

N° 387227  
SA Bouygues

9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies  
Séance du 2 novembre 2016  
Lecture du 16 novembre 2016

## CONCLUSIONS

**Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public**

Le II de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié a permis aux entreprises qui émettent des actions au profit de leurs salariés, en application d'une augmentation de capital réservée aux adhérents d'un plan d'épargne entreprise, de déduire de leur résultat imposable la différence entre la valeur des titres à la date de l'augmentation de capital et leur prix préférentiel de souscription par les salariés. Afin d'inciter au développement de la participation des salariés au capital, ces dispositions, codifiées au II de l'article 217 quinquies du code général des impôts, étendent aux émissions d'actions nouvelles la déduction fiscale de cette décote qui existait de longue date lorsque la société procédait par rachat sur le marché de ses propres actions en vue de les attribuer à ses salariés.

Le litige porte sur les modalités d'application dans le temps de ce dispositif incitatif et plus particulièrement sur la portée du III de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006 qui prévoit qu'il s'applique « *aux émissions d'actions autorisées par les assemblées générales extraordinaires réunies à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006* ».

L'avantage fiscal est en effet entré en vigueur alors qu'était en cours l'opération d'augmentation de capital réservée aux salariés du groupe Bouygues dénommée « Bouygues Partage ». Le 28 avril 2005, une assemblée générale extraordinaire déléguait au conseil d'administration la compétence de décider l'augmentation de capital dans des bornes assez précises quant au volume des titres et au montant de la décote. Le 6 décembre 2006, le conseil d'administration décidait l'augmentation de capital. Le 26 avril 2007, une nouvelle assemblée générale extraordinaire entérinait la décision du conseil d'administration, avant l'émission des actions le 10 mai 2007. 40 000 salariés ont souscrit à cette augmentation de capital de plus de 232 millions d'euros.

A l'occasion d'une vérification de comptabilité, l'administration a remis en cause le bénéfice de la déduction fiscale pratiquée sur le résultat de l'exercice 2007 au motif que l'assemblée générale extraordinaire autorisant l'opération dans son principe était antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2006. La société Bouygues s'est vu assigner un supplément d'impôt sur les sociétés d'un montant de plus de 55 millions d'euros en droits. Elle se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 18 novembre 2014 (RJF 2015 n° 187) par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a confirmé le rejet opposé en première instance à sa demande de décharge.

Le premier moyen est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour en jugeant que la mesure de faveur prévue au II de l'article 217 quinquies ne s'applique qu'aux émissions d'actions autorisées par des assemblées générales extraordinaires réunies à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 et que la circonstance que les actions en litige aient été émises en 2007, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 2006, ne suffisait pas à placer l'opération dans le champ de l'avantage fiscal.

A l'encontre de ces motifs, la société Bouygues avance que les dispositions rétroactives du III de l'article 34 de la loi du 31 décembre 2006 constituaient une mesure de faveur ayant pour seul objet d'étendre la déduction aux émissions d'actions autorisées et réalisées en 2006, qui sans cette précision en auraient été exclues par le jeu des règles normales d'entrée en vigueur de la loi fiscale, mais qu'elles ne sauraient avoir pour effet de priver du bénéfice de cette mesure les opérations réalisées après le 1<sup>er</sup> janvier 2007 qui en relèvent de plein droit dès lors qu'elles sont intervenues au cours d'un exercice clos postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. En d'autres termes, ce III non codifié serait une disposition transitoire d'extension ne concernant que les émissions d'actions de l'année 2006 ; l'exigence d'une autorisation donnée par l'AGE à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006 qu'y pose le législateur pour borner dans le temps cette tolérance rétroactive ne s'appliquerait plus aux émissions d'actions réalisées à partir de 2007. En jugeant le contraire, la cour aurait à tort transformé la mesure provisoire de faveur du III en condition légale restrictive du régime de croisière énoncé au II, alors que le III avait épuisé ses effets à l'entrée en vigueur de la loi.

Il est exact qu'en l'absence du III de l'article 34 de la loi du 31 décembre 2006, l'opération litigieuse aurait été éligible au dispositif, la loi fiscale nouvelle s'appliquant, par défaut, aux bénéfices des exercices clos postérieurement à la date de son entrée en vigueur.

L'interprétation que développe la société, pour ingénieuse qu'elle soit, cède toutefois devant la lettre claire de la loi. Comme l'a jugé la cour, les dispositions du III de l'article 34 subordonnent expressément le bénéfice de l'avantage fiscal prévu au II à une autorisation de l'AGE postérieure au 31 décembre 2005 et ce, quelle que soit la date de réalisation effective de l'émission d'actions. Cette condition s'applique aussi aux émissions réalisées après le 1<sup>er</sup> janvier 2007. Si le législateur avait voulu la restreindre aux émissions d'actions réalisées en 2006, il aurait disposé que la nouvelle déduction fiscale s'applique aux émissions d'actions réalisées en 2006 sous réserve qu'elles aient été autorisées par une AGE réunie à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2006. Mais ce n'est pas ainsi qu'est rédigée la loi dont la lettre ne permet pas de raisonner différemment en fonction des dates d'émission des actions comme le fait la société.

Si le III de l'article 34, qui avait effectivement vocation à déroger au champ d'application ratione temporis de la loi nouvelle dans un sens favorable aux sociétés, se retourne contre la requérante, c'est parce que le législateur a fait le choix de caler le dispositif d'entrée en vigueur de l'avantage fiscal sur un événement (la décision de l'AGE) indépendant du « fait générateur » de cet avantage (l'émission des actions).

Le législateur a entendu éviter un effet d'aubaine en choisissant ce critère, que vous avez estimé suffisamment rationnel et objectif pour ne pas renvoyer la question de sa conformité à la Constitution par votre décision *Société Autoroutes du Sud de la France* du 24 septembre 2010 (aux T., n° 341141, RJF 2010 n° 1220). Vous avez jugé qu'eu égard à l'objectif recherché, qui est d'inciter les sociétés à émettre de nouveaux titres destinés à leurs salariés en vue d'améliorer leur participation au capital, les entreprises dont la décision

d'augmenter leur capital a été arrêtée postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006, après que le Gouvernement eut engagé la concertation avec les acteurs économiques sur cette mesure, se trouvaient dans une situation objectivement différente de celles dont l'émission de nouveaux titres avait été approuvée antérieurement, à une date où l'effet incitatif de la mesure ne pouvait jouer.

Par les moyens suivants, la société requérante s'attache à démontrer que la décision de procéder à l'émission d'actions dans le cadre de l'opération Bouygues Partage n'a pas été prise par l'assemblée générale extraordinaire du 28 avril 2005, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt attaqué, mais après le 1<sup>er</sup> janvier 2006, de sorte que l'augmentation de capital est éligible à l'avantage fiscal, à supposer même que le III lui soit applicable.

La cour aurait commis une erreur de droit au regard des articles L. 225-129 et L. 225-129-2 du code de commerce en jugeant que l'autorisation d'émettre les actions mentionnée au III de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006 ne pouvait pas résulter de la décision du conseil d'administration du 6 décembre 2006.

La société Bouygues expose que le 28 avril 2005, l'assemblée générale des actionnaires n'a pris aucune décision effective d'augmentation de capital au profit des salariés, ni le principe ni les modalités de l'opération n'étant arrêtés à cette date ; elle a seulement délégué sa compétence en la matière au conseil d'administration, en application de l'article L. 225-129-2 du code de commerce. Or, à la différence d'une délégation de pouvoir qui consiste, selon l'article L. 225-129-1, à confier au conseil d'administration ou au directoire le soin de fixer les modalités de réalisation d'une émission de titres déjà actée par l'AGE, la délégation de compétence opère un véritable transfert total de pouvoir de l'AGE au conseil d'administration ou au directoire pour décider ou non de lancer l'émission de titres. Dans le cas d'une délégation de compétence, l'autorisation visée au III de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006 ne pourrait être que la décision d'émettre les titres prise par le conseil d'administration et c'est à la date de cette décision qu'il faudrait se placer pour vérifier si l'opération est éligible au régime de faveur.

Mais là encore, cette argumentation se heurte à la lettre de la loi fiscale, car c'est une autorisation de l'assemblée générale extraordinaire qu'elle exige.

Et la solution retenue par la cour était très largement engagée par votre décision *ASF* précitée. Comme l'expliquait votre rapporteur public Julien Boucher dans ses conclusions sur cette affaire, même en cas de délégation de compétence consentie au conseil d'administration sur le fondement de l'article L. 225-129-2 du code de commerce, il existe toujours, en amont de la décision proprement dite de procéder à l'augmentation de capital prise par cet organe, une décision de l'AGE lui accordant une délégation à cet effet, et c'est cette décision qui doit être regardée comme constituant l'autorisation mentionnée au III de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006. La décision *ASF*, qui vise expressément l'article L. 225-129-2 du code de commerce, renvoie à la date de la décision de principe par laquelle l'AGE délègue sa compétence au conseil d'administration pour apprécier l'éligibilité à la déduction fiscale.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en déduisant des motifs de cette décision, qu'elle a reproduits, qu'en cas de mise en œuvre de l'article L. 226-129-2 du code de commerce, seule la décision primitive de l'AGE et non celle du conseil d'administration prise sur délégation peut constituer l'autorisation d'émission d'actions décidée par l'AGE au sens du III de l'article 34 de la loi de décembre 2006. Le moyen ne peut prospérer.

La société Bouygues reproche ensuite à la cour d'avoir écarté le moyen tiré de ce que la décision de l'assemblée générale extraordinaire du 26 avril 2007 se serait substituée à celle du 28 avril 2005, et aurait ainsi autorisé l'émission d'actions litigieuse après le 1<sup>er</sup> janvier 2006.

La requérante faisait valoir en appel que la décision du 26 avril 2007 s'était substituée non pas à la décision de l'AGE du 28 avril 2005 mais à la décision du conseil d'administration du 6 décembre 2006 et elle vous demande en cassation de censurer cette dénaturation de ses écritures. A supposer qu'il ne s'agisse pas d'une requalification délibérée du moyen par la cour pour lui donner toute sa portée, puisque comme on l'a vu seules importent les décisions de l'assemblée générale, cette erreur est sans incidence sur son raisonnement, car la question n'était pas de savoir à quelle décision se substituait la décision de l'AGE du 26 avril 2007 mais si cette dernière pouvait être regardée comme ayant autorisé l'émission d'actions en litige.

En répondant à cette question par la négative, la cour aurait entaché son arrêt de dénaturation, d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique.

La société Bouygues fait valoir que la condition formelle posée par la loi, la réunion d'une AGE se prononçant sur l'augmentation de capital après le 1<sup>er</sup> janvier 2007, était remplie, la décision de l'AGE du 26 avril 2007 ayant pris acte de la décision du conseil d'administration du 6 décembre 2006 et spécialement autorisé l'émission d'actions aux fins de l'application de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006. Elle ajoute que, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt attaqué, la délibération de l'assemblée générale du 26 avril 2007 n'a pas confirmé « dans les mêmes termes » celle adoptée deux ans auparavant.

Une assemblée générale extraordinaire s'est bien tenue postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2007 pour délibérer sur le projet Bouygues Partage. Il est indéniable qu'en avril 2007, l'assemblée générale a fait plus que confirmer la décision de délégation de compétence d'avril 2005 : en 2007, les actionnaires du groupe, qui ne sont d'ailleurs sûrement pas rigoureusement les mêmes que ceux de 2005, ont donné leur aval à un projet d'émission d'actions en toute connaissance des paramètres précis arrêtés entre-temps par le conseil d'administration, projet qu'il leur était loisible de refuser ou de modifier au vu de la forte hausse du cours de l'action en bourse, alors qu'en 2005 ils n'avaient qu'approuvé dans son principe une éventuelle augmentation de capital au profit des salariés. La décision de l'AGE de 2007 est distincte de celle prise en 2005 et cette décision des actionnaires eux-mêmes prévaut juridiquement sur la décision de l'organe social qu'est le conseil d'administration. Elle a dès lors nous semble-t-il un caractère décisoire et non simplement confirmatif.

Il est sévère de refuser à la société le bénéfice de la déduction, alors qu'il n'est pas contesté qu'elle en respecte les conditions de fond, et que l'assemblée des actionnaires s'est exprimée sur le projet après le 1<sup>er</sup> janvier 2006<sup>1</sup>, satisfaisant ainsi également à l'obligation formelle prévue par la loi. C'est pourquoi nous avons hésité à vous proposer de juger qu'après avoir relevé dans son arrêt que l'AGE du 26 avril 2007 avait autorisé l'opération Bouygues Partage telle que décidée par le conseil d'administration le 6 décembre 2006, aux fins de l'application de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006, la cour a inexactement qualifié les

---

<sup>1</sup> sans qu'il soit soutenu qu'elle l'a fait pour un motif exclusivement fiscal.

faits en en déduisant que l'assemblée générale d'avril 2007 ne s'était pas substituée à celle du 25 avril 2005, de sorte que l'émission d'actions ne pouvait être regardée comme ayant été autorisée par une assemblée générale postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2006.

Toutefois, la 20<sup>e</sup> résolution votée le 26 avril 2007 s'inscrit très nettement dans la continuité de l'opération engagée par la décision de délégation prise en avril 2005. Il ressort de ses termes mêmes, comme l'a relevé la cour, que l'AGE y « prend acte de la décision prise en décembre 2006 par le conseil d'administration agissant sur délégation de compétence donnée par l'assemblée générale du 28 avril 2005, en vue de la réalisation en 2007 de l'opération dénommée Bouygues Partage ». La délibération prend ensuite le soin de préciser que le renouvellement de la délégation de compétence au conseil d'administration pour décider de futures augmentations de capital, qui prive normalement d'effet toute délégation antérieure ayant le même objet en vertu de l'article L. 225-129-2 du code de commerce, ne rend pas caduque la délégation de 2005 en tant qu'elle porte sur l'opération Bouygues Partage.

La portée de cette résolution au regard de la loi du 30 décembre 2006 pouvait prêter à discussion devant les juges du fond mais l'interprétation qu'en a retenue la cour est souveraine et ne procède pas d'une dénaturación. Compte tenu de la portée restreinte de votre contrôle sur ce point, de la continuité de l'opération depuis 2005 et de votre décision *ASF* admettant que la première décision de principe de l'AGE sur l'augmentation de capital constitue l'autorisation mentionnée à l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006, l'effort nous paraît finalement trop grand pour affirmer que la cour a inexactement qualifié les faits en jugeant que l'AGE du 28 avril 2005 est bien celle qui a autorisé l'opération litigieuse au sens de ces dispositions. Nous vous proposons donc d'écarter ce moyen.

Il est ensuite soutenu que la cour a méconnu l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en jugeant que la société ne pouvait se prévaloir d'aucune espérance légitime de bénéficier de l'avantage fiscal lorsqu'elle a arrêté le principe de l'émission d'actions en avril 2005. La société objecte que les assurances du Gouvernement concernant l'adoption prochaine d'une déduction fiscale en faveur des émissions d'actions nouvelles réservées aux salariés étaient connues en décembre 2006, à la date à laquelle son conseil d'administration a acté l'émission des titres.

La réponse à ce moyen découle de ce qui a été dit précédemment : le principe de l'augmentation de capital ayant été arrêté non par la décision du conseil d'administration de décembre 2006 mais par la décision de l'AGE d'avril 2005, c'est à cette dernière date qu'il convient de se placer pour apprécier si la société pouvait nourrir l'espérance légitime de bénéficier de l'avantage fiscal, comme l'a jugé la cour sans erreur de droit. Et la société ne conteste pas qu'à cette date, le Gouvernement n'avait pas encore dévoilé son intention de créer ce dispositif incitatif.

Les derniers moyens s'écartent aussi sans difficulté. La société reproche à la cour d'avoir jugé que la différence de traitement résultant du III de l'article 34 de la loi du 30 décembre 2006 entre les sociétés ayant émis des titres en 2007, selon qu'elles ont ou non agi sur la base d'une délégation de l'assemblée générale accordée avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, n'institue pas une discrimination prohibée par les dispositions combinées de l'article 14 de la

convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de l'article 1<sup>er</sup> de son protocole additionnel.

Pour écarter ce moyen, la cour a repris mot pour mot les motifs de votre décision *ASF*. La requérante y voit d'abord une réponse insuffisante à son moyen invoquant une différence de traitement entre entreprises ayant procédé à une augmentation de capital en 2007, alors que votre décision *ASF* concernait les sociétés ayant effectué une augmentation de capital en 2006. Les motifs de ce précédent sont cependant parfaitement transposables : dans les deux cas, la discrimination alléguée repose sur la date de l'assemblée générale autorisant l'opération, et la réponse apportée vaut quelle que soit la date d'émission des titres.

Enfin, les juges d'appel auraient commis une erreur de droit en validant cette différence de traitement qui ne reposerait sur aucune justification objective et rationnelle. Les modalités d'entrée en vigueur du dispositif créent une différence de traitement incontestable entre les sociétés ayant émis des actions nouvelles sur la base d'une délégation de compétence générale consentie en 2005 et celles qui n'ont pas eu recours à cette procédure. Mais votre décision *ASF* clôt le débat en jugeant que ces sociétés ne se trouvent pas dans la même situation au regard de l'effet incitatif recherché : il était, en droit, objectif et rationnel de réserver l'accès au régime de faveur aux entreprises ayant initié un plan de développement de l'actionnariat salarié par émission d'actions nouvelles sous l'impulsion de l'annonce du nouveau dispositif incitatif fin 2005.

Le dernier moyen étant infondé, vous rejetterez le pourvoi, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Et par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.