

N° 412155

SAS Mi Développement 2

3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 21 janvier 2019

Lecture du 15 mars 2019

## CONCLUSIONS

### M. Laurent Cytermann, rapporteur public

Il y a un peu plus de vingt ans, dans un article au quotidien *Le Monde* relatif à une affaire qui défrayait alors la chronique, la professeure Marie-Anne Frison-Roche qualifiait l'action de concert de « *notion juridiquement incertaine* »<sup>1</sup>. Bien que la jurisprudence et la pratique décisionnelle des autorités de marché se soient depuis lors densifiées, l'affaire qui vient d'être appelée montre que le maniement des critères constitutifs de cette notion demeure délicat.

Surtout, elle illustre les conséquences que peut entraîner la qualification d'action de concert en matière fiscale, plus précisément pour l'application des restrictions à la déductibilité des charges d'emprunt dans le cadre du régime d'intégration fiscale prévues au septième alinéa de l'article 223 B du code général des impôts, dit « amendement Charasse »<sup>2</sup>. La notion d'action de concert est issue du droit boursier et emporte pour principales conséquences des obligations d'information en cas de franchissements de différents seuils de détention des titres d'une société, ainsi que de dépôt d'une offre publique d'achat pour les sociétés cotées. La plus grande partie de la jurisprudence en la matière relève ainsi naturellement du juge judiciaire, sachant que la pratique décisionnelle des autorités de marché joue aussi un rôle important. Les décisions les plus marquantes de votre propre jurisprudence portent sur diverses législations renvoyant aux notions du code de commerce pour caractériser le contrôle sur une société, et donc indirectement à la notion de concert, : vous avez ainsi fait application de cette notion en matière d'autorisation de diffuser des services de télévision par voie hertzienne, pour mettre en œuvre la règle relative au nombre maximal d'autorisations dont une même personne peut être titulaire (20 octobre 2004, *Société TFI*, n° 260898, Rec.) et en matière de soutien à l'industrie cinématographique (6 juillet 2007, *Société 2003 Productions*, n° 283319, Rec.).

La rencontre entre le régime d'intégration fiscale et l'action de concert est donc récente, même si vous avez commencé à analyser l'articulation entre ces deux notions dans une décision *Société laboratoire Virbac* (19 février 2014, n° 346638, Inédit). Ses conséquences sont substantielles, car elles conduisent à appliquer les restrictions à la déductibilité des charges d'emprunt de manière plus large que ce qu'une lecture stricte de « l'amendement Charasse » aurait pu laisser penser, couvrant notamment des opérations de rachat avec effet de levier (*leverage buy-out* ou LBO) associant le fondateur d'une société à de nouveaux

<sup>1</sup> M.-A. Frison-Roche, « L'action de concert, une notion juridiquement incertaine », *Le Monde*, 8 septembre 1998.

<sup>2</sup> Du nom du ministre du budget ayant déposé cet amendement au nom du Gouvernement dans le cadre des discussions sur la loi de finances rectificative pour 1988.

actionnaires. Comme nous allons tenter de vous le démontrer, ces conséquences découlent cependant nécessairement des termes de la loi, de ce que vous avez jugé dans le présent litige avant de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel (1<sup>er</sup> février 2018, *SAS Mi Développement 2*, n° 412155, Inédit) et de ce que le Conseil constitutionnel a lui-même décidé à la suite de ce renvoi.

C'est en effet la seconde fois que votre formation de jugement examine cette affaire, dont nous rappellerons brièvement les données principales. La société par actions simplifiée (SAS) Trecobat, implantée originellement dans la région bretonne, est spécialisée dans la construction de maisons individuelles. Son fondateur, M. M... T..., qui en détenait la quasi-totalité des titres, soit directement soit indirectement, s'est associé à deux fonds communs de placement (FCP) détenus par la société Axa ainsi qu'à quatre cadres dirigeants de Trecobat pour créer la SAS Mi Développement, société holding qui allait racheter la totalité des titres de la SAS Trécobat. A la date de cette acquisition en mars 2007, financée par l'emprunt et l'émission d'obligations convertibles en actions, le capital de la SAS Mi Développement était détenu à hauteur de 47,6 % par les FCP d'Axa, de 45,3 % par M. T... et de 7,1 % par les cadres de Trecobat. La SAS Mi Développement a opté le 1<sup>er</sup> septembre 2007 pour le régime de l'intégration fiscale, qui permet en principe de déduire les charges de chacune des sociétés du groupe puisque selon le premier alinéa de l'article 223 B du CGI, « *le résultat d'ensemble est déterminé par la société mère en faisant la somme algébrique des résultats de chacune des sociétés du groupe* ». Mais à l'issue d'une vérification de comptabilité portant sur la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2007 au 31 août 2009, une proposition de rectification a été notifiée à la SAS Mi Développement qui réintérait dans le résultat imposable une part des frais financiers afférents à l'acquisition de la SAS Trécobat en application du septième alinéa de l'article 223 B, alors que la holding avait comptabilisés ces frais dans les charges. La SAS Mi Développement 2, venant aux droits de la SAS Mi Développement, a saisi le tribunal administratif de Rennes après avoir vainement demandé le dégrèvement de ces suppléments d'imposition. Par un jugement du 13 avril 2015, le tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande, rejet confirmé par un arrêt du 7 mai 2017 de la cour administrative d'appel de Nantes, contre laquelle la SAS Mi Développement 2, devenue en cours d'instance la SAS Mi Développement 3, se pourvoit en cassation.

A l'appui de son pourvoi, la société a déposé une QPC soutenant que les dispositions du septième alinéa de l'article 223 B méconnaissaient notamment le principe d'égalité devant les charges publiques. Par votre décision du 1<sup>er</sup> février 2018, vous avez d'abord procédé à l'interprétation des dispositions en cause. Rappelons qu'aux termes de ce septième alinéa : « *Lorsqu'une société a acheté, après le 1er janvier 1988, les titres d'une société qui devient membre du même groupe aux personnes qui la contrôlent, directement ou indirectement, ou à des sociétés que ces personnes contrôlent, directement ou indirectement, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, les charges financières déduites pour la détermination du résultat d'ensemble sont rapportées à ce résultat pour une fraction égale au rapport du prix d'acquisition de ces titres à la somme du montant moyen des dettes, de chaque exercice, des entreprises membres du groupe. (...)* ». Pour simplifier, lorsqu'une société A s'endette pour racheter les titres d'une société B, alors que la société A et la société B sont contrôlées par les mêmes personnes, une fraction des charges d'emprunt supportées pour financer cette acquisition sont réintégréées au résultat du groupe.

Vous avez jugé que ces dispositions étaient applicables « *non seulement dans l'hypothèse d'une identité entre le ou les actionnaires de la société cédée et le ou les actionnaires exerçant le contrôle de la société cessionnaire mais également dans le cas où l'actionnaire*

*qui contrôlait la société cédée exerce, de concert avec d'autres actionnaires, le contrôle de la société cessionnaire* ». Ainsi, lorsqu'une personne contrôle seule la société B et qu'elle s'associe avec d'autres personnes pour constituer une société A, sur laquelle elle exerce de concert avec elles un contrôle conjoint et qui est destinée à acquérir la société B, les dispositions restrictives de « l'amendement Charasse » sont applicables. Vous vous êtes fondés sur la lettre du septième alinéa, qui renvoie depuis la loi de finances rectificative pour 2005 du 30 décembre 2005 à la notion de contrôle telle que la définit l'article L. 233-3 du code de commerce<sup>3</sup>, le III de cet article disposant que « *deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale* ». Ce faisant, vous avez confirmé la position prise par la cour administrative d'appel de Nantes dans son arrêt remarqué par la doctrine, aux conclusions contraires sur ce point de son rapporteur public Thurian Jouno.

Vous avez ensuite renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution des dispositions ainsi interprétées, en jugeant que « *présente un caractère sérieux le moyen tiré de ce qu'elle porte atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques en ne ménageant pas la possibilité pour le contribuable d'apporter la preuve, dans l'hypothèse où l'actionnaire qui contrôlait la société cédée exerce, de concert avec d'autres actionnaires, le contrôle de la société cessionnaire, que l'opération ne poursuit pas qu'un but fiscal* ». Votre rapporteur public Vincent Daumas exprimait ainsi la préoccupation qui vous animait : « *Par l'effet de ces dispositions, il est possible qu'un actionnaire très minoritaire soit regardé, avec d'autres, en situation de contrôle conjoint parce qu'il est lié à eux par un pacte d'actionnaires qui leur permet, ensemble, de mettre en œuvre une politique commune au sein de la société. Si la notion de contrôle au sens des dispositions de l'« amendement Charasse » s'étend à cette hypothèse, (...) alors force est de constater que leur champ d'application va très au-delà de ce qui était initialement envisagé par le législateur, c'est-à-dire les montages équivalant à une « vente à soi-même ». On ne peut s'empêcher d'être gêné par une telle extension.* ».

Par sa décision n° 2018-701 QPC du 20 avril 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution, sans énoncer la réserve d'interprétation que votre décision de renvoi pouvait suggérer. Dans d'autres décisions relatives à des « dispositifs anti-abus », le juge constitutionnel avait pourtant formulé des réserves d'interprétation permettant au contribuable d'apporter la preuve que ses opérations étaient justifiées par une logique économique et non par un but exclusivement fiscal (cf. notamment les décisions n° 2014-437 QPC du 20 janvier 2015 et n° 2016-598 QPC du 25 novembre 2016, relatives à des dispositifs concernant des opérations effectuées dans les Etats et territoires non coopératifs). Mais le Conseil constitutionnel a considéré que les règles en cause n'avaient pas le caractère d'un dispositif anti-abus, mais constituaient des règles objectives destinées à « *éviter un cumul d'avantages fiscaux* ».

Cette décision a été critiquée par certains praticiens, pour plusieurs motifs. Tout d'abord, l'analyse faite par le Conseil constitutionnel des buts du dispositif a pu sembler en décalage avec celle qui résultait des travaux parlementaires, qui mettaient l'accent sur le souci de limiter les abus. Ensuite, l'expression de « *cumul d'avantages fiscaux* », qui n'était expliquée ni par les motifs ni par le commentaire aux Cahiers, a suscité des interrogations sur la nature

<sup>3</sup> Dans l'état antérieur du droit, vous avez jugé que le texte de l'article 223 B du CGI devait être compris comme opérant le même renvoi de manière implicite (13 juillet 2011, *SAS FTR*, n° 312285, B).

des avantages autres que l'intégration fiscale qui se cumulaient avec lui. Enfin, le Conseil constitutionnel a examiné la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 223 B sans faire un sort particulier à l'hypothèse que vous aviez circonscrite dans votre décision de renvoi, celle où l'actionnaire qui contrôlait la société cédée exerce, de concert avec d'autres actionnaires, le contrôle de la société cessionnaire, qui pouvait sembler la plus problématique.

En réalité, le Conseil constitutionnel a assimilé les dispositions du septième alinéa de l'article 223 B aux autres retraitements prévus dans le cadre du régime de l'intégration fiscale, qui viennent tempérer la règle générale selon laquelle le bénéfice imposable est la somme algébrique des résultats du groupe. Quant à l'expression de « *cumul d'avantages fiscaux* », elle doit sans doute s'entendre du cumul des avantages nés de l'intégration fiscale et de la déductibilité des charges d'emprunt, et ce bien qu'il s'agisse de règles générales et non de mécanismes dérogatoires.

Après ce trop long rappel des épisodes précédents, nous pouvons en venir à l'examen du pourvoi.

**1.** Par son premier moyen de cassation, qui est celui présenté à titre principal, la société requérante soutient que la cour a commis une erreur de droit en considérant que les dispositions du septième alinéa de l'article 223 B du CGI étaient applicables alors que l'identité d'actionariat entre la société cessionnaire et la société cédante n'était pas parfaite. La cour a en effet jugé « *qu'eu égard à son objet, le septième alinéa de l'article 223 B du code général des impôts est applicable non seulement dans l'hypothèse d'une identité entre le ou les actionnaires de la société cédante et le ou les actionnaires exerçant le contrôle de la société cessionnaire mais également dans le cas où l'actionnaire de la société cédante exerce, de concert avec d'autres actionnaires, le contrôle de la société cessionnaire* ».

Comme nous l'avons indiqué, vous avez déjà validé ce raisonnement dans votre décision de renvoi de la QPC, en vous fondant sur la lettre du texte de loi. Même si la société essaie de vous convaincre de revenir sur cette position par un dernier mémoire produit quelques jours avant cette séance, vous écarterez donc nécessairement ce premier moyen.

**2.** Bien que présenté à titre subsidiaire, le deuxième moyen de cassation pose la principale question qui vous reste à trancher aujourd'hui. Il est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit, insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de qualification juridique des faits en jugeant que la société Mi Développement était contrôlée par M. T..., agissant de concert avec les deux autres blocs d'actionnaires. Il comporte deux branches.

**2.1.** La société soutient d'abord que la cour n'a pas répondu au moyen tiré de ce que l'existence d'une action de concert commune à l'ensemble des actionnaires d'une société n'aurait aucun sens puisqu'elle se confondrait avec l'*affectio societatis* qui unit tous les associés, entachant ainsi son arrêt d'insuffisance de motivation qui révélerait une erreur de droit. Il ne s'agissait cependant que d'un argument auquel la cour n'était pas tenue de répondre en tant que tel. Il ressort sans ambiguïté de l'arrêt de la cour que celle-ci a considéré que l'implication de tous les associés n'excluait pas l'existence d'une action de concert ; le raisonnement de la cour étant clair, vous êtes à même d'exercer votre contrôle et il n'y a pas d'insuffisance de motivation.

Sur le fond, il est vrai que la notion d'action de concert ayant été forgée dans le cadre du droit boursier pour prévenir le franchissement subreptice de seuils de détention d'une société, elle

s'applique habituellement à des coalitions d'actionnaires ne contrôlant pas l'ensemble des titres. Cependant, l'article L. 233-10 du code de commerce, dans sa rédaction applicable au litige, dispose que « *sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société* ». Rien dans cette définition n'exclut que l'ensemble des associés aient pu conclure un tel accord. Même ainsi étendue dans son périmètre, l'action de concert ne se confond pas avec la simple *affectio societatis* : en effet, l'action de concert implique une coordination dans l'exercice des droits de vote ou dans l'acquisition ou la cession des titres associés à des droits de vote, alors que les associés exercent en principe leurs droits de manière autonome.

**2.2.** La seconde branche est dirigée contre l'appréciation de la cour quant à l'existence d'une action de concert, qui serait entachée d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation. Vous exercez en la matière un contrôle de qualification juridique des faits tels qu'ils ont été souverainement appréciés par la cour (cf. la décision précitée *Société 2003 Productions*).

Soulignons au préalable que deux notions, parfois employées l'une pour l'autre mais qui sont en réalité distinctes, sont en cause. D'une part, l'action de concert, définie par le texte de l'article L. 233-10 du code de commerce que nous avons cité. D'autre part, le contrôle conjoint, le III de l'article L. 233-3 du même code disposant que « *deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale* ». Le contrôle conjoint, qui entraîne l'applicabilité des dispositions de « l'amendement Charasse » telles que vous les avez interprétées, implique donc la réunion de deux conditions : l'existence d'une action de concert et la détermination en fait des décisions prises en assemblée générale par les concertistes. Deux personnes agissant de concert peuvent en effet disposer d'une part trop limitée des actions pour contrôler la société.

La cour a bien distingué les deux temps dans son raisonnement, en caractérisant d'abord l'action de concert, qui rassemblait l'ensemble des associés, puis en montrant que les clauses de majorité et de quorum impliquaient pour les décisions prises en assemblée générale l'accord des deux principaux blocs d'associés, à savoir M. T... et les FCP d'Axa, et en en déduisant que ces deux blocs déterminaient en fait les décisions prises en assemblée générale. Les critiques du pourvoi sont dirigées contre le premier temps du raisonnement, relatif à l'existence d'une action de concert, la détermination en fait des décisions prises en assemblée générale n'étant pas contestée.

Pour retenir la qualification d'action de concert, la cour a retenu les éléments suivants :

- d'une part, l'existence d'un pacte d'actionnaires prévoyant des interdictions temporaires de cession, des droits de préemption et des concertations lors de la cession éventuelle d'actions ;
- d'autre part, les clauses de ce pacte exprimant le projet commun des actionnaires, M. T... souhaitant rester impliqué dans le développement de la société et associer plus étroitement ses cadres dirigeants afin de les préparer à la reprise, tandis que les actionnaires financiers ont accepté de s'engager au vu de la capacité de M. T... et de ses cadres à mener à bien le projet de développement de la société et de ses filiales, annexé au pacte.

Comme l'expliquent les professeurs Dominique Schmidt et Nicolas Rontchevsky dans l'encyclopédie Dalloz de droit des sociétés, l'existence d'une action de concert implique aux termes de la loi la réunion de trois éléments : un accord contraignant ; l'objet de cet accord,

qui est la coordination dans l'acquisition, la cession ou l'exercice de droits de vote ; la finalité de l'accord, qui est l'exercice d'une politique commune vis-à-vis de la société.

Pour répondre d'emblée à l'un des arguments de la société requérante, la société dont il est question ici est bien la SAS Mi Développement, et non la SAS Trecobat. En effet, pour reprendre les termes de votre décision du 1<sup>er</sup> février 2018, vous devez examiner si « *l'actionnaire qui contrôlait la société cédée exerce, de concert avec d'autres actionnaires, le contrôle de la société cessionnaire* », la société cessionnaire étant la SAS Mi Développement. C'est donc à l'égard de cette société qu'il vous faudra examiner l'existence d'un accord sur les droits de vote et d'une politique commune.

Examinons maintenant, sur la base des faits tels qu'ils ont été souverainement appréciés par la cour, si les trois éléments constitutifs de l'action de concert sont réunis. Alors que l'existence d'un accord contraignant peut être difficile à déterminer lorsqu'il n'est que verbal, elle n'est ici pas douteuse, puisqu'elle est matérialisée par le pacte d'actionnaires qui comporte les clauses relatives au droit de vote.

S'agissant de l'objet de l'accord, comme le souligne le pourvoi, le pacte d'actionnaires ne comporte de clauses que concernant la cession des droits de vote et non concernant leur exercice. Cependant, l'article L. 233-10 dispose bien que l'accord doit être conclu « *en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote* » ; un accord n'ayant pour seul objet que la cession des droits de vote entre donc dans le champ d'application de cet article. La pratique décisionnelle des autorités de marché en fournit plusieurs illustrations : ainsi, l'obligation de ne pas apporter ses titres à une offre publique d'échange a pu être qualifiée d'action concertée en ce qu'elle tend à faire échec à une prise de contrôle de la société (Décis. CBV : 94-2979 et 94-3067 des 11 et 19 oct. 1994, *Financière A. et Au Bon Marché*), de même que la contrainte de ne pouvoir céder sans l'accord du partenaire (Décis. CMF 199c0982 du 26 juill. 1999, *E...*). De même, dans votre décision *Société 2003 Productions*, la clause selon laquelle les associés personnes physiques s'engagent à céder toutes leurs actions dans l'hypothèse où, une offre d'acquisition portant sur la totalité du capital ayant été faite, Warner Bros France souhaiterait accepter cette offre, apparaît centrale dans votre raisonnement. En l'espèce, le pacte d'actionnaires comportait plusieurs clauses contraignantes quant à la cession, notamment une interdiction de cession de titres sans l'accord des FCP d'Axa pour M. T... et les cadres dirigeants, et un droit de préemption consenti par chaque actionnaire aux autres actionnaires.

Au surplus, vous pourriez déduire également vous fonder sur les statuts de la SAS Mi Développement. Leurs clauses exigeant une majorité qualifiée des deux tiers pour les décisions prises en assemblée générale extraordinaire et un quorum d'un quart des voix, allié à l'exigence d'une majorité, pour les décisions prises en assemblée générale ordinaire imposaient de fait une coordination entre les deux principaux blocs d'actionnaires, sous peine de paralyser la société. La cour a pris en compte cet élément pour juger que M. T... et les FCP d'Axa déterminaient en fait les décisions prises en assemblée générale, mais vous pourriez également y voir un accord contraignant sur l'exercice des droits de vote.

Reste le dernier élément constitutif, celui de la finalité de l'accord. Dans le texte de l'article L. 233-10 applicable au présent litige, cette finalité consiste à « *mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société* », alors qu'une loi du 22 octobre 2010<sup>4</sup> a depuis lors complété ces

<sup>4</sup> Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

dispositions en prévoyant que l'accord est conclu « *pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société* ». Cependant, la Cour de cassation interprétait déjà ainsi le texte antérieur (Com. 27 oct. 2009, *Société Gecina*, n° 08-18.819, 08-17.782 et 08-18.779). En l'espèce, la finalité du concert ne pouvait être de prendre le contrôle de la SAS Mi Développement, puisque les associés l'avaient déjà. C'est bien l'existence d'une politique vis-à-vis de la SAS Mi Développement que la CAA de Nantes a caractérisée et c'est sur elle que vous devez vous prononcer.

La cour a caractérisé cette politique comme « *centrée sur la pérennité de l'action de la SAS Trécobat à travers celle de ses dirigeants* ». Nous n'y voyons pas de contradiction avec l'analyse exposée précédemment selon laquelle la politique commune doit être analysée à l'égard de la SAS Mi Développement : compte tenu de l'objet social de cette dernière, défini par ses statuts comme celui d'une holding animatrice du groupe Trécobat, la finalité de pérennisation de la principale société de ce groupe permet bien de caractériser l'existence de la politique commune. Il est en outre exact que les clauses de l'accord tendaient à réaliser cet objectif, en assurant la stabilité de l'actionnariat et de l'équipe dirigeante. Et là encore, la pratique décisionnelle des autorités de marché reconnaît que le souci d'assurer la stabilité de l'actionnariat peut être constitutif d'une politique commune (CMF, Décis. 197c0734 du 18 déc. 1997 ; Décis. 199c0484 du 28 avr. 1999).

Les arguments présentés par la société ne conduisent pas à remettre en cause cette analyse. Le fait que chacune des parties poursuive un intérêt propre n'est en rien incompatible avec l'existence d'une action de concert : comme l'écrivent les professeurs Schmidt et Rontchevsky, « *on peut fort bien observer une divergence d'objectifs coexistant avec une politique commune. Il en va ainsi lorsque les partenaires s'allient non pour atteindre un objectif qui leur serait commun, mais pour permettre à chacun d'atteindre, grâce à l'accord, son objectif propre* ». La loi n'exige pas un intérêt commun mais une politique commune.

Pour résumer, la cour a exactement qualifié les faits qu'elle avait souverainement appréciés en déduisant de cet accord contraignant tendant à garantir la stabilité de l'actionnariat pour assurer la pérennité de la société et de son équipe dirigeante l'existence d'une action de concert. Pris en ses deux branches, le second moyen doit donc être écarté.

**3.** Les autres moyens vous retiendront moins longtemps. La société soutient que la cour a commis une erreur de droit en ne recherchant pas si l'opération litigieuse poursuivait ou non un but exclusivement fiscal, alors que les dispositions du septième alinéa de l'article 223 B du CGI auraient pour objectif de lutter contre les montages artificiels qui poursuivent un objectif purement fiscal et qui sont constitutifs d'abus de droit. Cependant, il ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 20 avril 2018 qu'elle n'avait pas à procéder à une telle recherche.

Le mémoire en réplique de la société soulève enfin un dernier moyen qui est à la fois peu développé et nouveau en cassation. Il est soutenu que la caractérisation trop large du contrôle conjoint à laquelle aboutit l'arrêt attaqué pénalise les groupes ayant opté pour le régime de l'intégration fiscale, par rapport à d'autres n'ayant pas opté pour ce régime, ce qui caractérise une méconnaissance de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales combiné à l'article 14 de cette convention. Mais un tel moyen n'est pas d'ordre public (Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, n° 90995, Rec.) et il est donc inopérant en cassation. Au demeurant, si la société affirme que l'assiette de la réintégration « Charasse » est supérieure au montant des

charges effectivement supportées du fait du LBO, cette affirmation n'est corroborée par aucune précision.

**PCMNC au rejet du pourvoi.**