

LA PLUME DJCE

*Mensuel d'actualité juridique des étudiants
du DJCE de Montpellier*

Au sommaire de ce
numéro

**L'AUTORITÉ DE LA
CONCURRENCE CHANGE SA
JURISPRUDENCE !**

page 2

**CONSÉQUENCES FISCALES
D'UNE PERTE DE CHANGE**

page 5

**LA FUSION ABSORPTION ET
LE DROIT PÉNAL :
PERSONNALITÉ NOUVELLE
OU HÔTE DE
PERSONNALITÉS PASSÉES ?**

page 14

**POURQUOI A-T-ON PROHIBÉ
LE PRÊT À INTÉRÊT ?**

page 19



4 ans de prison pour un ancien président !

Le 8 décembre 2020, le parquet a réquisitionné à l'encontre de l'ancien président Nicolas Sarkozy une peine de 4 ans de prison, dont 2 fermes dans l'affaire dite « des écoutes ». Mais qu'est-ce que l'affaire « Paul Bismuth » ? Que reproche-t-on à Nicolas Sarkozy ? Retour en faits et en droit sur cette affaire.

Il s'agira de répondre à plusieurs interrogations quant aux faits de l'affaire, mais également quant aux accusations: que sont la corruption et le trafic d'influence ? Et comment peuvent-ils être caractérisés ici ?

Page 8



L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE CHANGE SA JURISPRUDENCE !

Marie Berardier

Il n'aura pas fallu attendre plus de deux ans pour voir l'Autorité de la Concurrence aligner sa pratique décisionnelle sur l'interprétation des juges européens concernant la possibilité pour les filiales d'un même groupe de présenter des offres distinctes à un même appel d'offre sans risquer de condamnation pour entente anticoncurrentielle. Veille juridique de la décision n°20-D-19 du 25 novembre 2020.

LES FAITS DE L'AFFAIRE

L'affaire commentée met en cause des filiales d'un même groupe ayant soumissionné de manière coordonnée aux appels d'offres organisés par France AgriMer. En effet, par la signature d'un accord commercial cadre, elles avaient attribué à l'une d'entre elles le rôle de société coordinatrice, dont la mission était d'élaborer leur candidature pour les appels d'offres. Les sociétés signataires remettaient par la suite leur offre de façon autonome, comme si elles les avaient elles-mêmes élaborées.

En opposition à sa pratique décisionnelle antérieure, et en s'alignant sur la conception européenne, l'Autorité de la concurrence, dans sa **décision n°20-D-19 du 25 novembre 2020** prononce un non-lieu à la suite des investigations menées par la DGCCRF: les filiales d'un même groupe peuvent présenter des offres autonomes et distinctes à un même appel d'offre sans que cela ne constitue une entente anticoncurrentielle.

PRATIQUE DÉCISIONNELLE FRANÇAISE ANTÉRIEURE

Initialement, l'Autorité de la concurrence française considérait que si des sociétés d'un même groupe décidaient de soumissionner de façon distincte à un appel d'offre, cela pouvait constituer une entente anticoncurrentielle si les caractéristiques d'une entente étaient identifiées. **L'Autorité de la concurrence affirmait cela en se fondant sur le fait que ces sociétés, en décidant de soumissionner distinctement, constituaient alors des entreprises différentes.**

Or, les **articles 101 du TFUE et L420-1 du code de commerce** prohibent les accords ou pratiques concertés conclus entre des unités économiques distinctes et non pas au sein d'une même unité économique.

Cependant, les lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011 précisent bien que dans le cas où une société mère détient, que ce soit directement ou indirectement par le biais de sociétés interposées, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale, elle est présumée de façon réfragable exercer une influence déterminante sur le comportement de sa filiale et former avec elle une unité économique. Elles précisent également qu'il « *en va de même pour des sociétés sœurs, c'est-à-dire des sociétés sur lesquelles la même société mère exerce une influence déterminante. Elles ne sont, par conséquent, pas considérées comme concurrentes même si elles opèrent toutes les deux sur les mêmes marchés de produits et les mêmes marchés géographiques en cause* ».

Ainsi, la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité de la concurrence française ne semblait-elle pas correspondre à l'interprétation donnée par la Commission européenne, les juridictions françaises ayant considéré que cette règle n'était pas applicable dans le cadre d'un appel d'offre (CA Paris, 18 octobre 2010 n°2010/03405).

ÉVOLUTION DÉCISIONNELLE

Il aura fallu attendre 2018 pour que les juges européens se prononcent sur le sujet. En effet, dans l'arrêt « **Ecoservice projektai** » du 17 mai 2018 la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) affirme que, au sens du droit européen de la concurrence, **des filiales d'un même groupe qui se sont coordonnées pour répondre de façon distincte à un même appel d'offres constituent une seule et même entreprise.** Ainsi, puisqu'elles constituent une seule unité économique, il n'est pas possible de les sanctionner sur le fondement d'une entente.

C'est cette interprétation que reprend l'Autorité de la Concurrence le 25 novembre 2020 en retenant que les sociétés visées étaient détenues presque intégralement par une autre société, et qu'elles constituent par conséquent une même unité économique, conformément à l'interprétation européenne du droit de la concurrence.

La pratique décisionnelle de l'Autorité de la Concurrence s'aligne donc sur la conception européenne, tant textuelle que jurisprudentielle, concernant la qualification d'unité économique et par la même d'entente.



Cependant, de telles pratiques ne se situent pas dans une zone d'impunité : **ce que le droit des ententes anticoncurrentielles ne permet pas de sanctionner, le droit des marchés publics pourra s'en charger.**

En effet, la jurisprudence en la matière prévoit en effet que le principe d'égalité de traitement, prévu à l'article L.3 du code de la **commande publique**, serait violé si des entreprises soumissionnaires appartenant au même groupe de sociétés proposaient des offres coordonnées ou concertées susceptibles de leur procurer des avantages injustifiés.

L'Autorité de la concurrence elle-même met en garde contre cette législation existante qui trouvera nécessairement à s'appliquer malgré ce revirement.

Ainsi, les actions en résiliation ou annulation du marché public, ou encore en réparation du préjudice subi, pourraient devenir légion pour tenter de remédier à l'effacement du régime de sanction fondé sur la prohibition de l'entente. En effet, des concurrents évincés ou des tiers lésés par une pratique de dissimulation des soumissionnaires pourraient exercer leur droit sur le fondement du droit des marchés publics à défaut de pouvoir le faire sur celui de la prohibition des ententes.



CONSÉQUENCES FISCALES D'UNE PERTE DE CHANGE

Marie Berardier

En dépit du principe de connexité du résultat comptable et du résultat fiscal retenu par l'article 38 quater de l'Annexe III du Code Général des Impôt (CGI), les exceptions à ce principe ne sont pas rares. Une récente décision du 28 septembre 2020 rendue par le Conseil d'Etat fait écho à ces dérogations.

LES FAITS DE L'AFFAIRE

L'affaire commentée concernait une société française ayant acquis en 2001 des actions d'une société américaine pour 300 millions de dollars. Elle choisit de les inscrire dans un compte de participation à leur valeur échangée en euros, c'est-à-dire la contre-valeur monétaire, le tout équivalant ainsi à 327 millions d'euros.

Cinq ans après, en 2006, la société revend les titres pour un montant de 311 millions de dollars, en l'occurrence 243 millions d'euros, soit une moins-value, en euros, de 84 millions.

Mais l'affaire revêtait une réalité plus complexe puisque la comparaison entre le prix de cession et le prix d'acquisition en dollars faisait ressortir une plus-value. L'essentiel de la moins-value de 84 millions d'euros correspondait en réalité à la perte de change inhérente à la conversion monétaire, le taux de change du dollar étant passé de 1,09 euros à 0,78 euros. Ainsi, le prix de cession stipulé en dollar avait-il été fortement impacté par cette baisse.

Aussi la société avait-elle choisi de prendre en considération ce double aspect de l'opération, en retant d'une part une plus-value de 9 millions d'euros, imposée selon le régime des plus-values à long terme, et d'autre part une perte de change de 93 millions d'euros qu'elle avait donc déduite de son résultat fiscal. Ce raisonnement lui était ainsi fortement favorable, puisqu'en déduisant la perte de change, elle s'assurait un impôt plus faible.

Cette distinction, bien qu'a priori autorisée par le droit comptable, a été **contestée par l'Administration fiscale qui considérait que la perte issue du taux de change n'était pas déductible du résultat fiscal puisqu'elle faisait partie intégrante de la moins-value réalisée lors de l'opération de cession**. C'est également ce que retiennent les juridictions administratives.

La Cour d'appel administrative a en effet jugé, confirmant la solution des juges de première instance, que les gains ou pertes réalisés à l'occasion de la cession de titres de participation étrangers constituent une composante de la plus ou moins-value réalisée et doivent donc être pris en compte pour la détermination du résultat de l'exercice imposable en France. Cette solution doit cependant être nuancée en cas de convention fiscale bilatérale destinées à éviter une double imposition, ce qui n'est pas le cas de la convention fiscale franco-américaine, applicable en l'espèce. Cette décision s'inscrit ainsi dans la lignée décisionnelle du Conseil d'État. En effet, les juges du palais, dans une décision « Zeta » du 12 mars 2014 avaient retenu que **le gain de change inhérent à la cession d'un immeuble au Japon faisait partie intégrante de la plus-value de cession résultant de l'opération**.

C'est dès lors sans surprise que le Conseil d'État rejette le pourvoi formé par la société et entérine la position de la CAA. En effet ce dernier n'admet pas le pouvoi formé par la société et **affirme qu'elle a bien subi une moins-value long terme de 84 milliards d'euros. Or, cela n'est pas fiscalement sans conséquence, que ce soit d'un point de vue général ou, plus spécifiquement, pour la société acheteur/revendeur**.

LES CONSÉQUENCES DE LA DÉCISION

La solution évoquée est assurément plus défavorable pour la société. Le régime des moins-values long terme est moins avantageux que la simple déduction de la perte de change. En effet, ces moins-values long terme ne sont pas fiscalement déductibles du résultat imposable ! Selon l'article 39 quindecies, I, 2 du CGI, elles s'imputent sur les plus-values à long terme réalisées au cours des dix exercices suivants, dans la mesure où elles ne sont bien entendues pas éligibles à une exonération. S'il s'agit d'une moins-value à long terme sur des titres de participation relevant du secteur exonéré, donc relevant du taux de 0%, la conséquence est... leur réintégration au résultat fiscal de l'entreprise !

La décision n'est certes pas nouvelle, mais présente la particularité d'être ici appliquée à une cession de titres de participation, ce qui est, dans une certaine mesure, inédit puisque le Conseil d'Etat ne s'était pas prononcé sur pareille espèce. L'importance de la décision se révèle à deux:

Celui de la perte de change: il convient de constater que cette perte participera de la formation de la plus-value long terme en diminuant son montant, ou de la moins-value à long terme et ne sera donc pas déductible fiscalement.

Celui du gain de change: il faudra distinguer selon que la valeur devient une plus-value nette à long terme ou une moins-value nette à long terme. Dans le premier cas, elle pourra bénéficier d'une quasi-exonération ; dans le second cas, elle sera totalement exonérée.

Ainsi, en dépit de la possibilité comptable d'opérer une dissociation entre la moins-value ou plus-value effectivement réalisée et le gain ou perte de change subi, le droit fiscal n'entend pas consacrer cette pratique et maintient sa volonté de considérer les gains ou pertes de change faisant partie intégrante de l'opération, devant par conséquent être pris en compte dans le résultat fiscal. Cette solution a le mérite d'être cohérente.



NICOLAS SARKOZY: 4 ANS DE PRISON REQUIS !

Lucas Desmaris

Le 8 décembre 2020, le parquet a réquisitionné à l'encontre de l'ancien président de la République (2007 - 2012), Nicolas Sarkozy une peine de 4 ans de prison, dont 2 ans fermes dans l'affaire dite « des écoutes ». Mais qu'est-ce-que cette affaire médiatique appelée également "affaire Paul Bismuth" ? Qu'est-ce-qui est factuellement et juridiquement reproché à Nicolas Sarkozy ? Décryptage.

L'ORIGINE DE L'AFFAIRE

Pour pouvoir cerner la teneur du « procès des écoutes » comme les médias aiment à le nommer, il est nécessaire d'en comprendre l'origine. Celle-ci tire sa source d'une autre affaire visant également l'ancien président de la République, dossier communément appelé « Bettencourt ». En 2013, une information judiciaire est en effet ouverte à l'encontre de Monsieur Sarkozy pour abus de faiblesse sur Liliane Bettencourt, héritière du richissime empire L'Oréal. Cela conduira à une mise en examen dont l'issue sera un non-lieu six mois plus tard.

Néanmoins, au cours de l'instruction menée à Bordeaux, les agendas personnels et présidentiels de l'ex-président ont été saisis, et étaient susceptibles d'être utilisés dans l'intérêt d'autres affaires. Aussi, à l'aide de son avocat et ami de longue date Thierry Herzog, Nicolas Sarkozy forme-t-il un pourvoi en cassation visant à récupérer ces agendas, la Cour d'appel de Bordeaux ayant déjà statué quant à la validité des saisies.

Or, ces documents contenaient, semble-t-il, des informations sensibles pouvant être utilisées dans d'autres affaires, notamment celle de l'arbitrage concernant Bernard Tapie,.

D'aucuns considèrent en effet qu'en obtenant gain de cause, Nicolas Sarkozy pourrait anéantir des pans entiers de l'affaire Tapie le concernant, d'où son intérêt à faire invalider les saisies.

L'ORIGINE DES ÉCOUTES

En parallèle de cette affaire, l'ancien président est mis sur écoute dans le cadre d'un autre dossier. Il s'agit de l'instruction visant le supposé financement libyen de la campagne de l'élection présidentielle de 2007. Une information judiciaire est menée par les juges Serge Tournaire et René Grouman à l'encontre de l'ancien chef de file des Républicains. Après une première mise sur écoutes régulièrement validée en justice, celle-ci est renouvelée à la suite d'une demande effectuée le vendredi 10 janvier 2014 (pour rappel, le Code de procédure pénale indique dans ses articles 100 à 100-8 que la mise sur écoute doit être renouvelée par un juge tous les quatre mois et ne peut dépasser 1 à 2 ans selon l'infraction).

Or, le lendemain même de ce renouvellement, Thierry Herzog achète, à Nice, des téléphones à Nice et des puces prépayées. Cette ligne aura a priori pour unique objectif de servir aux communications entre Nicolas Sarkozy et son avocat et ami Thierry Herzog.

Néanmoins, ces lignes « occultes » sont rapidement découvertes par les magistrats, qui obtiennent de les mettre sur écoutes également. Ils y découvrent que l'ancien président s'y fait appeler Paul Bismuth, très certainement pour cacher un tant soit peu son identité...

L'ORIGINE DU NOM "PAUL BISMUTH"

Paul Bismuth n'est pas un nom issu de l'imaginaire des protagonistes du dossier. Il s'agit en réalité d'un ancien camarade de promotion de Thierry Herzog. Il semblerait que l'avocat ait reçu, d'après certains médias, une photo de cette promotion où il était avec Paul Bismuth via le site trombi.com dans sa boîte mail. Cela lui aurait permis de trouver ce nom de code et de le proposer à l'ex-président.

Pour la petite anecdote, le véritable Paul Bismuth s'était un temps constitué partie civile, avant de finalement renonce à attaquer les deux hommes, imbroglio valant l'expression de "sketch" par une magistrate du parquet.

LES FAITS DÉCISIFS

Lors de ces appels téléphoniques, plusieurs retiennent l'attention des enquêteurs - 19 sur plus de 3500 d'après l'avocate de l'ancien président au cours de sa plaidoirie, Me.Lafont -. En février, Thierry Herzog mentionne durant l'une de ces conversations un service à rendre au magistrat Gilbert Azibert, occupant un poste à la Cour de cassation. Il s'agirait d'un « coup de pouce » pour lui obtenir un poste auprès des autorités monégasques. Thierry Herzog et « Paul Bismuth » évoquent alors la possibilité d'obtenir des renseignements sur le pourvoi en lien avec l'affaire Bettencourt grâce à Gilbert Azibert.

Retraçant les faits, les enquêteurs constatent que deux semaines plus tard, Nicolas Sarkozy s'est rendu à Monaco. Un appel téléphonique sur la ligne Bismuth datant du mardi 25 février révèle des bribes de conversation indiquant qu'il serait sur le point d'effectuer le dit coup de pouce auprès du ministre d'état monégasque. Or, dans un laps de temps relativement court, Nicolas Sarkozy affirme sur sa ligne officielle qu'il n'a finalement pas consulté les autorités monégasques et qu'il serait nécessaire que Thierry Herzog prévienne Gilbert Azibert qu'il ne peut finalement rien faire pour lui. Cette conversation est par ailleurs réitérée sur la « ligne Bismuth ».

Dans une autre conservation écoutée, datant du 27 février, il semblerait que Gilbert Azibert évoque les agendas avec un collègue travaillant également à la Cour de cassation en lui demandant quelques renseignements. Or, personne, pas même le magistrat Azibert, n'est conscient que sa ligne est sur écoute depuis que son nom a été mentionné par Thierry Herzog et Nicolas Sarkozy.

Ainsi, au cours d'une nouvelle écoute cette fois-ci entre Thierry Herzog et Gilbert Azibert, le premier parle du coup de pouce à Monaco, tandis que le second évoque les informations quant au pourvoi, fort maigres. Quelques sous-entendus implicites tendent à penser que Messieurs Herzog et Sarkozy seraient conscients d'être écoutés.

Tous ces éléments finiront par être divulgués par les journaux « Le Monde » et « Le Canard enchaîné ». C'est le début de l'affaire « Paul Bismuth ».



Dans les faits, le point d'orgue sera que malgré la procédure pendante devant la Cour de cassation, celle-ci refusera d'examiner le pourvoi pour défaut de motif. La saisie des agendas de l'ancien président ne sera donc pas contestée, ce dernier n'obtenant pas gain de cause. Monsieur Gilbert Azibert n'obtiendra aucun poste à Monaco. Enfin, malgré l'audition de 12 conseillers à la chambre criminelle de la Cour de cassation, aucun n'évoquera positivement une conversation informelle avec Gilbert Azibert sur la question des agendas de l'ancien président de la république.

CE QUI EST REPROCHÉ À NICOLAS SARKOZY EN DROIT



L'ancien président est accusé de corruption et de trafic d'influence. Ces deux infractions, visées par les mêmes textes du Code pénal, les articles 432-11 et 433-1, doivent être distinguées.

La corruption:

La corruption est une atteinte grave à la probité. Classiquement, elle peut être définie comme la rencontre entre un corrupteur proposant à un agent public une offre dans l'espoir que cet agent public prenne un acte dans le cadre de cette fonction. Il s'agit d'avantager une personne pour qu'elle accomplisse ou n'accomplisse pas un acte qui relève de sa fonction.

On distingue :

- **la corruption active**, spécifique au corrupteur qui offre ou accepte de rémunérer l'autre, de
- **la corruption passive**, spécifique au corrompu, qui en échange, promet d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte lié à sa fonction

Dans l'affaire des écoutes, il est reproché à Nicolas Sarkozy une corruption active, lequel serait soupçonné d'avoir proposé de rémunérer ou d'accepter de rémunérer Gilbert Azibert, magistrat, dans l'espoir d'obtenir un acte ou une abstention d'acte, précisément en l'espèce une influence et des informations quant à la procédure en cours visant à récupérer les agendas litigieux.

Pour caractériser cette infraction, il est nécessaire de réunir plusieurs éléments:

- **une qualité du corrompu issue de l'élément légal**, qui doit répondre aux exigences des articles 432-11, 433-1 et 434-9 du Code pénal. Ce dernier article mentionne expressément les magistrats, arbitres et jurés, **ce qu'est indéniablement Gilbert Azibert**.
- **un élément matériel**, reposant en la proposition, l'agrément ou la sollicitation de la proposition. Ici, **la proposition pourrait être, à la supposer établie par l'entremise du prévenu, le haut poste à Monaco**.
- **un élément moral**, c'est à dire qu'il est nécessaire d'avoir conscience de porter atteinte au devoir de probité de la fonction exercée. C'est ce que l'on nomme un dol général. Pour la corruption, il existe un dol spécial tenant à la recherche de l'accomplissement ou, au contraire, l'abstention de l'acte tenant à la fonction du corrompu. Ici, **cela correspondrait aux potentielles demandes de Nicolas Sarkozy quant à sa procédure visant à récupérer ses agendas**.

Le trafic d'influence:

Le trafic d'influence reste proche de la corruption. Incriminé par le même texte, il consiste lui aussi une la collusion entre deux ou plusieurs personnes. L'une d'elle offre ou accepte d'abuser de son influence, ce que l'on nommera trafic d'influence passif, et l'autre offre ou accepte de profiter de cette influence, ce que l'on appellera trafic d'influence actif.

Une différence existe néanmoins vis à vis de la corruption, résidant en la finalité du « pacte ». En l'occurrence, il s'agit **d'obtenir qu'une personne use de trop son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, emplois, marchés ou toute autre décision favorable.** Ainsi, une personne va s'entremettre en utilisant l'influence qu'elle a, par le biais d'un réseau, pour obtenir une faveur d'un agent public.

Dans l'affaire des écoutes, il est reproché à Nicolas Sarkozy un trafic d'influence actif, soupçonné d'avoir accepté d'avantager Gilbert Azibert en échange de son influence à la Cour de cassation.

Pour caractériser cette infraction, il est nécessaire de réunir plusieurs éléments:

- **l'élément légal** tient à la **qualité de l'agent public**: qui, là aussi, peut être un magistrat.
- **un élément matériel**, résidant dans la proposition, la sollicitation ou l'agrément de la proposition.
- **un élément moral** où la distinction entre le dol général consistant en le fait d'avoir conscience d'abuser de son influence, et le dol spécial consistant dans le désir de procurer un avantage de la part de l'autorité publique. **Ici, le dol général et le dol spécial consisteraient en la prétendue demande de Nicolas Sarkozy à Gilbert Azibert d'abuser de son influence dans l'espoir d'obtenir une décision favorable dans la demande de restitution de ces agendas.**

L'ABSENCE DU PACTE CORRUPTEUR

À ce jour, la justice ne possède pas de preuve matérielle du pacte corrupteur. Les autorités monégasques confirment que Nicolas Sarkozy n'a pas démarché le ministre d'Etat en vue d'obtenir un poste pour Gilbert Azibert. Ce dernier n'a donc bénéficié d'aucun avantage puisqu'il n'a jamais pu obtenir un poste à Monaco.

Ce dernier, à vrai dire, n'a bénéficié d'aucun avantage puisqu'il n'a jamais obtenu de poste à Monaco. De même, les auditions des magistrats de la chambre criminelle n'ont abouti qu'à de maigres révélations succinctes de l'un d'entre-eux. L'ancien président n'a pas obtenu gain de cause dans le pourvoi en cassation visant à récupérer ses agendas.

Pourtant, Nicolas Sarkozy, Thierry Herzog et Gilbert Azibert peuvent être poursuivis. En effet, « **La seule sollicitation suffit à la consommation de l'infraction** », déclarent les juges dans cette affaire.

Cela revient à se demander à quel moment est consommée l'infraction. Or, **la corruption et le trafic d'influence sont des infractions consommées par la simple sollicitation, la simple proposition, indépendamment de toute contrepartie réelle** voir en ce sens: Crim, 20 mars 1997).

Ainsi, l'établissement de la preuve de l'acceptation et de la proposition par Nicolas Sarkozy d'effectuer des démarches pour obtenir un poste à Monaco à Monsieur Azibert dans l'espoir d'obtenir une influence particulière ou des renseignements sur la procédure enclenchée pour invalider la saisie de ses agendas personnels et présidentiels devraient suffire à l'incriminer.

À supposer que cette preuve soit établie, rendez-vous est pris, si les délais sont respectés, au mois de mars, pour un décryptage de cette décision attendue.



LA FUSION-ABSORPTION ET LE DROIT PÉNAL: PERSONNALITÉ NOUVELLE OU HÔTE DE PERSONNALITÉS PASSÉES ?

Luna Benadjaoud

Aux termes de l'arrêt rendu par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation le 25 novembre 2020 (n°18-86.955), l'article 121-1 du Code pénal, nouvellement interprété, ne fait pas obstacle à la condamnation pénale de la société absorbante pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée antérieurement à la fusion-absorption.

LE CHAMP D'APPLICATION

Champ d'application matériel et temporel

Constitutif d'un revirement de jurisprudence, ce nouveau régime de responsabilité pénale s'appliquera, en définitive, essentiellement aux sociétés de capitaux participant à une opération de fusion absorption avec une ou plusieurs sociétés de capitaux immatriculées dans un ou plusieurs autres États membres de l'Union Européenne.

En son point 38., l'arrêt de la Cour précise que l'article 121-1 du Code pénal, nouvellement interprété ne pourra s'appliquer qu'aux fusions postérieures au 25 novembre 2020 en application de l'article 7 de la CEDH lequel fonde le principe de prévisibilité juridique.

LE DROIT ANTÉRIEUR AU REVIREMENT

L'article L121-1 du Code Pénal pose le principe de personnalité des peines selon lequel *nul ne peut être pénalement responsable que de son propre fait*. Partant de ce principe, la jurisprudence a constamment refusé de condamner la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant la fusion (en ce sens: **Chambre criminelle, 14 octobre 2003, n°02-86.376**).

Ce refus systématique de condamner la société absorbante pour des infractions qu'elle n'a, de fait, pas commis est notamment fondé sur le principe énoncé par l'article 6 de la CEDH garantissant à tout individu le droit à un procès équitable. C'est en 2015 que la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH, **5 mars 2015, Modelo Continente Hipermercados SA c/ Autoridade para as Condições de Trabalho, C-343/13**) fait l'application de l'article 105§1 de la Directive UE 2017/1132 qui énonce que la fusion entraîne « *ipso jure* » la « *transmission universelle* » du patrimoine actif et passif de la société absorbée. **Cette décision pose la première pierre à l'édifice encore fragile de la transmission de responsabilité pénale à la société absorbante.**

Depuis, la CEDH garde cette philosophie, à travers notamment un arrêt rendu le 24 octobre 2019 (**Carrefour France c/ France, n°37858/14**) dans lequel elle justifie la conformité de la décision au principe de personnalité des peines en ce que **la continuité économique, issue de l'absorption, entraîne la poursuite de l'objet social de la société absorbée, qui, en quelque sorte survit à travers la société absorbante qui l'incarne.**

LES JUSTIFICATIONS DU REVIREMENT

La survie abstraite de la société absorbée

Cet arrêt rompt avec une conception "humaine" de la société, et, plus largement, de la personne morale. En effet, les juges ont considéré qu'il fallait désormais prendre en compte la continuité de l'activité économique de l'entreprise et cesser d'assimiler la dissolution de la personne morale au décès d'une personne physique.

Il fallait combiner les dispositions pénales et celles du droit des sociétés. Le juge fait en l'occurrence prévaloir l'article L236-3 du Code de commerce qui énonce que la fusion-absorption entraîne la « *dissolution sans liquidation* » de la société absorbée. En droit commun des sociétés, la dissolution de la société entraîne, en principe, sa liquidation (article 1844-8 du Code civil), sauf en cas de fusion (article 1844-4 du Code civil).

Nonobstant toute fusion, la société dissoute conserve un résidu de personnalité juridique pour les besoins de sa liquidation, et ce jusqu'à la publication de la clôture de la procédure. Lors de cette période, la personnalité morale conservée permet à la société de conserver son patrimoine ainsi que la propriété de ses biens. **Dans cette acception, la fusion permettra à la société dissoute, non pas de conserver des bribes de personnalité juridique, mais de véritablement se réincarner au travers de l'entité absorbante.**

En effet, la Cour de cassation cite la CEDH lorsque celle-ci expose la théorie selon laquelle « *la société absorbée n'est pas véritablement " autrui " à l'égard de la société absorbante* », laissant penser que la société absorbée serait « une composante » de la nouvelle personne morale absorbante. **Ainsi, l'arrêt de 25 novembre 2020 opère une réelle rupture de l'assimilation de la personne morale à la personne physique, qui malgré sa dissolution peut revenir d'entre les sociétés disparues aux moyens de la transmission universelle de son patrimoine. Cela avait déjà été jugé en matière fiscale (CE avis, 4 décembre 2009 n°329173, scté Rueil Sport) ou en matière d'ententes illicites (Cass, Com, 20 novembre 2001, n°99-16776) notamment.**

La fusion pour le meilleur et pour le pire

La fusion absorption constitue l'un des modes de transmission universelle de patrimoine (C.Com, art. L236-3). Cela implique que **la société absorbante réponde de l'actif mais également du passif**, qui se constitue principalement des dettes souscrites par la société absorbée. Il est constant que la transmission des dettes s'opère sans considération de leur fait générateur dès lors que celui-ci est antérieur à la fusion (Chambre commerciale, 28 février 2018, n°16-18.692). **Ainsi, l'amende en tant que sanction pénale peut-elle être assimilée à une dette ayant l'Etat pour créancier.**

En termes d'incidences procédurales, la société absorbante se voit transférer de plein droit la qualité de partie à l'instance engagée par l'absorbée avant la fusion (Chambre sociale, 22 septembre 2015, n°13-25.429). L'arrêt énonce au point n°36 que « *la personne morale absorbée étant continuée par la société absorbante, cette dernière, qui bénéficie des mêmes droits que la société absorbée, peut se prévaloir de tout moyen de défense que celle-ci aurait pu invoquer* ». Ainsi, la Cour est-elle cohérente dans son analyse en admettant que la jurisprudence antérieure allait à l'encontre du mécanisme même de la transmission universelle du patrimoine, même si elle limite sa solution "à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une fraction commise par la société absorbée avant l'opération" (pt35).

Lorsque la société absorbante réglait les dettes issues de faits commis par la société absorbée cela impliquait nécessairement, avant l'arrêt rendu le 25 novembre 2020, que la culpabilité de la société absorbée ait déjà été retenue par les juges (Chambre Criminelle, 28 février 2017, n°15-81.469).

Dans cette hypothèse, la dette de la société absorbée est devenue liquide et certaine ce pourquoi il est admis qu'elle puisse être acquittée par la société absorbante, même après que l'action publique a cessé.

En effet, vu que la dissolution de la personne morale lui fait perdre son existence juridique, le principe de personnalité des peines fait obstacle à la poursuite de l'action publique (Crim., 9 septembre 2009, n°08-87.312). Sur ce point, l'arrêt rendu par la Chambre criminelle ne nous éclaire pas d'avantage. Le point n°26 de l'article se contente de constater que **l'extinction de l'action publique en cas d'absorption de la société n'est pas expressément prévue. Serait-ce un moyen prudent d'affirmer que désormais, sous cette nouvelle interprétation, la société absorbante pourra être inquiétée de faits perpétrés par la société absorbée alors même que l'action publique n'était pas encore engagée avant l'opération ?** L'esprit de l'arrêt, souhaitant manifestement rompre avec la rigidité du droit antérieur, le laisse penser.

LA FINALITÉ SOUS JACENTE DU REVIREMENT

Pourquoi ce revirement ? Quels but les juges poursuivaient-ils ?

L'éradication définitive des fusions frauduleuses, sans doute dans le viseur des magistrats.

Le but poursuivi par ce revirement est celui de lutter contre fraude, et plus précisément d'éradiquer les opérations de fusion-absorption qui avaient pour objectif de faire échapper à la société absorbée à la répression pénale. En effet, dans la mesure où la dissolution de la personne morale était une cause d'extinction des poursuites engagées contre la société absorbée, la jurisprudence passée permettait aux acteurs économiques de s'engager dans des opérations de fusion absorption dans le seul but d'échapper à leur responsabilité pénale.

Cette ère semble désormais révolue, dès lors que l'arrêt du 25 novembre 2020 rompt avec cette position jurisprudentielle qui n'était pas corroborée par la lettre de l'**article 6 du Code de procédure pénale** qui ne prévoit l'extinction de l'action publique qu'en cas de « *mort du prévenu, de la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée* » sans jamais inclure l'hypothèse de dissolution par absorption. **Ainsi, la nouvelle interprétation du droit par l'arrêt du 25 novembre 2020 permet-elle de faire prévaloir les effets naturels de la transmission universelle de patrimoine sur une conception surannée de la personne morale en tant que personne faite de chair et d'os, cessant d'exister à sa disparition, afin de faire obstacle à l'utilisation frauduleuse de ce mécanisme.**

Il est même permis de penser que les opérations non visées par l'arrêt, parce que n'ayant pas "entraîné la dissolution de la société mise en cause" (pt 37), comme les apports partiels d'actif, pourront être concernées par cette transmission du passif pénal dès lorsqu'une fraude sera démontrée.

Et d'autre part, serait-ce utile d'avoir recours à la technique contractuelle lors des fusions pour soustraire l'opération des conséquences de la solution ?



POURQUOI A-T-ON PROHIBÉ LE PRÊT À INTÉRÊT ?

Lucas Desmaris

Au Moyen-Âge en France, l'Eglise est extrêmement puissante et s'insère dans de nombreux pans de la société, à tel point que les commerçants ne peuvent l'ignorer. Tentant d'ériger certains de ses grands principes moraux au rang de règles obligatoires, elle y parviendra à de multiples reprises. L'exemple le plus marquant est sans nul doute la prohibition du prêt à intérêt, qui subsistera jusqu'à la Révolution française. Retour sur cette interdiction canonique.

Au Moyen-Âge en France, plusieurs rapports de force émergent dans la vie des affaires. Les commerçants doivent en outre composer avec la puissance royale, qui n'est pas encore à son apogée et peine à se remettre de l'éclatement de son pouvoir à la suite de la chute de l'empire carolingien ; avec les seigneurs, nouveaux grands du royaume qui imposent taxes et lois au travers des coutumes locales, faisant parfois perdre tout sens commun aux voyageurs de commerce ; mais également avec l'Eglise, dont la puissance ne s'est pas tarie malgré les civilisations successives. S'imposant dans les moeurs et dans la société, mais également politiquement par les agissements des différents papes sur la scène internationale à la suite de la réforme grégorienne, l'Eglise tente d'ériger certaines de ses valeurs au rang de principes ou interdictions au sein de la vie commerciale. L'un des exemples les plus marquants, tant par son origine fort ancienne que par ses conséquences, n'est nul autre que la prohibition du prêt à intérêt.

LES FONDEMENTS DE LA PROHIBITION

La proscription du prêt à intérêt est pleinement affirmée au Moyen-Âge, mais ses fondements sont ancrés au sein de la tradition canonique des temps anciens. Alors qu'on retrouve des définitions et des réglementations à propos de l'intérêt chez les babyloniens, notamment grâce aux vestiges du Code d'Hammurabi, chez les chrétiens, l'Ancien Testament lui-même semble définir le prêt comme un acte gratuit et généreux, de soutien à l'autre notamment dans la pauvreté. L'intérêt est déjà ostracisé.

Dans l'Exode, on peut alors y lire que *« Si tu prêtes de l'argent à mon peuple, au malheureux qui est avec toi, tu n'agiras pas avec lui comme un usurier ; vous ne lui imposerez pas d'intérêt »*.

Le Lévitique est encore plus précis dans la moralité de l'acte: *« Si ton frère (à entendre au sens de frère chrétien) a des dettes et s'avère défaillant à ton égard, tu le soutiendras, qu'il soit un émigré ou un hôte, afin qu'il puisse survivre à tes côtés. Ne retire de lui ni intérêt, ni profit »*.

Dans le Nouveau testament également, l'évangile selon Saint Luc est sans équivoque: *« Si vous prêtez à ceux dont vous espérez recevoir en retour, quelle reconnaissance méritez-vous ? »*, et on comprend au travers de cette assertion la volonté d'amour et de générosité que représente le prêt pour les fondamentaux canoniques.

Par la suite, la question s'est vue appropriée au sein des textes des Pères de l'Eglise, rédactions d'auteurs ecclésiastiques ayant fondé et défendu des pans entiers de la doctrine chrétienne, mais également au sein de canons du IVème siècle, source normative de l'institution ecclésiastique issue des réunions d'évêques appelées conciles. On retrouve notamment à ce titre les canons du concile de Nicée en 325.

Saint Ambroise énonce ainsi, dans le chapitre 17 du De Tobia, l'assertion originellement attribuée à Cicéron: *« Qu'est-ce-que prêter, sinon tuer un homme ? »*.

Quant à Saint Augustin, il affirmait qu'en cas de prêt avec stipulation d'intérêts, alors *« vous êtes un usurier, et en cela vous êtes blâmable »*.

D'autres arguments seront avancés au cours des siècles, plus raisonnés et plus logiques, notamment par Saint Thomas d'Aquin. Il avance une inférence avisée, dans laquelle il explique: *« Si on voulait vendre d'une part du vin, d'une part son usage, il viendrait deux fois la même chose, ou mieux viendrait ce qui n'existe pas. Il commettrait donc une injustice. Pour la même raison, celui-là pécherait contre la justice qui, prêtant du vin ou du blé, exigerait deux compensations, l'une à titre de restitution équivalente à la chose elle-même, l'autre pour prix de son usage, d'où le nom d'usure »*.

Ses disciples allèrent plus loin: si un emprunteur, par son travail, ses investissements, peut accroître son capital et ainsi accroître l'argent dont il dispose, le prêteur, lui, ne peut en faire de même. Il s'est contenté de prêter une somme d'argent, sans travail. Demander des intérêts reviendrait à demander une partie de la réussite de l'emprunteur. Au coeur de leur pensée reviennent les fondamentaux puisés dans la réflexion d'Aristote, dont les écrits seront le fer de lance de nombreux maîtres penseurs à cette période.

Au Haut Moyen-Âge, cette exigence semblait n'être qu'un principe moral imposé aux fidèles qui s'engageaient, au nom de la *fidem*, la foi, à ne pas prêter à intérêt. Mais l'Eglise se réformant, cette règle morale n'en était plus une: elle devenait une obligation pour tous les chrétiens. L'institution ecclésiastique se justifie notamment du fait de l'utilisation trop fréquente des prêts à la consommation dans une période qui n'était plus propice à la richesse, une période dite de stagnation d'un point de vue économique. Or, ce type de prêt n'était simplement gage que de subsistance pour une année à peine, tout au plus. En aucun cas une possibilité d'enrichissement sur le long terme, ce prêt aurait été un véritable coup de massue supplémentaire s'il était accompagné d'intérêts tant la population avait parfois du mal à s'en sortir convenablement.

LES EXCEPTIONS À LA PROHIBITION

Mais à ce principe, des exceptions se sont multipliées, et même l'Eglise ne put échapper à cette spirale juridique qui guide le monde depuis la nuit des temps: à tout principe ses exceptions. Ce sera tantôt l'institution elle-même qui les consacra ; mais à plusieurs reprises, la pratique témoignera de divers mécanismes destinés à contourner l'interdiction.

Déjà, les théologiens mentionnaient des règles subsidiaires, notamment quant à la possibilité de stipuler des intérêts visant à dédommager le prêteur de la dépossession dont il était victime. Mais il ne s'agissait alors que de payer pour un préjudice.

L'institution a reconnu qu'à l'occasion de certaines situations exceptionnelles, la levée de la prohibition était nécessaire. Mais les justifications, malignes et réfléchies, témoignent que les intérêts n'en sont pas vraiment, ou plus exactement ne sont pas considérés comme tels. Un exemple intéressant est tiré de la *distancia loci*, c'est à dire le système archaïque de la lettre de change. Il s'agit d'un ordre donné par le créancier à son débiteur de payer une certaine somme d'argent à une autre personne. Le problème était qu'ici, les droits locaux faisaient loi. Or, chaque ville libre, république commerciale disposaient d'une monnaie propre et de systèmes précis.

Ainsi, on levait la prohibition du prêt à intérêt pour rémunérer le service matériel et sans doute risqué. Cette illustration est d'autant plus intéressante qu'elle marque un véritable essor de la lettre de change, qui prend son origine au coeur même du prêt à intérêt, devant une méthode classique de contournement de l'interdiction. Le pape Benoît XIV, dans sa décrétale *Vix Pervenit* en 1745, va réaffirmer diverses exceptions, tout en conservant le principe originel.

Et au-delà, certaines pratiques s'étaient peu à peu diffusées pour masquer le prêt à intérêt et passer outre la prohibition. Pas réellement des exceptions, pas totalement des fraudes, elles devenaient progressivement monnaie courante. Certains auteurs les nomment « évasions », et on comprend parfaitement la signification du terme tant il fait sens aujourd'hui. Une forme contractuelle fort intéressante en est une parfaite illustration. Elle prendra le nom de **contrat Mohatara** pour les chrétiens. Il s'agit alors d'une double-vente déguisant des intérêts. Un marchand vend à un individu une marchandise au comptant. À terme, il la lui rachète à un prix plus élevé que celui auquel il l'a vendu. En réalité, nous sommes ici au coeur d'un prêt à intérêt, ou un emprunteur cède une marchandise, et lorsqu'elle lui est retournée, récupère de l'argent supplémentaire provenant du prêteur lui-même. La différence de prix entre le commencement et la fin de la relation contractuelle constitue ces fameux intérêts déguisés. Mais c'était loin d'être la seule pratique, et bien qu'il ne s'agira pas de les détailler, certaines doivent être mentionnées, notamment le *contractus trinus*, aussi appelé triple contrat, ou encore la vente à réméré.

Cette prohibition du prêt à intérêt demeurera pendant de longues années en France, alors même qu'il est une pratique courante aujourd'hui. Peu avant la Révolution, on trouve encore trace de condamnations par certains parlements envers des banquiers qui n'avaient pas respecté la prohibition canonique. La législation révolutionnaire abolira les règles canoniques visant l'interdiction du prêt à intérêt, mais la puissance papale ne dira pas son dernier mot, et le Corpus juris canonici, recueil des normes juridiques ecclésiastiques, restera en vigueur jusqu'en 1917, avec une application à moindre échelle. Lors de la rédaction du Codex juris canonici, code régissant l'Eglise latine et catholique, la prohibition du prêt à intérêt sera néanmoins reprise.

BIBLIOGRAPHIE

SOURCES UTILISÉES POUR LA RÉDACTION DES ARTICLES

L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE CHANGE SA JURISPRUDENCE !

Réponses aux appels d'offres par des filiales d'un même groupe : l'Autorité modifie sa pratique décisionnelle à la suite d'une décision de la CJUE, Communiqué de presse ADLC, Yannick Le Dorze, Novembre 2020

Article Réponse aux appels d'offres par des filiales d'un même groupe : l'Autorité de la concurrence modifie sa pratique décisionnelle, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 49, 3 Décembre 2020, act. 810, LexisNexis

Autorité de la concurrence, Décision 20-D-19 du 25 novembre 2020

CONSÉQUENCES FISCALES D'UNE PERTE DE CHANGE...

Précis de fiscalité des entreprises, LexisNexis, M.Cozian, F.Deboissy, M.Chadefaux

CA Paris, 23 septembre 2016, n°13-06535

Conseil d'État, 9ème chambre, 28 septembre 2020, 438028

Article Ecart de change réalisé à l'occasion de la cession de titres étranger, Alice de Massiac, Clara Maigna, 8 décembre 2020

Feuillet, 15e conférence annuelle « Panorama des redressements fiscaux », 20 juin 2013, Editions Francis Lefebvre

BIBLIOGRAPHIE

SOURCES UTILISÉES POUR LA RÉDACTION DES ARTICLES

LA FUSION-ABSORPTION ET LE DROIT PÉNAL: PERSONNALITÉ NOUVELLE OU HÔTE DE PERSONNALITÉ PASSÉES ?

Cour de Cassation, Chambre Criminelle,
25 novembre 2020, n°18-86.955

Répertoire des sociétés, *Laurence Amiel-Cosme* (dissolution)

Répertoire des sociétés, *Jean-Marc Moulin* (fusion, scission et apport partiel d'actif)

4 ANS DE PRISON POUR UN ANCIEN PRÉSIDENT !

Article « Affaire des écoutes: le procès s'achève par une plaidoirie vertigineuse qui étrille l'accusation », Stéphane Durand-Souffland, journal Le Figaro, 10/12/2020

Article « Procès des écoutes: trois juges et un dossier empoisonné », Pascale Robert-Diard, Le Monde, 11/12/2020

Podcast « *Des écoutes de Nicolas Sarkozy à son procès: le récit de l'affaire Paul Bismuth Partie 1* », journal Le Parisien, 15/12/2020

Droit pénal des affaires, Michel Véron, Dalloz, 12e édition, 2019

BIBLIOGRAPHIE

SOURCES UTILISÉES POUR LA RÉDACTION DES ARTICLES

POURQUOI A-T-ON PROHIBÉ LE PRÊT À INTÉRÊT ?

Histoire du droit des affaires, 3ème édition, R.Szramkiewicz, O.Descamps, LGDJ 2019

Histoire du droit civil, 2ème édition, A.Castaldo, J-P.Lévy, Précis Dalloz , Octobre 2010

Revue internationale de droit comparé, *Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique*, Choucri Cardahi, p.499-541, 1955

Revue économique, *La question de l'interdiction de l'intérêt dans l'histoire européenne*, Ragip Eye, p.391 à 417, 2014/2 (Vol.65)