

DJCE *POST*

LA REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DU DJCE DE LYON



Le droit est-il prêt pour le métavers ?

Subtilités du droit du numérique

Avec la participation de Me Aurélie DANTZIKIAN et Me Emilie HIJOS

PRÉCISIONS DU CONSEIL D'ÉTAT :
LE CONTRÔLE CONJOINT

L'AFFAIRE TAPIE - CRÉDIT LYONNAIS :
« A LA VIE A LA MORT »

NOUVEAUTÉ AUTOUR DU PACTE
DUTREIL

Sous la supervision du Professeur
Régis Vabres, directeur du DJCE

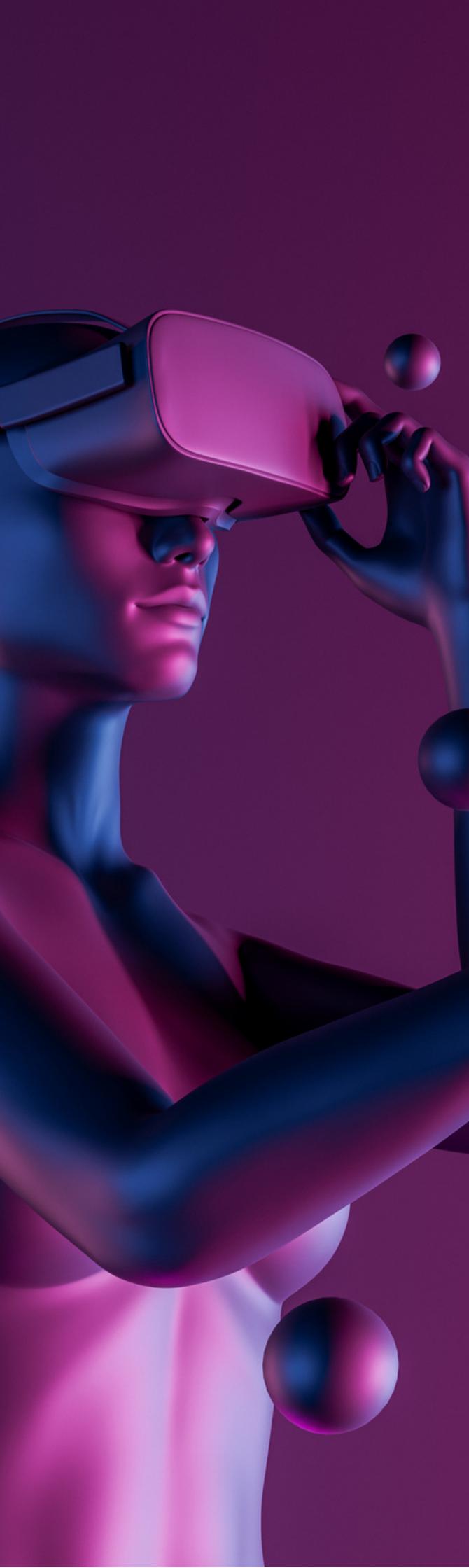
Une saga juridique aux multiples
controverses, jonglant entre l'utopie et
la précipitation...

Un éclaircissement de la notion de
holding animatrice

Et bien plus encore...

EN COLLABORATION AVEC

Tout Lyon



Directrice de la rédaction

Marie BUZOLICH

Maquettiste

Alexandrine ROUSSEAU

Rédacteurs

Corentin AUVE

Carla BERNARD

Jeanne CARZOLA

Guénaëlle CHOULET

Lilian CIRIANI

Manon COUVAL

Céline DIAS

Carla FARAVELLON

Clara KIZARDJIAN

Baptiste ROCKENSTROCLY

Jean-Baptiste ROSSIGNEUX

Alexandrine ROUSSEAU

Marie TARDINI

Léa TRIVINO

Lara YILMAZ

Avec l'aimable participation de

Pr Régis VABRES

Me Aurélie DANTZIKIAN FRACHON

Me Emilie HIJOS

Directeur de la publication

Association du DJCE de Lyon

asso.djce@gmail.com

18, rue Chevreul

69007 Lyon

SOMMAIRE

05 **POST DROIT DU NUMÉRIQUE**

Le droit est-il prêt pour le métavers ?

11 **POST DROIT FISCAL**

*Précisions du Conseil d'Etat :
la notion de contrôle conjoint*

15 **POST DROIT DES SOCIÉTÉS**

*Obligation de mixité dans les sociétés, où en
est-on en 2022 ?*

20 **POST PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

*L'action en concurrence déloyale, un parachute
prévu pour l'échec de l'action en contrefaçon ?*

23 **POST DROIT PÉNAL DES AFFAIRES**

*L'affaire Tapie - Crédit Lyonnais :
« À la vie à la mort »*

26 **POST DROIT PATRIMONIAL**

*Nouveauté autour du pacte Dutreil :
un éclaircissement de la notion de holding animatrice*

28 **POST INTERNATIONAL**

The overturning of Roe v Wade

31 **POST ÉVÉNEMENTS**

*Le DJCE en stage chez les partenaires
Un mois à Montpellier
Dîner des anciens
Tournoi de foot
Passation de l'association
Séminaire de rentrée*

Le mot de la rédac'

L'équipe du tout nouvellement créé Pôle presse - au sein de l'association du DJCE de Lyon - est fière de vous présenter sa cinquième et dernière revue de l'année scolaire 2021-2022 (avec le léger retard habituel qui en fait, en réalité, une revue de rentrée) !



Remaniant visuels, charte graphique, rédacteurs et, surtout, équipe de publication - désormais composée d'Alexandrine ROUSSEAU et de Marie BUZOLICH - nous espérons que ce numéro sera à la hauteur des précédents ; et surtout que vous, lecteurs, l'apprécierez tout autant.

Comme vous l'aurez justement remarqué, de nouvelles rubriques apparaissent et seront remaniées au gré des actualités. Fidèles à l'esprit de notre formation, nous conservons néanmoins les Posts fondamentaux relatifs au droit fiscal et au droit des sociétés, de même que l'article de droit international.

Dans ce numéro, nous vous proposons un article phare portant sur un sujet des plus actuels : le métavers, pour lequel nous avons pu compter sur l'amabilité et l'expertise de Maître Aurélie DANTZIKIAN FRACHON et de sa collaboratrice Emilie HIJOS de notre partenaire LAMY LEXEL, nous accordant un véritable oeil de l'expert sur cet exigeant sujet.

Entre propriété intellectuelle, droit pénal des affaires et mise au point sur la récente actualisation du droit patrimonial, suivis d'un détour par les Etats-Unis et la remise en question du droit à l'avortement ; ce numéro se veut tant un condensé éclectique des principaux événements juridiques de ces dernières semaines, qu'une vision d'ensemble de sujets pointus, comme en témoigne le Post sociétés en ciblant les problématiques de mixité des conseils d'administration.

Comme toujours, nous avons également pu compter sur l'accompagnement du Professeur Régis VABRES qui, pour notre Post de droit fiscal, nous a permis de perfectionner notre compréhension des enjeux de l'amendement Charasse.

Bien entendu, nous remercions le Tout Lyon, notre partenaire historique et éditeur sans qui ce numéro n'aurait jamais vu le jour.

Bonne lecture !

LE DROIT EST-IL PRÊT POUR LE MÉTAVERS?

Par Guénaëlle Choulet, Baptiste Rockenstrocly et Léa Trivino

La France et l'Union Européenne disposent-elles de règles juridiques suffisantes pour encadrer l'évolution du métavers, ou bien un cadre spécifique sera-t-il nécessaire ?

Une adaptation a été indispensable pour la technologie blockchain, ayant effectivement provoqué la création d'une notion française, le "DEEP", et l'encadrement juridique et fiscal des cryptomonnaies et NFT. Cela pourrait sembler être une évolution encore anecdotique si une entreprise réalisant un chiffre d'affaires de plus de 100 milliards de dollars, Facebook, n'avait pas modifié le nom de sa compagnie et dépensé 10 milliards pour cette technologie en 2021. Mark Zuckerberg a ainsi promis que le métavers serait plus qu'un simple Web 3.0 : il sera une révolution aussi importante qu'internet lui-même. Comme il l'a lui-même annoncé le 28 octobre 2021, « *In the Metaverse, you'll be able to do almost anything you can imagine – get together with friends and family, work, learn, play, shop, create* » [1]. Cependant, est-il possible de définir précisément la métavers ? Plusieurs auteurs, une partie de la doctrine ou même de l'avocature ont tenté leur définition. Pour Patrice Adam, le metaverse, « contraction maligne des mots meta et universe [est] un monde virtuel, connecté au réel, dans lequel les utilisateurs (munis d'une prothèse technique : un casque de réalité virtuelle) évoluent sous la forme d'un avatar. » [2]



Pour Alain Bensoussan, « c'est un ensemble virtuel où chacun d'entre nous peut avoir une existence personnelle. Dans un monde qu'il se crée lui-même. Un monde où il peut être seul ou avec d'autres. » [3]

Il existe cependant trois points majeurs pour comprendre le métavers. Concernant l'aspect utilisateur, le métavers est un monde virtuel dans lequel un utilisateur peut apparaître sous son identité propre ou sous une identité virtuelle de son choix afin d'interagir avec d'autres utilisateurs.

Sur l'aspect technologique, le métavers se veut être un monde virtuel 3D immersif à la croisée du jeu vidéo, du réseau social ou d'espaces collaboratifs grâce à la réalité augmentée et la réalité virtuelle.

Enfin, sur l'aspect économique, le métavers met en place une économie parallèle où des parcelles et des actifs numériques pourront être créés, achetés et vendus. [4]

[1] Mark Zuckerberg, Facebook Connect, Conférence, 28 avril 2021 <https://www.facebook.com/Meta/videos/577658430179350/>

[2] Patrice Adam, Metaverse, Droit social, Dalloz, 2021

[3] "Vers un droit des Métavers ?", Alain Bensoussan Avocats, Eric Bonnet, 14 février 2022, <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/vers-un-droit-des-metavers/2022/02/14/>

[4] Sur ce dernier point, la Société Sandbox est déjà très avancée et connue pour ce type de marché : <https://sandboxgame.gitbook.io/the-sandbox/getting-started/the-Metaverse-map>

Avant de se pencher sur le droit applicable, il convient de préciser qu'il n'existe pas qu'un métavers, mais une multiplicité : autant que de définitions, en réalité. La notion a été créée pour la première fois en 1992 dans un livre de Neal Stephenson, "*Le samouraï Virtuel (Snow Crash)*". En 2003, le jeu *Second life* proposait déjà une expérience immersive où il était possible d'acheter des actifs virtuels en argent réel [5]. Enfin, l'exemple le plus utilisé aujourd'hui est le film *Ready Player One* de Steven Spielberg où le protagoniste devient le héros de "Oasis", un monde virtuel très proche de ce qu'est le métavers dans l'imaginaire collectif aujourd'hui.

Derrière ce monde sans limite pour l'imagination, il y a des réalités juridiques à prendre en compte : l'encadrement de la technologie et la protection des utilisateurs. Les métavers à venir se voulant être une véritable réalité virtuelle, bien des problèmes juridiques du quotidien pourront être présents. Parmi ceux-ci, il est possible de dénombrer la propriété intellectuelle des entreprises, la protection des données, la question des hologrammes, celle de la dignité humaine, les actifs juridiques, ou encore toutes les questions pénales (harcèlement en ligne, escroquerie ou activités illégales, etc). Il est donc important de savoir si le droit est aujourd'hui capable d'appréhender les différentes situations juridiques en train de naître du métavers.

I- L'application du droit commun à l'image aux avatars et hologrammes

Le métavers pouvant être une représentation virtuelle plus ou moins fidèle du monde réel, la question des avatars virtuels tend à s'imposer comme une interrogation majeure. Aujourd'hui, des concerts y sont organisés [6] et certains artistes autorisent l'utilisation commerciale d'avatars qui leur sont dédiés [7]. Or, ces situations peuvent conduire à des abus auxquels le grand public n'est pas encore sensibilisé. Concernant les représentations artistiques dans le métavers, s'il paraît évident que leur autorisation est nécessaire lorsque l'artiste est encore vivant, une zone grise subsiste lorsque celui-ci est décédé. En effet, il s'agirait de se demander s'il est possible d'utiliser l'image d'un défunt, sans autorisation, pour une prestation par exemple. Aujourd'hui, de nombreux spectacles utilisent la technologie des hologrammes pour animer des shows avec des célébrités qui ont mis fin à leur carrière ou sont décédées. C'est ainsi que subsistent des concerts d'ABBA ou de Claude François grâce aux reconstitutions holographiques [8].

Ce concept pourrait tout à fait avoir lieu dans le métavers, sans refus possible du défunt. En effet, le droit à l'image est éteint au décès de son titulaire [9] ; et cela a donné lieu à des contentieux complexes, tel que celui concernant la privatisation de l'image de Johnny Hallyday par la société BMA, fortement contestée par son épouse. La société considère avoir protégé « le mouvement et toute la technologie qui permet de mettre en mouvement l'artiste. Il y a également une protection sur la chorégraphie d'Hallyday sur scène » [10]. Il est important de préciser que la famille du défunt ne peut contester une telle situation que si un préjudice personnel, dit par ricochet, peut être « déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort » [11] par le biais de l'utilisation de l'hologramme à son image. Maître Fournol, avocat pour artistes et acteurs du marché de l'art, rappelle cependant qu'aucun droit d'auteur ne peut être détenu par la société BMA sur le seul principe d'une performance holographique d'un artiste décédé puisque ce n'est qu'un concept ne pouvant être considéré comme une œuvre de l'esprit [12].

En résumé, la reproduction d'une personne en tant qu'avatar nécessitera toujours son consentement et pourra être contestée par le droit à l'image de cette personne. Cependant, en cas de décès de ce dernier, la chose devient plus complexe. Les sociétés seront libres d'exploiter l'image d'un artiste dans le métavers, à condition de ne pas porter préjudice à la famille du défunt, et sans pour autant empêcher d'autres entreprises de faire de même.

[5] Second life marketplace, https://marketplace.secondlife.com/?_gl=1%2A1h7vq34%2A_ga_T7G7P6DCEC%2AMTY1MTY1MTQ3OS4xLjAuMTY1MTY1MTQ3OS42MA.&lang=en-US

[6] "Fortnite : un concert du rappeur Travis Scott rassemble plus de 12 millions de joueurs", Le Parisien, 24 avril 2020

[8] "Des hologrammes aux avatars, que nous réservent les concerts de demain ?", Cecilia Delporte, Les Echos, 18 mars 2022

[9] Cass. civ. 1re, 31 janv. 2018, no 16-23.591

[10] "Le concert hommage à Johnny Hallyday compromis à cause de son hologramme", Le Figaro, 28 juillet 2021

[11] Cass. civ. 1re, 22 oct. 2009, no 08-11.112

[12] "Tentative de privatisation de l'hologramme de Johnny Hallyday", Me Alexis Fournol

II- Vers une adaptation du droit de la propriété intellectuelle dans un univers virtuel

Le métavers implique désormais que le droit protecteur des inventions, des œuvres, des marques, des dessins et modèles s'applique tant dans le monde réel que dans un univers dématérialisé et virtuel. Il est par conséquent nécessaire que le droit s'adapte, et règne dans un univers nouveau qui pourrait se faire le terrain de jeu privilégié de l'exploitation et de la reproduction d'œuvres de l'esprit sans autorisation.

Les auteurs titulaires de droits de propriété intellectuelle sont confrontés à la protection de leurs droits dans un autre univers. Le droit des contrats portant autorisation d'exploitation, tels que les licences ou les contrats de cession de droits de propriété intellectuelle, doivent nécessairement être revus. Les juristes sont aujourd'hui amenés à appréhender une protection au-delà du monde réel et à faire face à des contentieux nouveaux dont les faits se déroulent dans le métavers.

Ne serait-il en effet pas nécessaire de protéger les droits de propriété intellectuelle lorsque ces derniers sont utilisés dans cet univers sans avoir prévu la rémunération de son auteur (redevances) ; ou alors lorsqu'ils sont reproduits sans autorisation dans un tel espace, fût-il totalement dématérialisé et virtuel ? La protection dépasse aujourd'hui les frontières du monde réel et implique une réaction rapide et précise du droit.



Concernant la contrefaçon, cette problématique touche plus particulièrement les NFT. En effet, un objet protégé dans le monde réel pourrait se trouver reproduit ou exploité dans le métavers sans aucune autorisation du titulaire des droits. Par exemple, des sacs Hermès ont été contrefaits dans le métavers lorsque des MetaBirkins ont été reproduits sans aucune autorisation [13]. Dans un tel cas, il est aisément envisageable de faire application de l'article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle, prévoyant et sanctionnant tout acte de contrefaçon. A cet égard, le métavers devra être rattaché à la compétence d'un tribunal qui sera implanté dans le monde réel. Il n'est en effet aujourd'hui (pour le moment) pas question d'installer des hologrammes de juges, de greffiers, d'avocats exerçant dans le métavers...

La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée à ce jour sur de telles problématiques. Il ne fait, en tout état de cause, nul doute que le droit trouvera à s'appliquer dans un univers dématérialisé comme le métavers et fera sans doute l'objet d'une certaine adaptation à cet environnement intangible.

III- Dans l'attente d'une qualification de la totalité des actifs numériques du métavers

Bon nombre de métavers ont recours à un marché virtuel regroupant différents biens utilisables dans leur monde numérique : des cosmétiques, des objets de jeux et même des terrains [14]. Ces objets utilisables dans le métavers sont généralement des NFT [15] qui pourront être échangés avec de l'argent réel ou des cryptomonnaies. Le régime juridique des cryptomonnaies a été codifié par la loi Pacte de 2019 à l'article L. 54-10-1 du Code monétaire et financier, leur donnant le statut d'actif numérique. Celles-ci sont caractérisées par le fait de ne pas posséder le statut juridique d'une monnaie, mais d'être acceptées par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange : elles peuvent être transférées, stockées ou échangées électroniquement.

[13] "NFT, métavers et méta propriété intellectuelle", La Gazette du palais, 8 mars 2022, n°8

[14] "Que sont les NFT de terrain virtuels dans le métavers ?", Binance Academy, 7 janvier 2020, maj 1 septembre 2022

[15] Non-fungible token – pour plus d'informations sur la définition d'un NFT : DJCE Post n° 3, mars 2022

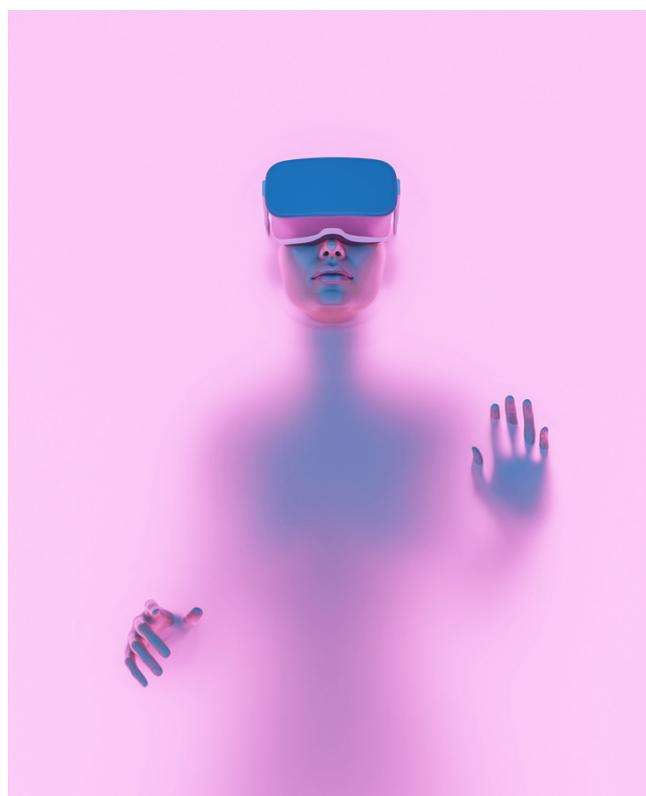
Ces actifs numériques pourront donc donner lieu à des bénéfices et être imposés, puisque l'article 150 VH bis du Code général des impôts prévoit leur appréhension par l'administration pour les personnes physiques. Un seuil d'exonération de 305 € est applicable au cours d'une année d'imposition ; au-delà, la taxation se fera au PFU, c'est-à-dire à un taux global de 30 % (12,8 % au titre de l'impôt sur le revenu et 17,2 % au titre des prélèvements sociaux). Un régime fiscal spécifique a été créé en 2019, applicable aux cessions d'actifs numériques réalisées à titre occasionnel, directement ou indirectement, par les particuliers [16]. Aussi, à partir du 1er janvier 2023, il sera possible d'opter pour une imposition au barème progressif de l'impôt sur le revenu, selon l'article 79 de la loi de finances 2022. Dans le cas où la cession d'actifs numériques au sein du métavers deviendrait une activité habituelle pour une personne physique, celle-ci serait imposée dans la catégorie des BIC (régime des plus-values professionnelles) jusqu'au 31 décembre 2022 et passerait dans la catégorie des BNC (régime des plus-values professionnelles) à partir du 1er janvier 2023, selon l'article 70 de la loi de finances 2022.

Si le régime des cryptomonnaies est prêt pour le métavers, celui des NFT est encore le grand absent de la nouvelle loi de finances. La doctrine s'accorde sur le fait qu'il n'est actuellement pas possible d'assimiler un NFT à un actif numérique, notion régie par l'article L. 54-10-1 du Code monétaire et financier. Ce serait donc la qualification de bien meuble incorporel qui serait retenue, et donnerait donc lieu à une imposition forfaitaire de 36,5 % appliquée à la plus-value réalisée. Son avantage est de prévoir un abattement de 5% par année au-delà de la deuxième année, soit une exonération totale après 22 années. C'est d'ailleurs la solution consacrée par le Conseil d'Etat qui, en 2018 [17], a retenu la qualification de biens meubles incorporels pour les bitcoins, avant leur qualification sous le régime des actifs numériques par la loi Pacte de 2019.

Le droit est donc prêt concernant l'aspect monétaire du métavers, mais il n'est pas encore adapté à l'ensemble de son économie. La création d'un régime juridique et fiscal clair pour les NFT serait donc nécessaire.

IV- La place de l'Europe dans l'encadrement normatif de l'intelligence artificielle

Si le métavers s'analyse comme une prolongation virtuelle du monde réel, il ne peut toutefois exister et proposer un réel enrichissement sans support ni aide. C'est en cela que l'intelligence artificielle représente une notion clef pour le métavers, lui permettant de s'enrichir et d'évoluer sans cesse. Les algorithmes d'intelligence artificielle rendent possibles les actions de chaque individu dans ce monde parallèle. En collectant des données, l'algorithme de l'intelligence artificielle permet de dresser une représentation d'un individu réel dans le métavers. Afin d'illustrer ce principe, il est possible de prendre l'exemple du Bot Prof, un principe fondé sur l'intelligence artificielle au service du métavers. Ainsi, le Bot Prof est un avatar se nourrissant d'algorithmes d'intelligence artificielle et ayant une vocation d'enseignement scolaire, un but éducatif complémentaire et innovant du monde réel.



[16] Loi de finances n° 2018-1317 du 28 décembre 2018, art. 41

[17] CE 26 avr. 2018, nos 417809, 418030, 418031, 418032 et 418033

Si on observe corrélativement une montée en puissance de l'intelligence artificielle et du métavers, ils appellent tous deux à un cadre juridique défini afin d'assurer la sécurité des utilisateurs. En ce qui concerne l'intelligence artificielle, la Commission européenne a l'ambition d'élaborer un manteau juridique afin d'encadrer son expansion. Si l'intelligence artificielle peut s'avérer bénéfique et ouvre la porte à une nouvelle approche du monde réel et virtuel, elle nécessite un encadrement strict afin de ne pas attenter aux droits et libertés des individus. La proposition de règlement du 21 avril 2021 de la Commission européenne s'inscrit dans cette démarche et tend à sécuriser le recours à l'intelligence artificielle afin d'élaborer un "écosystème d'excellence et de confiance" [18].

Afin de définir au mieux les normes nécessaires aux différents domaines que touche l'intelligence artificielle, la Commission opère une classification des risques. Elle distingue, en outre, les risques inacceptables des risques élevés. Dès lors, si certains domaines comportent plus de risques que les autres, tel que le *scoring* social ou le système d'identification biométrique à distance (des personnes dans l'espace public et les lieux accessibles au public [19] jugés à haut risque), d'autres secteurs tels que les jeux vidéos ne semblent pas nécessiter d'encadrement spécifique du fait du risque minime que représente la présence de l'intelligence artificielle.

Afin d'œuvrer pour le développement de l'intelligence artificielle que l'Union européenne veut encadrer juridiquement, la proposition de règlement est assortie d'un plan coordonné ayant vocation à attirer les investissements dans l'intelligence artificielle et stimuler la mise en œuvre de stratégies nationales [20]. Une fois ces mesures adoptées par les États membres, l'incitation au développement et au perfectionnement du cadre juridique de l'intelligence artificielle devrait normalement être assurée par un comité de l'intelligence artificielle [21].

Aussi, en attendant que le règlement soit mis en œuvre et accepté par les pays membres de l'Union européenne, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme a adopté un avis récent le 7 avril 2022 [22] dans lequel elle formule 19 recommandations pour l'encadrement normatif de l'intelligence artificielle, après avoir rappelé et constaté que "la réglementation actuelle demeure lacunaire pour endiguer les atteintes possiblement majeures aux droits fondamentaux" [23]. Il y a donc une volonté toujours plus importante de mettre en œuvre cet arsenal juridique tant attendu pour l'intelligence artificielle, ceci impactant automatiquement le cadre normatif du métavers.

[18] Livre blanc sur "L'intelligence artificielle", Commission européenne, 19 février 2020

[19] "L'IA et les droits fondamentaux : un cadre juridique qui reste à parfaire", Veille, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 16, 21 Avril 2022, act. 374 Lexis 360

[20] "Quel futur droit de l'intelligence artificielle ?" Analyses choisies de la proposition de règlement de la Commission européenne, Dossier Dalloz IP/IT 2022 p.66

[21] "Intelligence artificielle : un nouveau règlement européen sur l'IA", Vie publique, 29 avril 2021

[22] CNCDH, avis A-2022-6, 7 avril 2022

[23] *Ibid.*



L'ŒIL DE L'EXPERT

NFT, MÉTAVERS ET CONTREFAÇON DE DROITS D'AUTEUR

Par Maître **Aurélié DANTZIKIAN FRACHON**, *Avoact associé, Cabinet LAMY LEXEL*
et Maître **Emilie HIJOS**, *Avocat, Cabinet LAMY LEXEL*

Métavers et NFT sont des notions liées : l'économie d'un métavers va essentiellement dépendre de l'authentification des possessions digitales par le biais de NFT.

A ce titre, peut-on librement émettre des NFT associés à une œuvre préexistante soumise aux droits d'auteur ? Et à l'inverse, lorsque vous achetez un NFT associé à une œuvre, quels sont vos droits quant à l'utilisation de l'œuvre ?

Le rapport du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique publié le 12 juillet 2022 le rappelle très justement : l'accord de l'auteur de l'œuvre ou de ses ayants-droits est indispensable, sous peine de commettre un acte de contrefaçon [1].

Dans le cadre de l'émission d'un NFT, le *Smart Contract*, qui inscrit le NFT dans la blockchain, intègre un lien URL vers un fichier numérique unique téléchargeable. Le droit d'auteur trouve donc à s'appliquer, non pas sur le code, ni sur l'hyperlien, mais sur le fichier numérique unique.

S'agissant des droits de reproduction [2], l'émission d'un NFT permet de communiquer l'œuvre au public de manière indirecte, par le biais du lien URL qui donne accès à l'œuvre, puisque le fichier associé a vocation à être diffusé aux futurs détenteurs du NFT. Le titulaire du droit de reproduction sur l'œuvre doit donc expressément autoriser cette reproduction, et ce, de manière intelligible.

Concernant le droit de représentation [3], la question de savoir si le lien URL contenu dans le *Smart Contract* constitue une communication au public peut être débattue au regard de la jurisprudence de la CJUE [4], en considération de l'accessibilité de l'œuvre sur un autre site internet. Cependant, dans la mesure où la vocation des fichiers numériques est d'être communiqués au public sur des plateformes d'échanges ou sur les réseaux sociaux, l'émission d'un NFT impliquerait de détenir un tel droit.

Il convient donc, avant d'émettre un NFT, d'obtenir l'autorisation de l'auteur de l'œuvre en concluant un contrat de cession ou de licence de droits d'auteur. De même, si vous souhaitez acheter un NFT, assurez-vous que l'auteur de l'œuvre originale ait bien autorisé l'émission du NFT associé, le risque étant que le NFT acheté soit supprimé de toutes les plateformes d'échanges, et ainsi que l'acheteur n'ait plus le droit de le revendre, perdant alors son investissement.

Pour éviter les mauvaises surprises, un regard averti croisant les spécificités du NFT et les régimes actuels de protection de la propriété intellectuelle est donc de mise !

[1] Art. L335-2 du Code de propriété intellectuelle

[2] "Fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte", Article L122-3 du Code de propriété intellectuelle

[3] "Communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque", Article L122-2 Code de propriété intellectuelle

[4] CJUE, 13 février 2014, arrêt Svensson, aff C466/12

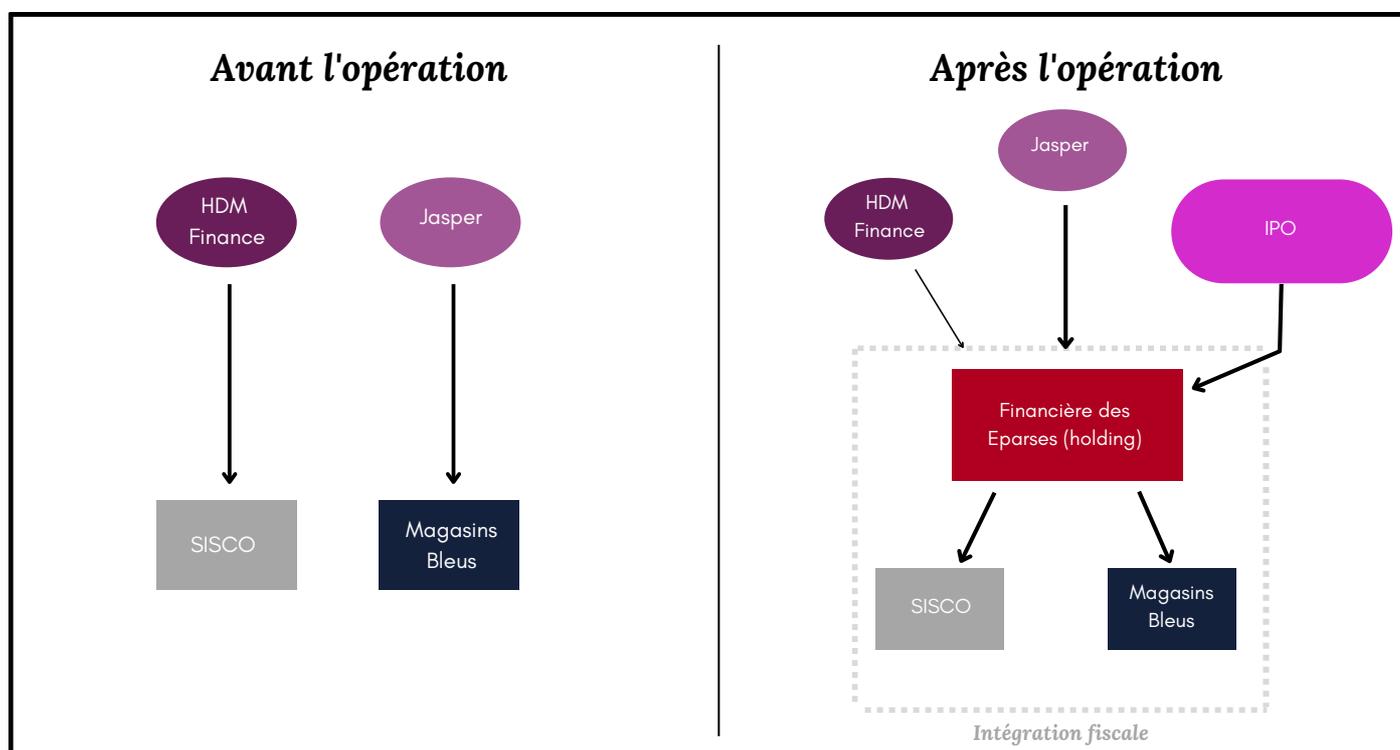
PRÉCISIONS DU CONSEIL D'ÉTAT : LA NOTION DE CONTRÔLE CONJOINT

Par Céline DIAS et Alexandrine ROUSSEAU
Sous la supervision du Professeur Régis Vabres

Depuis l'adoption de l'amendement « Charasse » en 1988, la loi autorise, en vertu de l'article 223 B du Code général des impôts, la réintégration des charges financières supportées par la société holding. Cette réintégration intervient lorsqu'une société d'un groupe fiscalement intégré rachète une société auprès d'une personne exerçant déjà un contrôle sur ce groupe.

Dans un arrêt du 6 décembre 2021 [1], le Conseil d'État est venu éclairer les situations dans lesquelles l'amendement « Charasse » peut s'appliquer. Plus surprenant, les juges ont précisé la notion de contrôle conjoint des actionnaires de la société cédée sur la société cessionnaire.

A l'origine, les sociétés HDM Finance et SAS Jasper étaient respectivement actionnaire unique dans les sociétés SISCO et Magasins Bleus. La SAS Financière des Éparses a alors été créée dans le cadre d'une opération de LBO pour racheter les titres des sociétés SISCO et Magasins Bleus. [2] Une fois le rachat effectué, les trois sociétés formaient un groupe fiscalement intégré (voir schéma). Or, ici, deux des trois actionnaires de cette SAS – la société HDM Finance et la SAS Jasper précédemment citées – étaient les cédants des titres des deux sociétés cibles. C'est pour cette raison que l'administration fiscale, en application de l'amendement « Charasse », a décidé de réintégrer une partie des frais supportés par la holding pour acquérir les deux sociétés cibles.



[1] CE, 9e et 10e ch.r, 6 décembre 2021, n°439650

[2] "Nouvelles précisions concernant la notion de « contrôle conjoint » d'une société", E. SCHLUMBERGER, 15 mars 2022, Gazette du Palais, Lextenso, n°9, p67

Cependant, il n'était pas si évident que l'opération entrainait dans le champ de l'amendement « Charasse ». En effet, les deux sociétés visées, du fait de l'opération de LBO, étaient passées du statut d'actionnaire unique à celui d'actionnaire minoritaire. Ainsi, l'opération ne constituait pas un rachat à soi-même, mais un changement de contrôle. La SAS Financière des Éparses a donc contesté la réintégration des charges financières, pratiquée par l'administration fiscale, puisque toute l'opération semblait hors champ d'application de l'amendement « Charasse ». Le tribunal administratif a fait droit à la demande de la société. Le ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance a interjeté appel du jugement et, dans un arrêt en date du 30 janvier 2020, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté la demande du ministre et confirmé le jugement rendu en première instance. Le ministre a formé un pourvoi en cassation.

La cour d'appel de Nantes a reconnu que les trois associés de la SAS Financière des Éparses étaient liés par un pacte d'actionnaires révélant qu'ils agissaient de concert. Cependant, les juges d'appel ont décidé de ne pas retenir le contrôle conjoint aux motifs que, les décisions « extraordinaires » étant prises à la majorité des trois quarts des voix, les sociétés HDM Finances et Jasper ne pouvaient dès lors pas adopter de décisions « extraordinaires » sans la société IPO.

Or, la société IPO n'était liée par aucun pacte d'actionnaires contraignant relatif à ses droits de vote. En outre, il n'était pas démontré que cette dernière avait systématiquement voté dans le sens des deux autres sociétés.

Le Conseil d'État est alors interrogé sur le champ d'application de l'amendement « Charasse » ainsi que sur les modalités d'appréciation du contrôle conjoint exercé par les actionnaires de la société cédée sur la société cessionnaire.

Il rappelle qu'il incombait à l'administration d'établir au préalable l'existence d'une action de concert puis, de vérifier si les personnes agissant de concert déterminaient en fait les décisions prises en assemblée générale.

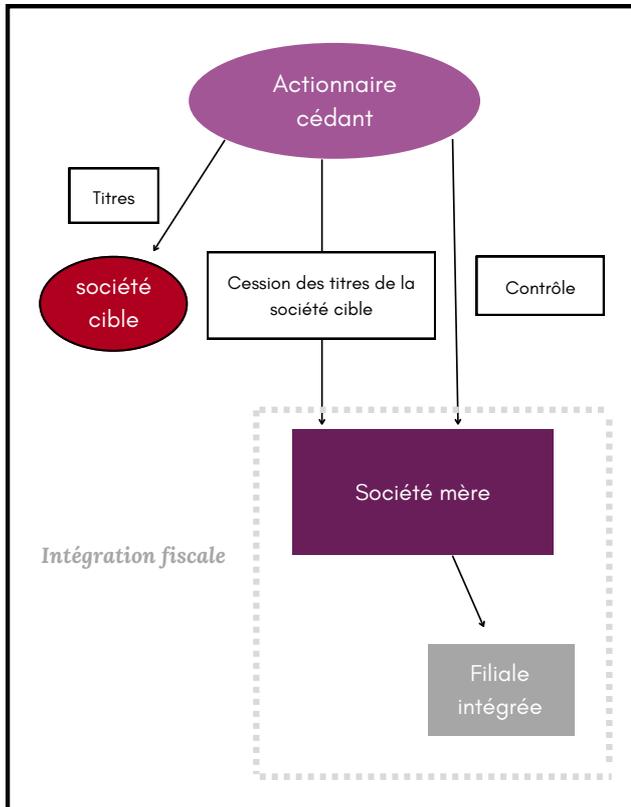
Les juges précisent qu'il faut également prendre en compte les clauses relatives aux droits de vote ayant pour finalité d'exercer une politique commune vis-à-vis de la société et qui aboutiraient à une prise de décision conjointe des actionnaires agissant de concert. En l'espèce, aucune décision « extraordinaire » ne pouvait être prise sans l'accord des trois actionnaires et pratiquement aucun désaccord n'était intervenu entre eux.

Le Conseil d'État considère que la cour administrative d'appel ne pouvait pas retenir l'absence de contrôle conjoint. Par ailleurs, cet arrêt vient étendre le champ d'application de l'amendement « Charasse ». En effet, il semblerait que même si les actionnaires en cause avaient perdu leur statut d'actionnaire unique pour celui d'actionnaire minoritaire, cela ne permettait pas à l'opération d'échapper à l'application de l'amendement « Charasse ». Il donne alors raison au ministre en infirmant la décision attaquée, prononçant la décharge des impositions supplémentaires.

I- EXTENSION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'AMENDEMENT « CHARASSE »

L'amendement, devant son nom à l'ancien ministre du Budget Michel Charasse l'ayant déposé durant les discussions relatives à la loi de finances rectificative pour 1988, a pour finalité la lutte contre l'optimisation fiscale dans le cadre des pratiques de « rachat à soi-même ». Ces pratiques ont lieu dans les groupes de sociétés intégrées fiscalement et consistent à endetter une société du groupe lorsqu'elle acquiert une autre société en vue de l'intégrer fiscalement.

Ce type d'opération est abusive dans la mesure où la société cible est à l'origine détenue par une personne physique ou morale qui détient le groupe, directement ou indirectement, au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce.



Ce montage permet alors au groupe d'endetter la société acquiritrice en rachetant les titres d'une société déjà contrôlée. La personne cédant la société cible contrôle également, de façon directe ou indirecte, la société cessionnaire. A l'issue de l'opération, le contrôle de la société cédée n'a fait que passer de la main gauche à la main droite.

L'acquisition de la société cible conduit à une diminution artificielle des bénéfices de la société cessionnaire, ces derniers étant minorés des charges financières de l'emprunt contracté pour acquérir la société cédée. [3] Le bénéfice imposable de la société se retrouve largement diminué, au même titre que l'impôt qui en résulte. Ce montage présente donc un triple avantage, à savoir l'intégration de la société cible, la sortie des liquidités au profit du cédant et la diminution du montant d'impôt pour le groupe fiscalement intégré. L'article 223 B du Code général des impôts [4] vient sanctionner ces montages abusifs en autorisant l'administration à réintégrer progressivement les charges financières liées à l'acquisition de la société cible et supportées par la société holding.

Ces charges financières sont réintégrées sur les exercices postérieurs à l'opération. Pour un exercice donné, le montant de la réintégration est le produit des charges financières par le rapport entre le prix d'acquisition et le montant des dettes du groupe au cours de l'exercice. Cette réintégration débute durant l'exercice d'acquisition des titres et expire à la fin du huitième exercice suivant celui de l'achat. [5] Avant de pouvoir procéder à la réintégration de ces charges financières, l'administration fiscale doit démontrer qu'il existait bien un contrôle, qu'il soit direct ou indirect, de la société cessionnaire sur la société acquise au cours de l'opération.

Comme nous avons pu l'observer sur le premier schéma, en l'espèce, l'opération mise en cause ne correspond pas exactement à une opération de rachat à soi-même. Il s'agit plutôt d'une opération de changement de contrôle, ce qui peut expliquer que les actionnaires ne pensaient pas se trouver dans le champ d'application de l'amendement « Charasse ». Le Conseil d'État a considéré que, quand bien même, les actionnaires soient devenus des actionnaires minoritaires, ils exerçaient tout de même un contrôle conjoint sur les décisions de la société. En conséquence, l'opération rentrait tout à fait dans le champ d'application de l'amendement. Désormais, il convient d'expliquer comment les juges sont venus préciser la notion de contrôle conjoint.

II- CARACTERISATION DU CONTROLE CONJOINT AU SENS DE L'ARTICLE L.233-3

Au-delà de l'application de l'amendement « Charasse », qui est une notion propre au droit fiscal, l'arrêt du 6 décembre 2021 traite d'une notion fondamentale en droit des sociétés : la notion de contrôle conjoint. Un tel contrôle peut apparaître difficile à qualifier et le Conseil d'État a saisi l'opportunité d'en préciser les contours. Lorsqu'elle souhaite appliquer le dispositif de l'article 223 B, l'administration fiscale doit démontrer l'existence d'un contrôle d'une ou plusieurs personnes, appartenant au groupe, sur la société cessionnaire. Pour cela, elle doit prendre en compte les différentes hypothèses de contrôle qui sont envisagées par le Code de commerce. [6]

[3] "L'action de concert et l'amendement Charasse : une rencontre à haut risque fiscal", J-P. LOOTEN, 15 juin 2019, Les nouvelles Fiscales, Lamyline, n°1246, p2

[4] Art. 223 B du CGI, al 7

[5] *Ibid.*

[6] Art. L.233-3, III, du Code de commerce

En l'espèce, au vu des parts détenues par les associés en cause, il était possible de qualifier une situation de contrôle seulement en prouvant que les associés agissaient de concert pour contrôler en fait les décisions prises en assemblée générale. En effet, une telle situation constitue un contrôle conjoint. Dès lors qu'un des éléments n'est pas caractérisé, il n'y a pas de situation de contrôle.

Dans un arrêt du 15 mars 2019, le Conseil d'État avait pu préciser les contours de l'action de concert au sens de l'amendement « Charasse ». Il avait jugé que trois éléments permettaient de caractériser une action de concert : l'existence d'un accord contraignant d'actionnaires, la coordination dans l'acquisition, la cession ou l'exercice des droits de vote de la société cible et la mise en œuvre d'une politique commune vis-à-vis de la société pour obtenir le contrôle de cette dernière. [7]

C'est à l'aune de cette dernière définition de l'action de concert que la cour d'appel a jugé que les associés en cause ne pouvaient déterminer en fait les décisions prises en assemblée générale, car il fallait pour cela l'accord de l'ensemble des associés. La société IPO, qui est l'actionnaire majoritaire, n'était pas tenue par le pacte d'associés. Les juges du fond ont alors considéré qu'elle n'était pas soumise à un accord contraignant. En outre, rien ne prouvait, dans les faits, que celle-ci votait systématiquement dans le même sens que les deux autres associés.

Pour les juges du fond, l'action de concert était certes caractérisée entre les sociétés SAS HDM Finance et la SAS Jasper. Néanmoins, elle ne permettait pas aux associés de contrôler la société puisque ces deux actionnaires étaient alors minoritaires dans la société. De son côté, le juge de cassation expose un avis contraire. Il considère que le contrôle conjoint des associés sur la société cessionnaire est avéré justement parce que les trois associés devaient être en accord pour adopter les décisions.

Le Conseil d'État considère qu'il existait bien un accord contraignant la société IPO à voter dans le même sens que les deux autres associés, ce qui leur permettait de contrôler, en fait, les décisions prises en assemblée générale.

Ainsi, l'arrêt de décembre 2021 apporte des précisions fondamentales sur le contrôle conjoint. La notion de contrôle conjoint s'apprécie au-delà des actes juridiques que les associés ont directement passés entre eux. Il importe peu qu'il y ait eu précédemment à l'opération un changement de contrôle. Ainsi, le fait que les sociétés SAS Jasper et HMD Finance soient devenues minoritaires ne les empêche pas de contrôler la société cessionnaire.

Par ailleurs, le fait qu'il existe des désaccords ponctuels ne permet pas d'écarter l'existence d'un contrôle conjoint, même si les opérations en question n'étaient pas neutres pour la société. Cet arrêt a largement étendu l'appréciation d'une situation de contrôle conjoint et, désormais, il serait nécessaire de préciser quel degré d'opposition de l'associé tiers à l'action de concert permettrait d'écarter une telle situation de contrôle conjoint. [8]

Dans le cas commenté, si le pacte d'association n'avait pas conduit à des prises de décisions communes, les sociétés SAS Jasper et HDM Finance n'auraient pas eu la capacité de contrôler en fait les décisions collectives, ce qui aurait évité l'application de l'amendement « Charasse ».

[7] CE, 3e et 8e ch.r, 15 mars 2019, n0412155, inédit au recueil Lebon.

[8] E. SCHLUMBERGER, 15 mars 2022, « Nouvelles précisions concernant la notion de « contrôle conjoint » d'une société, Gazette du Palais, Lextenso, n°9, p.67

OBLIGATION DE MIXITÉ DANS LES SOCIÉTÉS, OÙ EN EST-ON EN 2022?

Par Guénaelle CHOLET et Marie TARDINI

Déclarée « grande cause nationale » du quinquennat par le président de la République Emmanuel Macron [1], l'égalité femmes-hommes a connu depuis quelques années des avancées majeures et a encore des défis de taille à relever. Le XXI^e siècle est le témoin de nombreux progrès concernant divers sujets sociétaux, et le cas de l'égalité femmes-hommes est le fer de lance des deux dernières décennies. Si la genèse de l'égalité entre les femmes et les hommes réside à l'article 3 du préambule de la Constitution de 1946, énonçant que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme », ce sujet aura un écho retentissant au sein des sociétés au cours des années 2000/2010. Entre autres, les mesures prises par le législateur depuis une dizaine d'années sur l'égalité et la parité sont nombreuses dans le monde de l'entreprise, notamment dans les sociétés de taille importante.

Cependant, les récentes mesures laissent penser que ces obligations légales irrigueront bientôt tous les types de sociétés, quels que soient leur taille, le nombre de salariés ou leur chiffre d'affaires. A ce titre, le Conseil Constitutionnel, en affirmant que la Constitution ne permettait pas que la composition des organes dirigeants des sociétés soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes en 2006 [2], est un exemple criant de l'évolution de la prise en compte de la question de mixité dans les sociétés. En effet, deux ans après cette censure, l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 1er de la Constitution entérine le principe selon lequel « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales » [3] et s'apparente aux prémices des futures lois portant uniquement sur le sujet.



En effet, si la question de la mixité en société s'est d'abord doucement introduite dans les sociétés de grande taille par des textes de *soft law*, mis en place par les entreprises elles-mêmes au sein du code AFEP-MEDEF de 2003 et du code Middledenext de 2009, le législateur s'emparera de la question avec la loi Copé-Zimmermann en 2011 [4], faisant un point d'ancrage dans la *hard law*. Cette loi inédite, fruit de débats et de travaux législatifs importants, marque donc un tournant majeur en ce qui concerne la question de la mixité au sein des sociétés. Sa mise en œuvre a également révélé toutes les difficultés pratiques que posait cette obligation de mixité, c'est pour cela qu'elle sera suivie de plusieurs adaptations et améliorations dans l'optique d'assurer l'effectivité des différentes dispositions mises en place. La dernière en date est la loi Rixain [5] de décembre dernier qui « s'inscrit dans ce mouvement d'envergure en complétant l'édifice législatif existant ». [6]

[1] Discours du président de la République E. Macron à l'occasion de la journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes et du lancement de la grande cause du quinquennat, 25 novembre 2017

[2] Cons. Const., 16 mars 2006, DC n°2006-533 censurant le titre 3 de la loi n°2006-340 sur l'égalité salariale

[3] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, art. 1er

[4] Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle

[5] Loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle

[6] "Hommes, femmes : nouveau mode d'emploi dans les grandes entreprises", Quentin Nemoz- Rajot, revue Lamy droit des affaires, n° 181, 1er mai 2022

I- La fondation législative de l'obligation de mixité au sein des grandes sociétés dès 2011

A- L'insuffisance naturelle de l'autorégulation

L'entrée en vigueur de la loi Copé-Zimmermann en 2011 sonne le glas de la libre volonté des grandes sociétés de mettre en place ou non une mixité au sein de leurs conseils d'administration et de surveillance. Cette nouvelle loi est venue pallier le manque d'effectivité des différentes dispositions de *soft law* introduites au cours des années 2000. Ces différentes mesures visaient à « encadrer de façon non réglementaire les comportements des sociétés ». [7] Codifiées par les entreprises elles-mêmes, ces différentes formes de *soft law* d'influence anglo-saxonne sont abondantes. Pourront être cités à titre d'exemples les bonnes pratiques, les codes de bonne conduite ou la démarche de labellisation. Par ailleurs, les dispositions supplétives mises en place par les codes AFEP-MEDEF et Middlednext ne concernent respectivement que les plus grandes sociétés françaises, indicées au CAC40 pour la plupart, ainsi que les moyennes sociétés cotées (les « midcaps »).

Malgré la transposition d'une directive communautaire par une loi du 3 juillet 2008, introduisant la règle « *comply or explain* » dans le Code de commerce à l'article L. 225-37, son efficacité s'est révélée malheureusement insuffisante. En effet, ce dispositif impose aux sociétés adhérentes du code AFEP-MEDEF de rendre compte de la manière dont elles appliquent l'obligation de représentation équilibrée dans la composition des conseils d'administration ou de surveillance. « Cette règle consiste, d'une part, à adhérer volontairement à un système de règles (code de conduite) et à l'appliquer et, d'autre part, à expliquer publiquement pourquoi, dans certains cas, on ne l'applique pas ». [8]

Ces règles de *soft law*, applicables selon le bon vouloir de chaque société, ont trouvé leurs limites dans leur nature même. « Là où l'autorégulation ne suffit bien souvent pas à atteindre une représentation suffisante des femmes au sein des directions, une intervention législative mettant en place des quotas et un suivi s'avère d'une efficacité indéniable ». [9] Le législateur s'est donc emparé de la question pour pallier au manque d'effectivité de ces dispositions de *soft law*.

B- L'intervention bienvenue du législateur

C'est donc la loi Copé-Zimmermann qui, face à la faible représentation des femmes dans les sociétés, notamment dans les conseils d'administration et de surveillance, s'est emparée du sujet. Avant de bénéficier d'évolutions non négligeables, elle avait pour objectif d'instaurer une obligation de rechercher une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes dans les organes de direction des sociétés anonymes (SA) et des sociétés en commandite par actions (SCA). Cette loi a instauré une obligation de mixité des conseils dans les sociétés les plus importantes, c'est-à-dire les sociétés cotées et non cotées sous condition de seuils. Celles-ci ont dû délibérer, négocier dans les différentes instances, puis informer sur l'égalité et la diversité professionnelles. Les effets ont été presque immédiats : d'après le Professeur Sophie Schiller et le rapport d'information de la délégation aux droits des femmes du Sénat, « en 2007, la proportion de femmes n'était que de 8,5 %, puis de 14,8 % en 2011, au moment de l'adoption de la loi. Elle est passée ensuite à 38 % en 2016. » [10]

Cette action a été renforcée par une féminisation à marche forcée des organes de direction dans certaines sociétés grâce à l'introduction de quotas de représentants de chaque sexe au sein des conseils d'administration et de surveillance [11] ; cette obligation prévue par la loi de 2011 n'a pris effet que plus tard.

[7] Rapport du Sénat p.1, « Proposition de loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle », 13 octobre 2010

[8] Ibid.

[9] "Hommes, femmes: nouveau mode d'emploi dans les grandes entreprises", Quentin Nemoz-Rajot, revue Lamy droit des affaires, n° 181, 1er mai 2022

[10] L'obligation de mixité fait son entrée dans les comités d'assistance de la direction générale, La Semaine Juridique Edition Générale n° 5, 7 Février 2022, 158.

[11] « Hommes, femmes : nouveau mode d'emploi dans les grandes entreprises » Quentin Nemoz-Rajot, revue Lamy droit des affaires, n° 181, 1er mai 2022.

Ainsi, le nouvel article L.225-18-1 du Code de commerce, entré en vigueur le 1er janvier 2017, prévoit que « la proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40% ».

Cet article est impératif, depuis le 1er janvier 2017, aux sociétés cotées et aux entreprises de plus de 500 salariés permanents pour le troisième exercice consécutif et présentant un chiffre d'affaire ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros. Le choix du pourcentage de 40% par le législateur (plutôt que 50%) est basé sur une recherche de souplesse. Comme le souligne le rapport du Sénat en 2010, la parité stricte dans les conseils est une illusion. Dès lors, ce seuil permet d'accompagner l'évolution de la composition du conseil, tout en étant suffisamment significatif pour avoir un effet sur les retenues des délibérations. [12]

Depuis le 1er janvier 2020, l'obligation a été étendue, dans les mêmes dispositions, aux entreprises de plus de 250 salariés. Cette obligation s'applique également aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, sans aucune condition de seuil.

Dès lors, la loi ajoute que, lorsque le conseil d'administration est composé de plus de huit membres, l'écart entre le nombre des administrateurs de chaque sexe ne peut être supérieur à deux. Ces deux règles ne sont vraisemblablement pas cumulatives. [13]



La loi Copé-Zimmermann a donc largement contribué à la prise de conscience et a permis de modifier significativement la composition des conseils d'administrations des plus grandes sociétés en les ouvrant aux profils féminins. Cependant, au fil des années, des lacunes se sont dévoilées et le législateur a dû intervenir de nouveau pour pallier à celles-ci et toujours plus élargir le champ d'application de la mixité dans les sociétés, jusqu'à la dernière loi en date du 24 décembre 2021, la loi Rixain.

II- Des améliorations nécessaires pour parvenir à la pierre angulaire de l'édifice législatif en 2021

A- La "loi des quotas", un premier ancrage législatif de faible portée

Si la loi Copé-Zimmermann était la première, la loi Rixain représente peut-être la plus décisive et la plus importante des pierres de cette construction législative. En effet, certains s'accordent à dire qu'elle brisera peut-être le plafond de verre que n'a pas su faire voler en mille morceaux la loi de 2011. Mais pour arriver à la loi du 24 décembre 2021, il a fallu diverses améliorations afin de combler les lacunes de la loi originelle. En effet, les insuffisances de la loi Copé-Zimmermann se sont rapidement fait ressentir lors de l'évaluation de son effectivité ainsi que par son champ d'application relativement restreint.

Si la loi a imposé des quotas à certaines catégories de sociétés, elle n'impose qu'une « recherche de représentation équilibrée des femmes et des hommes » [14] dans les SA ou SCA ne répondant pas aux critères légaux. Il s'en suit que le non-respect de cette recherche d'équilibre ne fait l'objet d'aucune sanction spécifique, revêtant alors une dimension plus symbolique qu'impérative.

De même, toujours dans cette optique, il est fort regrettable que trois catégories d'administrateurs soient exclues du décompte de 40%.

Ainsi sont concernés les administrateurs élus par les salariés, les administrateurs représentants les salariés et ceux représentants les salariés actionnaires, élus par l'AG lorsque le seuil de 3% est franchi.

[12] Rapport du Sénat p2, « Proposition de loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle », 13 octobre 2010.

[13] Ibid.

[14] Art. L225-17 du Code de commerce

Aussi, la soumission des sociétés par actions simplifiée (SAS) à ces obligations mises en place par la loi de 2011 tient exclusivement aux statuts de celles-ci. [15] En effet, si les dispositions statutaires ne stipulent pas la soumission de la SAS aux obligations de mixité entre femmes et hommes, elle n'y est pas tenue. Mais la même remarque peut être faite pour toute autre société non visée par la loi Copé-Zimmermann ou par une autre mesure. Devant leur faible portée, les dispositions relatives aux sanctions applicables en cas de non-respect des quotas ont elles aussi été renforcées. Ainsi, en 2019, la loi dite PACTE a prévu la nullité des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé [16] et a mis en place la suspension du versement de la rémunération des administrateurs (via des jetons de présence) [17] tant que la situation n'a pas été régularisée. [18] Cependant, cette mesure peut attiser des craintes en ce qu'elle est porteuse d'insécurité juridique en raison des nullités en cascade qu'elle peut induire. Enfin, dans un objectif d'élargissement des mesures adoptées en 2011, la recherche de représentation équilibrée est étendue au directeur général délégué de SA et au directoire en vertu des articles L. 225-53 et L. 225-58 du Code de commerce. C'est d'ailleurs avec cette volonté d'élargissement toujours plus importante qu'est promulguée la loi Rixain, le 24 décembre 2021.

B- La "loi des paliers", l'amorce d'un renforcement effectif

La loi Rixain, dernière-née de cette saga législative, élargit davantage cette obligation de mixité puisqu'elle l'impose aux autres instances. La mesure phare tient au fait qu'elle oblige à respecter la proportion de personnes de chaque sexe dans les instances dirigeantes des sociétés de plus de mille salariés. Si nous devons résumer les deux grandes lois en termes de mixité dans les sociétés que sont la loi Copé-Zimmermann et la loi Rixain, l'une serait considérée comme la loi des quotas, l'autre comme la loi des paliers. L'élaboration de la loi du 24 décembre 2021 s'est appuyée sur les chiffres relatifs à l'effectivité des mesures mises en oeuvre par la loi de 2011 et par les différentes dispositions venues la compléter par la suite. Ainsi, le rapport Rixain remis à l'Assemblée Nationale [19] et l'étude menée par Ethic & Boards en 2021 dans le rapport du Sénat [20] démontre que le pourcentage de femmes dans les conseils d'administration et de surveillance est passé de 10% en 2009 à 46,2% en 2021.



En ce qui concerne les entreprises du SBF 120, il est également passé de 13% en 2010 à 46,1% en 2021. Le rapport précise d'ailleurs que « ces résultats font de la France la championne de l'Union européenne en matière de parité, et la situe en deuxième place au niveau mondial, juste après l'Islande ».

Cependant, le constat est plus nuancé lorsque l'on regarde les statistiques des sociétés non cotées, ou que l'on regarde les autres organes des sociétés, tels que les organes de direction.

[15] Art. L227-1 du Code de commerce

[16] Art. L225-45 du Code de commerce

[17] Art. L225-83 du Code de commerce

[18] "La diversité en entreprise : regards croisés du droit des sociétés et du droit pénal", Bulletin Joly Sociétés, février 2022

[19] Rapport Assemblée Nationale n° 4143 du 5 mai 2021, "Au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle"

[20] Rapport Sénat du 8 juillet 2021, "Parité en entreprise : pour de nouvelles avancées, dix ans après la loi Copé-Zimmermann"

A titre indicatif, « la parité progresse beaucoup plus lentement pour les comités exécutifs ou de direction en moyenne composés d'hommes à plus de 77% », et ce, malgré les recommandations des codes de gouvernance. [23] C'est à ce titre que la loi Rixain a tenté de combler ces failles.

Si cette loi contient de nombreuses dispositions, elle prône deux nouvelles mesures majeures, accélérant l'ancrage et l'élargissement dans le même temps de l'égalité femmes-hommes au sein des sociétés. Elle commence tout d'abord en donnant une définition légale de la notion « d'instance dirigeante ». Ainsi, cela se rapporte à « toute instance mise en place au sein de la société, par tout acte ou toute pratique sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions. » [24]



Forte de cette nouvelle définition, la loi du 24 décembre 2021 prévoit une publication concernant les écarts de représentation de chaque sexe parmi les équipes dirigeantes. Cette nouvelle obligation est le vecteur de l'intention législative de renforcer la représentation de parité dans les instances dirigeantes. Cette disposition connaît également un champ d'application plus large que ne l'était celui de la loi Copé-Zimmermann sur les conseils d'administration ou de surveillance.

En effet, il est ici question d'imposer cette mesure à toutes les sociétés de plus de mille salariés pour le troisième exercice consécutif.

Cette obligation est d'ailleurs entrée en vigueur le 1er mars 2022. [25] La publication doit se faire sur le site internet de l'employeur ou, à défaut, cette information doit être portée à la connaissance des salariés par tout moyen. Ce nouvel indicateur se pose en complément de l'index d'égalité mis en place en 2019 [26], dont la publication est prévue sur le site internet du ministère du Travail. La loi Rixain prévoit également une mise en place échelonnée dans le temps d'un quota de représentation de chaque sexe, mais en ce qui concerne les équipes dirigeantes des grandes entreprises cette fois-ci. Dès lors, à partir du 1er mars 2026, la proportion de personnes de chaque sexe au sein des cadres dirigeants ne pourra pas être inférieure à 30% dans les sociétés employant plus de mille salariés pour le troisième exercice consécutif. Ce quota est porté à 40% concernant les instances dirigeantes au 1er mars 2029. Ces nouvelles dispositions ont pour objectif d'accélérer de manière conséquente la féminisation des équipes dirigeantes, d'autant plus que des sanctions financières sont également prévues si, au terme de ce délai, les quotas ne sont pas respectés. [27] Cette loi ouvre donc de nouvelles perspectives d'avancement, dont nous attendons de constater l'effectivité. Toutefois, comme le souligne le professeur Nemoz-Rajot dans son étude de la loi Rixain, il ne va pas sans dire que des zones d'ombre et de questionnement persistent. C'est le cas du champ d'application de cette nouvelle loi, par les sociétés visées ainsi que par la définition donnée, somme toute assez large, de la notion d'instance dirigeante.

Nul doute ne persiste quant au fait que de prochaines dispositions légales viendront éclaircir ces interrogations. La loi Rixain ne semble pas être la pierre finale de l'édifice législatif concernant l'égalité femmes-hommes dans les sociétés. Au contraire, elle semble révéler de nouveaux horizons, et laisse envisager un élargissement encore plus conséquent de ces obligations, notamment en ce qui concerne les start-up et les petites et moyennes entreprises (PME). Elle ouvre toujours plus la porte à la prise en compte de la mixité, tentant de faire ruisseler ce principe dans tous les organes des sociétés et, peut-être, attendant d'irriguer un jour plus de types de sociétés.

[23] Rapport du HCGE de novembre 2021

[24] Art. L23-12-1 du Code de commerce

[25] Art. L1142-11 du Code du travail entré en vigueur le 1er mars 2022

[26] « La diversité en entreprise : regards croisés du droit des sociétés et du droit pénal », Bulletin Joly Sociétés, février 2022

[27] Art. L1142-12 du Code du travail entré en vigueur le 1er mars 2009

L'ACTION EN CONCURRENCE DÉLOYALE, UN PARACHUTE À L'ÉCHEC DE L'ACTION EN CONTREFAÇON ?

Par Manon COUVAL et Jean-Baptiste ROSSIGNEUX

Dans une nouvelle illustration de sa jurisprudence constante, la première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 7 octobre 2020, rejette une demande de réparation d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme d'un requérant ne caractérisant pas de faits distincts de ceux invoqués au titre de la contrefaçon [1]. Cette jurisprudence classique invite à réinterroger les liens entre l'action en contrefaçon et en concurrence déloyale. Par contrefaçon, il est entendu la violation d'un droit privatif issu de la propriété intellectuelle. Ces comportements exposent leurs auteurs tant sur le fondement de la responsabilité civile que celui de la responsabilité pénale.



À l'inverse, la concurrence déloyale est "une création prétorienne, fondée sur les articles 1240 et 1241 du Code civil. Elle repose sur l'idée selon laquelle, si la concurrence est libre et peut, par conséquent, se révéler féroce, elle ne doit pas être sauvage, sans règles et immorale" [2]. L'emploi de moyens déloyaux pour capter la clientèle d'un concurrent est donc sanctionné. Si les deux actions, profondément distinctes par leurs conditions, leur régime et leur finalité, ne peuvent se cumuler lorsqu'elles sont relatives à des mêmes faits (I), l'action en concurrence déloyale peut s'avérer être un palliatif à l'existence d'un droit privatif de propriété industrielle ou complémentaire lorsqu'il existe des faits distincts, de telle sorte que la concurrence déloyale trouve un véritable domaine d'application (II).

I- Des actions non cumulables aux caractères distincts

L'indépendance et la singularité de la contrefaçon par rapport à la concurrence déloyale trouvent d'abord leur fondement dans la finalité de chacune de ces actions. En effet, la concurrence déloyale sanctionne un abus de la liberté de commerce tandis que la contrefaçon sanctionne l'atteinte à un droit privatif issu de la propriété intellectuelle. Ce principe est énoncé avec une clarté remarquable par la jurisprudence : « à l'inverse de l'action en contrefaçon, laquelle est essentiellement la sanction d'un droit de propriété industrielle, l'action en concurrence déloyale sanctionne un usage excessif de la liberté de commerce » [3].

[1] Cour de cassation, Chambre civile 1, 7 octobre 2020, 19-11.258, Inédit

[2] Jean-Cristophe RODA, Droit de la concurrence, 1^{re} édition, Les mémentos DALLOZ, p138

[3] Cour d'appel de Lyon, 2 décembre 1957

En outre, chacune des actions est dotée d'un régime juridique bien spécifique. La contrefaçon trouve son origine dans des textes spécifiques du Code de la propriété intellectuelle [4] et se subdivise en deux actions : l'une reposant sur la responsabilité civile, l'autre sur la responsabilité pénale. Dès lors, l'action est possible contre toute atteinte au droit de propriété industrielle, sans avoir à démontrer une faute autre que la violation de ce droit privatif ou un quelconque élément moral - du moins pour l'action civile. À l'inverse, la concurrence déloyale est une construction prétorienne issue de l'article 1240 du Code civil et nécessite, à ce titre, d'établir une faute, un préjudice et un lien de causalité. C'est donc cette faute qu'il est nécessaire de prouver qui différencie particulièrement les deux actions. De surcroît, les sanctions issues de ces actions ne seront pas non plus les mêmes.

En matière de concurrence déloyale, le principe réaffirmé par la jurisprudence est celui de la réparation intégrale du préjudice [5]. En matière de contrefaçon, la sanction est beaucoup plus large que la simple réparation du préjudice. Le juge peut en effet, de manière alternative aux dommages traditionnels, « allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances qui auraient été dues si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le bien intellectuel auquel il a porté atteinte » [6]. Il peut encore « ordonner, à la demande de la partie lésée, que les produits reconnus comme produits contrefaisants et les matériaux et instruments ayant principalement servi à leur création ou fabrication soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, détruits ou confisqués au profit de la partie lésée » [7].



Les deux actions sont donc en tous points distinctes, que ce soit au regard de leur finalité, des conditions de leur mise en œuvre ou des sanctions.

Comme le révèle la décision du 7 octobre 2020, le cumul des actions en contrefaçon et en concurrence déloyale est impossible s'il ne s'agit pas de faits distincts. La jurisprudence l'affirme de manière très claire dans de nombreuses décisions « l'action en concurrence déloyale n'est pas un succédané de l'action en contrefaçon et exige la preuve d'une faute relevant de faits distincts de ceux allégués au titre de la contrefaçon » [8].

L'une des raisons de cet impossible cumul est probablement qu'il n'est pas envisageable que deux actions visent simultanément des préjudices identiques. C'est d'ailleurs ce que laisse à penser une partie de la doctrine [9]. En effet, il apparaît difficile que deux actions visent la réparation d'un même préjudice. Il faudra donc choisir. Mais laquelle de ces deux actions préférer ? Le praticien préférera certainement la contrefaçon dans la mesure où celle-ci est plus protectrice que l'action en concurrence déloyale et qu'il n'a pas à rapporter la preuve d'une faute. Ainsi, ce non cumul des actions profite largement à la contrefaçon, ce qui entraîne une diminution du champ de la concurrence déloyale.

En résumé, le parachute de la concurrence déloyale ne peut s'ouvrir si l'avion de l'action en contrefaçon est en vol nominal de croisière ! Il en est autrement lorsque le décrochage survient...

[4] Notamment aux articles L615-1 à L615-10 du Code de la propriété intellectuelle pour les brevets et L716-1 à L716-6 du même code pour les marques

[5] Cour de cassation, chambre commerciale, 3 mai 2018, n°16-26531

[6] Nicolas BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, 5e édition, manuel LGD, §1513

[7] Art. L716-4-11 du Code de la propriété industrielle pour la marque, sanction similaire pour le brevet à l'art. L615-7-1 du même code

[8] Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 décembre 2008, 07-17.092, inédit

[9] Yves PICOD, Yvan AUGUET, Nicolas DORANDEU ; § 2 - Concurrence déloyale et contrefaçon, Répertoire de droit commercial / Concurrence déloyale Com., octobre 2010, point 72

II- L'émergence d'une action en concurrence déloyale sur des faits distincts ou à titre subsidiaire

L'action en concurrence déloyale est possible à titre supplétif, c'est-à-dire dans l'hypothèse où un droit privatif revendiqué n'est pas retenu par le juge. La solution est bienvenue et particulièrement logique : pourquoi refuserait-on d'examiner la concurrence déloyale si la contrefaçon tombe ? Les deux régimes sont bien distincts, l'impossibilité d'invoquer l'un n'empêche pas de revendiquer l'autre. Cette solution est retenue par la jurisprudence, là encore de façon claire : « l'action en concurrence déloyale peut se fonder sur des faits matériellement identiques à ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif, ce qui ne signifie pas que la responsabilité sera nécessairement engagée sur le fondement de ces seuls faits matériels » [10].

Ainsi, il n'est pas possible d'écarter une action en concurrence déloyale pour le seul motif qu'elle est fondée sur des faits pour lesquels la contrefaçon n'a pas été retenue. Il ne s'agit pas véritablement d'un cumul des actions, l'action en contrefaçon étant alors impossible. Il s'agit ici simplement du corollaire de la distinction entre les deux actions. Le cumul est également possible si les actions se fondent sur des faits distincts. En effet, la jurisprudence indique que le cumul est possible s'il est rapporté la preuve de faits distincts de ceux allégués au titre de la contrefaçon [11]. Il faut alors démontrer l'existence d'un fait fautif, comme l'exige toute action en concurrence déloyale. À ce sujet, la seule violation d'un droit de propriété intellectuelle ne permet pas d'établir l'existence de ce fait fautif. Il faut donc démontrer un caractère abusif ou excessif résultant des principes généraux du droit ou des usages fondés sur des règles de la probité commerciale en plus des faits de contrefaçon [12].

L'action en concurrence déloyale sera enfin ouverte à ceux qui ne peuvent agir sur le fondement d'un droit privatif existant, par exemple le licencié. Elle sera donc, dans une certaine mesure, un réel atout pour des catégories de personnes dépourvues du droit d'agir sur le fondement de la propriété industrielle. Malgré des finalités bien distinctes pour chacune des actions - protéger contre l'abus de la liberté de commerce pour l'action en concurrence déloyale et sanctionner l'atteinte à un droit privatif pour l'action en contrefaçon, l'action en concurrence déloyale, qui n'impose pas d'avoir procédé à des formalités en amont, se transforme en un "parachute" dans l'hypothèse où l'action en contrefaçon est impossible et tire ici une véritable force.



[10] Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 février 2014

[11] Cour d'appel de Lyon, 2 décembre 1957

[12] Cour de cassation, Chambre commerciale, 16 décembre 2008, n°07-17.092

L'AFFAIRE TAPIE-CRÉDIT LYONNAIS :

« À LA VIE À LA MORT »

Par Corentin AUVE, Lilian CIRIANI et Clara KIZARDJIAN

C'est une saga juridique aux multiples épisodes qui apparaît avec l'affaire Tapie – Crédit Lyonnais.

En effet, connue pour ses nombreux rebondissements, l'affaire débute dans les années 1990 lorsque Monsieur Bernard Tapie rachète, par l'intermédiaire de sociétés membres du groupe de la SNC Groupe Bernard Tapie (SNC GBT), et notamment grâce à un financement accordé par la Société de Banque Occidentale (SdBO), 95% du capital du groupe Adidas en difficultés financières.

Elle se poursuit avec la nomination de l'homme d'affaires au poste de ministre de la Ville, affectation qui pousse le nouveau ministre à se retirer de la vie des affaires afin d'éviter tous conflits d'intérêts. C'est alors que celui qui avait procédé au rachat de la célèbre marque de sport aux trois bandes [1] mandate la SdBO, son partenaire d'affaires, pour céder les parts acquises, vente qui interviendra l'année suivante, en 1993.

C'est l'année 1994 qui enclenchera le début des rebondissements. À cette époque, le Crédit Lyonnais traverse des difficultés financières et décide de mettre en faillite le groupe GBT. Bernard Tapie, qui s'intéresse à la cession, découvre que les acheteurs étaient eux-mêmes, pour certains, financés par la SdBO, que les titres ont été revendus pour un prix beaucoup plus important que lors de sa cession et que certains montages mis en place par le Crédit Lyonnais lui auraient permis, par une option de revente à une personne désignée, de dégager une plus-value substantielle.

C'est alors - avec la pugnacité qu'on lui connaît - que l'homme d'affaires décide de poursuivre le Crédit Lyonnais, remplacé par le Consortium De Réalisation (CDR) puisqu'en quasi-faillite, afin d'obtenir la somme due au titre du rachat de la société Adidas. La Cour d'appel de Paris lui donne raison en 2005 en condamnant le CDR à lui verser la somme de 135 millions d'euros, arrêt cassé par la Cour de cassation un an plus tard.

Souhaitant mettre un terme à cette affaire et aux multiples procédures engagées, un arbitrage est envisagé par les parties et accepté par la ministre de l'Économie de l'époque, Christine Lagarde. En 2008, le tribunal arbitral condamne le CDR à verser une somme de plus de 400 millions d'euros aux mandataires et liquidateurs des sociétés du groupe TAPIE, sentence arbitrale qui sera révisée par la Cour d'appel de Paris en 2015, contraignant Bernard Tapie à rembourser les sommes perçues (nous y reviendrons).



[1] J. Gallois, « Affaire Tapie-Crédit Lyonnais : entre extinction et condamnations », 10 janvier 2021, Dalloz Actualité

Ce qui aurait pu sonner le glas de cette histoire aura finalement l'effet inverse puisqu'en 2011, une enquête visant Christine Lagarde est ouverte, aboutissant à sa mise en examen pour négligence et à sa condamnation devant la Cour de Justice de la République, avec une dispense de peine, le 19 décembre 2016. [2]

L'affaire prend un tournant décisif en 2013 lorsque des poursuites pénales sont engagées pour escroquerie en bande organisée et détournement de fonds publics contre messieurs Bernard Tapie, Maurice Lantourne, alors conseil de l'homme d'affaires, et Pierre Estoup, arbitre en 2008. Le jugement, tout comme l'arrêt rendu, constitueront le point d'orgue de cette saga qui viendra mettre un terme à ce qui a été, pour le principal intéressé, « le combat d'une vie ».

I- L'arbitrage, l'espoir utopiste d'une fin

Dans le but de mettre un terme à une saga judiciaire déjà trop longue, les époux Tapie et le CDR ont choisi de confier le règlement de leur litige à un tribunal arbitral *ad hoc*. [3] Le compromis d'arbitrage qui en découle, signé le 16 novembre 2007, prévoyait alors le désistement d'instance des multiples procédures pendantes, ainsi que le règlement du différend par une procédure d'arbitrage dont les membres seront désignés par les parties, une solution visiblement parfaite pour mettre un terme à la situation.



Toutefois, à la surprise générale du microcosme juridique, le 7 juillet 2008 [4], le tribunal arbitral considère que le CDR a commis une faute dans l'exécution du mandat de revente et, de fait, le condamne à payer à Bernard Tapie 240 millions d'euros au titre du préjudice matériel ainsi que 45 millions d'euros au titre du préjudice moral. Couplée avec trois autres sentences supplémentaires du 27 novembre 2008, le montant à payer aux époux Tapie s'élève à la modique somme de 405 millions d'euros. [5]

C'est la stupéfaction dans l'opinion publique. Jamais de telles sommes n'avaient été accordées au titre de la réparation d'un préjudice moral, en comparaison à celles habituellement octroyées par les tribunaux français. [6]

Si l'absence de recours immédiat par le CDR laissait envisager le début du générique de cette saga, l'espoir n'aura pas duré. En effet, peu à peu, les doutes naissent autour de l'impartialité des arbitres nommés, et particulièrement celui désigné par Bernard Tapie, Monsieur Pierre Estoup. [7]

La suite était alors prévisible et ce qui devait arriver arriva. Le CDR exerce deux recours en annulation [8], l'un en date 28 juin et le second en date 1er juillet 2013. Ceux-ci seront toutefois déclarés irrecevables car tardifs. [9]

Pendant, l'un des recours aboutit : il s'agit du recours en révision exercé lui aussi le 28 juin 2013, dans lequel le CDR assigne l'ensemble des protagonistes en révision de la sentence. Pourtant, sans avoir la preuve formelle de liens remettant en cause son indépendance et son impartialité, le CDR avait renoncé à demander la récusation de l'arbitre Estoupe en cours de procédure. [10]

[2] Arrêt du 19 décembre 2016, Cour de justice de la République

[3] A. de Fontmichel, "Rétractation d'une sentence arbitrale surprise par la fraude d'un arbitre", Cahiers de l'arbitrage - n°2 - 01/07/2015 p281

[4] Sent. 8 juill. 2008, RLDA n° 33/2008, p. 27, obs. V. Forti

[5] D. Mouralis, "Affaire Tapie - Adidas : les sentences arbitrales sont rétractées", Recueil Dalloz, 11 juin 2015, n°21, p1253

[6] *Ibid.*

[7] X. Delpech, "Admission du recours en révision de la sentence Tapie c. Crédit lyonnais", 20 février 2015

[8] Fondés sur l'article 1491 du Code de procédure civile

[9] J. Gallois, « Affaire Tapie-Crédit Lyonnais : entre extinction et condamnations », 10 janvier 2021, Dalloz Actualité

[10] D. Mouralis, "Affaire Tapie - Adidas : les sentences arbitrales sont rétractées", Recueil Dalloz, 11 juin 2015, n°21, p1253

Sur le fondement inédit de « fraude à la sentence arbitrale », la cour d'appel de Paris fait droit à la requête de la CDR dans un arrêt marquant du 17 février 2015. Lourd de conséquences, cet arrêt ouvre la voie à la révision des sentences arbitrales en cas de fraude, et offre alors l'indépendance et la sécurité à la procédure de l'arbitrage, dont les recours semblaient encore flous. [11]

II- Le contentieux judiciaire, une fin précipitée

Par un jugement en date du 9 juillet 2019 [12], l'arbitre Pierre Estoup, l'homme d'affaires Bernard Tapie et son avocat Maurice Lantourne ont tous été relaxés de l'ensemble des infractions qui leur étaient reprochées. En l'espèce, ils étaient poursuivis des chefs d'escroquerie et de détournement de fonds publics après qu'il eut été fait droit au recours en révision par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 février 2015, confirmé le 30 juin 2016 par la Cour de cassation.



Dans sa décision du 24 novembre 2021, la cour d'appel de Paris prend le contre-pied de la position adoptée par les juges de première instance et condamne les trois prévenus pour les infractions susvisées (exception faite du défunt homme d'affaires Bernard Tapie pour qui l'action publique s'est éteinte concomitamment à son décès).

Concernant le délit d'escroquerie au jugement, qui est le pendant du délit d'escroquerie, ce dernier suppose une manœuvre frauduleuse. La jurisprudence a par ailleurs retenu que le simple mensonge ne constitue jamais une manœuvre frauduleuse caractéristique du délit d'escroquerie, « s'il ne s'y est joint aucun fait extérieur ou acte matériel, aucune mise en scène ou intervention d'un tiers destiné à lui donner force et crédit » (Cass. crim., 1er juin 2005, n° 04-87.757). [13] La présente affaire met ainsi en évidence une première difficulté en ce que l'arrêt d'appel déclare l'avocat de Bernard Tapie coupable de ce délit par un raisonnement abstrus qui ne met pas en exergue la supposée manœuvre frauduleuse ; le jugement de seconde instance s'appuyant seulement sur l'expérience de l'avocat pour retenir qu'il ne « pouvait ignorer que ses actes étaient frauduleux et constitutifs d'escroquerie ».

En outre, un deuxième problème est soulevé relativement à l'arbitre Estoup et au caractère déterminant de la manœuvre frauduleuse. En effet, le premier jugement n'avait pas retenu ce délit pour ce dernier au motif que la partialité d'un seul arbitre ne permettait pas, à elle seule, de rendre une décision arbitrale inique. Pour autant, le présent arrêt d'appel retient que M. Estoup avait joué un « rôle prépondérant » et « [marginalisé] ses co-arbitres » au sein du tribunal arbitral. D'autre part, le délit de détournement de fonds publics a lui aussi fait l'objet d'un désaccord entre les juges du fond qui condamnent Bernard Tapie (pour les intérêts civils) et son avocat Lantourne sur ce fondement en appel. Pour ce faire, les juges écartent le moyen inhérent au principe *ne bis in idem* pour les deux infractions que sont l'escroquerie au jugement et le détournement de fonds publics ; car celles-ci ne constituent pas un élément constitutif, une circonstance aggravante ni une modalité particulière l'une de l'autre (Cass. crim., 15 décembre 2021, n° 21-81.864).

Finalement, les trois prévenus sont condamnés en appel et doivent indemniser les parties lésées solidairement à hauteur de plus de 400 millions d'euros.

[11] A. de Fontmichel, « Rétractation d'une sentence arbitrale surprise par la fraude d'un arbitre », Cahiers de l'arbitrage - n°2 - 01/07/2015 p281

[12] Tribunal correctionnel, 11e chambre, 9 juillet 2019, n° 18334000654

[13] CE, 8e chambre, 9 novembre 2020, n° 439845 – Conclusions du rapporteur public Romain Victor

NOUVEAUTÉ AUTOUR DU PACTE DUTREIL : UN ÉCLAIRCISSEMENT DE LA NOTION DE HOLDING ANIMATRICE

Par Jeanne CAZORLA et Carla FARAVELLON

Ce régime de transmission du patrimoine issu de la loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique est venu pérenniser l'actionnariat familial lors de la transmission en génération par la réduction de son coût fiscal. Le pacte Dutreil permet en effet de bénéficier d'une exonération des droits de donation de 75% en contrepartie d'une stabilité dans le capital de détention de la société. Cet outil fiscal est donc redoutablement efficace pour un entrepreneur souhaitant transmettre sa société, quand on sait que les droits de mutation peuvent atteindre jusqu'à 45% s'il transmet à son enfant, voire 50% à un neveu et 60% en l'absence de lien de parenté (article 777 du Code général des impôts).

Par son coût moins élevé en imposition, le pacte Dutreil peut donc parfois conditionner la survie de l'entreprise. La réduction dudit pacte s'applique en effet sans limitation de montant et quel que soit le lien de parenté entre le donateur et le donataire. De plus, une réduction supplémentaire de 50% des droits peut s'ajouter à celle de 75% à condition que le donateur transmette avant ses 70 ans. Cela aboutit donc à diviser par huit le taux marginal d'imposition.

I- Rappel des conditions à respecter

Les conditions permettant de bénéficier du régime Dutreil sont nombreuses et ont été modifiées à plusieurs reprises depuis la publication du texte en 2003. Toujours est-il que l'idée générale du texte est de s'assurer une transmission réelle de la société avec la conservation des titres et une gestion effective par l'un des signataires du pacte.

Les parts ou actions transmises doivent donc être celles d'une société exerçant une activité de nature industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Le législateur a cependant nuancé cette condition en ajoutant qu'il n'est pas exigé que cette activité soit exercée à titre exclusif. Le législateur a donc permis aux sociétés exerçant une activité mixte de bénéficier du pacte Dutreil à condition que l'activité opérationnelle de la société soit prépondérante. [1]



[1] MEMENTO Transmission d'entreprise sous la coordination d'Arlette Darmon, 2021

De plus, les parts ou actions données doivent avoir fait l'objet d'un engagement collectif de conservation d'une durée minimale de deux ans. Cet engagement doit être pris préalablement à la transmission par le donateur ou le défunt et doit porter sur au moins 17% des droits financiers et 34% des droits de vote (respectivement 10% et 20% en cas de société cotée).

A compter de l'expiration de l'engagement collectif, les donataires doivent également s'engager à conserver les titres transmis pendant une durée de quatre ans. Tout cela cumulé, l'obligation de conservation des titres porte sur une période de six ans.

La dernière condition posée par l'engagement Dutreil est l'exercice d'une fonction de direction dans la société. L'un des signataires ou donataire doit exercer cette fonction pendant l'engagement collectif et pendant au moins les trois années qui suivent la transmission.

II- Le cas des sociétés holding à l'aune de la jurisprudence

Les sociétés holding peuvent également bénéficier du pacte Dutreil. Si la holding est animatrice, l'engagement collectif sera conclu directement sur les titres de la holding et l'exonération de 75% s'appliquera sur l'entièreté de la valeur de la holding animatrice.

La qualification d'holding animatrice est donc un sujet sensible, source de nombreux contentieux. L'administration fiscale retient deux critères pour qualifier la holding d'animatrice. Le rôle animateur de la holding est caractérisé lorsque la holding participe de manière effective et active à la conduite de la politique du groupe. Un second critère consiste pour la holding à fournir des activités administratives, juridiques, financières au sein dudit groupe. [2]

Au sujet du caractère animateur de la holding, l'administration fiscale exige en ces termes : « la condition du caractère de holding animatrice d'une holding de groupe [...] doit être remplie jusqu'au terme des engagements collectifs, le cas échéant unilatéral, et individuel de conservation ». [3]

Cependant, par un arrêt publié au Bulletin, en date du 25 mai 2022, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu une position divergente. Les juges de cassation sont venus affirmer que l'exonération Dutreil n'est pas conditionnée au maintien du rôle d'animation joué par la holding jusqu'au terme des engagements fiscaux. Autrement dit, la Cour a jugé que le caractère animateur de la holding s'apprécie seulement au moment de la conclusion du pacte Dutreil, suivant alors une analyse littérale de l'article 787 B du CGI dont le premier alinéa n'exige l'existence d'une activité éligible qu'à la date de la transmission. Il n'était donc pas exclu que cette interprétation favorable au contribuable de l'article 787 B du CGI fasse l'objet d'une réécriture par le Parlement en ajoutant le maintien d'une activité éligible pendant toute la durée du pacte Dutreil... [4]



C'est donc sans surprise que le 25 juillet dernier, l'Assemblée nationale a redéfini la condition d'activité prévue par le dispositif Dutreil. En effet, dans le cadre du projet de loi de finances rectificative pour 2022, un amendement a été adopté par l'Assemblée nationale précisant que la condition d'exercice d'une activité éligible au dispositif Dutreil doit être respectée pendant toute la durée des engagements (collectifs et individuels). Cette disposition a par la suite été confirmée par le Sénat le 2 août 2022. La loi de finance rectificative pour 2022, publiée le 17 août 2022, a finalement ancré cette définition dans la législation française.

De plus, dans le cas où la holding ne remplirait pas ces conditions d'holding animatrice, l'engagement collectif pourra toutefois être conclu sur les titres des filiales opérationnelles qu'elle détient. L'exonération sera alors limitée seulement à la fraction des titres que la société holding détient de la société opérationnelle. La holding sera alors soumise à l'engagement de conserver les titres de la société opérationnelle jusqu'à la fin des engagements fiscaux.

[1] Le pacte Dutreil transmission, Rothschild, Printemps 2022

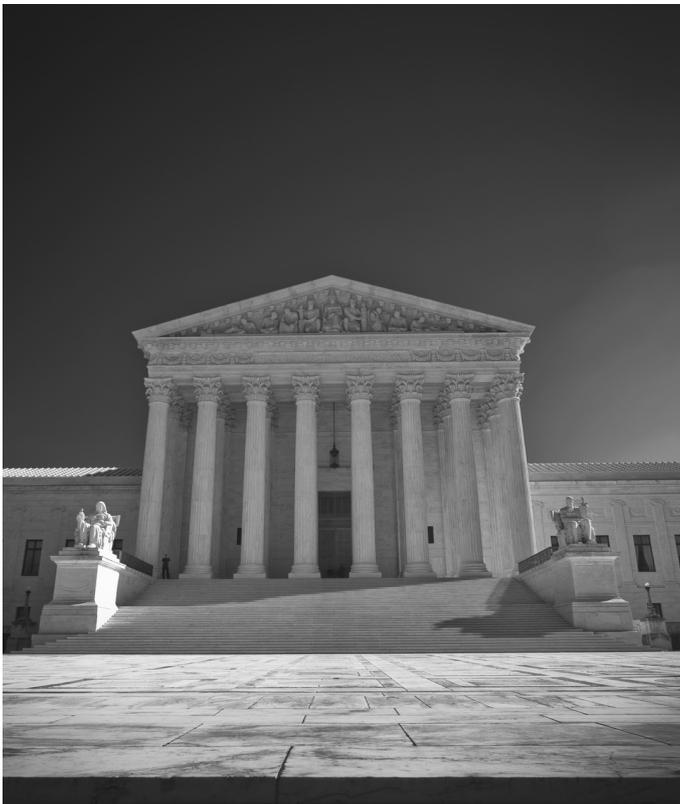
[1] BOFIP, BOI-ENR-DMTG-10-20-20-10

[1] Pacte Dutreil, Journal Defrenois, Christophe Vernières, 16 juin 2022

THE OVERTURNING OF ROE V. WADE

By Carla BERNARD & Lara YILMAZ

On Friday 24th of June 2022, the US Supreme Court overturned its landmark Roe v. Wade decision, which since 1973 has granted American women the right to abortion nationwide. This new decision does not make abortion illegal, but leave it up to each state to decide whether or not to allow abortion, making this right particularly precarious [1]. This decision has caused a stir in public opinion. The history of abortion rights in the United States has always been marked by the opposition between pro-choice and pro-life. This is therefore very relevant culturally, politically but also legally. Let us take up the famous Roe v. Wade decision in order to better understand this reversal by the Supreme Court. Then, let's answer the following questions: What is the functioning of the Supreme Court? What are the legal consequences of this decision? Finally, let's see how this overturning has repercussions in the USA and in the world. This article aims to cover this international news as widely as possible.



If until the late 19th century, abortion was allowed in the United States before “quickening” (feeling movements of the fetus, around the fourth month of pregnancy), the century’s last years reversed that opinion, considering abortion as a crime. That is why the 19th century has been called the “century of criminalization” [2].

However, later during the 20th century, opinions changed. Indeed, The Supreme Court decided in 1965 to strike down a law that was prohibiting birth control for married couples. The Court also put an end in 1972 to a law prohibiting the distribution of contraceptives to unmarried adults.

Then, what is this famous “Roe v. Wade decision”? It was the last effort made by the Supreme Court to grant women's abortion rights to their broadest.

The one that has certainly overturned this situation is Norma McCorvey (also known as “Jane Roe”), a twenty-five-year-old Texas woman who wanted, in 1969, to terminate a pregnancy occurred from a rape, as she claimed. At the time abortion was not allowed in Texas if not for the purpose of saving a woman’s life. McCorvey then went to see Linda Coffee and Sarah Weddington, both attorneys, in the aim of overturning the firmly rooted abortion prohibition.

[1] “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, Politico.com.

[2] Historical Abortion Law Timeline: 1850 to Today”, PlannedParenthoodAction.org.

In 1970, McCorvey filed a lawsuit against Henry Wade, a district attorney of Dallas County. McCorvey's demand was heard before the Texas district court in June 1970 and then in front of the Supreme Court in January, 22nd, 1973. In a 7-2 ruling [3], not only the Supreme Court banned the Texas law prohibiting abortion, but it also legalized the abortion procedure nationwide.

According to the highest court in the American jurisdiction, the abortion right was considered as a right to privacy which is protected by the fourteenth Amendment. The Supreme Court then established the "trimester" system in pregnancy: it should be up to the woman to decide on abortion or not in the first trimester; in the second trimester, the government could regulate abortion; in the third trimester, states could individually prohibit abortion.

On the 24th of June 2022, the judges of the US Supreme Court overturned Roe v. Wade decision of 1973. Considering the shape of the Court, this ruling is not so surprising.

Indeed, the Court is currently composed of a conservative majority. It is composed of nine justices appointed for life by the current President when a seat becomes vacant. Currently, justices John G Roberts Jr, Clarence Thomas and Samuel Alito have been nominated by President George W Bush; justices Sonia Sotomayor and Elena Kagan by President Barack Obama; justices Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh and Amy Coney Barrett by President Donald Trump; and, finally, justice Ketanji Brown Jackson nominated very recently by President Joe Biden. On the 24th of June 2022, the judges of the US Supreme Court overturned Roe v. Wade decision of 1973.

The current case in front of the justices was the following: "Thomas E. Dobbs, State Health Officer of The Mississippi Department of Health, et al., petitioners v. Jackson Women's Health Organization, et al.". The State of Mississippi had requested the Court to uphold the constitutionality of a law that generally prohibits an abortion after the 15th week of pregnancy. In defending this law, the State's primary argument was to overturn Roe v. Wade in order to allow each State to regulate abortion as its citizens wish. On the other hand, the respondents argued that the Mississippi law couldn't stand under Roe v. Wade.

It was in this context that the SCOTUS found, in a 6-to-3 ruling, that Roe v Wade case had to be overruled. According to the judging majority, the Constitution makes no reference to abortion, and no such right is implicitly protected by any constitutional provision. The Court argued that abortion is fundamentally different from other rights, such as marriage or contraception, because "it destroys (...) fetal life and what the law (...) describes as an unborn human being". [4]

The significance of this decision is that, with a single ruling, the Court puts an end to a right that had been in place for 50 years and thus allows states to enact anti-abortion laws without making them illegal. This case also marks the break with a general principle that permeated the Court.

Indeed, it was accepted that, as a matter of principle, the SCOTUS should abide by past rulings, in order to maintain a certain legal stability. It seems like the majority of justices believed they had especially good justifications to overturn a past precedent.

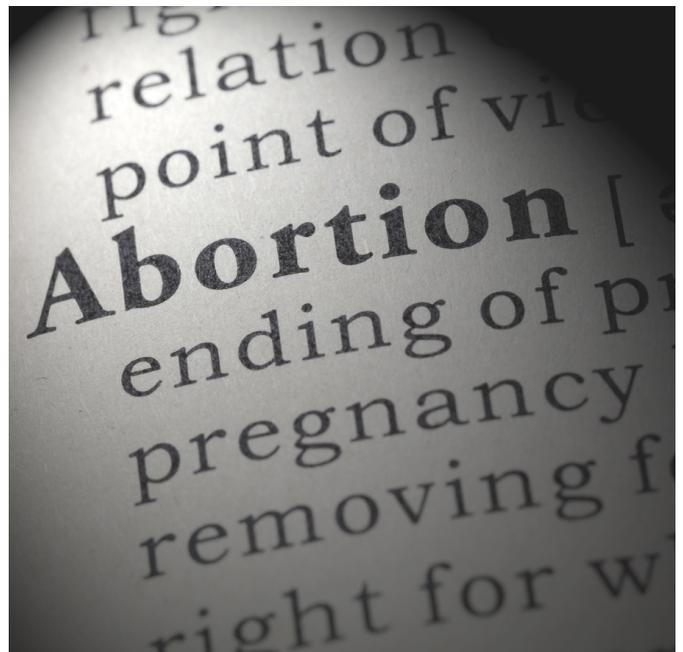
[3] "Roe v Wade: What is US Supreme Court ruling on abortion?", BBC.co.uk, October 12, 2020

[4] "The Dobbs v. Jackson Decision, Annotated", The New York Times, June 24, 2022

Abortion being an issue on which passions run high in the US, especially in the legal world because of the debate on when to recognize a fetus as a human being with rights, it is therefore not surprising that a recent change of majority in the Court has led to this overturning [5].

"My body. My choice." If certain Americans agree with the starting of a new era in the United States, other ones don't seem to stop protesting against conservative ones since the decision has been public. Protest is not only being gathered in the United States, but also in Paris, London, Ottawa... The overruling has a worldwide impact while foreigners used to perceive the United States as a "human rights developed" country. Scottish leader Nicola Sturgeon, British ex-Prime Minister Boris Johnson, Canadian Prime Minister Justin Trudeau, and so many countries' governments have, officially or through social media, declared their objection to this decision. France's government has even proposed to enshrine abortion right into the French Constitution. That would permit the right to be securitized if included in the Constitution and to avoid any reversal of the situation one day such as what happened in the United States. In Eastern Europe and in Latin America, the overruling decision is supported. [6] Some scholars and politicians agreed in Italy, Germany, Brazil or Venezuela with the Supreme Court's decision, claiming the end of murdering and supporting life.

Today and for many years to come, the SCOTUS decision should become an important figure of debate and should surely remain questioned, not only by the United States but also by the entire world. This decision, known as held by conservative religious people in the United States, may also be measured according to the impact of religion into politics. If the United States' soft power has always been materialized by the "American Dream", some people tend to predict, not an advance, but rather a retreat to more conservative and less forward-looking ideals. Others even went so far as to withdraw the famous nickname of "land of the free" from the USA, as a sign of support for the Americans.



[5] "What Does Overturning Roe v. Wade Mean?", The Wall Street Journal

[6] Adam Taylor, Erin Cunningham, Karina Tsui and Claire Parker, "U.S. abortion decision draws cheers, horror abroad", The Washington Post, June 25, 2022



ÉVÉNEMENTS



Le DJCE en stage chez les partenaires

Dans le cadre du Master DJCE, les étudiants ont réalisé un stage de fin d'année, stage qui leur a permis de mettre en pratique les enseignements reçus au cours de leur formation tout en appréhendant le monde professionnel. Cette année, une grande partie - si ce n'est la majorité - des étudiants ont choisi de réaliser leur stage dans l'un de nos cabinets d'avocats partenaires .

A ce titre, ont accueilli un étudiant pour un stage d'une durée de deux à trois mois :

Maîtres Jean-Paul BOURDEN et Angélique GILLIN de SOCOJUR



Maîtres Géraldine GARBIT, Stéphane BERRUCAZ et Vincent RAPEY de RESSOURCE Avocats



Maître Valentine GUERRERO de MBG & Associés



Maître Julie Thomas de LAMY LEXEL Avocats Associés



Maîtres Julie DEGENEVE, Lionel HANACHOWICZ et Rémi HANACHOWICZ de LAMARTINE



Maître Gaétan DE LA BOURDONNAYE de RATHEAUX



Maîtres Jean-Philippe CLEMENT et Jeremy DURET de CMS Francis Lefebvre Avocats



Maître Jean-Luc DURY de LEXICUBE



Maîtres Terence WILHELM et Morgane STEVENON de CARA Société d'Avocats



Maîtres Mathias VUILLERMET, Julien GRUYS et Emmanuelle BRET de FIDUCIAL LEGAL By LAMY



Ainsi que Maître Ophélie MICHEL de VIAJURIS.

Un mois à Montpellier

A l'issue du traditionnel mois de juin à Montpellier, la 45e promotion du DJCE rentre à Lyon avec un taux de réussite de 79%. Avec de nombreux lauréats tels qu'**Alison Serriere**, major du Prix Maurice Cozian du meilleur fiscaliste, et **Régis de Varax**, major du certificat de spécialité en Droit des sociétés, la promotion obtient la meilleure moyenne de l'ensemble des centres DJCE.



Félicitations à **Antoine Fouillet**, **Zoé Allait**, **Julia Pinturier**, **Dorine Pessemesse**, **Coline Diodonat**, **Jeanne Senthille**, **Léa Trivino**, **Pauline Bielfeld**, **Anna Brustel**, **Théo Revillard**, **Oriane Balleste**, **Mathilde Rossi** et **Sarah Vivier** pour l'obtention de leur certificat de spécialité !

Un beau clap de fin pour cette promotion qui nous quitte déjà avec de nombreux projets allant du L.L.M. au CRPFA, du Master spécialisé au... Stade Français.

Dîner des anciens

Vendredi 1er juillet dernier, la promotion sortante a pu rencontrer les anciens élèves du DJCE ayant répondu présents, s'efforçant de maintenir un véritable lien entre les alumni.



Tournoi de foot

Ce dimanche 3 juillet 2022, le traditionnel tournoi de foot - vieux de plus de 35 ans - a opposé 9 équipes qui se sont affrontées au Complexe de Sport de Vaise, et ce, malgré la chaleur. Félicitations à tous nos joueurs, et tout particulièrement aux vainqueurs du tournoi : **l'équipe du Barreau de Lyon.**



Passation de l'association

La 45e promotion du DJCE laisse désormais la place à la 46e promotion, après avoir concrétisé tant de projets : du tout premier séminaire de rentrée au voyage à Paris ; des Ambassadeurs du droit à la création de la présente revue (pour ne citer que ceux-ci). Tout cela a été rendu possible grâce à nos nombreux partenaires, toujours généreux et motivés de nous accompagner.

Ainsi, **Zoé ALLAIT** et **Baptiste ROCKENSTROCLY** transmettent la présidence à **Carla FARAVELLON** et **Jean-Baptiste ROSSIGNEUX**, leur faisant confiance tant pour le rayonnement du Master que pour celui de l'association.

Dans le bureau, quelques nouveautés : un poste dédié à la vice-présidence remplace l'ancien secrétariat. Un nouveau pôle presse est également créé pour se consacrer au DJCE POST et à une toute nouvelle activité dont nous vous laissons encore la surprise...



Séminaire de rentrée

Les enjeux juridiques des crypto-actifs

Le mercredi 7 septembre 2022 s'est tenu le deuxième séminaire de rentrée de l'association du DJCE de Lyon au sein de l'Université Jean Moulin Lyon III.

À cette occasion, nous avons eu l'honneur de recevoir des intervenants, aussi diversifiés que prestigieux, qui nous ont proposé un tour d'horizon des problématiques contemporaines liées au développement des crypto-actifs.

Au programme : une introduction générale sur les **crypto-actifs et leur régime juridique**, un examen des problématiques relatives aux **PSAN** particulièrement exposés aux risques de **blanchiment de capitaux** et au **financement du terrorisme**, un regard pratique sur les notions de **Web 3.0, NFTs et métavers**, une étude de la **blockchain** et de la **révolution du financement**, une analyse de l'utilisation des crypto-actifs dans les **opérations immobilières**, et pour finir un exposé sur les points de vigilance en cas de **transmission à titre gratuit des crypto-actifs**.

Nous tenons à remercier tout particulièrement **Gaëtan VALETTE** et **Corentin AUVE** pour l'organisation, les intervenants présents pour avoir rendu ces échanges si enrichissants ; également, notre directeur de master **Régis VABRES**, sans qui ce projet n'aurait jamais vu le jour, ainsi que tous ceux qui nous ont honorés de leur présence.



LE MÉDIA JURIDIQUE DE LYON



VIE Actualités

ÉTATS GÉNÉRAUX DE LA JUSTICE : LE RAPPORT NE DOIT PAS FINIR « DANS UN TIROIR », SELON FRANÇOIS MOLINS



François Molins évêque lyonnais de la situation

Le rapport des États généraux de la justice, qui a suscité « une très forte attente », souligne François Molins, le procureur général près la Cour de cassation.

« J'espère qu'il ne finira pas dans un tiroir et que nos gouvernants auront la force (...) et la volonté pour que les choses avancent rapidement », a-t-il déclaré sur France Inter. Ce rapport, remis le 8 juillet au président de la République, dresse le constat sévère de « l'état de débâcle avancé d'une institution au bord de la rupture » et propose quelques « remèdes » pour faire face à la crise. Sur la base de ses conclusions, des concertations ont été engagées fin juillet entre le ministre de la Justice et le monde judiciaire dans le but « de prendre, dès la rentrée, des décisions concrètes et rapides et de mettre en œuvre des chan-

gers en profondeur », avait alors fait savoir l'Élysée. Mais, malgré deux réunions avec le garde des Sceaux, « je n'ai pas aujourd'hui (...) d'éléments ni sur le calendrier ni sur les directions qui seront prises pour mettre en œuvre toutes ces préconisations », a déclaré François Molins. « La justice aujourd'hui est (...) au bord de la rupture et le système ne tient que grâce à l'engagement et au dévouement quotidien des magistrats, des fonctionnaires et autres assistants de justice », a-t-il affirmé. Parmi les pistes prioritaires, il a cité « le fait d'arrêter avec l'inflation législative » et souligné la nécessité de « réformer la façon de recruter » magistrats, greffiers et assistants de justice.

« L'urgence de la situation » Emmanuel Macron avait annoncé en juin 2021 la mise en place d'États généraux de la justice après avoir rencontré à leur demande Fran-

çois Molins et Chantal Ams, alors première présidente de la Cour de cassation. Les deux plus hauts magistrats de France, qui présidaient également le Conseil supérieur de la magistrature, lui avaient fait part de « l'urgence de la situation » de la justice en France et de leur inquiétude face aux « mises en cause systématiques de la justice », critiquée pour sa lenteur et son laxisme supportés par des syndicats de police et des responsables politiques. François Molins, 69 ans, qui prendra sa retraite dans quelques mois, avait à nouveau dénoncé en janvier les « conditions de travail intolérables » et le « manque structurel de moyens » de la justice lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, dans un discours qualifié de « scandaleux » par le garde des Sceaux, Eric Dupond-Morett.

Julien Dubouché

LE PROJET DE LOI SÉCURITÉ PRÉSENTÉ

Le texte, qui comptait 32 articles lors de sa première présentation mi-mars, comprendra finalement « 15 articles », et 15 MdE supplémentaires de budget en cinq ans, comme annoncé début août par le ministre de l'Intérieur, Gérard Darmanin dans un entretien au Figaro. La Lops, qui doit être débattue au Parlement à partir d'octobre, est dotée de moyens financiers conséquents puisqu'elle prévoit près de 8 milliards pour les investissements numériques. Le texte comprend notamment des effectifs supplémentaires pour les forces de l'ordre avec la création de 11 unités de forces mobiles et de 200 nouvelles brigades de gendarmerie afin de permettre « le doublement de la présence des forces de l'ordre sur le terrain » d'ici à 2030, comme souhaité par le président Emmanuel Macron. Sur les 11 unités de forces mobiles, six resteront « à demeure » à Lille, Lyon, Montpellier, Perpignan, Nice et Marseille (où deux sont déjà positionnées), avant indiqués Gérard Darmanin au Journal du Dimanche fin août.