

# DJCE *POST*

LA REVUE JURIDIQUE DES ÉTUDIANTS DU DJCE DE LYON

## Comment pratiquer la clause d'exclusion ?

La liberté contractuelle de la SAS au cœur d'une saga jurisprudentielle  
Sous la direction du Professeur Nicolas BORGA

TRAITEMENT FISCAL DES  
PERTES DES ÉTABLISSEMENTS  
STABLES NON-RÉSIDENTS

Avec la participation de  
Thomas NONN

LIBERTÉ D'EXPRESSION AU  
TRAVAIL,  
LA FÊTE EST FINIE !

Avec la participation du cabinet  
FROMONT BRIENS

ENTREPRISES DE L'ÉCONOMIE  
SOCIALE ET SOLIDAIRE,  
COMMENT S'Y RETROUVER ?

Avec la participation du cabinet  
DELSOL AVOCATS

EN COLLABORATION AVEC

**Tout Lyon**



***Directrice de rédaction***

Marie BUZOLICH

***Maquettiste***

Alexandrine ROUSSEAU

***Rédacteurs***

Mathilde ALBERT

Lucie BESSAC

Marie BUZOLICH

Jeanne CAZORLA

Manon COUVAL

Capucine DUMOULIN

Camille FALCOZ

Carla FARAVELLON

Léna GIESBERT

Carla HOENN

Laurine LAFAY-PELORCE

Clara KIZARDJIAN

Elise LE DOUAIRON

Marie TARDINI

Valentine THIBAUT

Lara YILMAZ

***Avec l'aimable participation de***

Me Jean-Baptiste AUTRIC

Pr Nicolas BORGA

Me Nicolas CHAVRIER

Me Ludovic GENTY

M. Thomas NONN

Me Clément PUECH

Me Florence ROUILLON-LÉCHÈRE

***Directrice de publication***

Association du DJCE de Lyon

[asso.djce@gmail.com](mailto:asso.djce@gmail.com)

18, rue Chevreul

69007 Lyon

# SOMMAIRE

## 05 **POST DROIT DES SOCIETES**

*Comment pratiquer la clause d'exclusion ?*

## 12 **POST DROIT FISCAL**

*Le traitement des pertes des établissements stables non-résidents*

## 17 **POST DROIT FISCAL**

*Favoriser l'innovation et la recherche par le crédit impôt recherche*

## 20 **POST DROIT SOCIAL**

*Liberté d'expression au travail  
La fête est finie !*

## 23 **POST DROIT DE L'ESS**

*Entreprises de l'économie sociale et solidaire, comment s'y retrouver ?*

## 27 **POST DROIT PATRIMONIAL**

*Pacte Dutreil et jurisprudence :  
La prépondérance de l'activité d'animation*

## 30 **POST INTERNATIONAL**

*COP 27 and lobbyists*

# *Le mot de la rédac'*

---

Nous sommes heureux de vous présenter le 7<sup>e</sup> numéro du DJCE Post, et avec lui une nouvelle présentation des articles pour vous en faciliter la lecture !

Nous vous proposons une édition remplie de contributions d'experts sur des sujets toujours d'actualité.

Si vous souhaitez savoir comment pratiquer la clause d'exclusion en SAS au regard des très récentes jurisprudences de la Cour de cas-



sation et du Conseil constitutionnel, le Professeur Nicolas BORGA a supervisé et commenté le sujet dans notre article phare de ce numéro.

Encore une fois, le droit fiscal est notre matière de prédilection avec deux articles qui lui sont consacrés. Cette fois, nous sommes revenus sur le traitement des pertes des établissements stables non-résidents avec l'aide de Thomas NONN, juriste fiscaliste auprès de la société SIEMENS, ainsi que sur le crédit impôt recherche.

Quant au droit social, le cabinet FROMONT BRIENS nous a accompagnés afin de traiter les nouveautés autour de la liberté d'expression au travail.

Egalement, le cabinet DELSOL AVOCATS a contribué à l'écriture d'un article qui fait le point sur les nombreuses notions aux contours parfois flous faisant partie de l'économie sociale et solidaire.

Nous revenons une fois de plus sur le pacte Dutreil, un incontournable du droit patrimonial.

Enfin, vous pourrez découvrir les enjeux en termes de lobbies autour de la COP27.

Merci à tous les contributeurs, ainsi qu'au Tout Lyon qui nous conseille régulièrement et nous permet de faire vivre ce projet.

Bonne lecture !

# COMMENT PRATIQUER LA CLAUSE D'EXCLUSION ?

## LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DE LA SAS AU CŒUR D'UNE SAGA JURISPRUDENTIELLE

Par Marie BUZOLICH & Manon COUVAL

Sous la direction du Professeur Nicolas BORGA

Issue d'une loi de 1994 [1], la société par actions simplifiée (SAS) connaît un franc succès depuis lors, alliant souplesse et liberté contractuelle. Sa portée libérale contribua à la banalisation [2] du recours au mécanisme d'exclusion, admis par le biais d'une clause statutaire requérant l'unanimité lors d'une décision de la collectivité des associés. Une telle liberté contractuelle s'étendit également aux modalités de remboursement de l'associé exclu [3].

Le 19 juillet 2019, la loi Soihili [4] vient pourtant modifier la rédaction de l'article L. 227-19 du Code de commerce. L'unanimité n'est désormais plus requise dès lors qu'il s'agit d'insérer ou de modifier une clause statutaire d'exclusion. L'article L. 227-19, al. 2, du Code de commerce prévoit désormais que ces clauses peuvent être modifiées ou insérées « par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts ».

Le paysage français étant peuplé d'1,4 millions de SAS [5], cette évolution législative ne pouvait rester sans suite judiciaire. Ainsi, quatre questions prioritaires de constitutionnalité ont été récemment formulées et transmises à la Cour de cassation. L'affaire présentait un salarié et associé démissionnaire exclu par la collectivité sans pouvoir prendre part au vote, et cela en application des modalités statutaires, une telle clause étant cependant réputée non écrite [6]. Une assemblée générale fut alors convoquée afin de modifier les statuts en établissant une condition de majorité simple - en application de la loi Soihili - avec possibilité pour l'associé de prendre part au vote. Sans grande surprise, le voilà à nouveau exclu.

La Cour de cassation a décidé de renvoyer ces questions à l'appréciation du Conseil constitutionnel. En parallèle, elle en a profité pour se prononcer sur la question liée à l'applicabilité de la loi au litige

en cours. Elle a ainsi validé, sous réserve de la décision du Conseil Constitutionnel, l'application des dispositions litigieuses aux SAS antérieures [7]. Il était évidemment admis, sans l'ombre d'un doute, que le nouveau régime livré par la loi Soihili s'appliquait à toutes les SAS constituées à compter de son entrée en vigueur. En revanche, le doute a persisté jusqu'à l'intervention du Conseil concernant les SAS constituées antérieurement à ladite loi, ce qui était le cas en l'espèce.

La décision du Conseil Constitutionnel, intervenue le 9 décembre 2022, interrompt ce suspens en se prononçant en reconnaissance de la constitutionnalité du régime de la loi Soihili, admettant de ce fait la validité de la règle de la majorité dans le cadre de la procédure d'exclusion.

Il s'agit là d'une solution libérale (I) aux nombreuses conséquences pratiques (II).

[1] Loi n°94-1 du 3 janvier 1994

[2] E. Schlumberger, La constitutionnalité des clauses statutaires d'exclusion de SAS, Bulletin Joly Sociétés janv. 2023 n°01, p.9

[3] L. n° 66-537, 24 juill. 1966, art. 262-19

[4] Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, dite loi Soihili

[5] J. Delvallée, Conformité à la Constitution du dispositif d'exclusion statutaire dans les SAS, 12 janvier 2023, Dalloz actualité

[6] Cass. com., 12 oct. 2022, no 22-40013, M. C. N. c/ Société LT capital et a.

[7] *Ibid.*

## I - L'approche libérale des clauses d'exclusion

En écartant le grief tenant à une double violation du droit de propriété (A), le Conseil constitutionnel a également tranché la question tenant à l'application de la loi Soilihi aux statuts de SAS rédigés antérieurement à sa promulgation (B).

### A - Absence de violation du droit de propriété

Le requérant arguait une violation du droit de propriété tel que consacré par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen - DDHC [8] selon deux fondements : une privation non justifiée par une nécessité publique et une atteinte disproportionnée. Ceux-ci ont été cependant écartés par le Conseil Constitutionnel [9].

Le premier grief, tiré de l'article 17 de la DDHC, fut pour le moins interrogé, certains auteurs concevant parfois la clause d'exclusion comme bien éloignée de la question de nécessité publique, mais plutôt comme une "clause résolutoire plus ou moins encadrée par l'ordre public sociétaire et appliquée au contrat de société" [10], rappelant son caractère facultatif. Le Conseil constitutionnel a ainsi écarté la violation de l'article 17 de la DDHC, en rappelant

qu'il s'agit seulement d'une contrainte de cession d'actions, par essence bien différente de la notion de privation ; position qui lui valut quelques critiques, et notamment celle de ne pas être étayée [11]. Ceci se situe pourtant bien en accord avec la jurisprudence européenne qui juge effectivement l'expropriation pour cause d'utilité privée étrangère au dispositif destiné à régir les relations entre des personnes privées dans le cadre d'une procédure de retrait obligatoire [12].

Le Professeur Edmond Schlumberger présume que le Conseil est arrivé à cette conclusion du fait du caractère non automatique de cette supposée privation, nécessitant un premier accord pour insérer la clause aux statuts, puis une décision de l'organe collectif [13].

Le second grief, s'appuyant sur l'article 2 de la DDHC, se rapportait en réalité à la question du consentement lors de l'augmentation des engagements des associés, normalement obligatoire en vertu de l'article 1836 du Code civil. L'instauration d'une nouvelle clause est en effet systématiquement une augmentation des engagements des associés, ce qui reviendrait à insinuer que le législateur avait lui-même oublié ou renoncé à son droit commun [14]. Il convient plutôt d'analyser la loi Soilihi

comme instaurant une exception au droit commun. Ainsi, le moyen est écarté par le Conseil constitutionnel, qui admet l'existence d'une atteinte au droit de propriété tout en la justifiant. Il énonce en effet l'admission d'une telle clause d'exclusion en raison d'un motif d'intérêt général ; à cet égard, prenant appui sur les travaux préparatoires de la loi Soilihi, par la nécessité de cohésion de l'actionnariat et de poursuite de l'activité de la société [15]. Dans le cas particulier d'une société *in bonis*, ces objectifs se comprennent en envisageant la clause d'exclusion statutaire comme donnant maîtrise sur la composition de la société et permettant alors de remédier à un éventuel blocage [16].

Selon Julien Delvallée, la position du Conseil constitutionnel témoigne en réalité d'une prévalence assumée de l'intérêt social sur l'intérêt particulier de l'associé exclu, "et ce, conformément au souhait des majoritaires" [17], dans le cas particulier de la mésentente entre associés.

Il est également possible de comprendre cette décision en prenant en compte le fait que l'associé ne peut s'abstraire des conditions de la détention collective, cette dernière constituant ainsi, à la base, une certaine forme de "limitation" du droit de propriété.

[8] Art. 2 et 17

[9] Décision n° 2022-1029 QPC du 9 décembre 2022

[10] B. Dondero, Société par actions simplifiée : vers l'exclusion de l'exclusion ?, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 43-44, 27 oct. 2022

[11] E. Schlumberger, op. cit.

[12] CEDH, 12 oct. 1982, nos 8588/79 et 8589/79, *Bramelid et Malmstrom c. Suède*

[13] E. Schlumberger, op. cit.

[14] H. Le Nabasque, À propos des clauses d'exclusion dans la SAS après la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019, Bulletin Joly Sociétés janv. 2020 n°01, p.60

[15] *Considérant n°8*

[16] M. Germain et P.-L. Périn, SAS, La société par actions simplifiée, 6e éd., Joly éd., 2016, n° 376

[17] J. Delvallée, op. cit.

## B- Éclaircissement de l'application de la loi dans le temps

Par sa déclaration de conformité des dispositions en cause, la décision du Conseil constitutionnel tranche par le même temps "l'une des plus redoutables questions d'application de la loi dans le temps" [18]. Pour comprendre la difficulté, il convient de rappeler qu'en matière contractuelle, l'article 2 du code civil règle l'application de la loi dans le temps : "la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif" [19]. Ce principe est tout de même quelque peu poreux compte tenu des deux exceptions qui l'assouplissent : en cas de raisons d'ordre public impérieuses ou lorsque se présente une modification touchant aux "effets légaux" du contrat, autrement dit, "les effets que la loi fait produire à ce dernier" [20].

Le Conseil, en validant les dispositions de la loi Soilihi, a admis le raisonnement de la Cour de cassation qui avait justifié sa décision en affirmant que la loi Soilihi a pour objet et effet de "régir les effets légaux du contrat de société". Cette position est néanmoins ambiguë selon le Professeur Le Nabasque pour qui "tout rest(e) contractuel dans les effets" d'une telle clause dont le régime est dépendant des termes mêmes

de la stipulation en cause [21]. Une telle solution est également ambivalente car, si l'on peut l'accueillir positivement en ce qu'elle permet aux clauses antérieures de ne pas devenir illicites au regard de la jurisprudence ; cette vision libérale pourrait toutefois déjouer les attentes légitimes des associés entrés en société à certaines conditions. Ceci reste tout de même dans le sillage des buts poursuivis par la loi Soilihi, si l'on en croit les propos de M. le Sénateur Reichardt, rapporteur de la proposition de loi, qui a énoncé l'objectif de facilitation de l'exclusion d'associés faisant obstacle au bon fonctionnement de la société [22], ainsi en accord avec la grande liberté statutaire consacrée pour la SAS.

Cependant, tout cela a pu susciter des retours d'une grande divergence dans la doctrine. Cette dernière a ainsi majoritairement jonglé entre l'argument tenant au concept d'expropriation d'utilité privée [23] et celui, contraire, affirmant la conformité d'une telle application dans le temps aux conditions déjà posées par la jurisprudence [24]. La notion précitée d'expropriation fut finalement centrale dans le contentieux, si l'on s'en tient au double fondement dont se prévalaient les quatre QPC.

Nous nous rappellerons donc que le grief tenant à la méconnaissance du droit de propriété fut écarté

(voir *supra*). Sachant cela, le réel enjeu des réponses apportées par le Conseil se situe sur un terrain bien concret : les praticiens du droit peuvent désormais voir leurs pratiques questionnées.

## II- Les enjeux pratiques de la validation constitutionnelle

Une telle décision s'accompagne nécessairement d'une réelle considération de la situation concrète de l'associé exclu, notamment par la mise en place de garanties (A). D'un point de vue plus large, se questionne la pratique même des autres formes sociétaires dont le régime a, par le passé, régulièrement suivi l'impulsion donnée par les SAS (B).

### A - "Garanties" pour l'associé exclu, illusions d'une contrepartie ?

Le Conseil constitutionnel étaye sa déclaration de conformité sur un autre point encore : en vertu d'une atteinte envers la propriété proportionnée à l'objectif poursuivi. Le Conseil relie tout de même cette proportionnalité à "l'insertion de la clause d'exclusion et garanties devant assortir sa mise en œuvre" [25]. Le respect d'une procédure d'exclusion statutaire reposant "sur

[18] E. Geffray, alors rapporteur public au Conseil d'État, concl. sur CE, ass., 8 avr. 2009, n° 271737, CGE c/ Commune d'Olivet : RFDA 2009, p. 449

[19] Illustrée par Cass. 27 mai 1861

[20] N. Michon, Application dans le temps d'une loi de réforme des sociétés commerciales et atteinte au droit de propriété, Gazette du Palais n°40, p.1, 6 déc. 2022

[21] H. Le Nabasque, op. cit.

[22] Rapp. n° 657, 2015-2016

[23] Pr. Caffin-Moi, Fin de l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification de la clause d'exclusion dans les SAS, GPL 25 juin 2019, n° GPL355a1, spéc. p. 45

[24] F. Tagourla, Clause d'exclusion, entre liberté contractuelle et protection de l'associé, Dr. sociétés 2022, étude 7

[25] *Ibid.*

un motif, stipulée par ces statuts, conforme à l'intérêt social et à l'ordre public, et (non) abusive" est impératif. L'associé ne doit pas être exposé à l'arbitraire [26]. Sachant cela, l'énumération précise et exhaustive des motifs d'exclusion pourrait permettre une certaine forme de prudence, en accord avec une partie de la doctrine [27] et de la "jurisprudence constante", pour reprendre les termes du Conseil.

Cependant, la Cour de cassation semble avoir récemment pris un tournant plus libéral [28] en admettant une clause d'exclusion qui n'en précisait pas les motifs - pour le cas d'une société à capital variable, qu'une partie de la doctrine pense transposable aux sociétés à capital fixe [29]. Ainsi, cette position a pu être interprétée, par ses objectifs de cohésion et de poursuite de l'activité, comme l'admission de la mésentente comme fondement de la mesure d'exclusion [30], quand bien même il n'y aurait pas de blocage du fonctionnement social [31]. Les modalités du prix de rachat des actions sont elles aussi au cœur du sujet. L'effet collatéral (et non, à proprement parler, la contrepartie) du rachat forcé est bien entendu le remboursement des droits sociaux. Le Conseil tranche cette question par une procédure à trois étapes, simple reprise de l'article L. 227-18 du Code de commerce [32].

Le Conseil précise ensuite l'éventualité d'un contrôle judiciaire de la décision d'exclusion quant au motif et au prix de cession retenus. Il est cependant "difficile d'identifier le fondement" [33] dont pourrait se prévaloir l'associé pour contester un prix déterminé selon les modalités énoncées ci-avant, notamment à la suite de l'application d'une clause régulièrement adoptée. L'article 1843-4 du Code civil, dans sa version postérieure à la réforme de 2014 [34] pourrait bien être applicable dans notre cas. En application de l'article L. 227-18 précité, il permet la détermination du prix par expert en cas de cession de droits sociaux. En revanche, il n'est invocable que si les parties n'ont pas déjà prévu un prix déterminé et déterminable. Alors, les majoritaires risqueraient d'avoir, en application de ces règles, la "mainmise totale sur le prix de sortie" [35].

Cette décision a ainsi suscité de nombreuses critiques en doctrine. Edmond Schlumberger émet en ce sens "de sérieux doutes quant au caractère *proportionné* de l'atteinte occasionnée au droit de propriété" [36], trouvant les arguments du Conseil "désordonné(s)" voire "erroné(s)". Malgré tout, si le Conseil constitutionnel avait fait preuve d'une "conception par trop exaltée du droit de propriété", le Professeur Bruno Dondero [37] suppose que les pactes auraient

pris le relais sur la question de l'exclusion. Le Pr. Edmond Schlumberger reste de l'avis que l'attrait persistant des clauses de *bad leaver* risque malgré tout de limiter la popularité des clauses statutaires d'exclusion, qui seraient alors surtout utiles afin de contourner le consentement de l'associé, indispensable pour prévoir une décote dans une promesse de vente.

## B - Incidences pour les autres formes sociétaires

La clause statutaire d'exclusion semble à ce jour largement admise, et ce, en l'absence même d'une disposition l'autorisant expressément en droit commun. La SAS a joué un rôle majeur pour cette admission généralisée, par le biais de sa vision et conception libérale [38].

Dès le début, cette clause n'était admise expressément que dans les sociétés à capital variable et dans les sociétés coopératives, deux formes sociales ayant pour caractéristique commune d'être atypiques, ce qui ne permettait pas aux autres formes sociétaires de s'identifier pour insérer une telle clause en leur sein. C'est donc par le biais de leur introduction dans les SAS que les clauses statutaires d'exclusion se sont banalisées dans les autres formes de sociétés ; à tel point qu'aujourd'hui ces clauses sont couramment utilisées.

[26] D. Gallois-Cochet, L'obscurité clarté du régime de l'exclusion statutaire, Dr. sociétés 2014, étude 23, n° 11 ; M. Germain et V. Magnier, Les sociétés commerciales, 23e éd., LGDJ, 2022, n° 620

[27] M. Germain et P.-L. Périn, op. cit.

[28] Com. 9 nov. 2022, n° 21-10.540

[29] J.-F. Hamelin sous Com. 9 nov. 2022 ; dans le même sens, B. Dondero, sous la décision n° 2022-1029 QPC

[30] J. Delvallée, op. cit.

[31] Voir en ce sens Com. 14 oct. 2020, n° 18-19.181

[32] J. Delvallée, op. cit.

[33] J. Delvallée, op. cit.

[34] Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014

[35] Pr. Caffin-Moi, op. cit.

[36] E. Schlumberger, op. cit.

[37] B. Dondero, Société par actions simplifiée : vers l'exclusion de l'exclusion ?, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 43-44, 27 Octobre 2022, 1353

[38] E. Schlumberger, op. cit.

La réelle question ne tenait ainsi plus à la validité mais aux conditions auxquelles celles-ci se retrouvaient valides et, plus précisément, à la majorité aux termes de laquelle elles pouvaient être insérées ou modifiées. La doctrine était à cet égard véritablement divisée, oscillant entre la nécessité d'une majorité renforcée [39] et l'impératif de recueillir une unanimité [40]. La jurisprudence, quant à elle, n'a guère éclairé ce débat. Les arrêts des cours d'appel ont d'une manière générale prôné l'unanimité, sans toutefois être confirmés par la Cour de cassation, qui a préféré rester silencieuse sur ce terrain.

Au lendemain de la loi Soilihi, venant modifier les conditions de validité de la clause d'exclusion, une partie de la doctrine était peu convaincue par cette nouvelle possibilité de passer outre l'unanimité pour insérer ou modifier une telle clause, en considération de l'article 1836 du Code civil (voir *supra*). La décision du Conseil Constitutionnel a permis de mettre un terme à ce débat pour les SAS, une intervention qui a sans doute vocation à se répercuter sur les autres formes sociales en les incitant à un alignement de leur régime. En effet, il est avéré que la SAS a joué un rôle pionnier en matière de clause d'exclusion.

Il ne serait ainsi pas étonnant que les autres formes de sociétés viennent s'y identifier une nouvelle fois, puisque les dispositions les concernant demeurent encore à ce jour silencieuses. Elles pourraient ainsi voir en leur sein l'insertion et la modification d'une telle clause sans besoin de recourir à l'unanimité. Cette interprétation élargie de la décision du Conseil constitutionnel viendrait alors étendre cette forme d'exception aux dispositions de l'article 1836 du Code civil, et laisserait la possibilité à ces formes sociétaires de recourir à une majorité différente de l'unanimité.

La pratique reste à ce jour sans cadre face à ce choix de majorité dans les autres formes sociétaires. Toutefois, suivant l'évolution entourant les SAS et se rendant compte de son impact sur ces autres formes juridiques, il ne serait pas illusoire de penser que ces dernières vont se placer sous l'égide de cette décision en se conformant à la majorité prévue dans leurs statuts. Cependant, restant dans une zone de confort et prônant plutôt la prudence, il ne serait pas étonnant de voir la pratique se ranger, le temps d'avoir quelques éclaircissements législatifs ou jurisprudentiels, du côté du droit commun en conservant l'exigence d'unanimité.

En ce qui nous concerne, la décision de ces QPC aura peut-être vocation à s'étendre prochainement aux autres formes sociétaires. Toutefois, à ce jour, en l'absence de décision spécifique, il semble convenir de retourner inlassablement vers l'article 1836 du Code civil pour plus de sécurité.

**Ainsi, la clause d'exclusion statutaire peut aujourd'hui être mise en place, modifiée et actionnée sans unanimité pour les SAS. Dès lors titulaire d'un brevet de constitutionnalité, ce sujet de réflexion des "plus inépuisables et stimulants du droit des sociétés" [41] peut désormais se poser la question du brevet de conventionnalité, en considération de la notion de "déséquilibre" chère à la Cour Européenne des Droits de l'Homme...**

[39] B. Caillaud, L'exclusion d'un associé dans les sociétés, 1966, T.14, p. 250

[40] H. Le Nabasque, Agrément des cessions et exclusion d'actionnaires, RJDA 3/95, n°30, p. 200

[41] E. Schlumberger, op. cit.



## L'ŒIL DE L'EXPERT

### L'APPROCHE JURISPRUDENTIELLE DE L'APPLICATION DANS LE TEMPS EN DROIT DES SOCIÉTÉS

Par le Professeur Nicolas BORGA

Université Jean Moulin Lyon III

Directeur de l'Institut de Droit et Economie des Affaires

Réformé en permanence, le droit des sociétés est propice aux difficultés d'application de la loi dans le temps. Le plus souvent, il ne s'agit pas de s'interroger sur l'application rétroactive de la loi nouvelle, en principe proscrite par l'article 2 du Code civil, mais sur son application immédiate ou non aux situations nées avant son entrée en vigueur.

L'œuvre de Paul Roubier, ancien Doyen de la Faculté de droit de Lyon, a habitué les esprits de générations de juristes à distinguer, quant à l'application immédiate de la loi nouvelle, les situations légales des situations contractuelles. La loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir d'une situation non contractuelle, alors que la loi ancienne survit s'agissant des effets d'une situation contractuelle. Les difficultés sont récurrentes et les solutions, de nature exclusivement jurisprudentielle, sont bien souvent difficiles à anticiper.

À cet égard, le droit des sociétés se présente de façon singulière. Les statuts matérialisent le contrat de société, ce qui invite évidemment à voir là une situation contractuelle devant conduire à écarter l'application immédiate d'une loi nouvelle aux sociétés constituées avant son entrée en vigueur. Toutefois, une fois la société constituée, quantité de règles

légales peuvent trouver à s'appliquer indépendamment de la volonté des associés. Autrement dit, la conclusion du contrat de société déclenche l'application d'un statut légal qui pourrait justifier l'application immédiate de la loi nouvelle. Comme l'écrivait Roubier, le contrat n'est alors que la condition d'application d'un statut légal [1].

L'enjeu pratique est considérable. Or, depuis quelques années, la Chambre commerciale de la Cour de cassation semble avoir résolument pris le parti de la pratique, ce qui, en certaines situations, peut conduire à déjouer les prévisions des justiciables, à rebours donc d'une forme de tradition en matière d'application de la loi dans le temps.

La question s'est tout d'abord posée au sujet de la réécriture de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014. Les spécialistes du droit des sociétés savent que ce texte est venu briser une jurisprudence de la Cour de cassation affirmant que l'expert désigné sur le fondement de ce texte devait rester libre du choix des critères à appliquer pour déterminer la valeur des titres sociaux [2]. Aussi, il était impossible de prétendre le lier par des clauses statutaires ou extrastatutaires lui prescrivant des modalités de

[1] P. Roubier, *Le droit transitoire, conflits de lois dans le temps*, rééd. 2008, Dalloz, n° 84, p. 423

[2] V. not. Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17465 ; BJS sept. 2009, n° 147, p. 728, note A. Couret ; JCP E 2009, 1767, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; D. 2009, p. 2195, note B. Dondero ; Rev. sociétés 2009, p. 503, note J. Moury – V. déjà Cass. com., 4 déc. 2007, n° 06-13912 ; BJS mars 2008, n° 49, p. 216, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2008, p. 341, obs. J. Moury ; JCP E 2008, 1159, note H. Hovasse.

[3] Sur ce débat, v. not. D. Gallois-Cochet, *L'application dans le temps de l'article 1843-4 du Code civil*, BJS janv. 2015, n° 112x6, p. 51 ; J. Moury, *Réflexions sur l'application dans le temps de l'article 1843-4 du Code civil*, D. 2017, p. 1992 ; F.-X. Lucas et D. Poracchia, *Le nouvel article 1843-4 du Code civil*, BJS nov. 2014, n° 112s7, p. 474, spéc. note 11 ; N. Borga, *L'application dans le temps du nouvel article 1843-4 du Code civil*, D. 2014, p. 2359.

[4] Cass. com. 18 nov. 2020, n° 19-13.405. De manière annonciatrice, mais l'intervention de l'expert intervenait alors consécutivement à l'exercice d'un droit de retrait au sein d'une société civile professionnelle si bien que l'on était assez nettement en présence d'une situation légale, v. Cass. 1re civ.,

détermination de la valeur des titres.

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 1843-4 du Code civil prévoit désormais que l'expert « est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties ».

Une difficulté d'application de la loi dans le temps devait inmanquablement surgir avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 31 juillet 2014 : devait-on considérer que la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 du Code civil s'applique uniquement aux statuts et autres actes rédigés après son entrée en vigueur ou pouvait-on admettre que la nouvelle règle légale permettait de régulariser des clauses qui, jusque-là, n'échappaient pas aux fourches caudines de la Chambre commerciale de la Cour de cassation [3]. Satisfaisant probablement les attentes des praticiens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a pu juger dans un arrêt du 18 novembre 2020 que « les effets légaux d'un contrat étant régis par la loi en vigueur à la date où ils se produisent, l'article 1843-4 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, est applicable aux expertises ordonnées à compter du 3 août 2014, date de son entrée en vigueur » [4].

La chambre commerciale a donc fait le choix d'ériger la décision de désignation de l'expert en critère essentiel de détermination du droit applicable, la désignation de l'expert étant qualifiée d'« effet légal du contrat ». Ce mode de raisonnement n'était pas inédit pour la Cour de cassation [5] et rejoignait la position de Roubier qui considérait que la loi nouvelle s'applique immédiatement chaque fois qu'elle modifie un statut légal dont le contrat n'est que la condition [6].

Alors même qu'elle a renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est restée fidèle à cette approche dans son arrêt rendu le 12 octobre 2022, jugeant que les articles L. 227-16 et L. 227-19 du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, « qui suppriment l'exigence d'unanimité pour l'adoption ou la modification d'une clause statutaire d'exclusion dans les sociétés par actions simplifiées, ont pour objet et pour effet de régir les effets légaux du contrat de société. Elles sont, par suite, applicables aux sociétés par actions simplifiées créées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 » [7]. Extrêmement libérale, et dangereuse pour l'associé qui a intégré une SAS avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 juillet 2019 et pensait ne jamais voir une clause d'exclusion insérée ou modifiée contre son gré, la solution n'a pas été remise en cause par la décision du Conseil constitutionnel rendue le 9 décembre 2022 [8].

Les « effets légaux du contrat de société » sont donc le vecteur d'une application immédiate de la loi nouvelle assez généralisée en droit des sociétés, tout du moins chaque fois que les statuts - voire un acte extrastatutaire - renvoient à un dispositif obéissant à un régime légal. Cela évite une multiplication de statuts juridiques en fonction de la date de constitution d'une société ce qui est évidemment un facteur de simplicité et de sécurité juridique. Cela a toutefois un prix : le sacrifice de certains intérêts individuels, ce qui s'inscrit dans une approche relativement libérale du droit des sociétés par la Chambre commerciale de la Cour de cassation et observable depuis quelques années.

8 janv. 2020, n° 17-13863 ; Cass. 1re civ., 9 mai 2019, n° 18-12073.

[5] V. par ex., au sujet de l'application immédiate des dispositions de la loi Murcef du 11 décembre 2001, en matière de loyers des baux commerciaux, Cass. 3e civ., 18 févr. 2009, n° 08-13143.

[6] P. Roubier, Le droit transitoire, conflits de lois dans le temps, rééd. 2008, Dalloz, n° 84, p. 423 : « Pour qu'une loi nouvelle puisse s'appliquer à un contrat en cours, il faut qu'elle établisse ou modifie un statut légal, et qu'elle ne soit pas simplement une loi relative aux conditions de validité d'un contrat »

[7] Cass. com. 12 oct. 2022, n° 22-40.013.

[8] Cons. const., QPC, 9 déc. 2022, n° 2022-1029.

# TRAITEMENT DES PERTES DES ÉTABLISSEMENTS STABLES NON-RÉSIDENTS

Par Clara KIZARDJIAN & Valentine THIBAUT

Sous la supervision de Thomas NONN, juriste fiscaliste - SIEMENS

Concept central des conventions fiscales bilatérales conclues par les Etats du monde, les administrations fiscales et les juridictions ne cessent de s'efforcer de définir au mieux les contours de la notion d'établissement stable. Ce critère primordial permet d'accorder à un Etat le pouvoir d'imposition sur les bénéfices qu'il génère, au nom de la société qui l'exploite. A ce titre, lorsqu'une société résidente dispose d'un établissement stable dans l'autre Etat partie à la convention fiscale, elle sera imposée sur les revenus générés par ce dernier dans cet Etat. Pour une société, pouvoir déduire les pertes subies par un établissement stable situé dans un autre Etat constitue un avantage fiscal indéniable. Néanmoins, cet avantage n'est accordé que dans certaines situations bien précises.

Une saga jurisprudentielle tient en haleine tous les professionnels du droit en la matière depuis 2005. Il nous semblait alors opportun de faire le point sur la mise en œuvre de l'imputation des pertes réalisées par les établissements stables non-résidents (I) à la lumière du dernier arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) W, en date du 22 septembre 2022 [1] (II).

## I - La mise en œuvre de l'imputation des pertes

### A - Genèse de la question, Marks & Spencer

Tout commence avec l'arrêt *Marks & Spencer*, rendu par la CJCE le 13 décembre 2005 [2], qui admet pour la première fois l'imputation sur le résultat fiscal d'une société résidente d'un Etat membre de l'Union Européenne (UE) des pertes réalisées par une filiale non-résidente.

Dans cette affaire se posait la question de savoir si une législation, en vertu de laquelle seules les pertes d'une filiale résidente pouvaient être imputées sur le résultat fiscal de sa société mère, était conforme au principe fondamental qu'est la liberté d'établissement visée à l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

La Cour a répondu par la négative et a considéré que ce type de législation était susceptible de dissuader les sociétés de créer des filiales dans d'autres Etats membres. En d'autres termes, accorder à une société le droit

d'imputer les pertes réalisées par une filiale résidente, mais en refuser l'imputation lorsqu'elles sont réalisées par une filiale située dans un autre Etat membre constitue une différence de traitement susceptible d'être incompatible avec la liberté d'établissement. Une telle restriction ne saurait être admise que si les situations ne sont pas comparables ou, si elles le sont, si la restriction est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnée aux objectifs qu'elle poursuit.

En effet, une société détenant une filiale dans son Etat membre de résidence ne se trouve pas dans une situation comparable à celle détenant une filiale dans un autre Etat membre au regard du traitement des déficits. Donc, en principe, le droit national qui refuse la déduction des pertes réalisées dans un autre Etat membre par une filiale ou un établissement stable est conforme au droit de l'Union européenne. Il en va différemment lorsque les pertes de la filiale étrangère sont considérées comme définitives. Dans ce cas, ces deux situations sont comparables et une telle impossibilité d'imputation devient dis-

[1] CJUE, 22 septembre 2022, C-538/20, Arrêt W

[2] CJCE, Grande Chambre, 13 décembre 2005, C-446/03, Arrêt Marks & Spencer

proportionnée au regard des objectifs poursuivis par la législation en cause.

S'en sont suivis de nombreux arrêts, tantôt élargissant le champ d'application, notamment l'arrêt *Lidl Belgium* [3], étendant cette exception aux pertes issues d'établissements stables ; tantôt apportant des précisions.

Par conséquent, lorsque les situations sont comparables, la liberté d'établissement oblige l'État de situation de la société disposant d'une filiale ou d'un établissement stable européen à permettre l'imputation des déficits desdites filiales ou établissements, lorsque ceux-ci ont épuisé dans leur État de résidence toutes les possibilités de prise en compte de leurs pertes.

## B - Définition des pertes définitives imputables

Introduite par l'arrêt *Marks & Spencer*, la définition des pertes définitives est devenue de plus en plus exigeante.

En 2005, la CJCE précise que la filiale non-résidente doit, d'une part, avoir "épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui existent dans son État de résidence", et, d'autre part, ne plus avoir de possibilités de valoriser celles-ci, soit par elle-même, soit par un tiers, notamment en cas de cession de la filiale à celui-ci. Les

arrêts ultérieurs ont particulièrement insisté sur l'impossibilité de valorisation des pertes par la filiale déficitaire.

Ainsi, le caractère inutilisable des pertes ne peut découler que de circonstances de faits. En ce sens, la CJUE a jugé que tant que la filiale continue de percevoir des recettes, même minimales, il existe une possibilité d'utilisation de ses pertes dans son État de résidence [4]. En somme, une liquidation sans possibilité de valorisation des pertes par une cession entraîne *de facto* le caractère définitif des pertes pour la filiale [5]. En revanche, selon la CJUE, cette impossibilité de valorisation ne peut résulter de la législation de l'État de résidence de la filiale déficitaire qui, par exemple, limiterait le report des déficits.

La situation est plus favorable aux établissements stables déficitaires non-résidents puisque cette condition de valorisation ne leur est pas applicable. Dans son fameux arrêt *Bevola* [6], la CJUE rappelle sa décision *Marks & Spencer* et considère que, dans le cadre d'un établissement stable, les pertes acquièrent un caractère définitif lorsque, d'une part, la société qui exploite l'établissement stable a épuisé toutes les possibilités de déduction de ces pertes offertes par le droit de son État de résidence et, d'autre part, elle a cessé de percevoir de ce dernier de quelconques recettes.

Cette position a été confirmée par les tribunaux français. Dans un arrêt remarqué du 9 juin 2022, la Cour administrative d'appel de Versailles s'est alignée sur la CJUE [7] : à la différence d'une filiale, l'impossibilité de valorisation n'est pas une condition pour caractériser le caractère définitif des pertes d'un établissement stable.

En effet, le rapporteur public l'explique par le fait que le prix de cession d'une filiale peut intégrer la valeur de l'avantage fiscal que représente la déductibilité des pertes pour le futur, le prix tenant compte de l'actif et du passif. En revanche, les établissements stables font partie du patrimoine de la société qui le détient, et leurs pertes et bénéfices sont attribués directement au résultat de la société.

Il est certain que la position du Conseil d'Etat face à cet arrêt sera scrutée.

## II - L'arrêt W, nouveau tournant dans la saga jurisprudentielle

### A - La comparabilité des situations, une détermination complexe

Une société de droit allemand a revendiqué l'exception de l'arrêt *Marks & Spencer* pour imputer les pertes de sa succursale, désormais

[3] CJCE, quatrième chambre, 15 mai 2008, C-414/06, Arrêt *Lidl Belgium GmbH & Co. KG contre Finanzamt Heilbronn*

[4] CJUE, Grande Chambre, 3 février 2015, affaire C - 172/13, Commission européenne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

[5] CJUE, première chambre, 19 juin 2019, C-607/17, Arrêt *Memira et CJUE*, 19 juin 2019, C-608/17, Arrêt *Holmen*

[6] CJUE, *Bevola*, 12 juin 2018, Affaire C-650/16

[7] CAA de Versailles, 3ème chambre, 09/06/2022, 19VE03130

fermée, sur son résultat fiscal, ce qui a été refusé par l'administration fiscale locale.

Le droit interne allemand prévoyait un assujettissement intégral des revenus et des pertes de l'établissement stable non-résident à l'impôt sur les sociétés allemand. En d'autres termes, les dispositions nationales avaient assimilé un établissement stable résident à un établissement stable non-résident du point de vue de la prise en compte de ses bénéfices et pertes. La convention fiscale anglo-germanique, quant à elle, prévoyait une imposition exclusive des revenus de cet établissement stable au Royaume-Uni, ainsi qu'un règlement des doubles impositions par la méthode de l'exonération. Symétriquement, les pertes réalisées par cet établissement stable n'étaient imputables que dans cet État.

Selon la Cour, la situation de la société détenant un établissement stable résident et celle d'une société détenant un établissement stable non-résident ne sont pas comparables du point de vue du TFUE au regard des objectifs poursuivis : "prévenir ou atténuer la double imposition des bénéfices et, symétriquement, la double déduction des pertes dans le chef des sociétés résidentes".

La CJUE justifie sa position au motif que, lorsque l'État de résidence de la société détenant un établissement stable non-résident

assimile les établissements stables résidents et non-résidents, les situations sont en principe comparables. Cependant, tel n'est plus le cas lorsque cet État a renoncé par voie conventionnelle au droit d'imposer les revenus de ce dernier.

L'arrêt W s'inscrit en réalité dans une certaine continuité et nous fait notamment repenser à l'arrêt Timac Agro [8]. Dans la première question préjudicielle de cet arrêt, la CJUE fait de l'assimilation par le droit interne d'un établissement stable résident et non-résident un facteur de comparabilité au regard des objectifs poursuivis par la législation interne. Elle fait ensuite des modalités de renoncements à l'imposition de ses résultats un élément de justification de la restriction au regard des objectifs qu'elle poursuit. Sont particulièrement mis en avant les objectifs de répartition équilibrée du pouvoir d'imposer et la prévention de la double déduction des pertes.

Au regard de ces objectifs, la CJUE juge comparable la situation d'un établissement stable résident et non-résident lorsque le droit de l'État membre les assimile pour la prise en compte de leurs pertes.

Toutefois, est justifiée et proportionnée au regard des objectifs précités la législation qui conduit à la réintégration des déficits de cet établissement dans les résultats de la société en cas de cession de celui-ci, lorsque l'État de résidence

de la société renonce par voie conventionnelle à son droit d'imposer ses revenus.

Dans la seconde question préjudicielle, la CJUE juge non comparable les situations d'un établissement stable résident et d'un non-résident lorsque la législation nationale n'assimile pas ces derniers du point de vue de la prise en compte des pertes et que cet État a renoncé conventionnellement à son droit d'imposer les revenus de cet établissement.

En réalité, comme cela a été souligné par l'avocat général dans ses conclusions, la réelle explication à cette décision tient au fait que les pertes n'étaient tout simplement pas définitives.

## *B - L'absence de remise en cause de l'arrêt Bevola*

Dans l'arrêt W, la CJUE nous précise que la différence de situation avec l'arrêt Bevola repose sur le fait que, dans cette affaire, l'État membre de résidence de la société qui demandait l'imputation des pertes avait renoncé conventionnellement et non unilatéralement, via son droit interne, à son droit d'imposer les résultats de son établissement stable non-résident.

Dans l'arrêt Bevola était en cause la législation danoise, qui prévoyait qu'une société résidente pouvait imputer sur son résultat fiscal les pertes subies par un établissement

[8] CJUE, 17 décembre 2015, affaire C-388/14

stable résident, ainsi que, sur option pour l'intégration fiscale dite "internationale", celles d'un établissement stable non-résident. A l'inverse, les pertes d'un établissement stable non-résident, pour lequel l'option pour l'intégration fiscale n'avait pas été exercée, ne pouvaient s'imputer sur le résultat fiscal du groupe – ni en cours d'exploitation de l'établissement, ni lors de sa fermeture. Ainsi, la législation nationale ne prévoyait pas une assimilation des établissements stables résidents et non-résidents du point de vue de la prise en compte des pertes.

L'Etat danois a mis en avant l'argument du risque de double utilisation des pertes pour justifier cette restriction, mais la Cour n'a pas suivi ce raisonnement. Elle précise que, lorsque les pertes sont définitives, "la situation d'une société résidente détenant un tel établissement n'est pas différente de celle d'une société résidente détenant un établissement stable résident, au regard de l'objectif de prévention de la double déduction des pertes ».

De plus, la CJUE analyse la comparabilité des situations au regard d'un autre objectif : assurer l'adéquation de l'imposition d'une société qui détient l'établissement stable avec sa capacité contributive. Ainsi, la Cour conclut que la capacité contributive d'une société – qui détient un établissement stable non-résident ayant subi des pertes définitives – est affectée de

la même manière que celle d'une société disposant d'un établissement résident ayant subi des pertes.

Enfin, l'arrêt Bevola met un point d'honneur à écarter une interprétation trop restrictive de l'arrêt Timac Agro, en exposant que la comparabilité des situations ne saurait être exclue au seul motif que le droit national en question les traite de façon différente.

Ainsi, dans les cas où il n'y a pas d'assimilation entre un établissement stable résident et un non-résident, le facteur de comparabilité – entre la situation des sociétés détenant de tels établissements du point de vue des objectifs poursuivis par les législations nationales – est le caractère définitif ou non des pertes.

Une première lecture de l'arrêt W peut donc laisser penser qu'il s'agit d'un revirement de la jurisprudence Bevola. Pourtant, l'analyse de comparabilité réalisée par la CJUE dans l'arrêt W demeure compatible avec l'arrêt Bevola. Finalement, le véritable apport de cet arrêt concerne en réalité les législations assimilant un établissement stable résident à un non-résident. L'arrêt Bevola avait permis de relativiser la portée de l'arrêt Timac Agro et assurait aux sociétés résidentes de ce type d'Etat de garder espoir quant à la possible imputation des pertes de leurs établissements stables non-résidents lorsque celles-ci étaient définitives. L'arrêt

W est venu contredire cette analyse lorsque l'Etat membre de résidence de la société a renoncé par voie conventionnelle à son droit d'imposer ses revenus via une clause prévoyant une imposition exclusive dans l'Etat de situation de l'établissement et une clause réglant la double imposition par la méthode de l'exonération.

La distinction entre une renonciation unilatérale et une renonciation conventionnelle du droit d'imposer les résultats de l'établissement stable non-résident est donc primordiale pour déterminer si les situations des établissements stables résidents et non-résidents sont comparables.

**En conclusion, cet arrêt et la lecture de la jurisprudence en la matière nous permettent de mettre en lumière deux situations dans lesquelles les pertes peuvent être imputables :**

- **L'Etat de résidence de la société mère a assimilé les établissements stables résidents et non-résidents et n'a pas renoncé conventionnellement à son pouvoir d'imposition sur les revenus qu'il réalise, et dans ce cas les situations sont comparables ;**
- **Cet Etat ne procède pas à une telle assimilation et renonce unilatéralement à son droit d'imposer. Dès lors, les situations sont comparables et les pertes imputables lorsqu'elles sont définitives.**



## L'ŒIL DE L'EXPERT

Par Thomas NONN

Juriste fiscaliste - SIEMENS

Alors que la question de l'imputation par une société des pertes réalisées par les établissements stables non-résidents semblait sur le point de trouver une issue favorable, l'arrêt W a réussi à ajouter de la complexité à la complexité. Malgré tout, cette décision, dont la portée est difficile à saisir, reste explicable au regard de la jurisprudence antérieure et ne semble pas témoigner d'un réel revirement.

Il faut reconnaître que le choix par la CJUE des modalités de renonciation à l'imposition des bénéfices de l'établissement stable comme facteur de comparabilité des situations apparaît comme particulièrement curieux. En effet, la Cour considère que la répartition de la compétence fiscale par les conventions bilatérales relève de l'autonomie des Etats membres en matière de fiscalité directe. Cependant, l'exercice du pouvoir d'imposition ainsi réparti doit nécessairement respecter le droit communautaire[1].

Dans ce cas, le droit national, tel qu'il résulterait de l'application d'une convention fiscale prévoyant un droit exclusif de considérer les revenus et les pertes d'un établissement stable étranger dans son Etat membre de situation, introduirait une discrimination en ne permettant pas à la société d'imputer les pertes de celui-ci lorsqu'elles peuvent être considérées comme définitives. Finalement, le droit national qui résulte de l'application de la convention conduirait à une absence d'assimilation des établissements stables résidents et non-résidents et le facteur de comparabilité devrait reposer sur le caractère définitif ou non des pertes en question.

### Qu'en est-il pour la France ?

L'article 209 du CGI retient un principe de territorialité de l'IS et le BOFIP exclut expressément la prise en compte des bénéfices et des pertes des établissements stables des sociétés françaises. Le droit français n'assimile donc pas établissements stables résidents et non-résidents et renonce unilatéralement au droit d'imposer les résultats de ceux-ci. Par conséquent, leur situation sera comparable lorsque les pertes de l'établissement stable peuvent être qualifiées de définitives. La législation française se situerait donc dans l'hypothèse de l'arrêt Bevola et non celle de l'arrêt W.

La rédaction de l'arrêt Timac Agro conduit à penser que les solutions retenues par la CJUE s'expliquent par l'application effective, et non théorique, de la convention fiscale conduisant à la renonciation au droit d'imposer les résultats de l'établissement stable étranger.

Ainsi, l'analyse qui précède devrait d'autant plus s'appliquer à la France dont les tribunaux reconnaissent le principe de subsidiarité des conventions fiscales. La renonciation serait totalement unilatérale, sans même qu'il soit nécessaire de faire application de la convention fiscale applicable, dans les cas où les dispositions du CGI et du BOFIP sont suffisantes pour qualifier un établissement stable étranger et exclure du champ d'application territorial de l'IS les bénéfices et les pertes réalisés par lui.

Les décisions françaises et européennes sur le sujet devront donc être scrutées avec attention. Cependant, l'étude de la jurisprudence et des conclusions des avocats généraux témoignent d'une certaine hostilité à l'égard de l'exception Marks & Spencer et les tribunaux agissent souvent en opportunité pour réduire son champ d'application. Affaire à suivre...

[1] CJCE 19 janvier 2006 aff. 265/04, 3e ch., Margaretha Bouanich

# FAVORISER L'INNOVATION ET LA RECHERCHE PAR LE CRÉDIT IMPÔT RECHERCHE

Par Mathilde ALBERT, Capucine DUMOULIN & Camille FALCOZ

Le crédit d'impôt recherche (CIR) constitue une incitation directe des entreprises à effectuer des travaux de recherche et de développement (R&D). Il a pour objectif d'améliorer l'innovation et la compétitivité des entreprises.

Les entreprises peuvent, grâce à ce crédit, engager des dépenses de recherche et développement, et ainsi être en partie remboursées sur ces dernières. Le Conseil d'Etat (CE) qualifie le CIR d'« aide publique en faveur des entreprises ».

Il a été mis en place par la loi de finance de 1983, mais il a fallu attendre 2004 – date à laquelle il est pérennisé et devient un crédit d'impôt à part entière – pour qu'il connaisse un véritable essor.

Une réforme majeure intervient en 2008 : le montant du CIR est désormais calculé uniquement sur le volume des dépenses engagées en R&D. Une mise à jour du BOFIP du 13 juillet 2021 est venue apporter des précisions quant au régime du CIR, alignant la définition sur celle du manuel de Frascati.

Les activités de R&D éligibles au CIR sont désormais « les activités créatives et systématiques des entreprises en vue d'accroître la somme des connaissances – y compris la connaissance de l'humanité, de la culture et de la société – et de concevoir de nouvelles applications à partir des connaissances disponibles ».

Il représente dorénavant une dépense fiscale de plus de 7 milliards d'euros.

Au vu de l'essor du CIR et de son champ d'application large, se pose ainsi la question de la définition et du régime du CIR ainsi que celle des éventuels abus qui en résultent.

## I - Qu'est-ce que le CIR ?

Le CIR est ainsi une mesure de soutien aux activités de R&D des entreprises, sans véritable considération de leur secteur ou de leur taille. En effet, l'entreprise industrielle, commerciale, artisanale et agricole, quel que soit son statut juridique, peut en bénéficier.

Cette dernière doit être soumise à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu dans la catégorie des BIC et être imposée d'après son bénéfice réel (normal ou simplifié), ceci à quelques exceptions près.

Ces opérations de recherches regroupent alors des activités de recherche fondamentale, de recherche appliquée et des activités de développement expérimental. L'éligibilité au CIR repose alors sur le fait que les dépenses doivent correspondre à la fois à des opérations de recherche localisées au sein de l'Espace économique européen (EEE), sauf pour les dépenses de veille technologique et de défense des brevets, et elles doivent également avoir été retenues pour déterminer le résultat imposable à l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés. Selon la liste établie par le Code Général des Impôts [2], peuvent être prises en exemple les dotations aux amortissements des biens et bâtiments affectées à la recherche ou encore les rémunérations supplémentaires des salariés auteurs d'une invention.

[1] BOI-BIC-RICI-10-10-10-20, n°1

[2] Article 244 quater B II du CGI

Pour bénéficier du CIR, chacun de ces cinq critères doit être caractérisé : l'activité doit comporter un élément de nouveauté, un élément de créativité, un élément d'incertitude et cette activité doit être systématique et transférable, reproductible.

Ces entreprises qui engagent des dépenses de recherche fondamentale et de développement expérimental peuvent alors bénéficier du CIR. Le crédit d'impôt est imputé sur l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés dû par l'entreprise pour l'année pendant laquelle les dépenses de recherche ont eu lieu.

[3] En cas d'impossibilité d'imputation sur un bénéfice trop faible par exemple, le crédit excédentaire non imputé constitue une créance sur l'État, qui peut être utilisée pour le paiement de l'impôt dû au titre des trois années suivantes.

À la fin de ce délai de trois ans, la créance est remboursable. Éventuellement, un remboursement anticipé de la créance du CIR est possible pour certaines entreprises (entreprises nouvelles, en procédure collective, jeunes entreprises innovantes ou encore à certaines conditions d'effectif et de chiffre d'affaires).

De plus, le taux du CIR varie selon le montant des dépenses de recherche d'un taux de 5% pour des dépenses de recherches au-delà de 100M€ et de 30% pour celles inférieures à ce même montant. [4]

Par ailleurs, le CIR se détermine par année civile, indépendamment de la date de clôture de l'exercice et une prise en compte des subventions publiques reçues pour les projets ouvrant droit au CIR entraînent la déduction de leur montant sur les bases de calcul du crédit.

Enfin, plus formellement, pour bénéficier du CIR, l'entreprise doit joindre l'imprimé 2069-A-SD à sa déclaration de résultats et l'envoyer par l'intermédiaire d'un partenaire EDI (échange de données informatisées).

Pour s'assurer que leurs projets de recherche ouvrent droit au CIR, les entreprises peuvent interroger l'administration [5] comme le Ministre chargé de la recherche.

## **II - CIR et abus de droit**

Le CIR est une mesure d'incitation fiscale très avantageuse pour les sociétés. Dès lors, la question de l'abus de droit mérite d'être soulignée. C'est ainsi l'hypothèse d'actes ayant pour but exclusif le bénéfice du CIR.

À titre de rappel, l'abus de droit est règlementé par l'article L64 du Livre de procédures fiscales (LPF).

Ce dernier distingue l'abus de droit par simulation, concernant les actes juridiques fictifs, et les abus de droit par fraude à la loi. Dans ce dernier cas, l'abus est plus subtil car il relève d'un montage juridique

artificiel tandis que les actes sont bien réels.

*La lettre du texte est respectée, mais son esprit est violé.* [6]

Le contrôle de l'administration peut alors concerner la réalité de l'affectation à la recherche et développement, l'innovation des dépenses prises en compte pour la détermination du CIR ou encore la réalité des montages juridiques lors de sous-traitance en cascade.

C'est sur ce dernier point que le Comité de l'abus de droit fiscal a rendu un avis le 15 octobre 2020 [7] à propos de l'interposition artificielle d'une société dans le but exclusif de bénéficier du CIR.

En l'espèce, une société française ayant une activité de recherche et de développement sous-traitait tous les travaux au Commissariat à l'Énergie Atomique et aux Énergies Alternatives (CEA).

Ce dernier facturait ses services à la société française, qui les facturait en retour à sa société mère norvégienne. Ayant un résultat déficitaire, la société française a pu bénéficier du remboursement de ses créances au titre du CIR.

Dans cette affaire, l'administration fiscale a estimé que la société fille constituait une société écran de la société mère norvégienne et que

[3] Article 199 ter B du CGI

[4] Article 244 quater B al 1 du CGI

[5] Article L80 B, 3° du LPF

[6] Martin COLLET, Droit fiscal, 9ème édition PUF

[7] Affaire 2020/26

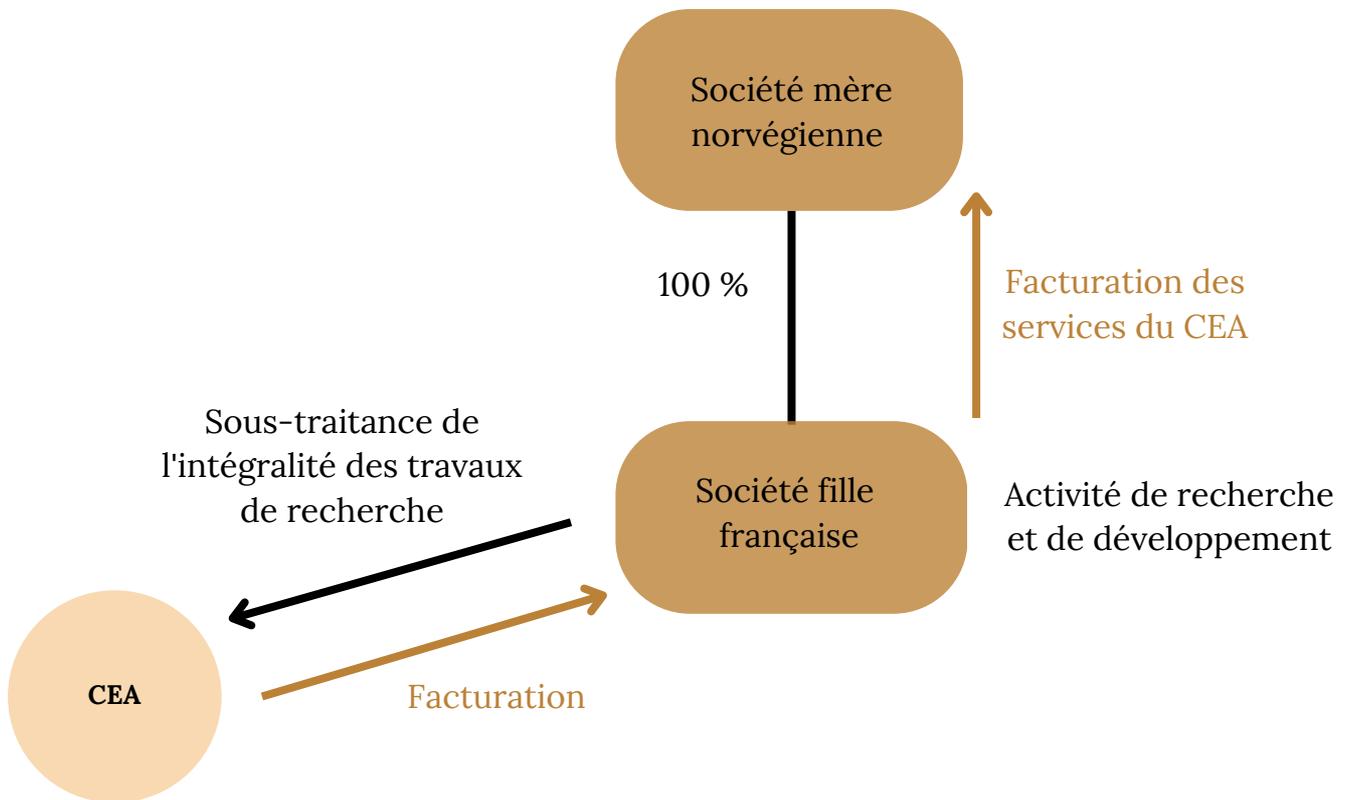
son objet exclusif était de bénéficier de crédits d'impôt en faveur de la recherche. Cependant, cette qualification n'a pas été retenue par le Comité. Pour ce dernier, la société française a bien une substance économique et juridique, elle est seulement en phase

« d'amorçage » mais son objet ne peut être remis en cause.

L'administration, qui n'est pas tenue par l'avis du Comité, s'est toutefois rangée de son côté.

A la lumière de cette affaire, la ten-

dance est plutôt favorable au CIR et sa mise en œuvre. Des abus peuvent certes être commis, mais le Comité n'adopte pas une position stricte à leur égard.



# LIBERTÉ D'EXPRESSION AU TRAVAIL

## LA FÊTE EST FINIE !

Par **Lucie BESSAC, Léna GIESBERT & Elise LE DOUAIRON**

Sous la supervision de Maîtres Nicolas CHAVRIER & Ludovic GENTY, avocats associés - cabinet FROMONT BRIENS

La liberté d'expression est garantie tant par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 que par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

Les juridictions ont eu à manier cette liberté fondamentale dans le cadre des relations de travail, tant pour protéger un salarié que pour le sanctionner lorsqu'il en abuse, tout en opérant une balance délicate.

### **I - La liberté d'expression protectrice du salarié**

Par un arrêt retentissant rendu le 9 novembre 2022, la chambre sociale de la Cour de cassation a déclaré nul le licenciement qui avait été fondé sur l'insuffisance professionnelle d'un salarié qui avait refusé de participer à la "culture de l'apéro" de son entreprise. Les méthodes managériales de l'employeur étaient quelque peu originales. L'entreprise mettait ainsi en avant les valeurs "fun & pro", s'illustrant

de ce fait par la présence aux séminaires annuels et pots de fin de semaine.

Ces célébrations se distinguaient par l'encouragement par les associés de l'entreprise à avoir une consommation d'alcool très importante, ces derniers prônant en parallèle la promiscuité, les brimades et incitations à divers excès. Parmi ces dernières, le salarié citait notamment "l'obligation de partager son lit avec un autre collaborateur" ou encore "l'affichage dans les bureaux de photos déformées et maquillées".

L'employeur reprochait au salarié d'avoir exprimé son refus de partager ces valeurs en ne prenant pas part à la "culture de l'apéro" de la société et en étant critique vis-à-vis des méthodes managériales, et prononçait ainsi son licenciement.

La cour d'appel de Paris suivi l'argumentation de l'employeur et valida le licenciement, considérant que les reproches faits au salarié ne constituaient pas une violation de sa liberté d'expression.

Au-delà de son refus de prendre part aux petites célébrations de la société, c'est surtout le "ton cassant", le "manque d'écoute" et "l'impossibilité à accepter le point de vue des autres" qui sont autant de raisons qui permettent de fonder le licenciement, d'après la cour d'appel [1]. Le salarié n'en démord pas et se pourvoit en cassation, en espérant que la liberté d'expression trouvera écho chez les juges de la haute juridiction...

Son argumentaire fondé sur cette liberté fondamentale est retenu par la chambre sociale de la Cour de cassation [2]. Dans son arrêt, la haute juridiction rappelle de manière classique que, sauf abus, le salarié doit pouvoir jouir de sa liberté d'expression tant dans l'entreprise qu'en dehors de celle-ci.

Ainsi, son refus de participer à la "culture de l'apéro" de l'entreprise par laquelle il est employé ne constitue qu'une simple manifestation de sa liberté d'expression, non pas un abus de cette dernière.

Dès lors, son licenciement doit être

[1] CA Paris, 6-9, 10 mars 2021, n° 18/08200

[2] Cass. soc., 9 novembre 2022, n° 21-15.208

annulé puisque violant une liberté fondamentale.

On retiendra de cet arrêt que refuser de s'inscrire dans une culture d'entreprise prônant divers excès ne peut pas constituer une cause licite de licenciement ! Cet arrêt consacre aussi le caractère illicite du licenciement prononcé en raison de l'exercice, par le salarié, de sa liberté d'expression.

### *Refuser de s'inscrire dans une « culture de l'apéro » n'est pas une cause licite de licenciement.*

Pour autant, cette solution ne peut être retenue que lorsque le salarié ne commet pas d'abus. On ne peut en dire autant lorsque ce dernier tient des propos déplacés.

### **II- La tenue de propos déplacés dans l'enceinte du travail**

La juridiction judiciaire a en effet développé toute une jurisprudence relative à la tenue de propos déplacés par le salarié dans l'enceinte de l'entreprise. Ainsi, la Cour de cassation a eu à maintes reprises l'occasion de se prononcer sur la tenue de propos racistes [3], de plaisanteries sexistes [4] et autres propos déplacés.

La Cour de cassation a donc tissé une jurisprudence solide à l'égard de ces comportements répréhensibles. Il restait néanmoins à savoir si la juridiction administrative allait s'aligner sur cette dernière.

En l'espèce, un salarié protégé se permettait de faire des plaisanteries sur le porc en s'adressant à ses collègues de confession musulmane, et autres taquineries à l'égard de ses collègues de sexe féminin. Cette attitude, répétée et irrespectueuse, a conduit son employeur à solliciter une autorisation de licenciement, qui, après avoir été rejetée par l'Inspection du travail, a été accordée par le Ministre.

Le salarié a alors effectué un recours contentieux à l'encontre de cette décision. Est alors, pour la première fois, donnée l'occasion à la juridiction administrative de se prononcer à cet égard.

Bien que le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Paris aient pu suivre le salarié dans l'argumentation qu'il soutenait pour solliciter l'annulation de cette décision, son humour n'a pas plu à tout le monde. En effet, par un arrêt rendu le 7 octobre 2022, le Conseil d'État affirme que la tenue régulière de propos sexistes et racistes par un salarié protégé à l'égard de ses subordonnées constitue une faute d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement [5].

Cette faute est notamment caractérisée par le fait que les propos tenus "visaient systématiquement et de manière répétée des salariées ayant pour point commun d'être des femmes, supposément d'origine maghrébine et de confession musulmane", selon les conclusions du rapporteur public de l'affaire, et faisant explicitement référence, d'une part, au sexe de ces salariées et, d'autre part, à leur origine et à leur religion supposées.

Il apparaît bien que la liberté d'expression est limitée dans le cadre des relations du travail, et ce, peu importe la qualité du salarié. Cette limitation ne s'arrête pas à l'enceinte de l'entreprise et aux horaires de travail du salarié, mais peut également empiéter sur la sphère considérée comme privée.

### **III- La tenue de propos déplacés sur les réseaux sociaux**

Le contentieux prud'homal relatif à la liberté d'expression des salariés sur les réseaux sociaux est abondant. Il prolifère à l'instar de l'avènement des réseaux sociaux où la liberté de parole est décomplexée, ces derniers étant assimilés par l'utilisateur à sa sphère privée. En effet, l'une des difficultés de ce contentieux est qu'il mêle deux libertés fondamentales :

[3] Cass. soc., 25 janvier 1995, n° 93-42.610

[4] Cass. soc., 20 avril 2022, n° 20-10.852

[5] CE, 7 octobre 2022, n° 450492

*liberté d'expression  
&  
droit au respect de la vie  
privée.*

Le principe est évidemment que les salariés bénéficient de la liberté d'expression et du respect de leur vie privée. Cette liberté doit néanmoins être conciliée avec l'obligation de confidentialité des salariés, de sorte qu'est justifié le licenciement disciplinaire d'un salarié divulguant des informations confidentielles internes à son entreprise [6].

De plus, il est nécessaire pour le salarié de mesurer ses propos. En effet, bien que ce dernier puisse se prévaloir de sa liberté d'expression, il ne doit pas en abuser. Ainsi, les propos injurieux, diffamatoires ou outrageants à l'égard de l'employeur constituent un abus sanctionnable [7].

La liberté d'expression est d'autant plus limitée dès lors que le salarié s'exprime dans la sphère publique.

La frontière est ténue entre cette dernière et celle relevant de la vie privée lorsque les agissements sont commis sur les réseaux sociaux. Les juridictions tentent alors de se fonder notamment sur les critères de paramétrage du compte de l'utilisateur [8].

Aussi, la chambre sociale s'est prononcée en 2018 à ce sujet et a considéré que les propos tenus par un salarié sur un réseau social relèvent de la sphère privée dès lors que la conversation au sein d'un groupe fermé est accessible uniquement à des personnes "agrées" par l'administrateur dudit groupe et que les propos sont diffusés seulement auprès d'un nombre restreint de personnes [9].

Les salariés doivent donc être particulièrement vigilants : les destinataires de leurs publications doivent être individualisés et déterminables pour que celles-ci soient considérées comme relevant de la sphère privée.

Dans ces conditions, même un abus dans l'exercice de la liberté d'expression ne pourra pas constituer une cause réelle et sérieuse du licenciement.

Mais, quand bien même une publication relève de la sphère privée, il n'en demeure pas moins qu'il peut s'agir d'un moyen de preuve si cette production est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte à la vie privée du salarié est proportionnée au but poursuivi, à savoir la défense des intérêts légitimes de l'employeur. Dans ces conditions, celui-ci pourra se prévaloir d'informations extraites d'un réseau

social au soutien d'un licenciement d'un salarié [10].

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, il est plus prudent pour un salarié de s'abstenir de divulguer des informations professionnelles, de quelque nature qu'elles soient, sur les réseaux sociaux. Il serait également plus judicieux pour ce dernier de se retenir de toute injure, propos dénigrants ou déplacés, tant à l'égard de ses collègues que de ses supérieurs, surtout dans la sphère publique.

[6] Cour d'appel de Paris, 23 février 2022, n° 19/07192

[7] CA Aix-en-Provence, 4 févr. 2016, n° 14/13125

[8] Emmanuel Daoud, Agathe Quinio, 20 septembre 2022, "Licenciement pour faute d'un salarié à raison d'une publication sur un réseau social : quels critères ?", Dalloz IP/IT 2022 p.463

[9] Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 12 septembre 2018, n° 16-11.690, Publié au bulletin

[10] Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2020, n°19-12.058, Publié au bulletin

## ENTREPRISES DE L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE, ENTREPRISES SOLIDAIRES D'UTILITÉ SOCIALE, RAISON D'ÊTRE, SOCIÉTÉ À MISSION

# COMMENT S'Y RETROUVER ?

Par Marie TARDINI

Sous la supervision de Maître Florence ROUILLON-LÉCHÈRE, avocat *counsel* - DELSOL AVOCATS

Depuis les années 2000, l'attention portée à la reconnaissance et au développement de l'ESS - économie sociale et solidaire - s'est considérablement renforcée et la crise du Covid-19 a accéléré cette tendance.

Les structures de l'ESS mettent l'économie au service de l'humain et de l'environnement en poursuivant une utilité sociale ou collective, en garantissant une gouvernance démocratique et une limitation des distributions. Ces structures peuvent avoir des formes juridiques comme des activités variées : associations, fondations, mutuelles, sociétés coopératives mais aussi sociétés commerciales de l'ESS ; social et médico-social, agriculture, logement, assurance, restauration, recyclerie, énergie renouvelable... On parlait déjà d'économie solidaire depuis les années 1980, mais c'est en 2010 que la notion d'entrepreneuriat social est apparue. En 2014, la loi du 31 juillet 2014 relative à l'ESS consacre cette notion comme un mode d'entreprendre et de développement économique, qui "s'adresse à tous les domaines de l'activité humaine" [1]. En 2019, les frontières entre ce mode d'entrepre-

dre innovant et le mode plus traditionnel se brouillent : le haut conseil à la vie associative [2] soulignait ainsi que les "entreprises à but lucratif s'interrogent sur leur modèle économique et sur l'intégration de dimensions sociales et environnementales dans leurs objectifs."

Cette même année, la loi Pacte assouplit les contraintes posées par la loi ESS et ouvre plus largement le spectre de l'engagement des entreprises. C'est ainsi qu'en France, de nombreux indicateurs ont été mis en place pour permettre à la société d'évaluer les entreprises : agrément, indices de traçabilité, labels, forme sociale - parmi lesquels il est parfois difficile de s'y retrouver. La France n'est pas la seule à s'être emparée de ce mode d'entreprise. Corée du Sud, Népal, Canada, Brésil, Equateur, Honduras, Argentine, Bolivie, Mali, Maroc, Cameroun, Algérie appréhendent également les particularismes de cette économie. Au niveau européen, le texte déterminant les grands principes de l'ESS est une résolution du Parlement européen du 19 février 2009.

La Belgique, l'Espagne, la Grèce mais aussi la Roumanie et le Luxembourg se sont attachés à définir et encadrer l'économie sociale et solidaire. Les approches varient, mais elles sont construites autour de caractéristiques communes : un but autre que le seul partage des bénéfices, une gouvernance partagée, une lucrativité limitée, un système plus inclusif, plus équitable...

C'est ainsi que près de dix ans après l'entrée en vigueur de la Loi ESS, après avoir tenté nous-même de distinguer ces indicateurs, nous saisissons l'opportunité offerte par le DJCE Post de faire le point.

Plusieurs notions cohabitent désormais, dont on peine parfois à comprendre le champ d'application ou les conditions d'obtention. Il s'agit alors de distinguer les apports de la loi ESS de ceux de la loi Pacte.

Cela revient à définir les notions et le champ d'application des entreprises de l'ESS, l'agrément ESUS et de la société à mission, afin de pouvoir aborder synthétiquement leur régime.

[1] Article premier, I, Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014

[2] Rapport du Haut Conseil à la vie associative, Rôle et place des associations dans le contexte des nouveaux modèles d'entreprises, *Comment répondre aux défis sociétaux ?* Adopté le 02 juillet 2019

## I - Loi ESS : entreprises de l'économie sociale et solidaire et agrément ESUS

Selon le Centre de document d'économie et de finance [3], "le concept d'économie sociale et solidaire désigne un ensemble d'entreprises organisées sous forme de coopératives, mutuelles, associations ou fondations, dont le fonctionnement interne et les activités sont fondés sur un principe de solidarité et d'utilité sociale". Ces entreprises adoptent des modes de gestion démocratiques et participatifs. Elles encadrent strictement l'utilisation des bénéfices qu'elles réalisent : le profit individuel est proscrit et les résultats sont réinvestis. Leurs ressources financières sont généralement en partie publiques.

Ainsi, toutes les entreprises de l'ESS ne bénéficient pas de l'agrément ESUS. Par contre, toute entreprise agréée ESUS entre dans le champ de l'ESS.

Les structures souhaitant marquer davantage leur engagement peuvent demander l'agrément "Entreprise solidaire d'utilité sociale" dont la délivrance est conditionnée au respect de l'article L3332-17-1 du Code du Travail.

Pour prétendre à l'obtention de l'agrément ESUS, l'entreprise doit avoir pour objectif principal la recherche d'une utilité sociale. Cette notion est définie en l'art-

icle 2 de la loi ESS.

Globalement, l'entreprise doit soit soutenir des personnes en situation de fragilité ; soit contribuer à la préservation et au développement du lien social, ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale, ou à l'éducation à la citoyenneté en participant à la réduction des inégalités sociales et culturelles, notamment entre les femmes et les hommes ; soit concourir au développement durable, à la transition énergétique, à la promotion culturelle ou à la solidarité internationale.

### *Pour prétendre à l'obtention de l'agrément ESUS, l'entreprise doit prioriser la recherche de l'utilité sociale.*

Pour preuve de la réalité de son utilité, la charge induite par cet objectif doit avoir un impact significatif sur son compte de résultat ou sa rentabilité financière. Elle doit représenter au moins « 66 % de l'ensemble des charges d'exploitation du compte de résultat de l'entreprise au cours des trois derniers exercices clos ».

L'agrément est encore conditionné à la pratique d'une politique de rémunération concrétisée par un double plafond visant à limiter les écarts de rémunération entre les salariés.

La moyenne des sommes versées, y compris les primes, aux cinq salariés ou dirigeants les mieux rémunérés ne doit pas excéder un plafond fixé à sept fois la rémunération annuelle perçue par un salarié à temps complet. Egalement, les sommes versées, y compris les primes, au salarié ou dirigeant le mieux rémunéré ne doivent pas excéder un plafond fixé à dix fois la rémunération annuelle perçue par un salarié à temps complet.

Selon l'Observatoire National de l'ESS (CNCRESS), les avantages pour l'entreprise d'être agréée ESUS sont multiples : accès à des aides financières et des financements spécifiques tels que l'épargne salariale solidaire, accès à des fonds spécifiques de BPI France, de la Caisse des Dépôts et Consignations ainsi que des dispositifs FISO et PIA2, soutien des collectivités territoriales, éligibilité aux dispositifs Locaux d'Accompagnement (DLA), accueil de jeunes en service civique. En outre, certains acteurs privés, et à présent publics, réservent des offres spécifiques ou des marchés aux entreprises agréées ESUS.

En 2019, le législateur a, d'une part, contraint les sociétés à prendre en considération les enjeux environnementaux aux côtés de l'intérêt social ; d'autre part, ouvert à toutes les sociétés la possibilité de ne pas viser seulement la recherche de bénéfices en se dotant d'une raison d'être.

[3] Centre de documentation Economie Finance, *Qu'est-ce que l'Économie Solidaire ?* Consulté le 15 février 2023

## II - Loi Pacte : raison d'être et société à mission

Entrée en vigueur le 22 mai 2019, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, qui réforme très largement le droit des affaires, élargit le champ de la Responsabilité sociétale des entreprises. Elle place les enjeux environnementaux et sociaux auxquels les entreprises font face au cœur du contrat de société. Le ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance soulignait lui-même que « l'entreprise, elle doit être profitable mais elle doit aussi s'interroger sur les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Nous faisons œuvre utile pour que chacun sache bien quelle est sa responsabilité dans l'économie française » [4].

Trois engagements peuvent ainsi être distingués. Tout d'abord, la loi impose une gestion de la société dans son "intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux et son activité" [5], mesure qui souligne le rôle des entreprises dans la protection de l'environnement. Le deuxième alinéa de l'article 1835 du code civil ouvre la possibilité d'insérer une « raison d'être constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

La raison d'être doit être distinguée de l'objet social. Elle correspond à

la prise en compte d'enjeux sociaux et environnementaux, des objectifs à atteindre pour lesquels la société est constituée, et ce, indépendamment de la recherche de bénéfices. La loi prévoit en outre la possibilité d'adopter le statut de « société à mission », permettant ainsi à toute société qui le souhaite, indépendamment de sa forme sociale, de le faire si elle en respecte les conditions [6].

Selon Hervé Castelnau, "l'objectif ultime est l'utilité sociale de l'entreprise, le profit n'étant plus qu'un moyen - indispensable - de pérenniser l'apport sociétal de l'entreprise" [7]. La société doit être dotée d'une raison d'être statutaire, ainsi que définir dans ses statuts un ou plusieurs objectifs sociaux ou environnementaux et un comité de mission qui veille à cette exécution. De plus, ces engagements sont soumis au contrôle d'un tiers indépendant, dont l'acronyme est « OTI ».

Le régime des sociétés à mission étant prévu par le Code de commerce, il semble que les sociétés civiles ne puissent pas s'en prévaloir. S'agissant des organismes sans but lucratif, l'article L110-1-1 du code de la mutualité ouvre le bénéfice de cette qualité aux sociétés d'assurance, aux mutuelles et unions ainsi qu'aux sociétés coopératives. Selon le troisième rapport du comité Impacte [8], le statut de société à mission « valorise l'engagement sans contraindre la liberté d'entreprendre ou la recherche du profit, peut être adopté par tout type d'entreprise. »

Il est à cet égard moins limitant que l'agrément ESUS, s'agissant des distributions de résultat. Si l'effort du législateur doit être souligné, il nous semble que la portée de l'introduction d'un statut de société à mission est limitée. En effet, si le droit fiscal appréhende pleinement l'agrément ESUS en exigeant que les charges liées à l'utilité sociale représentent 66% de l'ensemble des charges supportées par la société, tel n'est pas le cas pour la société à mission. Plus encore, une question posée au ministère de l'économie a révélé toute la fragilité du statut.

Ce dernier a en effet affirmé que "le fait pour une entreprise de choisir d'allouer une fraction de son bénéfice à des actions socialement ou écologiquement responsables ne justifie pas, en soi, que le montant des dépenses réalisées soit déduit du résultat imposable". De plus, "une entreprise ne peut procéder à la déduction de charges qui ne correspondent pas à une gestion normale, c'est-à-dire une gestion qui apparaît étrangère à ses propres intérêts économiques" [9]. En somme, si un acte de gestion n'est motivé qu'en considération des enjeux sociaux et environnementaux, déclinés à travers sa raison d'être ou sa qualité de société à mission, il n'est pas certain qu'il échappe à la qualification d'acte anormal de gestion...

[4] Comprendre la Loi PACTE avec Bruno Le Maire, Publié le 26 septembre 2018

[5] Article 1833 du code civil, alinéa 2

[6] Article L 210-10 du Code de commerce

[7] Société à mission. - Purpose washing ou engagement sincère ? - La Semaine Juridique Edition Générale n° 10, 14 mars 2022, doctr. 337

[8] Rép. du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance : JO Sénat 10 févr. 2022, p. 769



## L'ŒIL DE L'EXPERT

**Par Maître Jean-Baptiste AUTRIC**  
*Avocat associé - DELSOL AVOCATS*  
**& Maître Clément PUECH**  
*Avocat - DELSOL AVOCATS*

Initialement économique, nous assistons depuis la loi pacte de 2019 à la politisation progressive de l'entreprise que certains voient toutefois comme une dérive. Pourtant, il s'agit en réalité de replacer l'entreprise dans la mission sociale qu'elle occupait initialement et qui consistait à la création de richesses pouvant être partagées notamment par l'imposition, mais qui au fil des années s'est vue affaiblie au gré de la mondialisation (optimisation fiscale, paradis fiscaux etc.).

Dans ce contexte, l'on ne peut que se féliciter que l'entreprise puisse retrouver sa "légitimité citoyenne" et devienne un véritable acteur face aux enjeux environnementaux et sociaux auxquels elle est par nature confrontée sur le plan économique (ressources humaines, transport, fournisseurs, matières premières etc.).

Toutefois, cet engouement (plus de 726 entreprises à mission au 1er semestre 2022 [1]) ne semble pas avoir été appréhendé à ce jour par l'administration fiscale puisqu'il n'est pas prévu de régime fiscal de faveur leur permettant de déduire les dépenses engagées au service de la raison d'être dont elles se sont pourvue, alors même qu'elles découlent de la réalisation de son objet social.

Il en va de même de l'acte anormal de gestion qui n'a pas été redéfini eu égard à ce nouveau statut.

L'absence de régime dérogatoire fiscal pourrait constituer à terme un frein à l'essor de l'entreprise à mission.

Gageons que Bercy se saisisse enfin du sujet.

Par ailleurs, ce statut implique que l'exécution de la mission soit contrôlée par un organisme tiers indépendant, qui n'est pas limité dans son pouvoir d'investigation, et dont le rapport est publié obligatoirement sur le site internet de l'entreprise.

Il s'agit donc d'une immixtion importante dans la gestion de l'entreprise par une personne extérieure, qui pourrait également décourager les entreprises.

Ces aspects opérationnels inadaptés poussent les entreprises à préférer sur le plan opérationnel le mécénat à l'entreprise à mission.

[1] Chiffre de l'Observatoire des sociétés à mission

# PACTE DUTREIL ET JURISPRUDENCE

## LA PRÉPONDÉRANCE DE L'ACTIVITÉ D'ANIMATION

Par Jeanne CAZORLA & Carla FARAVELLON

Le mécanisme du pacte Dutreil a été introduit par la loi de finances n°2001-692 du 1er août 2001, traduisant l'objectif du législateur de favoriser les transmissions d'entreprises dans le cadre familial. Mécanisme de faveur, aujourd'hui codifié aux articles 787 B et 787 C du CGI, le pacte Dutreil permet d'accorder un abattement de 75% sur l'assiette imposable aux droits de mutations à titre gratuit aux entreprises individuelles et aux sociétés transmises par un donateur à ses donataires.

Outre son régime favorable, il est également cumulable avec les autres mécanismes de faveur existant en matière de transmission à titre gratuit tels que le démembrement de propriété, les abattements en fonction du lien de parenté [1], la donation-partage [2], la donation-cession et également des réductions de droits à hauteur de 50% pour les donations en pleine propriété réalisées par le donateur ayant moins de soixante-quinze ans [3].

En définitive, face aux droits de succession, le pacte Dutreil est source de nombreux avantages. Il est donc devenu impératif d'encadrer les sociétés éligibles à un tel mécanisme, notamment au regard de l'évolution importante de la notion de « holding ». Outre les conditions posées par les articles 787 B et 787 C du Code Général des Impôts (CGI), il est devenu fondamental d'être en mesure de poser un cadre supplémentaire face à la holding de groupe.

Plus particulièrement, la holding mixte a fait l'objet de questionnements en la matière, la jurisprudence ayant entrepris de préciser les critères qui la définissent et qui lui permettent de profiter du pacte Dutreil à concurrence de son activité éligible (I). Une décision récente rendue par la cour d'appel de Paris en date du 24 octobre 2022 est susceptible d'impacter lourdement les praticiens mettant en place un tel mécanisme (II).

### **I. L'épineuse problématique de la holding mixte**

Les conditions qui permettent de profiter du régime Dutreil sont exigeantes, en ce qu'elles nécessitent d'une part un engagement collectif, et d'autre part un engagement individuel de la part des donataires. En effet, le Dutreil ne s'appliquera que si la société a une activité économique et non patrimoniale, et respecte une forme de stabilité de l'actionnariat.

En effet, l'engagement collectif - qui court à compter de l'enregistrement de l'acte - doit porter sur 17% des droits financiers et 34% des droits de vote [4]. Ainsi, les parties à l'engagement collectif doivent conserver cette part représentative pendant un délai de deux ans sous peine de perdre le bénéfice du régime. En outre, le donateur doit exercer une fonction de direction dans les sociétés opaques [5] ou sa fonction principale le cas échéant.

[1] Article 777 du CGI - abattement en ligne directe

[2] Article 1075 du Code civil

[3] Article 790 du CGI

[4] Contre 10% des droits financiers et 20% des droits de vote dans les sociétés admises sur un marché réglementé

[5] Pour les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés - article 975 du CGI

A la fin d'un tel engagement, une période de quatre ans doit être respectée, durant laquelle les donateurs s'engagent à conserver les titres objets de l'engagement collectif.

Ces conditions sont susceptibles, en pratique, de poser un certain nombre de difficultés. En effet, en matière de sociétés holding [6], une distinction est opérée entre les holding passives et actives.

Les holdings passives ont pour objet exclusif la gestion d'un portefeuille de titres de participation, non éligibles au Dutreil au regard de leur caractère patrimonial.

A l'inverse, la holding animatrice est considérée comme telle dès lors qu'elle participe activement à la conduite et à l'activité de ses filiales.

En outre, plusieurs précisions jurisprudentielles ont été apportées afin de préciser le caractère animateur de la holding, notamment par le Conseil d'État qui la qualifie comme la holding qui a pour activité principale, outre la gestion d'un portefeuille de participations, la participation active à la conduite de la politique du groupe, au contrôle de ses filiales et la fourniture de services spécifiques, à savoir administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers [7].

### *Pourtant, qu'advient-il de la holding mixte ?*

Cette dernière se caractérise par deux activités : l'une passive, non éligible, telle que l'activité patrimoniale, et l'autre, opérationnelle, éligible au régime. Il a été admis depuis un certain temps que la holding mixte ne pourrait profiter du mécanisme Dutreil qu'à concurrence de son activité économique éligible lorsque celle-ci est prépondérante.

Or, modification d'appréciation importante, le Conseil d'État invalide la méthode proposée par l'administration fiscale en considérant qu'on ne pouvait justifier le caractère prépondérant de l'activité animatrice dans la holding en se basant seulement sur le double critère du chiffre d'affaires et de l'actif immobilisé [8].

Jusque-là, l'administration fiscale justifiait le caractère prépondérant de l'animation si l'activité en question représentait plus de 50% du chiffre d'affaires total et plus de la moitié de l'actif immobilisé. De ce fait, tout comme la Cour de cassation par la suite [9], le Conseil d'État a considéré qu'une méthode de faisceau d'indices devait être privilégiée, se basant sur la nature de l'activité de la holding et les conditions d'exercice de cette dernière. En outre, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait précisé que le caractère

animateur de la holding mixte pouvait s'apprécier en fonction, notamment, de la valeur vénale des titres des filiales qui représente, au jour du fait générateur de l'imposition, au moins la moitié de l'actif total [10].

Enfin, par une décision du 25 mai 2022, la Cour de cassation [11] ajoute une nouvelle précision, en considérant que le caractère animateur doit s'analyser au jour de la prise de l'engagement collectif, sans pour autant qu'il soit nécessaire qu'un tel caractère continue d'être rempli durant l'ensemble de la durée de l'engagement collectif.

Une certaine souplesse semble se dessiner au profit des personnes physiques souhaitant profiter du pacte Dutreil, sans pour autant que les critères en matière de holding mixte et de prépondérance de l'activité éligible ne soient réellement définis.

## *II - L'éclairage apporté par la jurisprudence : l'animation prépondérante*

La notion d'animation prépondérante est une jauge sensible dans la mise en application du pacte Dutreil. S'il a été largement admis que le caractère prépondérant de l'activité d'animation se fonde sur la valeur comptable de l'actif brut immobilisé, aucune pré-

[6] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2022 : la société holding est une société dont l'objet est de gérer les participations qu'elle détient dans d'autres sociétés, dans le but d'y exercer un contrôle prépondérant. C'est un instrument de la concentration des entreprises.

[7] CE, plénière, 13.06.2018, n°396495

[8] CE, 23.01.2020, Bardin et Mehrdad, n°435562

[9] Cass. com, 14.10.2020, n°18-17.955

[10] Cass. com, 14.10.2020, n°18-17.955

[11] Cass. com, 25.05.2022, n°19-22.397

cision n'a toutefois été apportée quant à la délimitation des actifs de la holding mixte caractérisant l'animation.

Par cette décision de la cour d'appel de Paris du 24 octobre 2022 [12], une grille d'analyse semble se dessiner pour apprécier la prépondérance de l'activité d'animation. De manière inédite, la cour d'appel procède à une analyse concrète de la valeur des filiales animées, qui tient compte de celle des autres actifs affectés à l'activité d'animation.

En effet, la cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation, inscrit sa décision au sujet d'une donation en nue propriété sur des titres qui avaient bénéficié, pour le calcul des droits de mutation, de l'article 787 B avec un abattement de 75%. L'administration fiscale a cependant remis en cause l'exonération partielle des droits de mutation en jugeant que le caractère animateur de la holding mixte n'était pas prépondérant.

Par un premier jugement du 26 février 2016, le tribunal de grande instance de Paris s'était opposé à la décision de l'administration et avait prononcé la décharge de la totalité des impositions afférentes. La cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement. A la suite d'un pourvoi en cassation de l'administration, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'appel pour manque de base

légale par motifs impropres à établir que la holding avait pour activité prépondérante l'animation de son groupe.

Sur renvoi, la Cour de cassation invite donc la cour d'appel de Paris à apprécier concrètement le caractère d'animation.

Les juges d'appel procèdent alors à un travail d'analyse *in concreto* des différents actifs composant le bilan de la société, pour déterminer si ces derniers peuvent être affectés au caractère d'animation de la société.

A cet égard, figurait tout d'abord à l'actif immobilisé un ensemble immobilier intégralement affecté à l'activité opérationnelle. Cet ensemble immobilier est donné à bail et constitue le site d'exploitation. Par une interprétation *in concreto*, les juges d'appel énoncent alors que le bail concédé à la filiale opérationnelle animée par la jouissance de ce bien immobilier "doit être alors pris en compte pour caractériser le caractère d'animation".

De plus, les juges continuent leur analyse avec les créances rattachées à des participations. La cour d'appel retient que ces créances peuvent être affectées au caractère d'animation de la holding puisqu'il s'agit, dans le cas d'espèce, de créances d'intérêts courus sur cautions fournies à la société opérationnelle.

Toutefois, la cour retient que :

*Les bons de souscription d'actions de la société animée ne peuvent être affectés au caractère animateur.*

En effet, selon la cour, ces actifs sont affectés à la gestion patrimoniale de la holding et sa filiale, qui ne caractérise pas en tant que telle un service fourni par la holding à sa filiale animée.

De la même manière, les juges d'appel écartent le placement de valeurs mobilières de la holding, jugeant que cet actif n'est pas utilisé à des fins de trésorerie ou de bénéfice au bénéfice de ses filiales animées.

Par cette décision, la cour reconnaît donc que le critère de la valeur de la participation animée n'est pas exclusif et que d'autres actifs peuvent être retenus. Cet arrêt n'est donc pas sans conséquence car il permettra aux praticiens de bénéficier d'une grille d'analyse élargie à mettre en œuvre pour établir le caractère prépondérant de l'activité d'animation.

[12] Cour d'appel de Paris, 5-10, 24 octobre 2022, n° 21/00555

# COP 27 AND LOBBYISTS

By Carla HOENN & Laurine LAFAY-PELORCE

COP27 took place in Sharm el-Sheikh, Egypt, November 6-18, 2022.

This conference bridges the gap between COP26 in Glasgow (2021, United Kingdom), which finalized the rules for implementing the Paris Agreement, and COP28 in Dubai (2023, United Arab Emirates), which will draw a first global assessment of climate action.

According to data compiled by Global Witness, "636 fossil fuel lobbyists, affiliated with some of the biggest oil and gas polluting giants, registered for the climate talks at COP27."

Since fossil fuel exploitation is the main cause of global warming, the presence of these lobbyists is a source of great controversy.

It is difficult to see how the issues of COP27, namely mitigating greenhouse gas emissions, adapting to climate change and accelerating the exit from fossil fuels, can be achieved with the great influence that oil companies have

at COP27.

Rachel Rose Jackson, from the NGO Corporate Accountability, spoke out on this issue saying that "COP27 looks like a trade show for the fossil fuel industry".

## *I - Fossil fuel lobbyists, always marked present*

### *A - An increase or a decline?*

Although industrialists have always spoken at summits on global warming, their numbers are constantly growing. There were 503 fossil fuel industry representatives at COP26 and 636 at COP27.

The presence of oil lobbyists has increased by more than 25%.

This increase is related to the over-representation of the Saudi Arabia representatives, who were 176 last year and 1070 this year and will tend to increase more as the country hosts the next COP.

The number of oil and gas lobbyists outnumbers the total of representatives of the ten countries most affected by global warming as

Pakistan, Bangladesh, or Mozambique.

In fact, at COP27, "the influence of fossil fuel lobbyists is greater than frontline countries and communities.

Delegations from African countries and Indigenous communities are dwarfed by representatives of corporate interests" [1], said the group Kick Big Polluters.

### *B - A green washing policy ?*

In response to the IPCC's alarming report, the Glasgow Accord - adopted after COP26 - urged parties to increase their nationally determined contributions.

Yet "the fossil fuel industry's motivation is profit and greed.

They don't take climate action seriously" [2] says Rachel Rose Jackson of Corporate Accountability.

It seems unlikely that the presence of industrialists is there to limit their own industry.

Although, a UN report [3] high-

[1] Ruth Michaelson, Thursday 10th November 2022, 'Explosion' in number of fossil fuel lobbyists at Cop27 climate summit, The Guardian

[2] Molly Taft, the 10th November 2022, UN Climate Change Meeting 'Looks Like a Fossil Fuel Industry Trade Show,' Activists Say, Gizmodo

lighted the promises made by companies, banks and cities to achieve net zero emissions. These commitments seem to be more part of a green washing policy than a real consideration of the issues.

Furthermore, the head of the African Petroleum Producers Organization (APPO) confided his desire to influence the negotiators to support the development of oil and gas in Africa to achieve greater autonomy and economic development of African countries [4]. Yet, the implementation of such a policy would increase the weight of fossil fuels in global warming and the risk that their use poses to human health.

## II - Consequences about climate change problematics

### A - The credibility of COP27 nowadays: still okay to keep hoping?

The COP27 is taking place with record-breaking drought in the Horn of Africa, famine warnings in Somalia and one-third of Pakistan devastated by deadly floods.

One of the central issues is the fact that many developing countries are on the front lines of the climate disaster, despite accounting for a relatively smaller percentage of

global emissions.

Thus these countries are advocating for a “loss and damage” fund for offsetting damage previously incurred. For the first time, the idea of compensation is on the agenda, which makes it possible to envisage international solidarity to give affected countries resilience in the face of climate change.

Yet, one can question the promises of rich countries in terms of technological and financial support.

### B - Objectives that are difficult to achieve with the presence of lobbyists

Civil society groups fear that the increasing presence of fossil fuel lobbyists risks systemize negotiations at an essential time and amid efforts to keep global temperature rises within the 1.5°C of warming.

“The Cop is a carnival of sorts, and not a space to address the ongoing and imminent climate crisis” [5] said Kwami Kpondzo from Friends of the Earth Togo.

Moreover, in a recent submission [1] to the United Nations Framework Convention on Climate Change, a coalition of civil society

groups said that climate action would “continue to fail to meaningfully address the climate crisis as long as polluting interests are granted unmitigated access to policymaking processes and are allowed to unduly influence and weaken the critical work of the UNFCCC”.

## Conclusion

If the presence of lobbyists continues to increase with each COP, it is more and more contested. Indeed, this appears to be the main difficulty in implementing climate objectives.

If solutions have been proposed to help the countries most affected by global warming, they do not seem to be sufficient and likely to be really implemented.

The representatives of the civil society, joined by the environmental protection associations, plead for the exclusion of the oil lobbyists of the debates.

[3] United Nations' High-Level Expert Group on the Net Zero Emissions Commitments of Non-State Entities, November 2022, Integrity Matters: Net Zero Commitments by Businesses, Financial Institutions, Cities and Regions

[4] Communiqué of the African Petroleum Producers' Organization (APPO), 14 December 2021

[5] Ruth Michaelson, Thursday 10th November 2022, 'Explosion' in number of fossil fuel lobbyists at Cop27 climate summit, The Guardian

[6] UNFCCC, 26 October 2022, Climate Plans Remain Insufficient: More Ambitious Action Needed Now

# ToutLyon

UNE MARQUE

Legal **2**digital

# votre média économique et juridique

ANNONCES  
LÉGALES  
[expertlegales.fr](http://expertlegales.fr)

FORMALITÉS  
LÉGALES  
[formalpro.fr](http://formalpro.fr)

PRESSE  
[le-tout-lyon.fr](http://le-tout-lyon.fr)



DECouvrez NOS SERVICES SUR  
[www.legal2digital.fr](http://www.legal2digital.fr)

