs

Longtemps ignorée par les marchés français du capital-investissement et des fusions-acquisitions, l'assurance de garantie de passif est à présent en plein essor dans notre pays. Ce mécanisme connu depuis de nombreuses années et très usité dans les pays anglo-saxons a commencé à percer en France, notamment en raison des réticences des fonds d'investissement à accorder certaines garanties de passif classiques, par exemple lorsque le fonds doit être liquidé ou lorsqu'un séquestre n'est pas possible. L'appétence pour ce produit s'est depuis quelques années étendue à tous les secteurs d'activité objets de transactions, industriels ou immobiliers. Ce type d'assurance est aujourd'hui essentiellement disponible auprès d'assureurs étrangers, anglais pour la plupart, qui bénéficient de l'expertise accumulée en la matière depuis plus de quinze ans.

Aux rangs des risques couramment couverts par ces polices, les risques fiscaux figurent en bonne place. Or, dans l'hypothèse où ces risques auraient été précisément identifiés lors de la phase de l'audit fiscal qui doit précéder la transaction, la mécanique juridique conduit en principe à exclure ceux-ci de la police d'assurance. Les assureurs justifient cette exclusion par le fait que le critère essentiel de l'aléa, qui doit être inhérent à toute police à défaut de nullité, n'est plus caractérisé. En effet, dans ce cas, un risque fiscal spécifique ayant été identifié, le seul aléa consiste à déterminer si la société va être, ou non, contrôlée par l'administration fiscale, ce qui revient à réduire de façon significative le seuil de l'aléa à un niveau qui n'est plus acceptable pour un assureur. Dans le but de répondre malgré tout aux demandes du marché français et parallèlement à ces assurances de garanties de passif, les assureurs développent un nouveau type de produit : l'assurance de risques fiscaux spécifiques. Dans ce cas, la logique de l'assureur consiste à conduire l'analyse suivante : bien qu'identifiés, les risques fiscaux en cause doivent être consi-

dérés, au regard de la loi ou de la jurisprudence, comme raisonnablement limités. Les assureurs sollicitent alors la production de «*legal opinions*», rédigées par leurs conseils, qui se prononcent sur la pertinence du risque en cause au regard des pièces fournies et de l'audit spécifique qui devra être réalisé à cette occasion. Au-delà des aspects purement techniques du dossier étudié, les assureurs examinent également les risques à l'aune du climat politique du pays ou encore de la propension de l'administration fiscale à cibler certaines pratiques fiscales ou certaines activités dans le contexte spécifique de la transaction concernée. La négociation de ces polices intervient en général dans des délais très brefs et, assez souvent, concomitamment à la négociation de l'assurance de garantie de passif. Ce produit offre plus généralement un champ

nouveau de perspectives, aussi bien pour les acteurs du capital-investissement que pour les groupes industriels ou immobiliers. Ces groupes peuvent avoir recours à ce produit,

après identification d'un risque fiscal spécifique, afin de sécuriser leur situation. Cette assurance peut donc leur éviter de comptabiliser des provisions qui pourraient, à défaut, être exigées par les commissaires aux comptes. Dans les pays anglo-saxons, des entreprises recourent ainsi à ce type de police d'assurance afin de couvrir les risques fiscaux inhérents à des opérations de restructuration, pour autant que ces opérations soient motivées par des raisons économiques et non par des objectifs fiscaux. Le risque afférent à la remise en cause de crédits d'impôt peut également être couvert par ce type de police. La police d'assurance peut devenir, à cette occasion, une véritable alternative à une demande de rescrit. Or, compte tenu des délais d'obtention des rescrits en France, ce produit pourrait être d'un grand intérêt pour s'assurer «rapidement» à raison d'un risque fiscal spécifique. ■



Par **Thierry Granier**, avocat associé en fiscalité internationale. Il intervient en matière de private equity dans les opérations de financement et d'acquisition. Il assiste plusieurs fonds d'investissement et établissements financiers dans leurs opérations à dimension internationale.
thierry.granier@cms-bfl.com



et **Johann Roc'h**, avocat en fiscalité internationale. Il intervient en matière de private equity dans les opérations de financement et d'acquisition dans un contexte international. Il intervient également en matière de fiscalité des entreprises pour une clientèle de groupes internationaux.
johann.roch@cms-bfl.com

Illégalité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de cession d'actions



Par **Virginie Coursière-Pluntz**, avocat conseil en droit de la concurrence et droit européen. Elle intervient tant en matière de conseil que de contentieux, plus particulièrement en accompagnement de dossiers transactionnels et/ou internationaux ainsi que sur les impacts concurrentiels de l'activité des organismes publics.
virginie.coursiere-pluntz@cms-bfl.com

Il arrive fréquemment que les parties à un contrat de cession d'actions insèrent une clause de non-concurrence permettant de protéger l'acquéreur contre la concurrence du vendeur postérieurement à la réalisation de la cession. Le droit de la concurrence ne trouve, en principe, rien à redire à ce type de clauses, qui sont destinées à protéger la valeur des actifs cédés, pour autant qu'elles soient directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération et qu'elles soient limitées dans le temps et dans l'espace. La philosophie de ces clauses conduit, en outre, à en restreindre le bénéfice au seul acquéreur. Une clause de non-concurrence qui ne respecte pas ces conditions est susceptible d'être considérée comme emportant un partage illégal de marchés, passible des sanctions applicables aux ententes anticoncurrentielles. Au cas d'espèce, c'est une amende de près de 80 millions d'euros qui avait été infligée par la Commission européenne aux opérateurs historiques de télécommunications espagnol et portugais, pour l'insertion d'une telle clause dans un contrat de cession portant sur les actions détenues par Portugal Telecom dans un opérateur de télécommunications brésilien. La clause litigieuse, pourtant supprimée par les parties au cours de la procédure, prévoyait que

«dans la mesure autorisée par la loi, chaque partie s'abstiendra[it] de participer ou d'investir, directement ou indirectement, par l'intermédiaire de toute filiale, dans tout projet relevant du secteur des télécommunications [...] susceptible d'être en concurrence avec l'autre partie sur le marché ibérique [...]».

Aucun des arguments avancés par les parties pour justifier la clause n'a été retenu par la Commission ou par le Tribunal de l'Union européenne en appel. En effet :

- une clause de non-concurrence portant sur le marché ibérique n'était manifestement pas directement liée et nécessaire à une opération concernant le marché brésilien ;
 - le fait pour les parties d'avoir conditionné l'application de la clause à sa légalité («dans la mesure autorisée par la loi») était insuffisant pour «racheter» la clause ;
 - la clause constituait en elle-même une reconnaissance du fait qu'il existait entre les parties une concurrence (à tout le moins potentielle) susceptible d'être restreinte ;
 - les pressions qu'aurait exercées le gouvernement portugais pour insérer cette clause n'étaient pas démontrées.
- (Tribunal de l'Union européenne, 28 juin 2016, Portugal Telecom et Telefonica c/ Commission européenne, aff. jtes T-208/13 et T-216/13). ■

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tél. 01 47 38 55 00
cms.law/bfl

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en Private Equity :



Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

Supplément du numéro 1383 du lundi 3 octobre 2016

Option Finance - 10, rue Pergolèse 75016 Paris - Tél. 01 53 63 55 55 - SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327

Directeur de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano

Service abonnements : 10, rue Pergolèse 75016 Paris, Tél. 01 53 63 55 58 Fax : 01 53 63 55 60 - Email : abonnement@optionfinance.fr

Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 0917 T 83896

