Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

# La Lettre des Fusions-acquisitions et du Private Equity

Lundi 1er octobre 2018

## AU SOMMAIRE


### Dossier
**Les entreprises en difficulté**

- Bilan 2017 des entreprises en difficulté : l'amiable pour tous ? p. 2
- Reconstitution des capitaux propres d'entreprises en difficulté : enjeux juridiques et fiscaux p. 3
- Cessions d'entreprises en difficulté : typologie des risques en droit social p. 6
- Responsabilité du dirigeant, variations autour de la négligence p. 7
- Droit des procédures collectives et droit des concentrations : retour sur leur cohabitation p. 8
- Le sort incertain du licencié dans les procédures collectives p. 10

### Actualités internationales

- Le changement en matière de déclaration de dispositifs transfrontières, c'est maintenant ! p. 11
- Vers un renforcement du contrôle des acquisitions étrangères p. 12
- Obligations documentaires en matière de prix de transfert : une portée parfois négligée p. 13

### Actualités

- Holdings animatrices : le Conseil d'État plus pragmatique que l'Administration ? p. 14
- Code AFEP-MEDEF : aperçu des principales évolutions p. 15
- Opérations de réorganisation intra-groupe : participation et fraude p. 16


C/M/S/ Francis Lefebvre Avocats

Supplément du numéro 1479
du 1er octobre 2018

Cette lettre est imprimée sur du papier recyclé

## EDITORIAL

*«Attendu [qu'] il est raisonnablement inenvisageable qu'un établissement de restauration fast-food désormais dépourvu de son enseigne McDonald's et de tout autre enseigne connue et désormais destiné à la vente d'une nourriture pour le moins particulièrement singulière (halal asiatique) puisse économiquement prospérer à brève ou moyenne échéance en conservant ses salariés […]»*. Redoutable office de la formation des référés du tribunal de grande instance de Marseille qui, après une telle constatation notamment, a accepté au mois de septembre 2018 de bloquer la cession d'une société franchisée de la célèbre marque américaine !

Cette mésaventure illustre les difficultés auxquelles peuvent être confrontés les praticiens des cessions d'entreprises lorsque celles-ci sont en difficulté : faut-il leur donner une seconde chance permettant de préserver tout ou partie des emplois, par exemple en s'orientant vers les procédures amiables de traitement des difficultés qui sont de plus en plus utilisées ? Doit-on au contraire tirer les conséquences de leurs échecs en procédant à leur fermeture ?

L'arbitrage est d'autant plus délicat qu'il doit intégrer de nombreux paramètres - financiers, juridiques ou encore sociaux – dont la conciliation peut s'avérer d'une grande complexité.

Paramètres financiers tout d'abord lorsque se pose la question de la reconstitution des capitaux propres et que des choix doivent être opérés entre une augmentation du capital social, un abandon de créance ou encore le versement d'une subvention.

Paramètres juridiques ensuite lorsque l'opération peut conduire à l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant, la frontière étant particulièrement ténue entre la «simple négligence» - qui participe du droit à l'échec des entrepreneurs - et la «faute de gestion» susceptible d'être sanctionnée.

Sur le plan juridique toujours, la réflexion peut également devoir intégrer des sujets aussi complexes que le sort des contrats de licence de droits de propriété intellectuelle ou encore le droit des concentrations, dont l'harmonisation avec le droit des entreprises en difficultés est encore balbutiante.

Le droit social enfin dont l'emprise sur les opérations de cession d'entreprises ne cesse de croître comme l'illustre l'exemple ci-dessus de la reprise actuellement compromise d'une entreprise franchisée. Les difficultés dans cette matière peuvent ainsi survenir tant en amont de ces opérations, au stade des procédures d'information-consultation des institutions représentatives du personnel, que postérieurement à celles-ci, notamment sous la forme d'un engagement de la responsabilité de la société mère cédante (opportunément sollicitée consécutivement à la défaillance de l'entreprise cédée).

La jurisprudence s'est fortement enrichie ces derniers mois sur ces différents sujets et il importe de bien mesurer les risques et précautions à prendre dans ce domaine à la complexité croissante.

Ce tableau des obstacles ne doit cependant rien avoir de décourageant. Les contraintes techniques sont faites pour être surmontées, pourvu bien sûr qu'elles soient connues et donc prévenues.

Puisse la présente lettre humblement contribuer à cet éclairage ! ■

Pierre Bonneau, avocat associé.

# Bilan 2017 des entreprises en difficulté : l'amiable pour tous ?

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.
alexandre.bastos@cms-fl.com

et **Clémentine Quintard,** avocat, membre de l'équipe Restructuring-Insolvency. Elle intervient en matière de prévention et de traitement amiable et judiciaire des difficultés des entreprises.
clementine.quintard@cms-fl.com

Contrairement à la chute pérenne attendue et espérée ou vantée au cours d'une année riche en enjeux électoraux, les dernières statistiques disponibles démontrent que le niveau des défaillances d'entreprises demeure élevé en France. L'autre enseignement majeur des dernières données réside dans la confirmation que le recours au traitement amiable des difficultés des entreprises se généralise.

Ainsi, l'étude «*L'entreprise en difficulté en France en 2017*[1]», si elle illustre l'image tant vantée de la diminution du nombre de défaillances d'entreprises au cours de l'année 2017, confirme toutefois, après comparaison des chiffres au niveau national obtenus par l'Observatoire économique du CNAJMJ[2], une hausse du recours aux procédures amiables.

De manière peu surprenante, cette étude relève également une présence marquée des acteurs publics : notamment le Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI) dont le taux de succès des interventions est supérieur à 90 %[3], le délégué interministériel aux restructurations d'entreprises, la médiation nationale du crédit et les commissaires au redressement productif déployés en région, qui se sont énormément investis afin de conforter la restauration d'un tissu économique et industriel français ayant tant souffert depuis la crise financière et économique internationale de 2008.

Le nombre de défaillances des entreprises françaises a baissé de 4,6 % (55 175 procédures collectives ouvertes en 2017). Cette statistique globale doit être détaillée pour en mesurer pleinement la portée. En effet, la baisse significative d'ouverture des procédures de sauvegarde enregistrée (– 8 %) doit être rapportée à la diminution deux fois moins importante des ouvertures de redressement (– 5 %) et liquidation judiciaires (– 4 %) qui, rappelons-le, constituent plus des deux tiers des procédures collectives ouvertes en France.

Il est à craindre que cette belle image, si elle n'est d'Epinal, demeure un trompe-l'œil.

D'une part, il faut probablement voir dans l'ampleur de la diminution des sauvegardes la conjugaison tout à la fois de l'amélioration de la conjoncture économique et, surtout, du fait que les acteurs économiques favorisent le recours au traitement préventif amiable. Le traitement préventif des difficultés semble, en effet, particulièrement rétif à s'accommoder de la publicité et du caractère collectif attaché à ce qu'est une véritable procédure collective[4].

D'autre part, ces chiffres doivent être relativisés à l'aune des premières données de 2018[5]. En effet, si le début de l'année 2018 confirmait la tendance baissière, celle-ci s'est trouvée fortement ralentie au deuxième trimestre, notamment en région Ile-de-France qui est repassée dans le rouge. Ainsi, au cours de ce dernier, la défaillance de 12 750 entreprises a été constatée, portant l'amélioration a seulement 1,4 %[6].

***«Les procédures de mandat ad hoc et de conciliation connaissent une réelle démocratisation.»***

Observée et anticipée par les praticiens du retournement, une autre tendance, cette fois avérée et certainement durable, est mise en lumière par l'étude des dernières statistiques : les procédures de mandat ad hoc et de conciliation connaissent une réelle démocratisation.

L'année 2017 a été marquée par une importante progression du recours aux procédures amiables. Si ces procédures ont rapidement été utilisées par les grandes juridictions dans les dossiers de très grande ampleur, toutes les juridictions y recourent désormais pour des dossiers aux profils variés (3 536 procédures amiables, dont 72 % de mandats *ad hoc*, ont été ouvertes en 2017, soit une hausse de 43 % par rapport à l'année 2016[1]).

Ce changement de paradigme dans le traitement des difficultés des entreprises doit être salué : le droit français présente aujourd'hui des outils adaptés, patinés par plus d'une décennie de pratique, permettant un véritable travail de prévention et de restructuration des entreprises loin de la proclamation en place publique des difficultés et de la mise au banc inévitablement attachées à l'ouverture d'une procédure collective, fût-elle «préventive». ■

*1. Etude Deloitte Altarès, mai 2018.*
*2. Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires.*
*3. Rapport d'activité 2017 du CIRI et, pour un éclairage sur les actions menées par le CIRI, interview de son secrétaire général, Louis Margueritte, Mayday, 6 septembre 2018.*
*4. A l'appui de cette analyse, il doit être relevé la très faible part de sauvegardes (2 %) parmi l'ensemble des procédures collectives ouvertes contre 30 % de redressements judiciaires et 68 % de liquidations judiciaires.*
*5. OCED-Bulletin de santé des entreprises en France et Ile-de-France, établi au 1er août 2018.*
*6. Palmarès Altarès des défaillances d'entreprises au 2e trimestre 2018.*

# Reconstitution des capitaux propres d'entreprises en difficulté : enjeux juridiques et fiscaux

La reconstitution des capitaux propres d'entreprises en difficulté soulève des problématiques spécifiques qui conduisent à recourir à des techniques alternatives au premier rang desquelles l'augmentation du capital social, l'abandon de créance ou le versement d'une subvention.
Le choix de la méthode retenue comme ses conséquences juridiques et fiscales dépendront de l'objectif poursuivi (injection de trésorerie ou simple allègement de l'endettement), mais également du contexte dans lequel s'inscrit l'opération de reconstitution des capitaux propres (maintien de la société en difficulté au sein du groupe ou cession).

## Dans le cas de la conservation de l'entreprise en difficulté

Lorsque la société traverse des difficultés et requiert des liquidités supplémentaires sous forme de capitaux propres pour poursuivre son activité au sein du groupe, l'aide apportée peut notamment prendre la forme d'une subvention ou d'une augmentation de capital. La première étant souvent écartée compte tenu du caractère taxable à l'impôt sur les sociétés (IS) de l'aide chez l'entreprise en bénéficiant, il est plus courant de recourir à une augmentation de capital, neutre fiscalement. Cette augmentation de capital peut être libérée soit par un versement, soit par compensation avec les éventuelles créances que les associés de la société bénéficiaire de l'augmentation de capital détiennent à son encontre. Cette dernière modalité de libération de l'augmentation de capital présente le double intérêt de reconstituer les capitaux propres tout en diminuant l'endettement.
Si, en revanche, l'objectif poursuivi est celui d'un allègement de l'endettement de la société en difficulté (et que l'option susvisée d'une incorporation au capital des créances n'est pas envisageable en pratique), il peut s'avérer opportun de faire bénéficier cette dernière d'un abandon de créance.

> ***«Si, en revanche, l'objectif poursuivi est celui d'un allègement de l'endettement de la société en difficulté […] il peut s'avérer opportun de faire bénéficier cette dernière d'un abandon de créance.»***

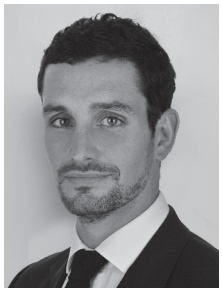
**• Du point de vue de la société créancière**
La charge exceptionnelle constatée à cette occasion n'est en principe déductible que pour autant que cet abandon soit consenti à titre commercial. Si une telle qualification ne pose pas de difficulté lorsque les sociétés créancière et débitrice entretiennent des relations commerciales suivies sans lien capitalistique entre elles (sociétés tierces), la question paraît moins évidente au sein d'un groupe, en particulier s'agissant de créances provenant de *management fees*. Une récente décision rendue par le Conseil d'Etat apporte cependant un éclairage intéressant sur cette question, puisque ce dernier a accepté de traiter comme commerciale une aide consentie par une société holding à certaines de ses filiales dès lors que la holding rendait à ces dernières des prestations de référencement et négociait à cet effet des conditions tarifaires favorables[1]. Pour ce faire, le Conseil d'Etat a accepté de reconnaître le caractère commercial des relations entre une société mère et ses filiales auxquelles elle rend des services d'intérêt commun. Est-ce à dire que toutes les créances de *management fees* abandonnées sont susceptibles d'être traitées comme des aides à caractère commercial ? La question n'est pas tranchée car encore faut-il que l'objectif poursuivi revête cette caractéristique. Par ailleurs, au cas d'espèce, les services rendus impliquaient que la holding négocie des conditions tarifaires avec des tiers (et non des services purement internes, sans que des tiers ne soient impliqués) et ce, dans le domaine d'activité opérationnelle

Par **Alexandre Bastos,** avocat associé, responsable de l'activité Restructuring-Insolvency.
alexandre.bastos@cms-fl.com

**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-fl.com

**Guillaume Bouté,** avocat, membre de l'équipe Restructuring-Insolvency. Il traite 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 Panthéon-Assas et à l'ULCO.
guillaume.boute@cms-fl.com

*1. CE, 7 février 2018, n° 398676, SARL France Frais.*



**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 capital-transmission et de restructuration.
vincent.forestier@cms-fl.com

et **Benoît Gomel,** avocat en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient dans le cadre d'opérations de fusion-acquisition de sociétés, de capital-investissement, de restructurations et de private equity.
benoit.gomel@cms-fl.com

des filiales (à la différence d'une holding qui rendrait des services purement administratifs). Lorsqu'il n'est pas consenti à titre commercial, l'abandon de créance est traité comme étant accordé à titre financier et n'est en principe pas déductible par la société créancière (alors même qu'il est en principe taxable chez la société qui en est bénéficiaire). Par exception et afin d'encourager la recapitalisation des sociétés en difficulté, les aides qui leurs sont consenties restent déductibles dès lors qu'elles s'inscrivent dans le cadre :
– d'une procédure de conciliation en application d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L.611-8 du Code de commerce ; ou
– d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.
On relèvera le champ d'application discutable de cette disposition qui exclut le mandat *ad hoc* alors qu'il inclut la liquidation judiciaire, laquelle devrait probablement faire l'objet d'un traitement distinct compte tenu de ses spécificités.

***«Afin d'encourager la recapitalisation des sociétés en difficulté, les aides qui leurs sont consenties restent déductibles dès lors qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une procédure de conciliation [...] de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.»***

La déduction fiscale de l'abandon est alors permise à hauteur de la situation nette négative de l'entreprise qui en bénéficie et, pour le montant excédant cette situation nette négative, la déduction est ramenée au pourcentage que représentent les participations détenues par les autres associés.
En pratique cependant, l'application de ces textes est particulièrement délicate notamment lorsque la société bénéficiaire de l'abandon est en dehors du champ d'application du règlement européen «Insol Bis»[2]. En revanche, le traitement comptable applicable dans l'Etat de résidence de l'entreprise débitrice (constatation d'un produit ou simple inscription bilantielle) ne devrait pas avoir d'impact à lui seul sur la qualification de l'opération d'abandon en France[3].

**• Du point de vue de la société débitrice**
L'abandon de créance constitue un produit imposable, sauf à ce que l'entité créancière s'engage à souscrire en numéraire à une augmentation en capital de l'entité bénéficiaire pour un montant au moins égal à l'abandon avant la clôture du second exercice suivant ledit abandon.
Afin d'éviter que le plafonnement du montant de déficits reportables en avant, imputable au titre d'un même exercice (pour rappel, un million d'euros puis 50 % du résultat imposable excédant ce million d'euros), conduise la société bénéficiaire à s'acquitter d'une charge d'IS, celle-ci est autorisée à majorer le plafonnement d'un million d'euros du montant des créances abandonnées en application d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L.611-8 du Code de commerce ou dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ouverte à son nom. Bien que la lettre du texte et les travaux parlementaires aient pu autoriser une autre interprétation, le Conseil constitutionnel a récemment indiqué que cette faculté était réservée à la seule société bénéficiaire de l'abandon, et non à la société créancière (quand bien même l'abandon consenti serait non déductible dans le chef de cette dernière)[4].

### Dans le cas de la cession de l'entreprise en difficulté

La réalisation d'une reconstitution des capitaux propres[5] dans le contexte d'une cession ajoute des éléments de complexité, notamment liés à l'intervention de tiers mais également à la multiplicité des contraintes financières, juridiques et fiscales.
La pratique montre que certains acquéreurs souhaitent que les capitaux propres de la société cible soient reconstitués par le vendeur préalablement ou concomitamment à la cession, quand bien même cette société serait *in bonis*, de sorte à la doter d'un fonds de roulement suffisant le temps d'assurer son retournement. Un tel objectif peut impliquer de la part du vendeur de procéder à une augmentation de capital préalablement à la cession.

*2. Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.*
*3. Voir en ce sens : CE, 13 avril 2018, n° 398271, société LVMH Möet Hennessy Louis Vuitton.*
*4. QPC 2018-700.*
*5. Qu'il sera utile de réaliser dans le cadre d'une conciliation au sens des articles L.611-4 et s. du Code de commerce.*

Cette augmentation de capital peut être libérée soit par un versement, soit par compensation avec les créances détenues par les vendeurs à l'encontre de la société cible. Cependant, chacun de ces deux modes de libération entraîne pour les parties en présence des conséquences fiscales qui doivent être prises en compte pour structurer l'opération.

En effet, compte tenu des niveaux de valorisation généralement faibles des sociétés cédées dans ces circonstances, le fait de procéder à une augmentation de capital peut conduire à dégager une moins-value de cession, les titres nouvellement émis étant ultérieurement cédés à une valeur inférieure à leur valeur nominale en raison de l'état de déconfiture de l'entité cédée. Dans ce cas, la moins-value correspondante n'est en principe plus déductible depuis 2012. Une telle exclusion ne s'applique toutefois pas aux titres qui ne répondent pas à la définition des titres de participation. A cet égard, dans un contexte particulier de recapitalisation d'une filiale bancaire en difficulté préalablement à sa cession, la cour administrative d'appel de Versailles a récemment jugé que c'est à la date de l'acquisition des nouveaux titres, attribués à l'occasion d'une augmentation de capital, qu'il convient de se placer pour déterminer la nature comptable, et donc fiscale, de ces nouveaux titres[6]. Au cas d'espèce, la Cour a considéré que l'augmentation de capital, requise par les autorités bancaires grecques, avait pour seul but de permettre à la société mère de se séparer de sa filiale. Elle en a conclu que les nouveaux titres ne pouvaient donc être comptabilisés en titres de participation (alors même que l'entité recapitalisée était détenue à 100 % par l'entité cédante) et, qu'en conséquence, la moins-value sur les titres nouvellement émis était déductible. Cette solution méritera cependant d'être confirmée par le Conseil d'Etat, l'administration fiscale s'étant pourvue en cassation dans cette affaire.

Lorsque l'augmentation de capital n'est pas réalisée en numéraire mais plutôt par incorporation d'une créance, afin notamment d'améliorer la situation nette de la société en difficulté, la question se pose de savoir qui du vendeur ou de l'acquéreur a intérêt à procéder à cette incorporation.

**• Du point de vue du cédant**

La préférence devrait en principe s'orienter vers une cession des créances à prix décoté, à charge pour l'acquéreur de procéder à la recapitalisation. En effet, dans ce cas, la moins-value de cession de créance réalisée est en principe déductible, alors que celle des titres reçus en contrepartie de l'augmentation de capital par incorporation de créances reste contentieuse (voir ci-dessus).

L'intérêt d'une telle déduction est d'autant plus important lorsque l'entité cédée est membre d'un groupe d'intégration fiscale. En effet, dans ce cas, il n'est pas rare que la créance considérée ait été provisionnée, eu égard aux difficultés financières de la société débitrice, et que la reprise de ladite provision à la suite de l'incorporation de la créance au capital de l'entité débitrice cédée conduise à constater un profit taxable à cette occasion, alors même que la déduction de cette provision avait été neutralisée lors de sa constitution. La constatation d'une moins-value de cession de la créance permet ainsi, à tout le moins, de compenser la reprise le cas échéant taxable de la provision.

***«[Du point de vue du cédant] La préférence devrait en principe s'orienter vers une cession des créances à prix décoté, à charge pour l'acquéreur de procéder à la recapitalisation.»***

**• Du point de vue de l'acquéreur**

L'incorporation de la créance par l'acquéreur peut soulever des difficultés, du moins lorsque celui-ci est une entité résidant en France. En effet, l'incorporation par un acquéreur d'une créance décotée au capital de la cible dans les douze mois suivant l'acquisition des titres entraîne depuis 2012 la taxation dans le chef de l'acquéreur de l'écart entre la valeur réelle des titres de participation reçus en contrepartie et la valeur de rachat de la créance.

On le voit : même la mise en oeuvre d'une «bonne intention» (i.e., la recapitalisation d'une société en difficulté) est susceptible de se heurter à diverses contraintes. Une bonne maîtrise de l'ingénierie juridique et fiscale s'avère donc essentielle. ■

*6. CAA Versailles, 17 mai 2018, n° 15VE04052, société Crédit Agricole.*

# Cessions d'entreprises en difficulté : typologie des risques en droit social

**La jurisprudence sociale récente apporte d'intéressantes illustrations des risques auxquels sont exposées les opérations de cession d'entreprises en difficulté. Ces risques sont présents en amont de ces opérations, au stade des procédures d'information consultation, mais également postérieurement à leur réalisation. Point d'arrêt sur ces décisions et les précautions à prendre.**

Par **Pierre Bonneau,** avocat associé en droit du travail et protection sociale. Il est notamment le conseil de plusieurs établissements bancaires et financiers et il intervient régulièrement sur des opérations de rapprochement ou de cession d'entreprises.
pierre.bonneau@cms-fl.com

Les tribulations suscitées par la cession de sociétés titulaires de contrats de franchise McDonald's à Marseille, fortement médiatisée du fait notamment des soutiens politiques dont les salariés et leurs représentants ont bénéficié, ne constituent pas un exemple isolé. Les praticiens des opérations de cession constatent en effet la propension de plus en plus grande des représentants du personnel à contester judiciairement des opérations pouvant conduire des groupes à se défaire d'activités non suffisamment rentables dans l'espoir de leur donner un second souffle.

Par ces actions, les contestataires peuvent rechercher à assurer leur ancrage avec un actionnaire disposant de moyens économiques et financiers conséquents, quitte à préférer être licenciés, plutôt que de risquer participer à une aventure entrepreneuriale qu'ils considèrent plus incertaine. Ces actions en contestations peuvent également intervenir une fois l'opération réalisée, afin de rechercher la responsabilité de cet actionnaire en lieu et place de celle de leur nouvel actionnaire ou employeur qui peut être défaillant.

***«[Les représentants du personnel] peuvent parfois trouver des moyens de contestation tenant à la suffisance, à la qualité ou encore à la loyauté de l'information transmise.»***

**Les actions visant à empêcher la réalisation des opérations de cession**

Les actions en contestation peuvent survenir avant même que ces opérations se réalisent soit au stade où celles-ci sont soumises à la procédure d'information et de consultation des représentants du personnel.

Rappelons à cet égard qu'à l'occasion de ces procédures, l'employeur doit communiquer des informations précises et écrites aux représentants du personnel. Or, ces derniers peuvent parfois trouver des moyens de contestation tenant à la suffisance, à la qualité ou encore à la loyauté de l'information transmise. La fraude peut également servir de fondement à de telles actions.

L'affaire récente ayant conduit le groupe de presse Prisma Media à céder son titre VSD, qui était abrité au sein d'une filiale, à un entrepreneur indépendant, offre une première illustration de ce type de contestation. Dans cette affaire, les représentants du personnel reprochaient au cédant de ne pas avoir communiqué l'ensemble des informations afférentes à des suppressions de postes et ce, alors même que la viabilité du projet impliquait une nette diminution de l'effectif au moyen de l'exercice par les journalistes de leurs clauses de cession. Cette action visant ainsi à interdire cette cession n'a pas prospérée, le Tribunal ayant considéré que les demandeurs ne rapportaient pas la preuve d'un trouble manifestement illicite au regard notamment de la qualité des informations transmises par l'employeur et du sérieux du projet de reprise (tribunal de grande instance - TGI - de Nanterre, 25 mai 2018, n° 18/01228). Inversement, le TGI de Marseille a bloqué une des cinq cessions de sociétés qui exploitaient des McDonald's après avoir considéré que celle-ci était accompagnée d'un projet de reprise insuffisamment viable économiquement (TGI Marseille, 7 septembre 2018, n° 18/877).

Seconde illustration récente avec un fondement de contestation sensiblement différent, celui visant à soutenir que la consultation du comité

d'entreprise (ou du comité social et économique) sur un projet ponctuel de cession devrait être précédée de la consultation périodique en lien avec son objet (la principale concernée étant la consultation périodique sur les orientations stratégiques). Ce raisonnement a été singulièrement suivi par le TGI de Versailles dans l'affaire de la cession par le groupe SFR de sa filiale Mobipel (TGI de Nanterre, 28 mai 2018, Mobipel n° 18/01187) – conduisant donc l'opération à devoir être différée de plusieurs mois - et mis en échec par le TGI de Créteil à propos de la cession par le groupe SNCF d'une de ses filiales qui était économiquement viable (ordonnance du 5 juillet 2018, n° 18/00733). Ces différentes affaires illustrent en tout état de cause la nécessaire attention devant être portée à la qualité et à la complétude de l'information transmise, celle-ci devant permettre de convaincre les juges éventuellement saisis du sérieux et de la viabilité économique du projet de reprise.
Lorsque ces actions ne prospèrent pas, comme dans cette dernière affaire, reste aux salariés et à leurs représentants à tenter d'engager des actions postérieurement à la réalisation de l'opération.

**«La Cour de cassation ouvre la possibilité de rechercher la responsabilité délictuelle de la société mère postérieurement à la cession de l'une de ses filiales.»**

**Les actions visant à faire sanctionner l'opération de cession intervenue**

Dans les affaires de cession d'entreprises en difficulté, les difficultés post-cession surviennent le plus souvent à la suite des licenciements que peut être contraint de mettre en œuvre le cessionnaire. Les salariés peuvent dès lors avoir la tentation d'agir contre le cédant si les conditions de leur licenciement sont moins favorables que celles auxquelles ils auraient pu prétendre avant la cession. Pour que la responsabilité du cédant soit retenue, il faut qu'il ait commis des fautes, voire des négligences, ou qu'il ait manqué à l'obligation de loyauté dans l'exécution des contrats de travail ou encore qu'il ait contourné de façon frauduleuse les dispositions sur le transfert d'une entité économique autonome.
La sanction est alors généralement indemnitaire et compense la perte de chance de conserver un emploi ou de bénéficier des dispositions d'un plan social plus favorable (Cass. soc., 14 novembre 2007, Bull n° 05-21239 ; Cass. soc., 18 juin 2014, n° 12.18589). Dans une seule affaire particulièrement remarquée, dans laquelle le Tribunal puis la Cour d'appel ont retenu la démonstration du caractère frauduleux de l'opération, la sanction est de façon surprenante allée jusqu'au prononcé de la nullité de la cession (CA Douai, 17 mai 2018, Samsonite n° 16/06041).
Les salariés licenciés par le cessionnaire peuvent également tenter de rechercher la responsabilité de la société mère du cédant généralement plus solvable. La voie du co-emploi était jusqu'alors privilégiée sans grand succès (Cass. soc., 26 juin 2008, n° 07-41294 à n° 07-41312). L'arrêt Bouyer du 24 mai 2018 (n° 16-18621) confirme qu'une «*absence d'autonomie décisionnelle*» de la société fille doit être démontrée afin que le co-emploi soit établi.
Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation ouvre également la possibilité de rechercher la responsabilité délictuelle de la société mère postérieurement à la cession réalisée par l'une de ses filiales. En l'espèce, la responsabilité de la société mère n'avait pas été retenue mais l'arrêt apporte des enseignements importants sur les conditions devant être réunies à cet effet : la société mère doit, par les décisions de gestion prises, avoir commis une faute ayant compromis la bonne exécution par sa filiale de ses obligations ou contribué à sa situation de cessation de paiements.
Ces différentes décisions confirment donc la nécessaire vigilance qui doit accompagner l'élaboration et la bonne mise en œuvre des opérations de cession des entreprises en difficulté. Ces risques judiciaires obligent en particulier la société mère cédante à devoir trouver un équilibre entre un soutien trop appuyé, révélant une immixtion et une atteinte à la nécessaire indépendance économique de la filiale, et un désintéressement tout aussi condamnable. ■

# Responsabilité du dirigeant, variations autour de la négligence

Par **Guillaume Bouté,** avocat, membre de l'équipe Restructuring-Insolvency.
guillaume.boute@cms-fl.com

et **David Mantienne,** avocat en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient principalement en matière d'opérations de fusion-acquisition, de private equity et de restructuration de groupes de sociétés, pour des clients tant français qu'étrangers.
david.mantienne@cms-fl.com

*«La direction d'une société est rarement une sinécure et malheur à celui qui, trop confiant [...] plane sur son petit nuage, insouciant des réalités de la gestion quotidienne. Un jour vient où l'orage se déclare et le dirigeant redescendu sur terre fait l'apprentissage de la responsabilité*[1]», que ce soit dans un contexte *in bonis* ou de procédure collective.

Malgré l'inévitable principe de responsabilité, le consensus se fait aujourd'hui sur le droit à l'échec des entrepreneurs. La culture évolue de la sanction au rebond. Curieusement, seul le droit des entreprises en difficulté traduit en droit positif cette mansuétude dans le domaine de la responsabilité des dirigeants de société.

### Sociétés en liquidation judiciaire, la «simple négligence» comme source d'impunité

Nous nous en sommes déjà faits les rapporteurs dans cette lettre[2], la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II» a modifié l'article L.651-2 alinéa 1 du Code de commerce en précisant que la responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut désormais plus être engagée en cas de «*simple négligence*» du dirigeant. Comme Michel Menjucq[3], nous nous étions alors interrogés sur la méthode employée et son efficacité.

Indépendamment de ce questionnement, apparaît la volonté du législateur d'aboutir à un régime de responsabilité du dirigeant d'entreprise en liquidation judiciaire plus mesuré que ce qu'il était dans l'état antérieur des textes où toute faute était, littéralement, susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant pour l'intégralité de l'insuffisance d'actif révélée.

La Cour de Cassation vient de confirmer que cette modification législative s'applique immédiatement aux procédures collectives et aux instances en responsabilité en cours à la date de son entrée en vigueur, soit le 11 décembre 2016 (Com., 5 septembre 2018, n° 17-13.626.), renforçant ainsi la portée de cette modification destinée à favoriser le rebond des dirigeants à la suite d'un échec entrepreneurial et à ne pas décourager la création d'entreprises.

### Sociétés *in bonis*, la négligence comme source de responsabilité

Le régime de la responsabilité de droit commun des dirigeants de sociétés[4], qui repose en grande partie sur la notion de faute de gestion appréciée souverainement par les juges du fond, reconnaît, lui, qu'une telle faute puisse ne résulter que de la négligence du dirigeant. Ainsi en est-il, à titre d'exemples, du défaut de surveillance du personnel de la société ou de la passivité du dirigeant ayant connaissance d'agissements délictueux d'un préposé.

De même, en matière de responsabilité civile de droit commun, «*chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*» (article 1241 du Code civil).

**«Malgré l'inévitable principe de responsabilité, le consensus se fait aujourd'hui sur le droit à l'échec des entrepreneurs.»**

### Deux poids, deux mesures ?

L'incohérence entre ces régimes interpelle d'autant plus que le principe de non-cumul des actions[5] conduit à exclure toute possibilité d'action en responsabilité civile fondée sur les régimes de droit commun dès lors qu'est exercée l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ce qui écarte donc toute sanction de la «simple négligence» du dirigeant quand bien même celle-ci aurait contribué à l'apparition ou à l'aggravation de l'insuffisance d'actif.

Reste à savoir comment les tribunaux vont définir les contours de la notion de «simple négligence» aux vertus exonératoires en cas de liquidation judiciaire. ■

*1. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 22e Ed.*
*2. Lettre des Fusions-Acquisition et du Private Equity, en partenariat avec le magazine Option Finance, parue le 12 décembre 2016.*
*3. La négligence ne peut plus fonder l'action en «comblement de passif», Michel Menjucq, revue des procédures collectives n° 1, janvier 2017, repère 1.*
*4. Articles L.223-22 et L.225-251 du Code de commerce pour les SARL et les sociétés par actions et articles 1240 et 1241 du Code civil pour les autres sociétés commerciales et pour les sociétés civiles.*
*5. Voir notamment : Com., 19 novembre 2013, n° 12-16.099.*

# Droit des procédures collectives et droit des concentrations : retour sur leur cohabitation

Alors que l'Autorité de la concurrence (ADLC) est dans une phase d'étude en vue de modifier le droit français des concentrations et qu'elle envisage de publier de nouvelles lignes directrices sur le contrôle des concentrations en 2019[1], il est peu probable que le droit des concentrations connaisse des évolutions pour s'harmoniser plus encore avec celui des entreprises en difficulté.

Pour autant, la décision 18-DCC-95 du 14 juin 2018 de l'ADLC relative au contrôle exclusif du pôle «plats cuisinés» de William Saurin, a été abondamment commentée en raison du fait que, pour la première fois, le ministre de l'Economie a usé de son droit d'évocation et pris une décision annulant les engagements requis par l'ADLC.

Cette décision est ainsi l'occasion de revenir sur les passerelles existant entre ces deux domaines du droit. L'un et l'autre sont en effet appelés à cohabiter puisque la reprise d'une entreprise en difficulté est une opération de concentration, peu important qu'elle intervienne à l'occasion d'une sauvegarde, d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire.

Le droit français des concentrations repose sur un principe de notification obligatoire des opérations excédant certains seuils dont le non-respect peut être sanctionné, le cas échéant, par le rétablissement de la situation antérieure, c'est-à-dire par un démantèlement. L'obligation de notification est assortie de l'interdiction de mise en œuvre de l'opération tant que l'autorisation n'est pas accordée. L'article L.430-4 du Code de commerce[2] prévoit toutefois la possibilité de déroger à l'effet suspensif en cas de nécessité particulière dûment motivée, le cas échéant avec des conditions, la dérogation cessant d'être valable si, dans les trois mois suivant la réalisation effective de l'opération, cette dernière n'est pas notifiée à l'ADLC.

Le jugement d'un Tribunal de commerce entérinant une offre de reprise par un acteur économique tenu, en raison des chiffres d'affaires de son groupe et de la société reprise, d'obtenir l'aval de l'ADLC, peut se heurter à la logique du droit des concentrations. La possibilité d'une dérogation à l'effet suspensif va alors permettre de répondre concrètement à la nécessité de mettre en œuvre l'offre de reprise validée par une décision de justice. Particulièrement utile en matière d'entreprises en difficulté elle peut d'ailleurs être obtenue, comme dans l'affaire William Saurin, avant même le jugement du Tribunal de commerce[3].

Si cette facilité de dérogation est donc usuellement utilisée lors de la reprise d'une entreprise dans le cadre d'une procédure collective, on peut néanmoins se demander comment, d'un point de vue strictement juridique, une décision d'une autorité administrative comme l'ADLC pourrait venir affecter le périmètre d'une décision de justice et donc, en quelque sorte, prévaloir sur elle bien que cette situation ne semble pas s'être encore véritablement présentée.

***«La possibilité d'une dérogation à l'effet suspensif va alors permettre de répondre concrètement à la nécessité de mettre en œuvre l'offre de reprise validée par une décision de justice.»***

Enfin, il convient de signaler dans le droit des concentrations l'exception de l'entreprise défaillante qui permet, dans certaines conditions, d'autoriser l'opération même si elle peut affecter la concurrence dès lors qu'il apparaît que ses effets sont neutres par rapport à l'hypothèse de la disparition de l'entreprise. Ainsi, il faudra pouvoir démontrer que :

– faute de reprise, l'entreprise viendrait à disparaître rapidement ;

– il n'existe pas d'offre de reprise emportant des conséquences moins dommageables pour la concurrence ;

– la disparition de l'entreprise en difficulté n'a pas d'effets moins dommageables pour les consommateurs que son rachat.

Le principe de cette exception qui repose sur des conditions strictes à réunir a été confirmé par le Conseil d'Etat en 2004[4] et est repris dans les lignes directrices de l'ADLC[5]. ■

Par **Denis Redon,** avocat associé en droit de la concurrence. Il est notamment en charge des questions relatives au droit des concentrations (notification d'opérations, analyse concurrentielle des dossiers, etc.) et au droit anti-trust.
denis.redon@cms-fl.com

*1. Communiqué de presse ADLC du 7 juin 2018.*
*2. Voir aussi lignes directrices concentrations p. 39.*
*3. L'ADLC invite les entreprises, dans ses lignes directrices point 127, à faire la demande au moins cinq jours avant la prise de décision du Tribunal.*
*4. Conseil d'Etat, 6 février 2004.*
*5. Points 561 et suivants.*

# Le sort incertain du licencié dans les procédures collectives

Par **Jean-Baptiste Thiénot,** avocat counsel en droit de la propriété intellectuelle. Il accompagne les entreprises dans la protection et la valorisation de leurs innovations (brevets, secret d'affaires, savoir-faire) tant en conseil qu'en contentieux.
jean-baptiste.thienot@cms-fl.com

L'articulation entre les contrats de licence de droits de propriété intellectuelle et les exigences du droit des procédures collectives est un sujet délicat :
– d'un côté, les licences présentent souvent un fort *intuitu personnae*, ce qui peut rendre leur transmission difficile dans le cadre de procédures collectives ; et
– d'un autre côté, l'activité du licencié est, par définition, dépendante, au moins en partie, du maintien en vigueur de la licence.
Au regard de cet état de dépendance, le licencié doit s'interroger sur les moyens d'anticiper la défaillance du donneur de licence et même son éventuelle disparition.
Si l'activité du donneur de licence est reprise à l'issue de la procédure collective, la situation du licencié ne devrait pas être bouleversée *in fine* : il pourra continuer à exploiter le brevet, la marque ou le logiciel ; seule l'identité du donneur de licence, destinataire des redevances, aura changé.
Cela étant, la situation peut être plus complexe en pratique : il n'est pas rare que le licencié ait besoin des compétences du donneur de licence pour exploiter la technologie en cause (notamment par le biais de services de maintenance). Dans cette hypothèse, comment le licencié peut-il se prémunir contre la défaillance du donneur de licence pendant la période antérieure à la reprise ?
En effet, s'agissant d'une licence de logiciel, l'exploitation risque de rapidement devenir impossible si le licencié n'a pas obtenu les codes source qui seuls permettent de faire évoluer le logiciel afin d'éviter qu'il ne devienne obsolète.
Une solution consiste à faire séquestrer une copie du code source chez un tiers tel que l'agence de protection des programmes. Cette solution implique de définir avec soin dans le contrat de licence :
– les événements qui permettent au licencié d'obtenir l'accès au code source. Il peut s'agir, par exemple, de la défaillance caractérisée du donneur de licence à ses obligations de maintenance, éventuellement couplée à l'absence de reprise des actifs dans le cadre d'une liquidation judiciaire du donneur de licence ;
– les droits d'exploitation conférés au licencié lorsqu'il accède au code source. Il est essentiel que le contrat prévoit que le licencié pourra utiliser le code de façon à exercer les droits qui lui ont été concédés par la licence. Ainsi, il doit avoir le droit de le modifier, ou de le faire modifier par un prestataire de son choix, et de l'exploiter. Attention, il est important que cet accès au code source ne puisse pas être assimilé à une cession qui risquerait d'être remise en question par application du droit des procédures collectives ; et
– l'obligation pour le donneur de licence de déposer régulièrement des mises à jour du code source.
Cette solution a le mérite de prévenir un autre risque : la liquidation du donneur de licence sans reprise des actifs.
En dehors du domaine des logiciels, cette solution peut aussi s'avérer pertinente *mutatis mutandis* pour les licences de savoir-faire.
En revanche, pour ce qui est des licences de brevets ou de marques, ce type de mécanisme n'a *a priori* pas d'intérêt. Pour autant, le risque est réel pour le licencié. La disparition du donneur de licence peut entraîner la déchéance des titres concernés pour défaut de paiement des montants dus aux offices de propriété intellectuelle ; le licencié perdrait ainsi l'avantage concurrentiel dont il jouissait du fait de la licence. Ainsi, en cas de liquidation du donneur de licence, la solution la plus évidente pour le licencié semble être de se porter acquéreur des droits de propriété intellectuelle en question à la barre du Tribunal. ■

***«La disparition du donneur de licence peut entraîner la déchéance des titres concernés pour défaut de paiement des montants dus aux offices de propriété intellectuelle.»***

# Le changement en matière de déclaration de dispositifs transfrontières, c'est maintenant !

Par définition, les opérations d'acquisition, de réorganisation ou de financement réalisées dans un contexte international entraînent normalement des échanges de flux transfrontières. Or, depuis l'adoption de la directive 2018/822 par le Conseil de l'Union européenne, qui est venue modifier la directive 2011/16/EU relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal, il convient d'être désormais extrêmement vigilant sur les obligations qui pourraient peser sur les acteurs qui interviennent dans la cadre de telles opérations. Dans un souci officiel de vouloir instaurer une meilleure transparence fiscale au niveau de l'Union, le Conseil a en effet introduit une nouvelle obligation de déclaration à la charge des entreprises et des «conseils fiscaux». Ceux-ci doivent désormais divulguer aux administrations fiscales les «dispositifs transfrontières» qui présentent un risque potentiel d'évasion fiscale. Plusieurs questions se posent à cet égard.

**«Dans un souci officiel de vouloir instaurer une meilleure transparence fiscale au niveau de l'Union, le Conseil a en effet introduit une nouvelle obligation de déclaration à la charge des entreprises et des "conseils fiscaux".»**

**Quelle application dans le temps ?**

La date d'entrée en vigueur officielle de la directive est le 25 juin 2018. Il convient de préciser que, même si la date butoir pour la transposition en droit interne de cette directive est le 31 décembre 2019, il est prévu que les entreprises ou les conseils devront déclarer, au plus tard le 31 août 2020, les dispositifs transfrontières dont la première étape a été mise en oeuvre depuis le 25 juin 2018. Il est donc permis de considérer que la mesure est effective dès maintenant.

**Quel dispositif transfrontière doit être déclaré ?**

Les dispositifs transfrontières doivent être envisagés à l'aune d'une liste d'opérations possibles contenue à l'annexe IV de la directive. Ainsi, le texte de la directive ne donne pas de définition précise de ces dispositifs transfrontières mais se contente, au travers de cette liste, de fixer «les marqueurs» qui font rentrer certains dispositifs transfrontières dans le champ des opérations déclarables. Parmi ces marqueurs, certains sont liés à un critère d'«avantage principal». La directive prévoit en effet que ce critère *«sera rempli s'il peut être établi que l'avantage principal ou l'un des avantages principaux qu'une personne peut raisonnablement s'attendre à retirer d'un dispositif […] est l'obtention d'un avantage fiscal»*.

Il est alors fait une distinction entre des marqueurs généraux liés au critère de l'avantage principal (par exemple, présence d'une clause de confidentialité interdisant au contribuable de divulguer aux autorités fiscales la façon dont le dispositif pourrait procurer un avantage fiscal) et des marqueurs spécifiques (ainsi un dispositif qui aurait pour effet de convertir des revenus en capital).

Il existe par ailleurs d'autres catégories de marqueurs spécifiques. Nous citerons notamment ceux liés aux opérations transfrontières réalisées entre entreprises liées lorsque, par exemple, le bénéficiaire de paiements ne réside, à des fins fiscales, dans aucune juridiction fiscale ou, encore, lorsque des déductions sont demandées dans au moins deux juridictions à raison de l'amortissement d'un même actif. Il existe également des marqueurs spécifiques concernant les prix de transfert, l'échange automatique d'informations ou encore les bénéficiaires effectifs.

**Qui doit déclarer ?**

La directive prévoit que l'obligation de déclaration pèse en priorité sur les intermédiaires qui conçoivent ou commercialisent un dispositif transfrontière, le met à disposition ou veille à sa mise en œuvre. Les professions soumises au secret professionnel (par exemple, les avocat français) devraient en principe être dispensées de l'obligation déclarative mais ces professions soumises au secret sont tout de même tenues de notifier à tout autre intermédiaire ou au contribuable concerné les obligations de déclaration qui leur incombent. ■

Par **Thierry Granier,** avocat associé en fiscalité. 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-fl.com

# Vers un renforcement du contrôle des acquisitions étrangères

Par **Hugo Winckler,** avocat en corporate/fusions & acquisitions et membre du China desk. Il conseille et assiste les investisseurs chinois dans leurs opérations transactionnelles vers la France, mais également les investisseurs français vers la Chine.
hugo.winckler@cms-fl.com

et **Louis-Nicolas Ricard,** *Professional Support Lawyer* en corporate/fusions & acquisitions.
louis-nicolas.ricard@cms-fl.com

Le projet de loi Pacte[1] prévoit notamment de modifier le dispositif relatif au contrôle des investissements directs étrangers (IDE) dans certains secteurs sensibles (art. 55). Cette volonté s'inscrit dans une tendance globale[2] partagée entre la défense d'intérêts stratégiques et le maintien d'une attractivité ouverte au monde.

**Rappel du régime actuel**

Si, conformément à l'article L.151-1 du Code monétaire et financier (CMF), les relations financières entre la France et l'étranger sont libres, certains de ces investissements peuvent être soumis à autorisation préalable du ministre de l'Économie. Pour l'essentiel, sont concernés les investissements et les opérations dans des secteurs de l'industrie et des services qui présentent un intérêt stratégique pour l'État provenant d'un pays tiers, d'un état membre ou d'une entreprise française contrôlée par un étranger.

Une première liste des secteurs d'activité établie en 2005 avait été étendue en 2014 à d'autres domaines par le décret Montebourg n° 2014-479, l'idée sous-jacente demeurant de privilégier les intérêts stratégiques du pays plutôt qu'une approche économique des dossiers.

En cas de non respect des conditions, de lourdes sanctions sont susceptibles d'être encourues (notamment, jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, amende égale au double du montant de l'investissement irrégulier et nullité de l'opération).

Un régime déclaratoire était aussi en vigueur. Désormais simplifié (D. 2017-932, 10 mai 2017), le mécanisme prévoit une déclaration à la Banque de France pour les investissements de plus de quinze millions d'euros (CMF, art. R.152-3) et une déclaration de suivi pour les opérations autorisées (CMF, art. R.153-13). Par ailleurs, l'article R.152-1 prévoit certaines obligations déclaratives en cas de sortie de fonds hors de France par des sociétés françaises.

***«Il s'agit donc d'une loi de police administrative ayant pour objet de rendre l'action du ministre plus efficace en lui permettant de prendre des mesures conservatoires.»***

**Que changerait la future loi Pacte ?**

L'article 55 du projet de loi vise principalement à donner au ministre des pouvoirs plus étendus pour sanctionner le défaut d'autorisation préalable et préserver les intérêts nationaux tels que la faculté de suspendre les droits de vote de l'investisseur, de désigner un mandataire chargé de veiller à la protection des intérêts nationaux mais aussi d'empêcher l'investisseur de disposer des actifs ou de percevoir des dividendes.

Le montant des sanctions pécuniaires pourrait également être modifié, sans excéder la somme la plus élevée parmi les sommes suivantes : le double de l'investissement réalisé, 10 % du chiffre d'affaires annuel de la société cible, un million d'euros pour les personnes physiques et cinq millions d'euros pour les personnes morales.

Il s'agit donc d'une loi de police administrative ayant pour objet de rendre l'action du ministre plus efficace en lui permettant de prendre des mesures conservatoires et de veiller à ce que l'autorisation qui a été donnée, si elle est conditionnelle, est bien respectée par l'investisseur.

Enfin, un amendement propose de confier un droit de regard sur les IDE à une délégation de parlementaires (art. 55 ter).

**Là où le flou persiste**

L'annonce visant à élargir la procédure d'autorisation préalable à des secteurs d'avenir tels que l'intelligence artificielle, le spatial, les drones, la robotique, la cyber-sécurité, le stockage des données ou encore les semi-conducteurs laisse entendre que Bercy aurait un droit de regard sur les investissements considérés comme stratégiques d'un point de vue industriel. Elle devrait faire l'objet d'un décret postérieurement à l'adoption de la loi Pacte.

Si le contrôle des IDE pour des technologies, telles que l'intelligence artificielle et la robotique qui peuvent avoir des utilisations civiles et militaires, paraît légitime, leur blocage pour des raisons de sécurité nationale ne devrait-il pas être un dernier recours, et non une première ligne de défense ? Outre le risque d'ajouter à la complexité du dispositif, l'efficacité d'une accumulation de garde-fous ne semble t-elle pas à long terme discutable en matière d'innovation ? ■

*1. Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises.*
*2. Voir notamment au Royaume-Uni avec la récente publication d'un livre blanc (National Security and Investment – A consultation on proposed legislative reforms), aux États-Unis avec le Foreign Investment Risk Review Modernization Act (FIRRMA) mais également en Allemagne et en Australie.*

# Obligations documentaires en matière de prix de transfert : une portée parfois négligée

Dans les groupes sous *Leverage Buy-Out* (LBO), la gestion des obligations documentaires en matière de prix de transfert est généralement assez bien maîtrisée, pour autant qu'elle porte sur des flux intra-groupe «traditionnels» (vente de marchandises, prestations de services, propriété industrielle, par exemple). En revanche, cette documentation peut présenter des carences en ce qui concerne les flux financiers. Or, la documentation sur les prix de transfert, mise en place en France en 2009, a pour objet de permettre à l'Administration, dans le cadre d'un contrôle sur place, de vérifier la conformité de toutes les transactions intra-groupe, indépendamment de leur nature, au principe de pleine concurrence.

Cette documentation, qui avait déjà été complétée en 2013 par la déclaration annuelle sur la politique de prix de transfert (déclaration n° 2257), a été intégralement refondue à compter de 2018 et les textes d'application ont été publiés cet été. Cette nouvelle documentation sur les prix de transfert, alignée dorénavant sur le standard élaboré dans le cadre du projet *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) à l'OCDE, a principalement été conçue afin de faciliter le travail des services de contrôle puisqu'elle est entièrement dématérialisée et comporte, s'agissant notamment des informations du fichier local relatives à l'entreprise vérifiée, de nombreux tableaux, qui sont articulés avec ceux déjà contenus dans la déclaration annuelle sur la politique de prix de transfert. Dans le cadre de la mise à jour de leur documentation, les groupes pourront utilement s'assurer qu'aucun sujet n'a été négligé au regard de l'obligation documentaire. A cet égard, il convient de tordre le cou et ce, définitivement, à une idée reçue selon laquelle ces obligations documentaires ne seraient réservées qu'aux seuls secteurs de l'industrie ou de la vente de biens et de services. Ces obligations concernent bien tous les secteurs ainsi que tous les types de transactions intra-groupe, en ce compris les transactions financières telles que les financements d'acquisition par exemple. Ainsi, dans le cas d'un groupe sous LBO, il suffit que, dans la chaîne capitalistique, une entité satisfasse aux critères financiers prévus par la loi[1] pour que l'ensemble des flux financiers intra-groupe (c'est à-dire le plus souvent les flux d'intérêts) et non pas seulement les flux «traditionnels», soient dans le champ de la documentation sur les prix de transfert. En pratique, il n'est souvent pas aisé pour les groupes qui ne satisfont pas par eux-mêmes aux critères financiers de la documentation d'avoir accès aux données financières afférentes aux entités interposées à l'étranger entre le fonds et le groupe pour vérifier si ces seuils financiers sont ou non réellement atteints. Or, l'administration fiscale a bien identifié ce sujet et n'hésite pas à recourir à la procédure d'assistance administrative internationale au début du contrôle afin d'obtenir les données pertinentes auprès des administrations fiscales étrangères.

***«Dans le cas d'un groupe sous LBO, il suffit [qu'une] entité satisfasse aux critères financiers prévus par la loi pour que l'ensemble des flux financiers intra-groupe […] soient dans le champ de la documentation sur les prix de transfert.»***

Il est alors souvent très difficile de devoir justifier rétrospectivement sur plusieurs années de la politique de prix de transfert appliquée sur les flux financiers intra-groupe. La nouvelle documentation devrait en outre, compte tenu notamment des exigences de démonstration qu'elle comporte, rendre un tel exercice encore plus ardu. Les groupes sous LBO auront donc tout intérêt à vérifier s'ils sont ou non tenus à l'élaboration de la documentation sur les prix de transfert et ce, sans attendre un contrôle, lequel peut souvent s'avérer très chronophage pour les services comptables et fiscaux des entreprises lorsque les informations devant être présentées ne sont pas immédiatement disponibles. ■

Par **Johann Roc'h,** avocat associé en fiscalité. 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.roc'h@cms-fl.com

et **Thierry Viu,** fiscaliste. Ancien chef du bureau des affaires internationales au sein du service du contrôle fiscal de la Direction générale des finances, il intervient plus particulièrement dans le cadre d'affaires relatives à la mise en place et à la gestion d'opérations à l'international.
thierry.viu@cms-fl.com

*1. A savoir 50 millions d'euros de chiffre d'affaires ou d'actif brut s'agissant de la déclaration annuelle n° 2257 ou 400 millions d'euros de chiffre d'affaires ou d'actif brut s'agissant de l'obligation documentaire.*

# Holdings animatrices : le Conseil d'État plus pragmatique que l'Administration

**Le Conseil d'État considère que l'éligibilité des holdings animatrices à un régime de faveur peut procéder de la loi, et non de la doctrine administrative, dès lors que l'activité d'animation présente un caractère principal.**

Par **Luc Jaillais,** avocat associé en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et de groupes de sociétés que dans le domaine de la fiscalité des particuliers.
luc.jaillais@cms-fl.com

et **Florent Ruault**, avocat au sein du département de doctrine fiscale. Il suit et analyse les évolutions du droit fiscal (fiscalité des entreprises et patrimoniale) et contribue à la fixation de la doctrine du cabinet afin de formuler des conseils pratiques et de mettre en lumière des opportunités.
florent.ruault@cms-fl.com

L'accès à certains régimes fiscaux de faveur est réservé aux titres détenus dans des sociétés exerçant une activité «professionnelle», c'est à-dire industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, voire financière. La loi ne prévoit pas les mêmes avantages pour les sociétés «patrimoniales», gérant leur propre patrimoine mobilier ou immobilier.

Il en résulte que les sociétés holdings en sont en principe exclues, sauf si elles animent les filiales de leur groupe, auquel cas elles sont reconnues exercer ce faisant une activité professionnelle.

Mais l'Administration, qui considère que le principe même de leur éligibilité procèderait d'une faveur de sa part, n'a jamais défini de critères précis de l'animation de groupe.

Des contribuables avaient cédé les titres d'une holding et revendiqué le bénéfice de l'exonération des plus-values réalisées par les dirigeants de PME partant à la retraite (Code général des impôts, article 150-0 D ter), mais l'Administration l'a refusé au motif que la société n'aurait pas exercé une activité professionnelle pendant le délai de cinq années précédant la cession, requis par la loi.

Par sa décision du 13 juin 2018 (plénière fiscale n° 395495 et autres), le Conseil d'État a engagé une salutaire mise en ordre, en se prononçant pour la première fois sur le sujet des holdings animatrices. Cette décision livre plusieurs enseignements.

Tout d'abord, l'éligibilité des holdings animatrices procède de la loi, s'agissant du régime concerné. Par ailleurs, le régime est ouvert à une holding qui, outre la gestion d'un portefeuille de participations, a pour activité principale «la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle de ses filiales et, le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture de services spécifiques».

L'animation constitue l'activité principale de la société dès lors que la valeur réelle des participations dans les filiales animées représente plus de 50 % de son actif total. Ainsi, en particulier, une holding qui détient des filiales non éligibles ou non animées ou des liquidités (grâce, par exemple, aux dividendes reçus des filiales) ne peut ni se voir refuser le bénéfice du régime de faveur si ces détentions sont minoritaires, ni le voir réduit par un *prorata*, dès lors que la loi n'en a prévu aucun dans cette situation.

Autre élément important : la caractérisation de l'animation. Les statuts de la holding prévoyaient l'animation, mais la société n'avait conclu une convention d'animation avec ses filiales (assistance en matière de stratégie et de développement) que dans le courant de la période examinée. La décision confirme néanmoins le caractère animateur de la holding après avoir relevé plusieurs points. Tout d'abord, une communauté de dirigeants entre la holding et la filiale (détenue à 95 %). Ensuite, des procès-verbaux de conseils d'administration de la filiale attestant de la participation de la holding, de longue date, à la conduite de la politique des filiales du groupe, faisant état de plusieurs actions concrètes qui allaient au-delà de l'exercice des attributions qu'elle tirait de sa seule qualité d'actionnaire.

***«L'animation constitue l'activité principale de la société dès lors que la valeur réelle des participations dans les filiales animées représente plus de 50 % de son actif total.»***

Une première étape très constructive est franchie avec cette décision du Conseil d'État, pour l'imposition des plus-values. Le juge administratif n'est cependant pas compétent pour l'impôt sur la fortune (biens professionnels) et les droits de donation et de succession (pactes Dutreil), pour lesquels l'animation revêt aussi une grande importance. Espérons que la Cour de cassation fera preuve du même pragmatisme. ■

# Code AFEP-MEDEF : aperçu des principales évolutions

L'Association française des entreprises privées (AFEP) et le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) ont publié en juin dernier une nouvelle version de leur «*Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*». Les principaux axes d'évolution sont :

– la réaffirmation et le renforcement de certaines recommandations existantes au regard des tendances actuelles ;

– un complément apporté à certaines obligations légales ; et

– une mise à jour et une anticipation de la rédaction du code au regard d'évolutions législatives déjà en vigueur ou en préparation.

Les rédacteurs du code ont enrichi certaines recommandations à l'aune de l'actualité. S'agissant des rémunérations des dirigeants, le code est beaucoup plus restrictif en matière de clause de non-concurrence (reco. 23) : exclusion du versement si le dirigeant part à la retraite ou au-delà de 65 ans ; exclusion d'une clause conclue au moment du départ ; paiement échelonné sur la durée de la clause.

De même, la composition du conseil d'administration ou de surveillance doit dorénavant intégrer une diversité en termes d'âge, de qualification et d'expériences professionnelles (reco. 6.2), et un conseil externe ayant un lien significatif avec la société ne peut être qualifié d'administrateur indépendant (reco. 8.5.3). De plus, le conseil doit expliquer son choix sur le mode d'exercice de la direction générale et décrire les missions du président en situation de dissociation (reco. 3.2) ou encore expliquer les raisons de la candidature d'un nouvel administrateur (reco. 13.4).

Le code prolonge certaines obligations légales au niveau des missions du conseil : examen des risques et de leurs mesures de couverture (reco. 1.5) ; contrôle du plan de prévention et de détection de la corruption et de sa mise en place (reco. 1.6), ainsi que de celle de la politique de non-discrimination et de mixité (reco. 1.7). De même, le rôle de l'administrateur référent a été développé (reco. 3.2, 3.3 et 4.4) et les administrateurs représentant les salariés doivent être nommés au niveau de la société où se prennent les décisions stratégiques (reco. 7.1).

En outre, le code modifié intègre certaines évolutions législatives récentes :

– renvoi au rapport sur le gouvernement d'entreprise et non plus au rapport annuel (ce qui pose la question des sociétés comme les sociétés en commandite par actions qui ne sont pas tenues d'établir ce rapport) ;

– imposition de conditions de performance pour les retraites-chapeau sauf dans les cas exclus par la loi (reco. 24.6) ;

– renforcement du dialogue entre administrateurs et actionnaires (reco. 4.4) ; et

– gestion renforcée des conflits d'intérêts : obligation pour l'administrateur concerné d'abstention d'assistance aux débats (reco. 19) et responsabilité propre de l'actionnaire majoritaire vis-à-vis des minoritaires (reco. 2.4).

***«Face à des comportements abusifs au sein de sociétés ayant pourtant déclaré adhérer au code, la composition et les prérogatives du Haut conseil du gouvernement d'entreprise ont été renforcées.»***

Au-delà, le code tente d'anticiper l'entrée en vigueur de textes en préparation comme, par exemple, la loi Pacte (plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises). D'une part, apparaît une mission du conseil en matière de création de valeur par l'entreprise à long terme (reco. 1.1) et, d'autre part, les impacts en matière de responsabilité sociale et environnementale (RSE) doivent être intégrés dans la création de valeur susvisée (reco. 1.1), l'information du conseil (reco. 1.4), la formation des administrateurs (reco. 12.1), l'analyse des risques par le comité d'audit lors de l'examen des comptes (reco. 15.2) et la détermination des critères applicables aux rémunérations des dirigeants (reco. 24.1.1).

Enfin, face à des comportements abusifs au sein de sociétés ayant pourtant déclaré adhérer au code, la composition et les prérogatives du Haut conseil du gouvernement d'entreprise ont été renforcées (reco. 27.2) : neuf membres au lieu de sept et mission fondamentale de contrôle du principe «appliquer ou expliquer» avec capacité d'auto-saisine et mention obligatoire de ses avis non suivis dans le rapport annuel des sociétés concernées. ■

Par **Thibault Jabouley,** avocat en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient en matière de droit des sociétés cotées, de gouvernance d'entreprise, d'opérations de restructuration et de réorganisation de groupes familiaux. Il conseille également d'importantes sociétés françaises sur des opérations de droit boursier.
thibault.jabouley@cms-fl.com

# Opérations de réorganisation intra-groupe : participation et fraude

Par **Thierry Romand**, avocat associé en droit du travail et protection sociale. Il intervient en matière de plans d'actionnariat salarié, de plans de retraite et prévoyance, d'aménagement du temps de travail, de réorganisations, de restructurations nationales et internationales, etc.
thierry.romand@cms-fl.com

En matière de participation, le montant du bénéfice net et des capitaux propres servant de base de calcul à la réserve spéciale de participation est établi par une attestation de l'inspecteur des impôts ou du commissaire aux comptes.
L'article L.3326-1 du Code du travail précise que ces montants, tels que résultants de l'attestation, ne peuvent être remis en cause à l'occasion des litiges nés de l'application des dispositions relatives à la participation.
Dans un arrêt du 28 février 2018[1], la Chambre sociale de la Cour de cassation est venue rappeler cette interdiction en précisant que ce texte est «d'ordre public absolu».
Dans l'affaire soumise à l'examen des magistrats, une réorganisation au sein d'un groupe avait conduit une société française d'édition juridique à racheter les actions d'autres sociétés du groupe à l'aide d'un emprunt souscrit auprès de sa société mère, remboursable sur quinze ans.
Cet endettement avait eu pour conséquence d'empêcher tout versement de participation aux salariés.
Pour contourner l'obstacle tiré de l'impossibilité de remise en cause de l'attestation du commissaire aux comptes en application des dispositions du Code du travail, les syndicats ont saisi le juge en sollicitant que l'opération de restructuration soit jugée inopposable aux salariés, sans pour autant remettre en cause la sincérité des attestations.
Leur objectif était de réintégrer dans le bénéfice net les sommes inhérentes à l'emprunt souscrit auprès de la société mère au motif qu'elles en auraient été abusivement soustraites.
La cour d'appel de Versailles avait fait droit à leur demande en jugeant que l'opération de restructuration était constitutive d'une manœuvre frauduleuse et en la déclarant en conséquence inopposable dans ses effets sur le montant de la réserve spéciale de participation.
La Chambre sociale censure cette position en rappelant qu'en l'absence de contestation de la sincérité de l'attestation du commissaire aux comptes, il n'est pas possible de remettre en cause le montant du bénéfice net retenu pour le calcul de la réserve spéciale de participation et ce, même si l'action est fondée sur la fraude ou l'abus de droit de l'entreprise.
Cette décision confirme l'importance d'obtenir une attestation du commissaire aux comptes certifiant le montant du bénéfice net et des capitaux propres de l'entreprise. ■

*1. Cass. soc., 13 février 2008, n° 16-50.015.*

C/M/S/ Francis Lefebvre
Avocats

**2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex**
**T +33 1 47 38 55 00**
**cms.law/fl**

linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats

twitter.com/cms_fl

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

Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

Supplément du numéro 1479 du Lundi 1er octobre 2018
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 - Origine du papier : France - Taux de fibres recyclées : 100 % - Certification FSC Recycled.
Impact sur l'eau : Ptot : 0,008 kg/tonne
N° commission paritaire : 0922 T 83896

PEFC 10-31-1523 / Certifié PEFC / Ce produit est issu de forêts gérées durablement et de sources contrôlées. / pefc-france.org