

# LA LETTRE DES FUSIONS-ACQUISITIONS ET DU PRIVATE EQUITY

Lundi 18 juin 2018

## AU SOMMAIRE

### Dossier

#### Compliance : quels enjeux pour les acteurs ?

- La compliance : désormais incontournable dans les opérations de fusion-acquisition p. 2
- Conformité et fonds d'investissement, au-delà des sociétés de gestion de portefeuille p. 4
- La loi Sapin II à l'épreuve de l'international p. 5
- L'importance du code de conduite dans la mise en place d'un dispositif anticorruption p. 6
- La compliance au sein des entreprises : alerte et recueil de signalement p. 6
- Entrée en application du RGPD : quels impacts pratiques ? p. 8
- Compliance avec les règles *antitrust* : se prémunir contre le risque financier lié aux agissements anticoncurrentiels de la cible p. 9
- Compliance fiscale : faute avouée à moitié pardonnée p. 10

### Actualités

- Protection du secret des affaires : les nouveautés p. 11
- L'amendement Charasse est-il un dispositif anti-abus ? p. 12
- Droit des contrats : une loi de ratification à ne pas négliger ! p. 13
- Nouvelle convention franco-luxembourgeoise : quels impacts pour les investisseurs français ? p. 14
- Conclusion d'un contrat par le biais d'un représentant : les sociétés soustraites à l'article 1161 du Code civil p. 15
- L'actualité récente de la clause de non concurrence p. 16

**C'M/S/ Francis Lefebvre**

Avocats

Supplément du numéro 1467  
du 18 juin 2018

## EDITORIAL

**E**n France, comme à l'international, la compliance est aujourd'hui un sujet majeur pour l'ensemble des acteurs économiques. En renforçant en 2016 son dispositif anticorruption, la France s'est alignée sur les standards internationaux les plus exigeants et a créé une agence dédiée à la prévention et à la détection des faits de corruption et de trafic d'influence.

La loi Sapin II décrit précisément les différentes étapes que doivent respecter les sociétés lors de la mise en œuvre d'un programme compliance. Le code de conduite est aujourd'hui l'élément fondateur de la politique anticorruption de l'entreprise, destiné à développer une véritable culture de la conformité, en rappelant les principes et les valeurs auxquelles l'entreprise est attachée. Ce code s'accompagne d'un dispositif d'alerte interne afin de recueillir les manquements. Mais plus largement, les sociétés ont dû mettre en place une véritable procédure de recueil des alertes dans le but de signaler un crime ou un délit, une violation grave d'un engagement international ou une menace pour l'intérêt général. La mise en place de ces dispositifs de compliance n'est pas sans soulever un certain nombre de questions notamment concernant la protection des données personnelles.

Dans ce contexte, nous vous proposons un tour d'horizon des sujets de compliance, laquelle ne se résume pas au seul respect des normes légales et réglementaires. Ainsi, dans les opérations de fusion-acquisition, la compliance doit être appréhendée dès la réalisation des audits préparatoires afin d'identifier d'éventuels faits de corruption ou d'apprécier la position concurrentielle de la société cible, puis lors de la négociation des accords contractuels et, enfin, lors de l'intégration de la cible dans le groupe de l'acquéreur. S'agissant de la gestion de fonds d'investissement, la compliance prend la forme d'un large processus de conformité réglementaire. Elle ouvre également la voie à de nouvelles pratiques, qu'il s'agisse des audits externes diligentés par l'Agence française anticorruption ou des conventions judiciaires d'intérêt public et des réflexions autour d'un droit à l'erreur en matière fiscale.

On associe souvent gouvernance et compliance car il est vrai qu'au-delà du respect des normes juridiques impératives, il convient que l'ensemble des acteurs de l'entreprise s'impliquent et que l'impulsion vienne du top management avec un support actif du conseil d'administration pour que la culture compliance soit véritablement dans l'ADN de la société. La présente lettre est aussi l'occasion, parmi les sujets d'actualités, de faire notamment le point sur la loi sur le secret des affaires dont les dispositions invitent les entreprises, souvent démunies faces à certains agissements, à adapter leurs pratiques, ou encore sur la ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats qui a entraîné la modification ou la création de 23 articles, avec l'exemple des difficultés rencontrées autour de l'article 1161 du Code civil, relatif à la conclusion d'un contrat par le biais d'un représentant. ■

Véronique Bruneau-Bayard, avocat,  
et Christophe Blondeau, avocat associé

# La compliance : désormais incontournable dans les opérations de fusion-acquisition

**Concept d'origine anglo-saxonne, la compliance s'impose aux cibles françaises des opérations de fusion-acquisition et doit être intégrée dans toutes les étapes du processus de cession.**



Par **Alexandra Rohmert**, avocat associé en corporate/fusions & acquisitions. Elle accompagne les entreprises, essentiellement étrangères, dans leurs projets internationaux et plus particulièrement dans le cadre de fusions-acquisitions *cross-border*. alexandra.rohmert@cms-fl.com



et **Virginie Corbet-Picard**, avocat en corporate/fusions & acquisitions. Elle intervient pour le compte d'industriels, de fonds d'investissement et de managers dans le cadre d'opérations de fusion-acquisition et de private equity, ainsi que dans le cadre de réorganisations de groupes. virginie.corbet-picard@cms-fl.com

Issue d'une pratique développée outre-Atlantique, la compliance est souvent traduite par le terme de «conformité» en français. Il serait réducteur de la limiter au seul respect des normes légales et réglementaires et de ne l'envisager que sous l'angle de la loi Sapin II. En effet, dans la pratique, la compliance vise plus largement l'observance d'un ensemble de règles comprenant non seulement les normes juridiques impératives, mais également les principes, codes de conduite et bonnes pratiques auxquels l'entreprise est tenue de se soumettre.

Une enquête nationale réalisée par l'AFJE et ethicorp.org en 2017 auprès de plus de 7 500 juristes d'entreprises révèle que 63 % des entreprises ayant répondu avaient mis en place un système de compliance et que 69 % avaient mis en place une charte d'éthique. D'après cette enquête, les principales attentes des entreprises sur leur système de compliance étaient de prévenir les risques de manquements ou d'infractions, d'éviter les poursuites ou contentieux et de protéger ou renforcer leur image. Dans un contexte de M&A, il est indispensable de bien appréhender ces questions, tant au stade des audits préparatoires, que dans la phase de négociation des accords contractuels si les parties conviennent de réaliser l'opération et, enfin, lors de l'intégration de la cible dans le groupe de l'acquéreur.

## **Phase préparatoire des opérations de M&A : les audits compliance**

Au stade de l'étude d'un projet d'acquisition, la compliance peut entrer en ligne de compte pour

confirmer ou non l'intérêt d'un acquéreur potentiel à procéder à la réalisation de l'opération. En effet, les risques attachés à des «non-conformités» peuvent être substantiels, qu'il s'agisse de sanctions financières ou d'atteintes à l'image ou à la réputation des parties prenantes.

En cas de projet de cession, les cédants ont donc tout intérêt à anticiper ces questions et à réaliser un audit rigoureux des risques de non-conformité afin de traiter les sujets éventuels en amont. Réciproquement, les audits acquéreurs comprennent le plus souvent un volet com-

pliance afin de vérifier que les pratiques et standards appliqués au sein de la société cible sont conformes à ceux en vigueur dans le groupe du repreneur potentiel. A cet égard, la réalisation d'un audit compliance suppose d'emblée de bien identifier les domaines sur lesquels cet audit doit porter. D'une opération à l'autre, en fonction du secteur d'activité concerné, de la nationalité des cocontractants et partenaires commerciaux, des régions du monde dans

lesquels ils ont des intérêts, les risques peuvent varier. Il est donc important que les équipes opérationnelles des acquéreurs potentiels participent à cet exercice, en fonction des règles et standards auxquels ils obéissent eux-mêmes et qu'ils entendent voir respectés par leurs partenaires et filiales.

L'environnement réglementaire peut être assez large et couvrir des sujets tels que la prévention de la corruption, la lutte contre le blanchiment de capitaux, le droit de la concurrence, la sécurité des personnes, la protection des données personnelles, la protection de l'environnement, le respect des programmes de sanctions éco-

**«La phase d'audit doit évidemment avoir pour objectif d'identifier d'éventuelles non-conformités mais également d'évaluer l'ensemble des mesures qui [...] ont pu être mises en place par l'entreprise ou qui pourraient être mises en œuvre pour prévenir le risque de non-conformités.»**

nomiques internationales (embargos), jusqu'à la lutte contre l'évasion fiscale, etc.

La phase d'audit doit évidemment avoir pour objectif d'identifier d'éventuelles non-conformités mais également d'évaluer l'ensemble des mesures qui, le cas échéant, ont pu être mises en place par l'entreprise ou qui pourraient être mises en œuvre pour prévenir le risque de non-conformités. Il est souvent utile de mener en parallèle une revue opérationnelle par les équipes de l'acquéreur, d'une part, et une revue juridique et réglementaire par les conseils, d'autre part.

Selon les cas, l'audit compliance permettra à l'acquéreur de confirmer son intérêt pour l'opération et de préciser le cas échéant les conditions auxquelles il serait disposé à la réaliser ou, à l'inverse, de prendre la décision d'y renoncer

si des cas de non-conformités ont été révélés et sont considérés comme susceptibles d'avoir des conséquences trop importantes en termes de responsabilité, de sanctions financières ou d'atteinte à l'image du repreneur ou de la cible.

### **Prise en compte de la compliance dans la négociation des accords contractuels**

L'acquéreur devra garder à l'esprit que sa responsabilité, ou celle de la cible, peut être engagée après réalisation de l'opération, même au titre de non-conformités héritées de pratiques antérieures à celle-ci.

Pour cette raison, s'il décide de procéder à l'opération malgré les risques identifiés dans le cadre de l'audit compliance, il devra en tenir compte dans la négociation des accords organisant les conditions de réalisation de l'opération. Rappelons que la compliance peut devenir un véritable *deal breaker*, comme dans l'exemple souvent cité de Lockheed Martin ayant renoncé à acquérir Titan Corp. dès lors que cette dernière, sous le coup d'une enquête fédérale sur des faits de corruption présumée, n'avait pas été en mesure de remédier aux risques y attachés avant la date fixée par Lockheed Martin.

En pratique, s'il confirme son offre d'acquisition, l'acquéreur aura tout intérêt à négocier, avec l'aide de ses conseils, des conditions

contractuelles lui permettant de réduire, voire si possible de neutraliser, les risques qu'ils auront détectés. Ces mécanismes contractuels pourront prendre des formes variables en fonction de la nature des non-conformités en cause, de la possibilité ou non d'y remédier, de la durée de la prescription applicable, de la nécessité de régler le sujet pour l'avenir seulement ou bien en couvrant également les risques du passé, etc.

Une non-conformité susceptible d'être couverte

par la mise en œuvre de certaines actions ou l'expiration à court terme d'un délai de prescription pourra être traitée contractuellement par l'insertion d'une condition suspensive ou d'un engagement préalable au *closing* dans le contrat de cession. En revanche, compte tenu des sanctions financières et parfois pénales encourues au titre d'une

**«Compte tenu des sanctions financières et parfois pénales encourues au titre d'une situation de non-conformité, il est souvent difficile de traiter des problématiques compliance dans le prix.»**

situation de non-conformité, il est souvent difficile de traiter des problématiques compliance dans le prix.

La convention de garantie peut par ailleurs, dans certains cas, comprendre des garanties et indemnités spécifiques, avec des conditions de mise en jeu particulières, notamment en termes de préjudice indemnisable, de délais et de plafond. En fonction du secteur d'activité et des juridictions concernées, si l'audit n'a pas révélé de risques particuliers, une assurance de garantie de passif pourra couvrir certains sujets de conformité. Sont toutefois généralement exclues par les assureurs les non-conformités en matière de droit de la concurrence, de corruption et de sanctions internationales.

Enfin, la compliance fait partie des chantiers d'intégration post-*closing*. L'acquéreur devra, après l'acquisition, continuer de faire converger les pratiques de la cible avec les impératifs de compliance qui s'imposent à elle en application de la loi et du fait de son intégration dans le groupe de l'acquéreur, ce qui suppose qu'elle adhère aux procédures internes en vigueur au sein de celui-ci.

La compliance s'impose ainsi aux parties et aux groupes dans toutes les phases des opérations de fusion-acquisition. ■

# Conformité et fonds d'investissement, au-delà des sociétés de gestion de portefeuille



Par **Jérôme Sutour**, avocat associé, responsable de l'équipe Services financiers. jerome.sutour@cms-fl.com

**C**omment ne pas parler de la conformité réglementaire applicable aux fonds à l'occasion d'un numéro spécial sur la compliance ?

Pour rappel, l'Autorité des marchés financiers (AMF) définit la conformité comme les politiques, procédures et mesures visant à détecter et prévenir tout risque de non-respect aux obligations professionnelles, ce compris les obligations légales, applicables aux entités soumises à son contrôle.

A cet égard, on pense immédiatement aux prestataires de services d'investissement mais surtout aux sociétés de gestion de portefeuille (SGP) assumant la gestion d'organismes de placement collectif, qu'elles relèvent de la directive 2009/65/UE telle que modifiée pour les organismes de placement collectif en valeurs mobilières ou de la directive 2011/61/UE (l'AIFMD) pour les fonds d'investissements alternatifs (FIA). Ces acteurs doivent, aux fins d'obtenir leur agrément, disposer d'un processus de conformité complet et, à ce titre, désigner un responsable de la conformité et du contrôle interne.

Cela étant, le processus de conformité réglementaire est applicable au-delà du champ des SGP proprement dites et bien à toutes les personnes assumant la gestion de fonds d'investissement ! En effet, le Code monétaire et financier (CMF) prévoit que les gérants de FIA qui n'ont pas l'obligation d'être agréés en tant que SGP, en application de l'AIFMD, doivent cependant «[être] enregistré[s] auprès de l'Autorité des marchés financiers et [sont] soumis aux obligations d'information prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers»<sup>1</sup>.

Ainsi, le premier enjeu de la conformité réglementaire en matière de gestion de fonds est bien de déterminer si un agrément en tant que SGP est requis (à savoir, s'assurer que le montant d'actifs sous gestion est inférieur aux seuils visés au règlement européen n° 231/2013 et que les FIA

ne comptent que des clients professionnels au sens de la directive 2014/65/UE<sup>2</sup>) et, dans tous les cas, de s'enregistrer auprès de l'AMF.

Il est erroné d'imaginer que cet enregistrement n'est qu'une pure formalité administrative : les gérants de FIA qui n'ont pas le statut de SGP restent pleinement soumis au pouvoir de sanction de l'AMF. En effet, le 7° du II de l'article L.621-15 du CMF inclut dans le champ des entités soumises de plein droit au pouvoir de sanction de l'AMF les sociétés de gestion de placements collectifs, une catégorie visant expressément les gérants de FIA ne requérant pas un agrément en qualité de SGP<sup>3</sup>.

Si un titre du règlement général de l'AMF (RGAMF) leur est ainsi consacré<sup>4</sup>, seul l'article 321-167 rappelant les obligations d'information à leur charge ne leur est en pratique applicable.

Au-delà des seules règles visées par le RGAMF, ces acteurs sont de plein droit soumis à l'ensemble des règles en matière de lutte contre le blan-

chiment<sup>5</sup>. Ainsi, au même titre qu'une banque, le gérant de FIA sous les seuils réglementaires est tenu de mettre en œuvre un dispositif de prévention et de lutte contre le blanchiment complet. Ces gérants doivent donc nécessairement identifier leurs investisseurs et, le cas échéant, procéder auprès de Tracfin aux déclarations requises en cas de suspicion de blanchiment ou de fraude fiscale. C'est probablement ce corps de règles qui est à la fois le plus contraignant, mais aussi le plus généralement ignoré par les personnes qui pensent échapper à la réglementation du seul fait qu'elles ne relèvent pas des obligations de l'AIFMD alors que le non-respect de ce dispositif est sanctionné lourdement au plan pénal.

Ainsi, si l'ignorance est une bénédiction, on ne saurait ignorer qu'au-delà des acteurs classiques du private equity, tous les gérants de fonds, sans exception, sont soumis à un minimum d'obligations de conformité. ■

**«Le processus de conformité réglementaire est applicable au-delà du champ des SGP proprement dites et bien à toutes les personnes assumant la gestion de fonds d'investissement.»**

1. Article L.214-24 III du CMF.

2. Sauf exception si le FIA concerné bénéficie d'un régime spécifique tel que celui des fonds d'entrepreneuriat social européens (EuSEF) ou des fonds de capital-risque européens (EuVECA).

3. Voir article L.543-1 du CMF.

4. Titre 1 quater du livre 3.

5. Article L.561-2 du CMF : «Sont assujettis aux obligations prévues par les dispositions des sections 2 à 7 du présent chapitre : ... 6°... les sociétés de gestion de placements collectifs de l'article L.543-1».

# La loi Sapin II à l'épreuve de l'international

**La loi Sapin II vise à mieux lutter contre la corruption, notamment au niveau international par ses volets préventif et répressif avec toutefois des limites sur son rayonnement à l'étranger.**

**E**laborée avec le double objectif de répondre au renforcement des réglementations internationales dans le domaine de la lutte contre la corruption et de concurrencer l'action des autorités étrangères, la loi Sapin II tend à s'aligner sur certains textes d'application extraterritoriale ayant déjà contraint les entreprises françaises à prendre les mesures nécessaires pour se conformer à leurs dispositions.

Ainsi, le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) américain s'applique à toutes les entreprises enregistrées ou cotées

sur une bourse américaine, quel que soit leur lieu d'incorporation, à toutes les personnes physiques ou morales américaines, ainsi qu'à certaines personnes ou entités exerçant une activité aux États-Unis.

Le *UK Bribery Act*, s'applique, lui, aux délits commis dans le monde entier par des ressortissants britanniques, aux sociétés immatriculées en Angleterre, ainsi qu'à toute personne condui-

sant des affaires en Angleterre et ce, quel que soit son pays de constitution.

En France, les sociétés remplissant le double seuil de l'article 17 de la loi Sapin II sont soumises à l'obligation de mettre en place un programme de conformité, composé de huit mesures, qui les oblige à s'interroger sur leur gouvernance et leurs procédures de contrôle interne afin de respecter les nouvelles exigences légales de mise en conformité, tant au sein de la maison mère que dans l'ensemble des filiales, françaises et étrangères, que celle-ci contrôle.

Le double seuil d'application de l'article 17 (sociétés d'au moins 500 salariés et comptabilisant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros) s'applique à l'ensemble

des sociétés ayant leur siège social en France, y compris les filiales de sociétés étrangères remplissant ces deux critères.

Première limite d'application de l'article 17, si ces conditions de seuil représentent potentiellement 30 000 entreprises, selon le directeur de l'Agence française anticorruption (AFA), une grande partie des filiales de sociétés étrangères ne seraient pas contrôlées en raison d'un périmètre considéré comme trop étroit<sup>1</sup>.

La seconde limite à l'application de l'article 17 a trait à la double mission de l'AFA. Celle-ci

exerce une mission de prévention des faits de corruption et de trafic d'influence et dispose également d'un pouvoir administratif de contrôle lui permettant de vérifier la réalité et l'efficacité des mécanismes de conformité anticorruption mis en œuvre, notamment, par les entreprises. La répression des infractions constatées reste dans le champ de compétence du parquet. Il résulte de ce découpage que l'AFA n'incarne

pas le correspondant naturel des autorités de poursuite étrangères.

Cette limite doit également être mise en perspective avec le fait que rien ne permet d'affirmer que les autorités étrangères telles que le *Department of Justice* (DOJ) des États-Unis ou le *Serious Fraud Office* (SFO) du Royaume-Uni ne poursuivront pas des entreprises contrôlées par l'AFA pour les mêmes faits, dès lors qu'aucun texte n'interdit à une autorité de poursuite étrangère de se saisir de faits pour lesquels elle s'estimerait compétente. ■

**«Les sociétés [...] sont soumises à l'obligation de mettre en place un programme de conformité [...] tant au sein de la maison mère que dans l'ensemble des filiales, françaises et étrangères.»**



Par **Véronique Bruneau-Bayard**, avocat en corporate/fusions & acquisitions. Elle intervient plus particulièrement sur les sujets d'information réglementée (document de référence, rapport de gestion, avis de convocation, etc.), de gouvernance (organisation et structuration de la gouvernance des sociétés), d'éthique et de compliance (notamment dans la mise en œuvre des obligations découlant de la loi Sapin II du 9 décembre 2016).  
veronique.bruneau-bayard@cms-fl.com



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

<sup>1</sup> Reuters, 15 décembre 2017, «Le patron de l'Agence anticorruption réclame plus de moyens».

# L'importance du code de conduite dans la mise en place d'un dispositif anticorruption



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-fl.com

et **Véronique Bruneau-Bayard**, avocat en corporate/fusions & acquisitions.  
veronique.bruneau-bayard@cms-fl.com

1. Voir à ce sujet l'article infra «La compliance au sein des entreprises : alerte et recueil de signalement», par Véronique Bruneau-Bayard et Maité Ollivier en p. 6 et 7.

**D**epuis le 1<sup>er</sup> juin 2017, les sociétés remplissant le double seuil de l'article 17 de la loi Sapin II sont soumises à l'obligation de mettre en place un programme de conformité, composé de huit mesures, parmi lesquelles figure un code de conduite accompagné d'un dispositif d'alerte interne<sup>1</sup> afin de recueillir les manquements constatés au code.

Ce code, qui définit et illustre les comportements à proscrire, est le document fondateur de la politique anticorruption de l'entreprise. Il contient les principes et les valeurs dont elle attend le respect et auxquels adhèrent les dirigeants, les collaborateurs, voire éventuellement les partenaires. Le

code doit afficher un engagement de «tolérance zéro» vis-à-vis de la corruption et le refus de toute corruption directe ou indirecte.

Le code de conduite doit être rédigé de façon simple, opérationnelle et intelligible car il est indispensable que les salariés se l'approprient et en comprennent les enjeux. La corruption doit être définie précisément avec des exemples concrets des comportements à proscrire. Afin d'être adapté aux spécificités de l'entreprise, le code est élaboré sur la base des informations recueillies dans le cadre de la cartographie des risques.

Le code de conduite est un vrai vecteur de communication et d'image, en interne et en externe,

et il peut également permettre la diffusion d'une véritable culture de conformité dans l'entreprise s'agissant, par exemple, du respect des règles de concurrence, de la protection de l'environnement ou encore de la sécurité des personnes ou des produits.

Au plan de la réglementation sociale, ce code de conduite doit être intégré au règlement intérieur de l'entreprise. Par conséquent, il doit être soumis à la procédure préalable d'information-consultation des

représentants du personnel, déposé au greffe du Conseil de prud'hommes compétent et transmis en double exemplaire à l'inspecteur du Travail qui peut en contrôler le contenu. Cette intégration du code de conduite dans le

**«Ce code [...] est le document fondateur de la politique anticorruption de l'entreprise.»**

règlement intérieur permet, en cas de manquement à ces dispositions, d'appliquer le dispositif de sanctions disciplinaires en vigueur dans l'entreprise.

Les employeurs doivent ensuite veiller à ce que le code de conduite soit porté, par tout moyen, à la connaissance du personnel de l'entreprise, ainsi qu'aux personnes ayant accès aux locaux (par exemple, certains prestataires ou fournisseurs).

Précisons en revanche que, pour les entreprises qui souhaitent intégrer ces nouvelles dispositions de la loi Sapin II à un code de conduite déjà existant, il est recommandé de regrouper les dispositions issues de la loi Sapin II, en les identifiant clairement dans ce document unique. ■

## La compliance au sein des entreprises : alerte et recueil de signalement

**D**epuis la loi Sapin II, les entreprises doivent se doter de canaux internes de signalement. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, celles employant au moins 50 salariés doivent avoir une procédure de recueil des alertes afin de révéler ou signaler un crime ou un délit, une violation d'un engagement international ou une menace pour l'intérêt général<sup>1</sup>. En parallèle, depuis le 1<sup>er</sup> juin 2017, les entreprises de plus de 500 salariés réalisant 100 millions d'euros de chiffre d'affaires ont mis en

place un programme anticorruption comportant un dispositif d'alerte interne pour recueillir les manquements au code de conduite<sup>2</sup>.

### Présentation et mise en œuvre des dispositifs d'alerte et de recueil de signalement

Lors d'un signalement, la loi prévoit une gradation de l'alerte en plusieurs étapes afin de garantir les intérêts de la personne visée et de l'informateur. L'alerte est d'abord formulée auprès du supérieur

1. Article 8 de la loi.

2. Article 17 de la loi. Voir à ce sujet l'article supra «L'importance du code de conduite dans la mise en place d'un dispositif anticorruption», par Pierre Bonneau et Véronique Bruneau-Bayard en p. 6.

hiérarchique du salarié ou de l'employeur ou du référent qu'il aura désigné. Seuls un danger grave et imminent ou un risque de dommages irréversibles dispensent le lanceur d'alerte de cette étape. À défaut de réponse dans un délai raisonnable, le signalement est adressé à l'autorité judiciaire, l'autorité administrative ou aux ordres professionnels. À défaut de traitement dans les trois mois, le signalement peut être rendu public.

Quel que soit le dispositif choisi par l'entreprise, il doit garantir la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte et des personnes visées ainsi que les informations recueillies par les destinataires du signalement. Les éléments permettant d'identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec son consentement.

Ces dispositifs d'alerte professionnelle doivent être soumis à la consultation préalable du comité social et économique<sup>3</sup> et être portés à la connaissance des salariés et des collaborateurs occasionnels par tout moyen pour être applicables dans l'entreprise.

Dans la mesure où elles comportent un traitement automatisé de données à caractère personnel, ces procédures de recueil

des signalements doivent respecter le principe de protection des données personnelles. À cet égard, compte tenu de l'entrée en vigueur du règlement européen sur la protection des données personnelles<sup>4</sup> depuis le 25 mai 2018, des précisions de la CNIL<sup>5</sup> sont attendues afin de clarifier les démarches à effectuer par les entreprises.

### Les lanceurs d'alerte et leur protection au sens de la loi Sapin II

Le statut protecteur de lanceur d'alerte est strictement rattaché au dispositif d'alerte prévu par la loi et bénéficie à toute personne physique (et en aucun cas une personne morale) qui révèle ou signale :

- un crime ou un délit ;
- une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement ;
- une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général.

Les faits relevant du secret de la défense nationale, du

secret médical ou de la relation avocat-client en sont exclus.

Le lanceur d'alerte bénéficie du régime légal de protection sous réserve de démontrer qu'il a eu personnellement connaissance des faits qu'il dénonce, qu'il agit de manière désintéressée et de bonne foi. En d'autres termes, il ne doit pas tirer d'avantage financier de l'alerte émise et ne doit pas avoir pour activité professionnelle d'alerter ou de faire connaître des comportements répréhensibles (à la différence d'un magistrat ou des journalistes, par exemple).

Dans ces conditions, et dès lors que la divulgation est nécessaire et proportionnée par rapport aux intérêts en cause, le lanceur d'alerte<sup>6</sup> n'est pas

pénalement responsable lorsque les informations qu'il divulgue portent atteinte à un secret protégé par la loi.

Au plan du droit du travail, par analogie avec les mécanismes déjà existants en matière de lutte contre les discriminations, le législateur a prévu que le salarié lanceur d'alerte bénéficie d'une protection légale contre toute mesure de rétorsion à son encontre, que ce soit au niveau de la procédure de recrutement, de l'accès à la formation ou

de l'exécution du contrat de travail (mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pendant l'exécution ou lors de la rupture du contrat de travail). Tout acte pris à l'encontre du lanceur d'alerte en méconnaissance de ces dispositions encourt la nullité.

En cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte, le salarié peut saisir le Conseil de prud'hommes en référé afin qu'il ordonne sa réintégration ou le maintien de son salaire jusqu'au jugement au fond et/ou solliciter au fond le paiement de dommages-intérêts au titre de la nullité de son licenciement.

Le lanceur d'alerte bénéficie également d'un aménagement de la charge de la preuve lorsqu'il présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'il a signalé des faits constitutifs d'une alerte au sens de la loi. Dans ce cas, il appartiendra à l'employeur de justifier que la mesure prise repose sur des éléments objectifs étrangers à la déclaration du lanceur d'alerte. ■

Par **Véronique Bruneau-Bayard**, avocat en corporate/fusions & acquisitions.  
veronique.bruneau-bayard@cms-fl.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-fl.com

3. Ou du comité d'entreprise s'il existe encore.

4. Règlement général de protection des données – RGPD.

5. Commission nationale de l'informatique et des libertés.

6. Au sens de la loi n° 2016-1691.

# Entrée en application du RGPD : quels impacts pratiques ?



Par **Anne-Laure Villedieu**, avocat associé en droit de la propriété intellectuelle. Elle intervient tant en conseil qu'en contentieux, notamment dans les domaines du droit d'auteur, de la propriété industrielle (marques, brevets, dessins et modèles) et de l'informatique, des communications électroniques et de la protection des données personnelles. [anne-laure.villedieu@cms-fl.com](mailto:anne-laure.villedieu@cms-fl.com)

et **Maité Ollivier**, avocat en droit social. [maite.ollivier@cms-fl.com](mailto:maite.ollivier@cms-fl.com)

**L**e règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>1</sup> est entré en application le 25 mai 2018. Les responsables de traitement doivent désormais mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer, mais également être en mesure de démontrer, que leurs traitements sont conformes au règlement. Le RGPD, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, marque un revirement dans la conception du rapport entre les responsables de traitement et les autorités de contrôle.

«Au contrôle *a priori* des traitements par l'autorité compétente via l'accomplissement de formalités préalables, est substitué un principe de responsabilité selon lequel le responsable du traitement devra justifier de sa conformité aux règles posées par le texte.»

L'un des objectifs principaux de la réforme est d'améliorer l'effectivité de la protection, en permettant une responsabilisation accrue des responsables de traitement.

La réglementation précédemment applicable subordonnait les traitements de données personnelles à l'accomplissement de certaines formalités auprès de l'autorité de contrôle (déclaration ou autorisation préalable de la CNIL<sup>2</sup>). Cette approche a fait l'objet de critiques, l'obligation générale de notifier les traitements aux autorités de contrôle générant une charge administrative et financière, sans pour autant systématiquement contribuer à améliorer la protection des données à caractère personnel.

## **Principe général de responsabilité (*accountability*)**

Le RGPD opte ainsi pour une méthode différente : le responsable du traitement devra désormais mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer que le traitement est effectué conformément au règlement.

L'*accountability* implique la mise en place d'une véritable gouvernance des données, qui doit se traduire par le déploiement de diverses mesures concrètes,

incluant notamment le renforcement de la sécurité des systèmes d'information, l'adoption de mesures de pseudonymisation, la minimisation des données traitées, la désignation d'un délégué à la protection des données ainsi que la rédaction d'informations et de formulaires de consentement clairs à destination des personnes dont les données font l'objet d'un traitement.

En pratique, ces mesures impliquent de prendre en considération la protection des données dans les projets depuis leur origine, dès le stade de la R&D, et d'assurer la conformité des produits et services proposés aux dispositions du règlement (*privacy by design*). Ces mesures doivent également garantir que, par défaut, seules les données nécessaires au regard de la finalité spécifique du traitement sont collectées et utilisées (*privacy by default*).

**«Le responsable du traitement devra désormais mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer que le traitement est effectué conformément au règlement.»**

## **Se pré-constituer la preuve de la conformité**

Il ne suffit pas aux entreprises de se conformer au RGPD. Elles doivent se préparer à en justifier auprès des personnes concernées ou de l'autorité de contrôle. Les entreprises doivent démontrer connaître et maîtriser leurs traitements. A cette fin, il leur incombe d'identifier et de cartographier les flux de données,

étape indispensable à l'établissement d'un registre des traitements imposé pour les entités de plus de 250 salariés. Elles doivent avoir sécurisé ces flux par la conclusion de contrats formels avec leurs sous-traitants et, en cas de transfert de données à destination d'Etats tiers à l'espace économique européen, avoir mis en œuvre des mesures permettant de garantir un niveau adéquat de sécurité des traitements. De même, lorsque les données sont traitées sur la base du consentement, le responsable doit conserver la preuve de l'autorisation reçue. Les analyses d'impact des traitements à risque et les contrôles de proportionnalité des traitements basés sur l'intérêt légitime doivent également être documentés.

La conformité au RGPD suppose le déroulement d'un programme de conformité structuré, impliquant des changements de process et parfois même des évolutions des systèmes d'information. ■

1. Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016.

2. Commission nationale de l'informatique et des libertés.

# Compliance avec les règles *antitrust* : se prémunir contre le risque financier lié aux agissements anticoncurrentiels de la cible

**L**es amendes pour pratiques anticoncurrentielles (ententes ou abus de position dominante) sont parmi les plus onéreuses puisque le risque d'amende s'élève à 10 % du chiffre d'affaires consolidé du groupe auquel appartient l'auteur de l'infraction.

Mais, en réalité, le risque financier qui pèse sur l'auteur de l'infraction – et sur le groupe au titre de la responsabilité solidaire des sociétés mères – est encore beaucoup plus important. Il comprend aussi le risque de condamnation à des dommages-intérêts au profit des victimes de la pratique (concurrent lésé, client ou fournisseur). Enfin, l'impact sur les résultats futurs d'une atteinte à la réputation de l'auteur de l'infraction est un risque sérieux, auquel sont sensibles la plupart des grands groupes.

Parler du coût des infractions aux règles de concurrence, c'est dire à quel point il est recommandé d'inclure l'audit des pratiques commerciales de la cible dans tout processus d'audit d'acquisition, particulièrement lorsque sa position concurrentielle ou les pratiques du marché font craindre des infractions aux règles *antitrust*.

Ce processus d'audit pourra tout autant

s'appuyer sur une revue documentaire ciblant des documents stratégiques (tels que les comptes-rendus de réunion de l'association professionnelle), que sur l'utilisation d'outils de *e-discovery* permettant de remonter des serveurs informatiques d'éventuelles correspondances sujettes à caution ou que sur des entretiens anonymes avec des membres sélectionnés de l'encadrement (3 à 5 en général pour couvrir les postes-clés).

L'intérêt d'identifier en amont de l'acquisition les pratiques à risque est double :

– pour le futur, cela permettra de mettre fin aux pratiques à risque. En effet, si les pratiques devaient se poursuivre, la responsabilité de l'infraction pourrait remonter à la société de gestion pour la période postérieure au transfert du contrôle sur la cible. Il s'agit d'une responsabilité solidaire

et conjointe en tant que société mère au sens du droit de la concurrence (contrôle fondé sur la notion d'influence déterminante) ;

– cela permettra également de prendre une décision éclairée sur les pratiques du passé. Le risque d'amende suit la société auteur de l'infraction, y compris dans ses changements de dénomination, tant qu'elle existe. Si cette société a cessé d'exister, c'est la personne à laquelle ont été transmis ses droits et obligations qui sera redevable de l'amende. Dans tous les cas, l'acquéreur a tout intérêt à mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour se prémunir du risque qui continuera à peser sur la cible tant que la prescription ne sera pas acquise<sup>1</sup>, quand bien même ferait-il en sorte qu'il soit mis fin aux pratiques sous sa gouvernance.

Le moyen le plus classique et peut-être le plus naturel à un fonds d'investissement sera la stipulation de garanties au cas où le risque se

révélerait. La difficulté sera toutefois d'apprécier le montant de cette garantie alors que le risque d'amende est à lui seul susceptible de se monter à plusieurs centaines de millions d'euros et, le cas échéant, de trouver un assureur pour couvrir ce risque, ce qui peut en pratique s'avérer difficile. Une alternative, qui a indéniable-

ment la préférence des autorités de concurrence, est de demander à bénéficier d'un programme de clémence. En contrepartie de l'apport d'éléments permettant de prouver la pratique anticoncurrentielle, le bénéficiaire de la clémence et ses sociétés parentes pourront prétendre à une immunité totale d'amende, pourvu notamment que leur coopération soit véritable, totale et permanente.

Il n'y a en réalité pas de solution unique convenant à toutes les situations. Chaque cas devra faire l'objet d'une analyse factuelle des pratiques de la cible et de la détention d'éléments de nature à appeler la clémence des autorités de concurrence. Seul constat commun : l'ignorance dans laquelle le repreneur se trouvait s'agissant des pratiques du passé ne permet jamais d'échapper à la sanction, ni même d'en atténuer la sévérité. ■



Par **Virginie Coursière-Pluntz**, avocat conseil en droit de la concurrence. Elle intervient 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-fl.com](mailto:virginie.coursiere-pluntz@cms-fl.com)

<sup>1</sup>. Le délai de prescription des infractions aux règles *antitrust* est de cinq ans à compter de la fin des infractions (ou des effets qu'elles ont pu produire).

# Compliance fiscale : faute avouée à moitié pardonnée



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

**L**a multiplication des normes fiscales et la complexité des règles qu'elles instituent a rendu la compliance fiscale difficile si ce n'est parfois impossible pour les groupes. Alerté de ces difficultés, le Législateur étudie actuellement, dans le cadre du «projet de loi pour un Etat au service d'une société de confiance», la reconnaissance d'un «droit à l'erreur» au bénéfice des administrés. Ce faisant, il complète les possibilités de régularisation issues de la loi et de la pratique des services vérificateurs en matière de «justice gracieuse».

Les démarches de régularisation spontanée, ou en cours de contrôle, permettent aux contribuables d'échapper à l'application des pénalités lorsqu'ils n'ont pas déposé, ou ont déposé de façon incomplète, des états et déclarations rendus obligatoires par les dispositions légales.

C'est ainsi que, sous certaines conditions, des régularisations peuvent être sollicitées s'agissant de l'imprimé fiscal unique (IFU) et de la déclaration des

commissions, courtages et honoraires (DAS 2) en cas de première infraction commise au cours de l'année civile et des trois années précédentes. Cette possibilité a été étendue par l'administration fiscale aux infractions des trois années précédentes pour la DAS 2 uniquement<sup>1</sup>. En pratique, on peut constater que l'Administration applique généralement une solution identique en matière d'IFU. L'amende s'élevant à 50 % des sommes non déclarées, les opérateurs peuvent mesurer l'intérêt d'une faculté de régularisation, particulièrement précieuse lorsque de tels manquements sont identifiés dans le cadre d'un audit d'acquisition.

Le projet de loi en cours d'examen consacre le principe du «droit à l'erreur» à travers plusieurs dispositifs prévoyant notamment :

- une réduction de 50 % des intérêts de retard en cas de dépôt spontané par le contribuable d'une déclaration rectificative et la généralisation de leur réduction à hauteur de 30 % si une erreur de bonne foi est régularisée lors d'un contrôle ;
- la possibilité de ne pas appliquer l'amende de

- 5 % en cas de défaut de transmission par les entreprises de divers documents servant à calculer l'impôt (suivi des plus-values latentes, par exemple) en cas de régularisation spontanée, ou à première demande de l'Administration ;
- l'extension sur trois ans de la possibilité de régulariser les erreurs ou omissions portant sur la déclaration DAS 2, déjà admise par la doctrine, et l'extension de cette possibilité aux régularisations à première demande du fisc (sans, hélas, que cet assouplissement ne s'applique aux IFU) ;
- l'inscription dans la loi d'une procédure de rescrit fiscal en cours de contrôle ;
- la création d'une «garantie fiscale» en vertu de laquelle les points n'ayant pas fait l'objet d'une rectification seraient considérés comme tacitement validés par l'Administration ;

- l'habilitation du Gouvernement à légaliser par ordonnance le dispositif dit de la «relation de confiance» selon lequel l'Administration pourrait examiner sur demande des entreprises la conformité de leurs opérations

**«Le projet de loi [...] consacre le principe du "droit à l'erreur" à travers plusieurs dispositifs.»**

à la loi fiscale et prendre formellement position sur l'application de celle-ci.

Ces mesures de sécurité juridique issues du projet de loi, dont l'examen est désormais suspendu à la résolution du désaccord persistant entre les deux assemblées, devraient permettre de limiter très substantiellement les risques déclaratifs qui constituent des points de discussion fréquents entre acheteurs et vendeurs à l'occasion d'une transaction. Elles contrastent lourdement avec celles annoncées dans le cadre du projet de loi relatif à la lutte contre la fraude qui introduit, entre autres dispositions, la publicité des sanctions (procédure dite du «name and shame»), la sanction des tiers facilitant la fraude fiscale et l'indexation des amendes pénales sur le produit retiré par le contribuable.

Bienveillance face aux lourdeurs déclaratives, intransigeance face aux comportements frauduleux semblent ainsi se répondre, «en même temps» mais dans un équilibre incertain, à travers ces deux projets de loi. ■

1. BOI-CF-INF-10-40-30, n° 20, à jour au 6 décembre 2017.

# Protection du secret des affaires : les nouveautés

**La France est sur le point de se doter d'une législation sur le secret des affaires, le vote de la loi de transposition de la directive 2016/943 étant prévu en juin 2018. C'est donc le moment de se poser les bonnes questions pour tirer profit de cette avancée.**

**L**e texte vise à établir un régime de protection étroitement inspiré de celui des droits de propriété intellectuelle. Pour autant, la nouvelle protection n'institue pas un monopole de droit : le détenteur d'un secret ne saurait former le moindre reproche à un tiers si ce dernier a obtenu les mêmes informations sans qu'aucune faute ne soit commise (par exemple, par ingénierie inverse). Par ailleurs, cette protection ne limite nullement la liberté d'information, l'exercice du droit à l'information des salariés ou de leurs représentants ou les lanceurs d'alerte. Au contraire, ces derniers seront désormais protégés par un texte spécial.

Le texte vise à protéger le patrimoine informationnel des entreprises

face à l'espionnage économique et à la concurrence déloyale et à harmoniser la protection à l'échelle de l'Union européenne. Toutes les entreprises, quels que soient leur taille ou leur domaine d'activité, sont concernées. En effet, la définition du secret des affaires est large. Trois critères doivent être réunis : l'information

doit être secrète, avoir une valeur commerciale et l'entreprise doit mettre en œuvre des mesures raisonnables de protection.

Pourraient ainsi être protégées des informations d'ordre commercial (fichiers clients, prix), économique (études de marché), technique (algorithmes, recettes, procédés de fabrication) ou stratégique (business plan, plan de rachat). Ce régime a vocation à s'appliquer en cas d'espionnage industriel mais aussi dans des circonstances plus banales comme le détournement d'informations par un ancien dirigeant ou salarié.

Pour bénéficier de la protection, il ne suffit pas que l'information soit secrète ; il faut aussi que l'entreprise prouve qu'elle a mis en place des mesures concrètes de protection. Cela implique d'identifier les informations à protéger puis d'instaurer des

mesures de protection appropriées (mise en place de règles de confidentialité internes, restriction d'accès, cryptage, sensibilisation et formation des équipes).

Si ces conditions sont réunies, la loi permet de s'opposer à l'accès, l'utilisation et la divulgation des informations protégées. Elle permet aussi d'interdire la production, la mise sur le marché, l'importation et l'exportation de produits résultant d'une atteinte au secret. Ainsi, il sera possible de sanctionner, par exemple, l'importateur de produits reproduisant un savoir-faire secret même s'il n'a pas participé au détournement dudit savoir-faire. Dans cette hypothèse, il faudra toutefois

démontrer que ce tiers connaissait – ou aurait dû connaître – l'origine frauduleuse des informations. Il conviendra donc de lui adresser préalablement une lettre de « mise en connaissance de cause », comme cela est pratiqué en brevet. Sur ce point, la protection est considérablement améliorée par rapport à celle offerte par le droit actuel.

Si le juge constate une atteinte à un secret, il pourra alors prescrire toutes les mesures nécessaires (interdiction, destruction des produits, etc.), si besoin en référé, et ordonner le versement de dommages et intérêts calculés de la même façon qu'en cas de contrefaçon.

Autre amélioration : des règles procédurales spécifiques rassureront ceux qui craignent que leurs secrets soient révélés au cours de la procédure. En effet, le texte permet le recours aux audiences à huis clos, institue un principe de confidentialité des pièces et ouvre la possibilité d'aménager la publication de la décision.

Cette réforme apporte d'intéressantes nouveautés en droit français ; les entreprises, souvent démunies faces à ce type d'agissements, auraient intérêt à adapter leurs pratiques afin de tirer le meilleur parti de ce nouvel « outil ». ■



Par **Jean-Baptiste Thiénot**, avocat conseil 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](mailto:jean-baptiste.thienot@cms-fl.com)

# L'amendement Charasse est-il un dispositif anti-abus ?



Par **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](mailto:jean-charles.benois@cms-fl.com)



et **Morgan Toanen**, avocat en fiscalité. Il conseille au quotidien des sociétés dans le cadre de leurs problématiques fiscales ainsi que dans leurs opérations d'acquisitions, de capital-transmission et de restructuration. [morgan.toanen@cms-fl.com](mailto:morgan.toanen@cms-fl.com)

**L**e dispositif dit de l'« amendement Charasse » interdit aux groupes fiscalement intégrés la déduction de leur résultat taxable d'ensemble des charges financières supportées par une société cessionnaire H membre dudit groupe au titre d'une opération dite de « rachat à soi-même », consistant dans l'acquisition à titre onéreux auprès de l'associé qui la contrôle (directement ou indirectement) des titres d'une société F qui rejoindrait ultérieurement le même groupe fiscalement intégré que la société H. Dans une décision aussi novatrice que déroutante<sup>1</sup>, les Sages du Conseil constitutionnel, récemment saisis d'une QPC sur le sujet, ont considéré que ce dispositif avait vocation à s'appliquer indépendamment de l'objectif poursuivi par les parties, notamment lorsque celui-ci était non fiscal.

Les juges de la Haute juridiction distinguent à cette occasion – et à notre connaissance pour la première fois – les dispositifs « anti-abus » (qui doivent inclure une clause

de sauvegarde permettant, le cas échéant, aux contribuables de démontrer que l'opération critiquée poursuivait un but non fiscal) des dispositifs « limitant le cumul d'avantages fiscaux » (qui peuvent ne pas comprendre une telle clause sans enfreindre le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques).

Selon le Conseil constitutionnel, l'amendement Charasse relèverait de cette seconde catégorie, puisqu'au vu des commentaires publiés sous cette décision, il sanctionnerait moins les opérations artificielles que les « rachats artificieux ».

Sans même revenir sur le fait que les travaux préparatoires ne paraissent laisser aucun doute quant à la portée anti-abus de l'amendement Charasse, cette décision conduit à s'interroger sur le cumul d'avantages fiscaux que permettrait une opération de rachat à soi-même.

Le premier avantage procéderait de l'option pour le régime de l'intégration fiscale qui, s'il est en effet souvent profitable en permettant la compensation au sein du groupe des pertes et bénéfices fiscaux individuels, peut cependant conduire

dans certains cas à un surcoût fiscal net pour les sociétés ayant opté. Le second avantage résiderait dans la déduction fiscale des charges financières, qui conduirait à faire supporter une partie du coût de celles-ci au Trésor public.

Cependant, cette approche conduit à compter deux fois l'avantage lié à la déduction des charges financières relatives à la dette d'acquisition de la cible, puisque ce sont les mêmes charges qui sont prises en compte pour la détermination du résultat fiscal de la société cessionnaire, et pour la compensation des pertes de la société cessionnaire et des bénéficiaires de la société cible.

Par ailleurs, on comprend mal en quoi le raisonnement tenu par les Sages ne conduirait pas à contester toute déduction de charges financières

supportées à raison d'acquisitions réalisées auprès de tiers par une société intégrée et financées par endettement. En effet, dans ce cas également, le même prétendu cumul d'avantages fiscaux serait constaté. C'est donc moins l'effet fiscal qui est dénoncé par l'amendement Charasse

que l'opération qui y a conduit, en l'occurrence le rachat à soi-même. Or, si c'est l'opération qui est critiquable, il aurait dû être réservé au contribuable la possibilité de démontrer qu'elle répondait à un objectif économique réel et prépondérant.

Telle n'a cependant pas été l'approche des Sages, qui ont choisi de laisser survivre un texte dénué de clause de sauvegarde. Les groupes n'ont donc d'autre possibilité pour éviter son application que de démontrer qu'ils ne se situent pas dans son champ d'application, ce qui conduira les juges du fond à assumer une lourde responsabilité au moment de qualifier l'existence juridique d'un contrôle (notamment lorsque l'administration fiscale invoque l'existence d'un contrôle conjoint, souvent de manière particulièrement extensive et contestable). Il faut souhaiter à ce titre qu'ils se montreront exigeants dans la caractérisation par l'Administration dudit contrôle et, partant, du rachat à soi-même. A défaut, un texte présenté par monsieur le ministre Charasse lui-même comme devant s'attaquer aux « montages purement artificiels » pourrait trouver une application générale. ■

**«Les juges du fond [assumeront] une lourde responsabilité au moment de qualifier l'existence juridique d'un contrôle.»**

1. Décision n° 2018-701 QPC du 20 avril 2018.

# Droit des contrats : une loi de ratification à ne pas négliger !

**L**a ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats (ordonnance du 10 février 2016) est enfin intervenue avec la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018. Sans avoir l'importance du texte qu'elle ratifie, cette «réforme de la réforme» ne doit pas être négligée. Il suffit de signaler que se trouvent ainsi modifiés voire créés pas moins de 23 articles, la plupart situés dans le Code civil.

Au terme de cet épilogue, on peut regretter que la loi de ratification n'ait pas tranché une des questions les plus délicates suscitées par la réforme : celle de savoir quelles dispositions doivent être considérées comme étant d'ordre public et quelles autres dispositions jugées comme supplétives. On relèvera

néanmoins que, parmi les textes considérés sans hésitation comme susceptibles d'être écartés du contrat par une clause adéquate, figure le très fameux article 1195 du Code civil, qui a introduit dans notre droit le mécanisme de l'imprévision.

Précisément, si on s'intéresse maintenant à quelques-unes des règles nouvelles issues de la loi de ratification

qu'il faut avoir à l'esprit en matière de private equity, il faut mentionner ce mécanisme de l'imprévision. Le législateur a introduit dans le Code monétaire et financier un nouvel article L.211-40-1, disposant que «l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L.211-1 du présent code». Cet aménagement évitera, notamment, que dans les opérations de capital-risque l'exécution des promesses de rachat d'actions soit gênée par le jeu de l'article 1195. Il faut toutefois apporter deux précisions importantes. D'une part, le texte n'entrera en vigueur qu'à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018. Autre façon de dire que, pour tous les contrats conclus jusqu'à cette date, il faudra penser à exclure le jeu de l'article 1195, si, du moins, tel est le souhait des parties. D'autre part,

la disposition ne vise que «*les titres et les contrats financiers*» ; ce qui signifie que les opérations de cessions de parts de sociétés à responsabilité limitée, sociétés en nom collectif, sociétés civiles et autres groupements ne seront pas couvertes et qu'il faudra donc continuer à écarter l'article 1195. Une autre modification importante concerne la définition des contrats d'adhésion, avec dans son sillage la possibilité de solliciter du juge qu'il déclare non écrite toute clause non négociable et prédéterminée d'un tel contrat créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (article 1171). Initialement, le contrat d'adhésion était celui «*dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées*

*à l'avance par l'une des parties*». Cette approche avait été critiquée car elle pouvait entraîner la qualification de contrat d'adhésion dans des cas où aucune négociation n'était effectivement intervenue, alors pourtant qu'une vraie liberté de négociation existait. Pour limiter ce risque, il est désormais dit que le contrat d'adhésion est celui «*qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance*

*par l'une des parties*». Peu importe donc que les clauses n'aient pas été négociées, il suffit qu'elles aient été négociables. De même puisque le texte mentionne «*un ensemble de clauses*», on peut penser que l'absence de négociabilité de quelques clauses isolées ne remettra pas en cause la qualification de contrat de gré à gré ; qualification qui semble être présumée puisque c'est à celui qui entendrait invoquer l'existence d'un déséquilibre significatif de démontrer l'existence de clauses non négociables. Pour se prémunir contre ce risque de requalification, il sera sans doute prudent de ne pas se contenter d'une clause indiquant que tout était négociable, mais de se pré-constituer la preuve (échange de mails, différentes versions en *marked-up* du contrat) que tel a effectivement été le cas. ■



Par **Arnaud Reygrobellet**, of counsel au sein de la Doctrine juridique. Il est également professeur à l'Université Paris Nanterre.  
arnaud.reygrobellet@cms-fl.com

# Nouvelle convention franco-luxembourgeoise : quels impacts pour les investisseurs français ?



Par **Benoît Foucher**, avocat en fiscalité et spécialisé dans les aspects fiscaux des financements structurés. En matière de private equity, il intervient dans les opérations de financement d'acquisitions. Il assiste plusieurs fonds d'investissement et établissements financiers dans leurs opérations à dimension internationale.  
benoit.foucher@cms-fl.com

**L**e Luxembourg a longtemps été une plateforme incontournable pour la structuration des investissements de private equity<sup>1</sup>.

Cette situation va sans doute devoir être reconsidérée en raison de la signature, le 20 mars 2018, d'une nouvelle convention fiscale qui ne se contente pas de remettre dans le droit commun les relations entre la France et le Luxembourg, mais aligne la pratique conventionnelle de la France sur les standards issus du projet BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).

Ainsi, la résidence<sup>2</sup> est dorénavant fondée sur le critère de l'assujettissement à l'impôt et non plus sur le lieu du centre effectif de direction.

Les entités luxembourgeoises non soumises à l'impôt sur les sociétés qui bénéficiaient préalablement de la convention

sortent ainsi du champ d'application de la nouvelle convention.

S'agissant des dividendes<sup>3</sup>, la nouvelle convention reprend la définition élargie, qui assimile aux dividendes les revenus réputés distribués. Un taux de 15 % s'applique de façon

générale mais est susceptible d'être réduit à 0 % en cas de distribution au bénéfice d'une société résidente de l'autre Etat, lorsque le bénéficiaire détient directement au moins 5 % du capital de la société distributrice pendant une période de 365 jours incluant le jour du paiement des dividendes. Ce dispositif conventionnel est susceptible de faire échec à l'application de la retenue à la source sur les revenus distribués lorsque l'Administration remet en cause la déductibilité d'intérêts au titre d'un prêt accordé par un actionnaire luxembourgeois au motif que le taux appliqué aurait été supérieur au taux de marché. Pour l'application des dispositions relatives aux intérêts et aux dividendes, les organismes de placement collectif «comparables» de chaque Etat peuvent bénéficier de la convention à hauteur des participations détenues par des résidents de chaque Etat, et par des résidents d'Etats avec lesquels le pays de source des

revenus a conclu une convention d'assistance administrative<sup>4</sup>. En l'état de la législation<sup>5</sup>, qui prévoit une exonération, cette clause ne semble pas avoir vocation à jouer, d'autant que le droit interne ne s'intéresse pas au statut fiscal des porteurs de parts.

S'agissant des plus-values<sup>6</sup>, la France ne conservera son droit d'imposition que pour les plus-values réalisées sur des participations substantielles (*i.e.*, ouvrant droit à 25 % ou plus des bénéfices de la société) réalisées par des personnes physiques ayant résidé en France à tout moment au cours des cinq années précédant la cession.

Ce sont surtout les clauses anti-abus qui marquent une étape importante dans la pratique

conventionnelle française. La clause la plus emblématique est celle qui dénie le bénéfice de la convention lorsque l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi d'un avantage conventionnel était un des objets

**«Ce sont surtout les clauses anti-abus qui marquent une étape importante dans la pratique conventionnelle française.»**

principaux d'un montage ou d'une transaction<sup>7</sup>. En outre, le préambule prévoit expressément que la convention n'a pas pour objet de créer des possibilités d'évasion fiscale ; ne sont pas considérés comme résidents les *trustees* ou fiduciaires<sup>8</sup> ; des dispositifs particuliers ont été prévus en matière d'élimination des doubles impositions pour éviter les doubles exonérations<sup>9</sup>. Enfin, le protocole prévoit que la France peut appliquer ses mécanismes anti-abus<sup>10</sup>. La convention pourrait entrer en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2019. Et, quand bien même les opérateurs ont été sensibilisés aux risques d'abus liés à certaines structures luxembourgeoises en raison de l'attention toute particulière que leur porte l'administration fiscale, ils devront apprendre à composer avec le «motif principal fiscal». ■

1. Pour les aspects immobiliers, voir l'article «Nouvelle convention franco-luxembourgeoise : impacts et enjeux pour les investisseurs immobiliers français» par Julien Saiac et Mary Lédée, paru dans la Lettre de l'Immobilier le mardi 22 mai 2018.

2. Article 4.

3. Article 10.

4. Protocole, n° 1.

5. Articles 119 bis 2 et 125 A III du Code général des impôts et en dehors du cas des Etats et territoires non coopératifs.

6. Article 13.

7. Article 28.

8. Article 4§5.

9. Article 22.

10. Protocole n° 7.

# Conclusion d'un contrat par le biais d'un représentant : les sociétés soustraites à l'article 1161 du Code civil

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a introduit dans le Code civil des dispositions sur la conclusion d'un contrat par le biais d'un représentant et, parmi celles-ci, un article «anti-conflits d'intérêts», l'article 1161. Le droit français cherchait ainsi à se rapprocher d'autres systèmes juridiques. Ce texte n'en a pas moins créé des difficultés, notamment au regard de son articulation avec le droit spécial des sociétés. L'article 1161 a cependant été modifié par la loi de ratification de l'ordonnance (loi n° 2018-287 du 20 avril 2018) et il est intéressant de revenir sur cette évolution.

## Le dispositif original et les perturbations engendrées

L'article 1161 issu de l'ordonnance interdisait à un représentant d'agir «pour le compte des deux parties au contrat», ainsi que de «contracter pour son propre compte avec le représenté» et ce, à peine de nullité du contrat conclu, sauf autorisation du législateur ou du représenté ou ratification par ce dernier. La question que soulevait ce texte était surtout celle de son articulation avec les droits spéciaux, comme le droit des sociétés, pour lequel deux situations délicates se rencontraient.

On se demandait tout d'abord dans quelle mesure les sociétés pour lesquelles existait un dispositif de contrôle des conventions réglementées étaient soustraites à l'article 1161. Pour une société anonyme, une société par actions simplifiées ou une société à responsabilité limitée, par exemple, il était clair que les conventions autorisées ou approuvées n'avaient pas à être autorisées à nouveau par application du nouveau dispositif. Mais certains estimaient que les conventions libres ne l'étaient plus complètement et devaient être autorisées par application de l'article 1161. Ensuite, les sociétés dépourvues de mécanisme de contrôle (par exemple, les sociétés en nom

collectif) suscitaient une autre interrogation. Le silence du législateur à leur égard valait-il autorisation implicite au sens de l'article 1161, ou bien ce dernier texte, constituant le droit commun, ne devait-il pas s'appliquer pleinement à ces sociétés ?

Le principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale, de même que l'idée que la réforme du droit des contrats ne devait pas perturber le droit des sociétés, conduisaient à écarter l'article 1161 quand intervenait un dirigeant social, mais une certitude accrue était demandée par la pratique, au vu de la sanction de nullité prévue par ce texte.

## Le dispositif nouveau

La loi de ratification a répondu aux souhaits de nombreux commentateurs en opérant par son article 6, 2° une réduction radicale du champ d'application de l'article 1161, qui joue désormais seulement «en matière de représentation des per-

sonnes physiques» (et ne saisit plus la multi-représentation que lorsque les parties sont en opposition d'intérêts).

Les sociétés, les associations, les groupements d'intérêt économique et les autres personnes morales n'ont donc plus à se préoccuper de ce texte, du moins pour l'avenir. L'article 1161 du

Code civil leur demeure tout de même applicable en sa rédaction initiale pour les contrats conclus entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 30 septembre 2018. L'entrée en vigueur du nouveau texte a en effet été fixée au 1<sup>er</sup> octobre 2018 (article 16, I de la loi). La prudence incitera donc, pour la période intermédiaire, à respecter l'article 1161, au moins dans les sociétés dépourvues de mécanisme de contrôle des conventions réglementées, en évitant la multi-représentation ou en obtenant une autorisation préalable de la part de la société. Reste à identifier l'organe compétent pour fournir cette autorisation. ■



Par **Bruno Dondero**, of counsel, co-responsable de la Doctrine juridique, professeur à l'école de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.  
bruno.dondero@cms-fl.com



et **Jean-Thomas Heintz**, avocat associé en corporate/fusions & acquisitions de CMS Francis Lefebvre Lyon Avocats. Il intervient en matière de restructuration de groupes de sociétés et de fusions-acquisitions pour des clients tant français qu'étrangers.  
jean-thomas.heintz@lyon.cms-fl.com

# L'actualité récente de la clause de non concurrence

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

et **Maïté Ollivier**, avocat en droit social.  
maite.ollivier@cms-fl.com

Lorsque le mandataire est en situation de cumul avec un contrat de travail, la clause de non concurrence doit, pour être valable, non seulement être limitée dans son objet, dans le temps et géographiquement, mais également faire l'objet d'une contrepartie pécuniaire. Il est fréquent qu'un délai soit fixé, soit par le contrat lui-même, soit par un accord collectif, pour permettre à l'employeur de renoncer unilatéralement à son application lors de la rupture du contrat de travail. La fixation du point de départ de ce délai est donc essentielle pour l'usage du droit de renonciation. La Cour de cassation a, à cet égard, précisé par un arrêt du 21 mars 2018<sup>1</sup> que lorsque le salarié est dispensé d'activité pendant son préavis à l'initiative de l'entreprise, l'employeur doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non concurrence, impérativement le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, peu important que le préavis soit toujours en cours.

Par conséquent, en cas de cumul contrat de travail/mandat social, la prudence s'impose en cas de renonciation unilatérale à la clause de non concurrence. En particulier en cas de dispense d'activité pendant le préavis, et que la levée est prévue dans un certain délai «après la cessation des fonctions», il est recommandé de procéder à la levée de la clause de non concurrence dès la notification de la rupture. A défaut, l'employeur est tenu de verser la contrepartie financière de la clause de non concurrence.

Seconde décision intéressante, la Chambre sociale a confirmé par un arrêt du 18 janvier 2018<sup>2</sup> que la contrepartie de la clause ne pouvait être minorée selon le type de rupture envisagée. Ainsi, que l'on soit en présence d'un licenciement, d'une démission, ou d'une rupture conventionnelle, le même montant doit être versé.

Il importe donc de veiller au respect de la lettre des accords en intégrant ces solutions jurisprudentielles qui peuvent parfois s'en éloigner. ■

1. Cass. soc., 2 mars 2018, n° 16-21021.  
2. Cass. soc., 18 janvier 2018, n° 18-24002.

## C/M/S' Francis Lefebvre Avocats

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

 [linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats](https://www.linkedin.com/company/cms-francis-lefebvre-avocats)

 [twitter.com/cms\\_fl](https://twitter.com/cms_fl)

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



Supplément du numéro 1467 du Lundi 18 juin 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](mailto: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](http://pefc-france.org)