

## Droit informatique

### Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (Transposition de la directive 2001/29) : pour un Peer to Peer légal ?

Peer to Peer (P2P), «d'égal à égal» en français : une connexion réseau par laquelle deux ordinateurs communiquent aux fins d'échange et de partage de fichiers entre internautes.

Loin de constituer un agissement loyal (*fair use*), le téléchargement qui en résulte permet d'assurer la représentation, la reproduction et la diffusion de contenus, sans l'autorisation préalable des titulaires de droits, ni le paiement des redevances pour l'acquisition de ces contenus.

De nombreuses décisions de justice Françaises et étrangères sanctionnent **le P2P**.

Alors que les parlementaires ont repris l'examen du projet de loi controversé sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, la polémique s'intensifie autour de ce texte de transposition de la directive du 22 mai 2001. Il ne s'agit pas ici d'amplifier la controverse mais d'établir un rapide constat de situation afin de mieux mesurer les enjeux liés à cette transposition.

Les travaux parlementaires ont débuté avec le projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information du 12 novembre 2003.

Le pivot du projet de loi, définit les mesures techniques anti-copie qui encadrent le téléchargement et la protection des œuvres sur Internet. Le texte prévoyait également d'introduire des sanctions très lourdes (300.000 euros et jusqu'à deux ans de prison) pour un internaute qui aurait contourné une mesure anti-copie pour télécharger illégalement des fichiers.

La polémique est née du fait que ces mesures de protection anti-copie heurtent le droit français attaché à l'exception pour copie privée définie à l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle, que s'apprête à modifier la dernière version du projet de loi.

La nouvelle version du projet de loi (en cours de discussions) ne comporte plus de peine de prison pour un internaute qui sera pris à télécharger des fichiers illégalement. Les amendes sont également revues à la baisse, 38 euros pour le téléchargement à usage personnel. Pour l'utilisation de logiciel permettant d'éviter les protections anti-copie, l'amende pourra monter à 750 euros. En revanche, la mise à disposition de dispositifs destinés à contourner les mesures techniques anti-copie pourrait être sanctionnée par trois ans de prison et 300 000 euros d'amende.

Un des enjeux majeurs vise à garantir l'interopérabilité, c'est-à-dire le fait de pouvoir lire une œuvre sur tous les supports qu'on possède. Il s'agit de poser comme principe que les mesures anti-copie ne doivent pas empêcher cette interopérabilité de sorte que ces mesures devront dès lors autoriser la copie privée.

## SOMMAIRE

### Droit informatique

- Pour un Peer to Peer légal ?

### Droit social

- CNE et CPE, une liberté de rupture en trompe l'œil

### Fiscalité des entreprises

- Conditions d'exercice du Carry Back
- Conditions d'application des apports-attributions
- La taxe de 3% est-elle compatible avec les principes communautaires
- Impôt directs et droit communautaire : liberté de circulation des capitaux

A ce titre, la recherche d'un équilibre entre l'interopérabilité et les mesures anti-copie vise à faire échec à la reconnaissance d'une licence globale et la défense de l'exception pour copie privée.

Il s'agirait «d'une fausse bonne idée» selon le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (avis du 7 décembre 2005), confirmé par le ministre de la Culture : «*elle taxe le consommateur, elle n'est pas suffisante pour financer la création.*» Un argument que contredisent bien entendu les partisans de la licence globale.

L'argument sera-t-il pour autant entendu par les parlementaires et le gouvernement, en vue d'un accord commun ? Offre légale au téléchargement, interopérable pour le respect de la copie privée, il appartiendra au juge à la suite du législateur d'apprécier la constitutionnalité et les limites de ces nouveaux droits de propriété intellectuelle.

Guillaume Flambard,  
gflambard@taj.fr

## Droit social

### CNE et CPE, une liberté de rupture en trompe l'œil

Le Contrat Nouvelles Embauches (CNE) a été institué par l'ordonnance du 2 août 2005, entrée en vigueur le 4 août 2005. Le Contrat Première Embauche (CPE) constitue l'une des mesures phares prévues par le projet de loi pour l'égalité des chances, actuellement en discussion au parlement.

CNE et CPE ont été institués pour inciter les entreprises à embaucher davantage. Le CPE est le frère jumeau du CNE. Ils obéissent en effet au même régime juridique, quoique leur champ d'application soit différent. Le CNE concerne ainsi les entreprises de 20 salariés au plus, et est ouvert à tous les salariés quel que soit leur âge. De son côté, le CPE concerne les entreprises de plus de 20 salariés, et est réservé aux jeunes de moins de 26 ans. CNE et CPE sont des contrats de travail à durée indéterminée qui obéissent, pendant les deux premières années de leur conclusion, à des règles particulières. Au-delà de cette période de deux ans, CNE et CPE sont soumis au régime de droit commun des contrats de travail à durée indéterminée.

Pendant les deux premières années de leur conclusion, CNE et CPE échappent en particulier aux dispositions de droit commun régissant la rupture du contrat de travail à durée indéterminée.

Selon l'administration, cette période ne doit pas être considérée comme une période d'essai mais comme une «*période spécifique dite de consolidation de l'emploi qui permet notamment à un employeur de mesurer la viabilité économique et les perspectives de développement de son entreprise*».

Cette analyse a le mérite de mettre l'accent sur la spécificité de la période considérée, mais l'inconvénient de gommer sa parenté (patente) avec la période d'essai.

Les modalités simplifiées de rupture d'un CNE ou d'un CPE expliquent cette parenté. Seule obligation imposée par la loi, la rupture, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, pendant les deux premières années doit faire l'objet d'une notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

En revanche, cette rupture échappe aux règles sur le licenciement : l'employeur n'aura ni à mettre en œuvre une procédure de licenciement, ni à motiver la rupture en invoquant une cause réelle et sérieuse de licenciement.

On aurait tort d'en déduire que l'employeur peut rompre librement le contrat. En effet, à l'image de la rupture d'une période d'essai, la rupture d'un CNE ou d'un CPE pendant les deux premières années de sa conclusion ne devra pas être abusive, sera soumise aux règles sur le droit disciplinaire, et lorsque le salarié sera investi d'un mandat ou d'une fonction particulière, à la procédure spéciale d'autorisation de licenciement. Enfin, cette rupture ne devra pas intervenir pour un motif discriminatoire (application des dispositions de l'article L 122-45 du Code du travail).

En d'autres termes, le salarié qui aura été licencié du jour au lendemain pourra obtenir devant le juge des dommages et intérêts pour rupture abusive. Il pourra également obtenir des dommages et intérêts si l'employeur a rompu le contrat pour des faits fautifs sans respect de la procédure disciplinaire.

En plus de l'allocation de dommages et intérêts, le salarié pourra demander devant le juge sa réintégration si son contrat a été rompu en raison de son état de santé (salarié malade, victime d'un accident du travail, ou en état de grossesse) ou sans autorisation de licenciement de l'inspecteur du travail, pour le salarié investi de fonctions représentatives ou syndicales.

Malik Douaoui  
adouaoui@taj.fr

## Fiscalité des entreprises

### Carry Back: la jurisprudence en assouplit les conditions d'exercice

En principe, le déficit constaté à la fin d'un exercice est une charge de l'exercice suivant ou des exercices ultérieurs. Toutefois, l'article 220 quinquies du CGI permet sur option le report en arrière du déficit sur l'antépénultième, l'avant-dernier ou le dernier exercice.

Dans son instruction 4 H 4 86, l'administration fiscale considérait, qu'à défaut d'option à la clôture d'un exercice, les déficits existant à cette date ne peuvent faire l'objet que d'un report en avant sur les bénéfiques ultérieurs. Ainsi l'administration s'opposait à ce que l'option exercée à la clôture de l'exercice n puisse concerner à la fois le déficit n et le déficit n-1.

Dans deux arrêts du 30 juin 1997 et du 30 décembre 1998, le Conseil d'Etat a infirmé l'instruction 4 H 4 86. Ainsi, l'option pour le report en arrière peut porter sur le déficit de l'exercice au titre duquel l'option est exercée **et** sur les déficits des exercices antérieurs encore reportables.

En pratique, l'administration s'est ralliée à cette jurisprudence favorable aux contribuables et a aménagé l'imprimé n°2039 pour permettre aux sociétés d'opter pour le report en arrière des déficits d'exercice antérieurs reportables. Cependant, l'instruction 4 H 4 86 suscitée n'a pas été rapportée.

Un arrêt de la Cour Administrative de Paris du 19 juillet 2005 permet de répondre à 2 questions non tranchées par les arrêts sus-cités du Conseil d'Etat :

- L'option pour le report en arrière peut porter sur le déficit de l'exercice au titre duquel l'option est exercée **et/ou** sur les déficits des exercices antérieurs encore reportables. Il serait donc possible d'opter en n pour le report en arrière du déficit n-1 et le report en avant du déficit n.

- Les exercices sur lesquels sont reportés en arrière les déficits sont l'antépénultième exercice et les suivants décompté à partir de l'exercice d'origine du déficit, et non de l'exercice au titre duquel l'option est exercée, comme le soutenait l'administration.

Il serait donc possible d'opter en 2006, au moment du dépôt de la liasse 2005, pour le report en arrière de tout ou partie des déficits encore reportables à la clôture 2005, sur les bénéfices réalisés au cours des trois années précédant celle de la réalisation du déficit reporté, sous réserve de l'existence de bénéfices d'imputation suffisants.

Cette décision, très avantageuse pour le contribuable, semble justifiée sur la base d'une analyse littérale de l'article 220 quinquies et méritera d'être confirmée.

### L'administration assouplit les conditions d'application des apports-attributions visés à l'article 115-2 du CGI

Un apport partiel d'actif (APA) bénéficie du sursis d'imposition si la société apporteuse s'engage à conserver les titres reçus pendant trois ans. Mais si elle entend distribuer rapidement les titres reçus à ses propres associés elle devra demander deux agréments pour assurer la neutralité fiscale de cette double opération : dispense de l'engagement de conservation et exonération d'impôt pour les associés récipiendaires en vertu de l'article 115-2 du CGI.

Les conditions de délivrance de cet agrément sont les suivantes : existence d'un motif économique, APA placé sous le régime de faveur, objectif principal non fiscal, et association entre les parties (attribution proportionnelle des titres et engagement de conservation des titres par les associés).

Dans une instruction 13 D 1 03 du 2 juin 2003, l'administration précisait que, si l'engagement de conservation des titres de l'apporteur et de la bénéficiaire est souscrit par un collègue

d'associés représentant au moins 20% du capital de ces sociétés, les autres associés n'ont pas, eux, à s'engager (i) s'ils ne prennent pas une part active à la gestion, au contrôle ou à l'administration de la société apporteuse, ou (ii) si leur pourcentage de participation est inférieur à 5% des droits de vote (sauf fonction de direction avec pouvoir de décision sur l'opération), ou encore (iii) s'ils exercent, au moment de l'APA, des fonctions d'administration à condition qu'ils n'aient détenus au jour de l'apport que le nombre d'actions requis pour exercer ces fonctions.

Une nouvelle instruction 13 D 1 06 du 10 février 2006 assouplit les conditions de dispense pour ces minoritaires en supprimant la condition que le double engagement doive être souscrit par un collègue d'associés représentant au moins 20% du capital de la société apporteuse et de la société bénéficiaire. Elle précise également que la notion d'association entre les parties suppose à la fois un pourcentage de titres sous engagement de conservation suffisamment important pour matérialiser en pratique une véritable association, et un rapport d'équivalence entre les sociétés apporteuses et bénéficiaires après réalisation de l'opération.

Elle indique en outre que l'engagement de conservation ne sera plus exigé en cas de décès d'un actionnaire ayant souscrit l'engagement, en cas d'actionnariat salarié et en cas d'émiettement du capital et de disproportion marquée entre les valeurs économiques des sociétés à l'issue de l'opération.

### La taxe de 3% est-elle compatible avec les principes communautaires ?

Les personnes morales françaises ou étrangères dont les actifs sont constitués en France à plus de 50% par des actifs immobiliers (immeubles, droits assimilés

ou titres de sociétés à prépondérance immobilière) sont redevables annuellement d'une taxe de 3% sur la valeur vénale de ces actifs immobiliers. Outre le cas des immeubles affectés à une activité professionnelle autre qu'immobilière, sont exonérées sous réserve de certaines formalités (i) les sociétés établies dans un pays ayant conclu avec la France une convention incluant une clause d'assistance administrative (art. 990 E 2 du CGI) et (ii) les sociétés établies en France ou bénéficiant d'une clause de non discrimination (art. 990 E 3 du CGI).

Il résulte, en pratique, d'un premier arrêt sévère, de la Cour de cassation (C. Com 31/01/2006, Sté Mediterranean and Pacific Luxembourg Finance Company) qu'une société qui omet de procéder aux déclarations requises est mieux traitée qu'une société qui dépose une déclaration avec des erreurs et des omissions.

En effet, une réponse ministérielle Loncle (JOAN 13/03/2000, p.1638) prévoit une procédure de régularisation mais elle n'est applicable selon la Cour que dans le premier cas à l'exclusion du second.

En revanche, une brèche pourrait venir de l'arrêt Elisa, en date du 13/12/2005, par lequel la Cour de cassation vient de renvoyer devant la CJCE plusieurs questions préjudicielles concernant la compatibilité de la taxe de 3% avec le droit communautaire et notamment la liberté d'établissement et l'interdiction des discriminations.

Parmi les questions posées figurent également la possibilité d'invoquer la directive du 19/12/1977 concernant l'assistance administrative fiscale alors même que la convention bilatérale applicable en l'espèce, la convention entre la France et le Luxembourg, prévoyait certes une clause d'assistance administrative mais excluait de ses bénéficiaires les holdings de 1929 (et donc la société requérante).

Enfin la Cour pose la question de l'application de la clause de la nation la plus favorisée au sein de l'Union Européenne dans le cas de la taxe de 3%.

La France pourrait une nouvelle fois être obligée d'aménager le régime de cette taxe pour lui éviter de perdre toute efficacité.

### **Impôts directs et droit communautaire : liberté de circulation des capitaux**

Selon une jurisprudence constante de la CJCE, si la fiscalité directe relève de la compétence des États membres, ils doivent toutefois l'exercer dans le respect du droit communautaire et notamment des principes fondamentaux des traités. Un nouvel exemple nous a été donné par la Cour le 19 janvier 2006 (affaire C 265/04 Margaretha Bouanich), où elle a jugé qu'une disposition fiscale suédoise était contraire à la liberté de circulation des capitaux. Le requérant était une personne physique française actionnaire d'une société suédoise. Mme Bouanich avait cédé ses actions dans le cadre d'un rachat de titres initié par la société suédoise. Dans ce cas, en Suède, la plus value réalisée par l'actionnaire résident suédois, est imposée au taux de 30 %.

En présence d'un actionnaire personne physique non résident de Suède, le montant qui lui est versé est traité comme une distribution de dividendes, soumise à une retenue à la source de droit interne au taux de 30 %. Ce taux est réduit par application, le cas échéant, d'une convention fiscale bilatérale. Au cas particulier, la convention franco-suédoise réduisait le taux de la retenue à 15%. Et l'interprétation admise de cette convention conduisait à considérer

comme des dividendes non seulement les distributions de bénéfice décidées par l'assemblée annuelle des actionnaires, mais également le bonus de liquidation et assimilé d'une part, et à admettre en déduction de la base de la retenue à la source le montant nominal de l'action rachetée, d'autre part.

Autrement dit, en cas de rachat de titres, l'actionnaire suédois était taxable à 30 % sur la plus value réalisée (prix de vente moins coût d'acquisition des actions cédées), alors que l'actionnaire français subissait une retenue à la source sur une base égale au prix de rachat des actions sous déduction de la seule valeur nominale des actions en cause sans tenir compte du prix effectivement payé.

Le traité CE ne définit pas la notion de mouvements de capitaux, mais la Cour a considéré que lorsqu'un actionnaire revend à la société émettrice – dans le cadre d'une réduction de capital – les actions qu'il détient, cette opération est soumise au principe de libre circulation des capitaux. Toute mesure, telle la réglementation suédoise, qui complique le transfert transfrontalier de capitaux ou le rend moins attrayant, et qui est de nature à dissuader l'investisseur de l'effectuer, constitue une restriction aux mouvements de capitaux. En effet, cette réglementation a notamment des effets restrictifs pour les sociétés anonymes suédoises, car elle les empêche de recueillir des capitaux en dehors de la Suède puisque l'achat d'actions d'une société suédoise est désavantageux fiscalement pour les personnes sans domicile en Suède.

La Cour considère par ailleurs que les actionnaires ayant un domicile en Suède et ceux qui n'en ont pas se trouvent dans des situations financières comparables en ce qui concerne le profit retiré d'un

rachat de titres. La règle fiscale suédoise constitue dès lors une discrimination arbitraire interdite.

La Cour a retenu pour apprécier s'il y avait conformité avec le traité, le régime fiscal tel qu'applicable en tenant compte de la convention fiscale signée entre les deux états européens.

Il est important de noter que pour la Cour c'est à la juridiction nationale qu'il appartient de vérifier si la déduction de la valeur nominale des actions et le plafond d'imposition à 15 % pour les actionnaires non domiciliés en Suède aboutit à un résultat équivalent à la taxation à 30 % de la plus value.

Selon la jurisprudence constante de la Cour, il appartient au juge national de garantir un plein effet du principe de la libre circulation des capitaux, pour ce faire, il doit au besoin laisser inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, y compris les dispositions d'une convention de double imposition, dans la mesure où ces dispositions font obstacle à un traitement égalitaire des actionnaires résidents et non résidents.

Ambroise Bricet

Abricet@taj.fr

Mathieu Gautier

mgautier@taj.fr

## **CONTACTS**

- Neuilly : 01 40 88 22 50
- Lyon : 04 72 43 37 85
- Marseille : 04 91 59 84 75
- Bordeaux : 05 56 48 49 20
- Tours : 02 47 60 88 40
- Lille : 03 20 14 94 20

Stricto Sensu est édité par Taj, Société d'Avocats inscrite au Barreau des Hauts-de-Seine

SELAFA au capital de 1 463 500 € - 434 480 273 RCS Nanterre

181, avenue Charles de Gaulle - 92524 Neuilly-sur-Seine cedex - Tél : 01 40 88 22 50 - Fax : 01 40 88 22 17

Directeur de la publication : Gianmarco Monsellato - Responsable de la rédaction : Pascale Ponroy

Secrétaire de rédaction : Juliette Arnaud

Parution et dépôt légal : mars 2006 - Diffusion gratuite. ISSN 1639 - 8327