Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

LA LETTRE DES FUSIONS-ACQUISITIONS ET DU PRIVATE EQUITY

Lundi 24 octobre 2011

AU SOMMAIRE

Dossier

Les apports partiels d'actifs

- L'apport partiel d'actif, outil privilégié de détourage p2
- Apports d'actifs : opter ou non pour la transmission universelle du patrimoine p4
- Le mécanisme de la transmission universelle et ses limites p5
- Comment le droit social nie les apports partiels p6
- La transmission universelle du patrimoine s'accompagne-t-elle d'un transfert de responsabilité ? p8
- La notion de branche complète d'activité : des incertitudes demeurent p9
- L'effet rétroactif d'un apport partiel d'actif consenti à une société nouvelle p10
- La nouvelle CET, les restructurations 2011 et leurs conséquences p11

Actualités

- LBO et réforme des déficits fiscaux : un effet très «cash» p12

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

Supplément du numéro 1145
du 24 octobre 2011

Cette lettre est imprimée sur du papier recyclé

EDITORIAL

Largement pratiquée dans la vie des affaires mais problématique pour les juristes, la figure de l'apport partiel d'actif ne cesse d'interroger quant à son identité et son régime juridique. Son identité défie quelque peu le sens commun. Par rapport à l'apport en nature ordinaire, l'apport partiel d'actif entraîne le transfert d'un ensemble de biens composant une branche autonome d'activité. La jurisprudence a attaché à ce transfert le bénéfice de la transmission à titre universel tant de l'actif que du passif pour autant que l'on ait choisi le régime des scissions. La solution est très pratique mais singulière. On comprend que dans une fusion-absorption, le patrimoine de la société absorbée soit totalement dévolu à l'absorbante, tant de manière active que de manière passive : l'absorbée étant dissoute, qui assumerait la charge du passif ? Dans l'apport partiel d'actif, l'apporteuse demeure et reçoit en contrepartie de son apport des titres sociaux. La transmission à titre universel n'a ici rien de naturel : elle est un artifice technique. Mais l'apport partiel d'actif connaît un autre problème d'identité : le juriste et le fiscaliste n'ont pas nécessairement une vision unitaire de l'opération. Pour le juriste, la soumission au régime des scissions est optionnelle ; pour le fiscaliste, qu'il y ait ou non option, le régime est celui des fusions dès lors qu'il y a transfert d'une branche autonome d'activités. Dernier élément du trouble d'identité, l'apport partiel d'actif est toujours traité par un processus de renvoi aux textes, en l'occurrence à ceux relatifs au régime des scissions, lui-même issu du régime des fusions. Ce traitement par simple renvoi peut susciter des difficultés lorsqu'apparaît en pleine lumière la différence entre cette opération et les autres : ainsi, la loi récente qui simplifie le régime des fusions semble partiellement inapplicable au régime des apports partiels.

Les ambiguïtés de la nature même de l'opération rejaillissent inexorablement sur son régime. En dépit du mécanisme de transmission universelle, il paraît difficile d'oublier que l'apporteur existe toujours. Le créancier impayé par le ou la bénéficiaire de l'apport va être tenté d'aller frapper à la porte de la société apporteuse ; la bénéficiaire de l'apport, face à des engagements qui la dérangent, sera tentée de prétendre que telle ou telle obligation ne s'inscrit pas dans le périmètre de l'apport et qu'il faut donc en débattre avec l'apporteuse seule, laquelle entendra conduire un raisonnement inverse.
Par ailleurs, on imagine bien que le juge social doit être particulièrement vigilant sur ces opérations qui peuvent être sources de très fortes contestations de la part des salariés dont l'emploi est attaché à la branche qui a fait l'objet de l'apport. Le juge judiciaire n'est pas non plus favorable a priori à l'externalisation de passifs au travers de ce type d'apports et il a exprimé sa défaveur dès 1991[1]. Le présent dossier donnera des illustrations de ces propos et de certaines questions fiscales attachées à la matière, parmi lesquelles le problème de l'effet rétroactif qui a fait l'objet d'une décision très remarquée du Conseil d'Etat.

L'apport partiel d'actif est l'exemple même d'une question qui sollicite les regards croisés de plusieurs disciplines et la confrontation des spécialistes. Opération ambiguë, il développe dans chacun des domaines du droit des conséquences plus ou moins cohérentes entre elles que les experts qui ont contribué à ce dossier vont maintenant développer. ■

Alain Couret, avocat associé

1. *Com., 5 mars 1991.*

L'apport partiel d'actif, outil privilégié de détourage

Par **Christophe Blondeau,** avocat associé, spécialisé en droit des sociétés, il couvre l'ensemble des questions relatives aux opérations transactionnelles.
christophe.blondeau@cms-bfl.com

et **Pierre Sappey,** avocat en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés qu'en fiscalité des transactions et Private Equity.
pierre.sappey@cms-bfl.com

Lors de la cession d'une société exerçant plusieurs activités distinctes, il arrive fréquemment que l'une de ces activités n'ait pas vocation à être cédée, obligeant ainsi le vendeur à procéder, au préalable, à un «détourage» ou «carve out» consistant à sortir l'activité concernée de ce périmètre de cession pour la reclasser au sein de son groupe. Lorsqu'une telle activité est déjà filialisée, ce détourage s'opère généralement par voie de reclassement des titres de la filiale considérée, opération relativement simple à organiser. En revanche, lorsque cette activité est exploitée directement par la société cible, le détourage s'avère plus complexe à mettre en œuvre. Dans ce contexte, l'apport partiel d'actif (APA) de l'activité concernée par la société cible à une société dont les titres sont ensuite reclassés hors du périmètre de cession, peut constituer un outil de détourage particulièrement pertinent à utiliser.

Sur le plan juridique, l'APA, soumis au régime juridique des scissions, présente tout d'abord l'avantage majeur d'opérer une transmission universelle de tous les droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'APA. De ce fait, dans le contexte d'un détourage, le recours à l'APA plutôt qu'à une cession pure et simple de l'activité (laquelle cession sera, la plupart du temps, soumise au régime légal contraignant de la vente de fonds de commerce) s'imposera si cette activité comporte des passifs (ces derniers n'étant pas transmissibles de plein droit en cas de cession de fonds de commerce) ou bien des actifs dont les formalités seraient particulièrement lourdes à respecter en cas de cession pure et simple (immeubles, baux, créances, fonds de commerce, etc.) mais qui peuvent être évitées en cas d'APA. Par ailleurs, le bénéfice de cette transmission universelle, ajouté à la faculté dont disposent les sociétés parties à l'opération d'exclure toute solidarité entre elles au titre de l'APA, permet, en principe, de libérer la société apporteuse des passifs attachés à la branche apportée, ce qui est bien sûr un élément essentiel dans les discussions entre le vendeur et l'acheteur de la société apporteuse, ce dernier souhaitant n'assumer aucun risque au titre de l'activité détourée.

Il convient toutefois de préciser que le principe de transmission universelle connaît quelques exceptions (actifs qu'une disposition légale à rendus intransmissibles, contrats «intuitu personae», contrats administratifs, etc.) et qu'en conséquence, lors de l'opération, il sera essentiel de bien identifier les éléments d'actif ou de passif pour lesquels des démarches particulières vis-à-vis de tiers devront être accomplies ou des traitements spécifiques devront être convenus dans la documentation contractuelle de cession.

En termes de calendrier et compte tenu du formalisme imposé par le droit des sociétés (nomination d'un commissaire en justice, tenue d'assemblées générales d'actionnaires, délai d'opposition des créanciers, etc.), le délai moyen de réalisation d'une opération d'APA est au moins de trois mois, ce délai pouvant être allongé du fait d'autres procédures légales (par exemple, procédure d'information/consultation des instances représentatives du personnel) ou contractuelles (par exemple, clause contractuelle d'autorisation de tiers). Il est donc nécessaire de pouvoir préparer et étudier les modalités du détourage dès le premier stade de la réflexion portant sur l'opération de cession envisagée afin d'en organiser au mieux le calendrier. Le détourage ne sera effectif qu'une fois l'APA réalisé et les titres reçus en rémunération, reclassés au sein du groupe du vendeur. A cet égard, une attention particulière devra être portée sur les modalités de financement de ce reclassement de titres. En particulier, pour que le détourage soit le plus neutre possible dans le cadre de la cession de la société apporteuse, il est souhaitable que le produit de la vente des titres reclassés

«Il est nécessaire de pouvoir préparer et étudier les modalités du détourage dès le premier stade de la réflexion portant sur l'opération de cession envisagée.»

puisse être reversé au vendeur préalablement à la cession de la société apporteuse, via, par exemple, un remboursement de compte courant d'associé, une distribution de dividende ou une réduction de capital.

Sur le plan comptable, l'APA présente l'intérêt, comme au plan fiscal, de pouvoir être réalisé avec un effet rétroactif ou différé dans les limites de l'exercice en cours. En pratique, l'APA est le plus souvent réalisé avec un effet rétroactif au premier jour de l'exercice en cours, de manière à ce que la société bénéficiaire récupère l'intégralité de la perte ou, au contraire, du bénéfice afférent à l'activité apportée au titre de cet exercice. Il s'agit là, à nouveau, d'un élément très important dans les discussions entre l'acheteur et le vendeur car il permet de libérer la société apporteuse des impacts comptables de l'activité au titre de l'exercice de réalisation de l'APA. Par ailleurs, dans l'hypothèse particulière où l'actif net de l'activité à apporter est négatif («badwill»), il convient de recapitaliser la branche d'activité apportée de manière à pouvoir dégager un actif net positif, condition juridique *sine qua non* pour réaliser l'APA.

«Sur le plan comptable et fiscal l'APA peut être réalisé avec un effet rétroactif ou différé dans les limites de l'exercice en cours.»

Au plan fiscal, le régime de faveur permettant d'assurer une neutralité fiscale à l'APA ne pourra pas bénéficier à une opération de détourage si la société cible ne peut respecter l'engagement de conservation de trois ans des titres de la société bénéficiaire de l'APA. De même, en matière d'intégration fiscale, le mécanisme de neutralisation des plus ou moins-values constatées à l'occasion de toute opération de cession intragroupe portant sur des immobilisations ou des titres ne pourra s'appliquer à l'opération du fait de la sortie de la société cible du groupe intégré. En pratique, l'APA sera donc souvent placé sous le régime fiscal de droit commun en privilégiant un détourage portant sur des titres de participation (avec un frottement fiscal de l'ordre de 3,4%) au regard de l'imposition au taux de 33,1/3% frappant les autres plus-values latentes dégagées à l'occasion de l'opération.
Dans ce contexte, l'évaluation par un cabinet indépendant des éléments d'actif apportés est vivement recommandée et ce, tant d'un point de vue fiscal que vis-à-vis de l'acheteur de la société cible. Le détourage d'activités structurellement déficitaires, non désirées par le futur acquéreur de la société cible, se réalisera sans frottement fiscal en l'absence de plus-values latentes significatives sur les éléments d'actif apportés. Par ailleurs, dans l'hypothèse d'une recapitalisation de la branche d'activité apportée par capitalisation des comptes courants d'associé, l'opération de détourage, préalablement à la cession de la société cible, pourrait alors permettre au cédant de réaliser une moins-value de cession de titres pour partie à court terme.
Enfin, observons que le Conseil d'Etat (voir article p10) vient récemment de donner un «coup de pouce fiscal» à l'APA en tant qu'outil de détourage en jugeant que l'effet rétroactif fiscal d'un APA fait à une société bénéficiaire constituée en vue de cet APA peut remonter au-delà même de la date de création de cette société pour aller jusqu'à la date d'ouverture de l'exercice en cours de la société apporteuse. Concrètement, cela signifie, au plan fiscal, que la filialisation d'une activité déficitaire pourra se réaliser sans engendrer de déperdition du déficit fiscal pour le cédant.
S'agissant des droits d'enregistrement, dès lors que l'APA porte sur une branche complète et autonome d'activité, l'opération pourra être soumise, sur option, au régime de faveur des fusions et scissions et ainsi ne donner lieu qu'au paiement d'un droit fixe. On observera toutefois que l'administration fiscale n'a pas abandonné l'idée de requalifier, sur le terrain de l'abus de droit, les opérations de filialisation-cession d'activité en cession de fonds de commerce et que, par conséquent, une analyse préalable de l'opération de détourage envisagée restera en toutes circonstances nécessaire. ■

Apports d'actifs : opter ou non pour la transmission universelle du patrimoine

Par **Arnaud Hugot,** avocat en Corporate-M&A. Il assiste des industriels, des fonds d'investissement et des managers pour tous types d'opérations de fusion-acquisition et de Private Equity, tant nationales qu'internationales.
arnaud.hugot@cms-bfl.com

Lorsqu'un apport porte sur un ensemble de biens, la société apporteuse et le bénéficiaire de l'apport ont la faculté de placer l'opération sous le régime des scissions. L'exercice de cette option – indépendante du traitement fiscal de l'apport – entraîne la transmission universelle du patrimoine (TUP) attachée à l'activité apportée. L'intégralité des actifs et des passifs liés à la branche d'activité apportée est dans ce cas transmise de façon automatique à la société bénéficiaire de l'apport. Cette option présente des avantages non négligeables : elle permet la cession d'un ensemble d'actifs liés à une activité sans avoir à en établir la liste précise, et autorise également le transfert des passifs et des contrats liés auxdits actifs sans formalité particulière et sans l'accord des cocontractants dans la plupart des cas.

Ce transfert automatique connaît toutefois des limites : notamment, les contrats conclus en considération de la personne du cocontractant («intuitu personae») ou ceux pour lesquels la loi ou les stipulations contractuelles interdisent leur transfert automatique ne pourront être transmis sans l'accord du cocontractant.

«Le transfert automatique du patrimoine peut constituer un inconvénient significatif pour la société bénéficiaire de cette opération.»

Au-delà de ces limites, faut-il toujours choisir la TUP pour filialiser une activité et plus généralement pour apporter un ensemble de biens à une société, notamment dans le cadre de la création de joint-ventures ?

Le transfert automatique du patrimoine, et en particulier celui de tous les passifs liés à la branche d'activité transférée, peut constituer un inconvénient significatif pour la société bénéficiaire de cette opération qui devra prendre le risque de reprendre des obligations et des passifs dont elle ne connaîtra pas nécessairement l'étendue avec précision. Dans le cadre d'une opération avec un tiers (création d'un joint-venture par exemple), l'option pour le régime des scissions obligera le bénéficiaire à réaliser plus de diligences antérieurement à l'opération (missions d'audit) et à négocier des déclarations et garanties détaillées afin de se rassurer sur le contenu des actifs et passifs qui seront reçus. S'agissant des déclarations et garanties, celles-ci se révéleront souvent difficiles à structurer. En particulier, qui doit bénéficier de ces garanties ? La logique voudrait que ce soit la société recevant les actifs et les passifs apportés. Cependant, une autre logique, plus proche de la réalité économique de l'opération, est de faire bénéficier de ces garanties le futur co-actionnaire de l'apporteur. En effet, bien que n'ayant reçu ni actif ni passif, c'est ce dernier qui se sera mis d'accord avec l'apporteur pour déterminer l'équilibre financier de l'opération et accepter une dilution sur la base de ce que lui aura déclaré l'apporteur. De telles garanties pourront par ailleurs s'avérer compliquées à mettre en œuvre. Il sera en effet souvent difficile de demander une indemnisation à un partenaire avec lequel une co-entreprise aura été mise en place sans remettre en cause le fonctionnement du partenariat et l'avenir de «l'aventure commune».

Ne pas opter pour la TUP peut ainsi permettre de palier ces inconvénients en listant précisément les actifs et les passifs transmis (sous réserve de l'accord des créanciers pour ces derniers en règle générale). Cela permet également d'éviter la solidarité entre l'apporteur et le bénéficiaire ou le délai d'opposition des créanciers si cette solidarité a été exclue par les parties. L'option pour le régime des scissions dépendra donc des circonstances particulières à chaque situation et devra être choisie en mettant en balance les avantages pratiques (ainsi que fiscaux) qu'elle présente au regard des risques juridiques qu'elle peut impliquer. ■

Le mécanisme de la transmission universelle et ses limites

La jurisprudence a attaché à l'apport partiel d'actif le bénéfice de la transmission universelle à partir d'un arrêt de principe du 16 février 1988. Cette solution ne s'imposait pas d'elle-même : il est troublant en effet d'admettre l'existence d'une transmission universelle de patrimoine alors même que la société apporteuse a conservé sa personnalité juridique ; elle n'est cependant plus guère discutée, la solution ne valant évidemment que si l'opération a été soumise au régime des scissions. Pour autant, cette transmission à titre universel connaît certaines limites que nous avons voulu présenter ici.

Le principe est donc celui de la transmission à titre universel : la jurisprudence égrène au fil des années les applications de la règle et les exceptions. D'une manière générale, les exceptions que l'on a pu aujourd'hui identifier au principe de transmission universelle ont vocation à s'appliquer au cas de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions de part le mécanisme de renvoi qui s'opère.

«La question essentielle est celle du périmètre exact de l'apport.»

La question essentielle est celle du périmètre exact de l'apport. La transmission est faite à titre universel : il s'agit donc d'un ensemble de passifs corrélés à un ensemble d'actifs. La discussion peut porter toutefois sur les contours de l'ensemble. Un traité d'apport partiel d'actif doit être établi et ce traité doit être aussi précis que possible dans la description qu'il fait des éléments transmis. Mais quid des éléments qui n'auraient pas été expressément visés ? La jurisprudence nous apporte quelques éclaircissements sur ce point.

Ainsi les parties peuvent exclure des biens ou des dettes de la branche apportée. Encore faut-il que l'exclusion soit sans équivoque : dans une affaire où une agence était en cause, celle-ci n'était jamais citée dans les annexes du contrat d'apport contenant la liste. Reste que l'extrait du RCS relatif à la nouvelle dénomination de l'apporteuse mentionnait diverses enseignes dont celle de l'agence[1].

Parfois, le législateur prend le soin de préciser lui-même les conséquences de cette transmission et ses limites. Tel est le cas en matière de bail commercial. L'article L.145-16 alinéa 2 du code de commerce, précise que la société bénéficiaire est, nonobstant toute stipulation contraire, substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti dans tous les droits et obligations découlant de ce bail. Cette substitution est d'ordre public. Il en résulte que la transmission du bail est réalisée automatiquement sans aucune autre formalité que celles prévues par le droit des sociétés et quelles que soient les clauses contraires ou restrictives du bail.

Ce texte fixe toutefois des limites. En effet, le dernier alinéa de l'article L.145-16 prévoit que *«en cas (…) d'apport, si l'obligation de garantie ne peut plus être assurée dans les termes de la convention, le tribunal peut y substituer toutes garanties qu'il jugera suffisantes»*. L'obligation de garantie en question vise notamment la clause fréquente de garantie solidaire. Le texte donne au tribunal de plus larges pouvoirs sur le principe même de l'octroi des garanties que sur la détermination de celles-ci. Après analyse des quelques décisions rendues sur ce point, on relève que les tribunaux accordent essentiellement des cautionnements bancaires. Selon la jurisprudence, c'est au bailleur qu'il appartient de demander une garantie de substitution. Aucun délai n'est prévu pour la saisine du tribunal.

Dès lors que la discussion sur le périmètre de l'apport partiel d'actif est éteinte, la spécificité du régime juridique des apports partiels d'actif apparaît surtout sous l'angle des transferts de responsabilité qui peuvent s'opérer entre société apporteuse et société bénéficiaire (voir p8). ■

Par **Alain Couret,**
professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne et avocat associé en droit des affaires. Il dirige l'équipe Doctrine juridique du cabinet. Il a par ailleurs une activité dans le domaine de l'arbitrage concernant des litiges dans le domaine des cessions d'entreprises, des opérations d'investissement et de restructuration.
alain.couret@cms-bfl.com

et **Christophe Blondeau,**
avocat associé, spécialisé en droit des sociétés.
christophe.blondeau@cms-bfl.com

1. *Cass. com. 7-10-2008 n° 07-17.731*

Comment le droit social nie les apports partiels

Par **Alain Herrmann,** avocat associé spécialiste en droit social. Il intervient en matière sociale sur les opérations de Private Equity et de fusion-acquisition, tant pour le conseil que pour le contentieux.
alain.herrmann@cms-bfl.com

L'apport partiel d'actif a pour effet de transférer une activité et les salariés qui y sont rattachés au sein d'une nouvelle structure, créée spécifiquement à cet effet ou préexistante et exerçant déjà une activité. En principe, une fois l'apport réalisé, les salariés sont régis par les règles propres à l'entreprise d'accueil et les liens avec l'entreprise d'origine cessent. Un certain nombre de règles du droit du travail qui privilégient la situation de fait à la personne morale employeur peuvent toutefois venir neutraliser en partie les effets des apports partiels d'actif et prendre en considération l'ensemble constitué de la société apporteuse et de la société bénéficiaire de l'apport.

L'obligation de mettre en place des institutions représentatives du personnel communes

En application de l'article L.2322-1 du code du travail, un comité d'entreprise doit être constitué dans les entreprises employant 50 salariés ou plus. Par exception, l'article L.2322-4 du code du travail dispose que lorsqu'une unité économique et sociale regroupant plus de 50 salariés est reconnue par convention ou décision de justice, entre plusieurs entreprises juridiquement distinctes, la mise en place d'un comité d'entreprise commun est obligatoire.

L'unité économique et sociale se caractérise par deux éléments :

– une unité économique découlant de la concentration des pouvoirs de direction et du capital, ainsi que d'une activité similaire ou complémentaire ;

– une unité sociale résultant d'un statut social et de conditions de travail similaires dans les deux entreprises, et le cas échéant d'une permutabilité des salariés. Pour constater ces différents éléments le juge recourt à la méthode du «faisceau d'indices» et se fonde sur des éléments très concrets.

Il est fréquent qu'une société nouvelle créée par apport partiel d'actif remplisse durant ses premières années d'existence l'ensemble des critères ci-avant (identité de dirigeant, d'actionnaires, activités complémentaires, statut social comparable voire identique). En effet, le plus souvent, peu après l'apport, le statut des salariés transférés n'a pas évolué suffisamment pour se différencier de celui de la société d'origine. Il existe par conséquent un risque qu'un juge accepte de reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale qui aura pour effet d'imposer la mise en place d'un comité d'entreprise visant la société apporteuse et la société bénéficiaire de l'apport. En pratique, le domaine de compétence de ce CE sera identique à celui du comité d'entreprise de la société antérieure à l'apport. Ce risque est plus élevé si la société qui réalise l'apport était sur le point de dépasser le seuil de 50 salariés.

Le risque est plus limité lorsque la société bénéficiant de l'apport a déjà une activité et un statut du personnel propre.

L'obligation d'instituer la participation des salariés aux résultats de l'entreprise

L'article L.3322-2 du code du travail impose la mise en place de la participation dans les entreprises employant plus de 50 salariés, mais également dans les entreprises constituant une unité économique et sociale de plus de 50 salariés. Dès lors, l'existence d'une unité économique et sociale constatée par décision judiciaire ou par accord conduira à la mise en place d'un accord de participation dans la société issue d'un apport partiel d'actif et ce, même si elle emploie moins de 50 salariés, si l'unité économique et sociale formée avec la société apporteuse emploie au total plus de 50 salariés. Il faut toutefois noter que, dans ce cas, les chefs d'entreprise auront le choix de mettre en place, soit un accord de participation unique pour les deux sociétés (reproduisant de manière assez semblable l'accord qui aurait existé en l'absence d'apport), soit deux accords distincts, l'un au sein de la société apporteuse et l'autre au sein de la société bénéficiaire de l'apport.

L'impossibilité d'appliquer uniquement le statut social de la société bénéficiaire de l'apport

Les salariés affectés à la branche d'activité objet de l'apport partiel d'actif et qui sont transférés dans une société exerçant déjà une activité propre et possédant un statut du personnel bénéficieront du statut en vigueur dans ladite société.

Toutefois, l'article L.2261-14 du code du travail organise une période de survie provisoire des accords collectifs (d'entreprise et de branche) qui s'appliquaient aux salariés avant l'apport partiel d'actif. Pendant cette période, le plus souvent de quinze mois, les salariés transférés bénéficient des avantages les plus favorables pour eux : ceux découlant des accords qui s'appliquaient au sein de leur société d'origine ou ceux en vigueur au sein de la société d'accueil. Le code du travail limite ainsi les pertes brutales du statut social d'origine s'il est favorable aux salariés.
De la même manière, les usages et engagements unilatéraux de l'ancien employeur continuent à s'appliquer chez le nouveau dès lors qu'ils sont plus favorables pour les salariés transférés et ce, tant que la société bénéficiaire de l'apport ne les dénonce pas valablement.

Une coresponsabilité en cas d'accident du travail causé par une faute inexcusable de l'employeur

Par deux décisions du 7 avril 2011 et du 17 mars 2011, la Cour de Cassation a considéré que la victime d'un accident du travail, qui peut agir en responsabilité civile contre son employeur en cas de faute inexcusable de celui-ci, peut continuer à agir contre lui en cas d'apport partiel d'actif dès lors que la personne morale ne disparaît pas dans cette opération et ce, quelles que soient les conventions passées. Par ailleurs, la Haute Juridiction admet que la victime puisse également s'appuyer sur les termes du traité d'apport et assigner en même temps la société bénéficiaire de l'apport dès lors que celle-ci est devenue titulaire des droits et obligations de toute nature afférents à la branche apportée.

«Il existe un risque qu'un juge accepte de reconnaître l'existence d'une unité économique et sociale visant la société apporteuse et la bénéficiaire de l'apport.»

La prise en compte des sociétés du groupe en matière de reclassement

L'article L.1233-4 du code du travail précise que le licenciement économique ne peut intervenir que lorsque le reclassement du salarié ne peut être opéré dans l'entreprise même ou dans les autres entreprises du groupe auquel elle appartient. Si la société bénéficiaire de l'apport partiel fait toujours partie du groupe de la société apporteuse et procède à un licenciement économique, elle devra proposer les postes disponibles existant en son sein et au sein de la société apporteuse (sauf si l'activité de cette dernière s'oppose à toute permutation).
Le non-respect de son obligation de reclassement par la société apporteuse expose la société bénéficiaire de l'apport au paiement de dommages et intérêts.

La nécessité de prendre en compte le secteur d'activité en matière de licenciement économique

La Cour de Cassation considère que les difficultés économiques susceptibles de justifier un licenciement pour motif économique doivent d'abord exister au sein de la société concernée mais aussi au sein des différentes sociétés composant le secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée.
Dès lors, si l'apport partiel consiste à dissocier par exemple une activité de production et de commercialisation ou de production et de stockage, activités appartenant à un même secteur, il faudra prendre en considération, en cas de licenciement au sein de la société bénéficiaire de l'apport, de la situation économique existant en son sein mais aussi celle de l'apporteuse.
Et ce n'est que si les deux sociétés appartenant au même secteur doivent faire face à des difficultés que le licenciement reposera sur une cause réelle et sérieuse.
En conclusion, procéder à un apport partiel d'actif ne suffit pas toujours à séparer totalement deux activités, le droit du travail permettant de maintenir dans certains cas des liens plus ou moins importants. ■

La transmission universelle du patrimoine s'accompagne-t-elle d'un transfert de responsabilité ?

Par **Elisabeth Flaicher-Maneval,** avocat de l'équipe Doctrine juridique. Elle participe notamment à l'analyse et à la traduction en conseils pratiques des évolutions de la réglementation juridique ainsi qu'à la fixation de la doctrine du cabinet en la matière.
elisabeth.flaicher-maneval@cms-bfl.com

et **Isabelle Buffard-Bastide,** avocat associé. Spécialisée en droit des sociétés et en droit commercial, elle intervient plus particulièrement sur les questions relatives aux opérations de Private Equity, notamment pour des fonds d'investissement et des actionnaires familiaux.
isabelle.buffard-bastide@cms-bfl.com

L'apport partiel d'actif (APA) soumis au régime des scissions opère en principe transmission universelle du patrimoine (TUP) de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle se voit transférer tous les droits et biens composant la branche apportée mais aussi l'ensemble des dettes attachées à celle-ci[1].
L'APA produit ainsi les mêmes effets que la scission, à savoir le transfert des actifs et passifs existants, ce qui inclut les amendes pénales ou administratives déjà prononcées par une décision ayant autorité de chose jugée. Il existe toutefois une différence entre les deux opérations : alors que la société scindée (comme l'absorbée dans le cadre d'une fusion-absorption) disparaît, l'apporteuse survit à l'opération d'apport et conserve son existence juridique.
Il en résulte qu'elle reste solidairement obligée avec la bénéficiaire de l'apport au paiement des dettes transmises à cette dernière[2], à moins que les parties n'aient choisi, comme fréquemment en pratique, d'exclure cette solidarité par une dérogation expresse dans le contrat d'apport (cf. art. L.236-20 s. du code du commerce).
Mais cette solidarité n'est pas la seule incidence de la survie juridique de l'apporteuse. Celle-ci emporte également des conséquences sur l'imputabilité des responsabilités pouvant être encourues au titre d'infractions pénales, manquements boursiers ou pratiques anticoncurrentielles commis à l'occasion de l'activité apportée et non encore sanctionnés.
En effet, si au plan de la responsabilité civile, l'apporteuse ne peut plus, hormis le cas de fraude, être poursuivie pour des fautes qu'elle a personnellement commises dans le cadre de l'activité apportée, les conséquences de ces dernières devant être supportées par la bénéficiaire qui lui est substituée[3], il en va différemment sur les autres terrains de responsabilité.
Ainsi, le principe de la personnalité des peines (cf. art. 121-1 du code pénal) interdit de tenir la bénéficiaire de l'apport (comme l'absorbante) pour pénalement responsable des infractions nées du chef de l'apporteuse ou même de lui transférer une sanction non encore prononcée au jour de l'apport[4]. Mais à la différence de ce qui se produit avec la fusion, les infractions peuvent toujours être poursuivies à l'encontre de l'apporteuse qui subsiste juridiquement. Le transfert à titre universel de l'activité qui a été le siège des infractions est sans incidence à cet égard.
Ce principe de «continuité juridique» prévaut aussi concernant l'imputation des manquements boursiers et des pratiques anticoncurrentielles.
Pour ces dernières, tant que l'entreprise contrevenante conserve sa personnalité juridique, elle reste responsable de son comportement illicite ; et peu importe que les moyens matériels et humains ayant permis la réalisation de l'infraction aient été transférés à un tiers[5]. La société bénéficiaire de l'apport est donc dégagée de toute responsabilité à cet égard[6], sauf à choisir de pérenniser la pratique illicite, auquel cas c'est de son propre chef qu'elle engage sa responsabilité.

«Les infractions peuvent toujours être poursuivies à l'encontre de l'apporteuse qui subsiste juridiquement.»

Est-ce à dire qu'elle ne court aucun risque du fait des ententes ou abus de position dominante mis en œuvre par l'apporteuse ? Pas nécessairement, car les autorités de concurrence peuvent étendre le spectre du critère de la «continuité économique». Initialement utilisé, lorsque l'auteur de la pratique a juridiquement disparu, pour transférer la responsabilité de celle-ci à la personne morale qui a recueilli l'entreprise contrevenante[7], il peut aussi être appliqué, sans obligation toutefois, lorsque l'initiateur de la pratique a conservé son existence juridique mais n'exerce plus d'activité économique («coquille vide»). Apporteuse et bénéficiaire forment alors la même «unité économique» à raison des liens structurels les unissant, ce qui permet d'imputer au nouvel exploitant de l'entreprise les infractions de l'exploitant initial[8]. En droit de la concurrence, oubliez la société, suivez plutôt l'entreprise ! ■

1. Cass. com., 10 décembre 2003, n° 1790.
2. Cass. com., 12 décembre 2006, n° 1428 ; et 8 février 2011, n° 100, .
3. Cass. com. du 10 décembre 2003, précité.
4. Cass. com., 20 novembre 2001, n° 1915.
5. Cass. crim., 20 juin 2000, n° 4129 et 14 octobre 2003, n° 4992.
6. CA Paris, 20 octobre 1998, SA Béton travaux/Conseil de la concurrence.
7. Cons. conc., décision 7-D-11 du 28 mars 2007 ; et CA Paris du 10 janvier 2009.
8. TUE 30, septembre 2009, aff. T-161/05 ; et ADLC, décision 10-D-28 du 20 septembre 2010.

La notion de branche complète d'activité : des incertitudes demeurent

Malgré plusieurs décisions récentes, la notion de branche complète d'activité reste source d'interrogations qui, dans l'attente de clarifications par le Conseil d'Etat, devraient inciter les entreprises à la prudence.

La notion de branche complète d'activité revêt une importance considérable dans les opérations d'apports partiels d'actifs. En effet, le régime de neutralité fiscale des fusions ne peut s'appliquer à une opération d'apport que s'il porte sur une branche complète d'activité. A défaut de définition dans le code général des impôts, il convient de se référer à la définition donnée par la directive communautaire du 23 juillet 1990, elle-même reprise par l'administration fiscale et selon laquelle la notion de branche complète d'activité recouvre «l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens».

«La caractéristique d'une branche complète s'avère un exercice particulièrement délicat.»

La caractérisation d'une branche complète s'avère donc un exercice particulièrement délicat dans la mesure où, d'une part, il s'agit d'une question largement factuelle et où, d'autre part, l'approche administrative est particulièrement stricte. Toutefois, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 27 juillet 2005 (n° 259052, sté BL), s'est montré plus souple en jugeant que «pour ouvrir droit au bénéfice des dispositions précitées du deuxième alinéa du 1 de l'article 210 B du CGI, un apport partiel d'actif doit concerner une branche d'activité susceptible de faire l'objet d'une exploitation autonome chez la société apporteuse comme chez la société bénéficiaire de l'apport, sous réserve que cet apport opère un transfert complet des éléments essentiels de cette activité tels qu'ils existaient dans le patrimoine de la société apporteuse et dans des conditions permettant à la société bénéficiaire de l'apport de disposer durablement de tous ces éléments». Ainsi, d'après le Conseil d'Etat, il n'est pas nécessaire que l'apport porte sur «l'ensemble des éléments d'actif et de passif» dès lors que sont transférés les «éléments essentiels».

Cela étant, le découpage d'une branche reste souvent un exercice périlleux car, en dépit de la souplesse apportée, la définition jurisprudentielle demeure contraignante et sujette à interprétation. Plusieurs décisions récentes rendues par des juridictions du fond montrent que de nombreuses questions ne sont toujours pas définitivement résolues. Il en est ainsi, par exemple, des problématiques relatives au transfert d'actifs incorporels (CAA Bordeaux, 30 décembre 2010, n° 09BX02218), à la prise en charge par la bénéficiaire de l'apport d'un passif supérieur à celui de la branche (même arrêt), au transfert du personnel (TA Lyon, 12 octobre 2010, n° 08-2020 ; et TA Rouen, 1er juin 2010, n° 09-2729, rendus dans des domaines voisins) ou à la mise à disposition des services communs (TA Rouen, 17 février 2011, n° 0501355).

En conclusion, la définition de la branche complète d'activité conduit encore à ce jour à des hésitations. La portée des décisions récentes rendues par les juridictions du fond, parfois encourageantes, mériterait donc d'être confirmée ou, à tout le moins, clarifiée par le Conseil d'Etat. En attendant, nous ne pouvons qu'inciter les entreprises à se montrer très rigoureuses dans leur travail de découpage des branches et dans la rédaction des traités d'apport. Enfin, en cas de doute sérieux, l'obtention d'un agrément ou d'un rescrit délivré par l'administration permettra de sécuriser les opérations, mais cette démarche devra avoir été anticipée dans le calendrier des opérations. ■

Par **Romain Marsella,** avocat spécialisé en fiscalité. Il intervient en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés et les assiste notamment dans le cadre d'opérations d'acquisition et de restructuration.
romain.marsella@cms-bfl.com

L'effet rétroactif d'un apport partiel d'actif consenti à une société nouvelle

Par **Philippe Grousset,** avocat associé en fiscalité. Il intervient en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés notamment dans le cadre de structuration fiscale des opérations de fusion-acquisition et de restructuration, gestion fiscale des groupes et assistance dans les procédures contentieuses.
philippe.grousset@cms-bfl.com

En matière d'impôt sur les sociétés, le Conseil d'Etat[1] a jugé que l'effet rétroactif légalement ou contractuellement attaché à un contrat conclu par une société soumise à l'impôt sur les sociétés peut affecter les résultats de la période d'imposition au cours de laquelle ce contrat a été conclu mais en aucun cas conduire à rectifier ceux de la période précédente. Cette jurisprudence, dégagée pour les fusions, quel que soit le régime sous lequel est placée l'opération, a ensuite été étendue aux opérations d'apports partiels d'actifs[2] et ces règles ont été admises par l'administration fiscale[3].

Il a également été jugé :

- que la rétroactivité ne doit pas remonter au-delà de la date à laquelle la société absorbante a ouvert l'exercice au cours duquel la fusion a été approuvée définitivement[4] ;
- et que lorsque les parties sont convenues d'une clause de rétroactivité, elles n'ont pas la faculté de renoncer au rattachement de l'ensemble des produits et des charges provenant de l'exploitation des activités apportées durant la période intercalaires[5].

Il résulte de cette construction jurisprudentielle que, dans la généralité des opérations de restructuration, hormis pour les TUP, la date d'effet fiscal est la date d'effet comptable, à condition toutefois que cette date ne soit pas antérieure à l'ouverture de l'exercice de la société bénéficiaire de l'apport au cours duquel l'opération est réalisée.

Il restait toutefois à confirmer la portée de la clause de rétroactivité dans la situation particulière des apports consentis à des sociétés nouvelles depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1988 qui a introduit dans l'article 372-2 de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales (devenu L.236-4 du code de commerce) la précision suivant laquelle, en cas de création d'une société nouvelle, la fusion ou la scission prend effet à la date d'immatriculation de cette société au registre du commerce et des sociétés.

Dans une affaire antérieure à 1988 et portant sur l'apport d'un fonds de commerce à une société, le Conseil d'Etat avait jugé, en 1997, sur le fondement des dispositions de l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 et de l'article 38 du CGI que, lorsque les parties sont convenues de donner un effet rétroactif à l'apport, celui-ci peut prendre effet au jour d'ouverture de l'exercice au cours duquel la société a été immatriculée[6]. En l'occurrence, il a été admis que l'apport puisse avoir un effet rétroactif au 1er octobre 1979 alors même que la société n'avait été immatriculée au registre du commerce et des sociétés que le 9 novembre 1979.

Confirmant sa position, le Conseil d'Etat vient de juger[7] que les dispositions de l'article 372-2 de la loi du 24 juillet 1966, telles que modifiées en 1988, n'ont fait qu'expliciter, pour les besoins de la transposition de directives communautaires, la règle qui découlait déjà de l'article 5 et selon laquelle lorsqu'une fusion ou une scission donne lieu à la création d'une société nouvelle, celle-ci jouit de la personnalité morale à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Par conséquent, ces dispositions ne sauraient faire obstacle, ni à ce que les parties donnent effet à l'opération à une date antérieure à celle à laquelle la personnalité de la société nouvelle est acquise, ni à ce que cet effet rétroactif soit pris en compte sur le plan fiscal, dans la limite du jour d'ouverture de l'exercice au cours duquel la société nouvelle a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés.

Le Conseil d'Etat a donc clairement infirmé la doctrine administrative selon laquelle l'opération ne peut rétroagir à une date antérieure à l'immatriculation de la société nouvelle bénéficiaire des apports[8]. ■

«Le Conseil d'Etat a clairement infirmé la doctrine administrative selon laquelle l'opération ne peut rétroagir à une date antérieure à l'immatriculation de la société nouvelle bénéficiaire des apports.»

1. *CE, 12 juillet 1974, n° 81753.*
2. *CE ,18 mars 1992, n° 62402.*
3. *BOI, 4-I-1-93.*
4. *CE, 26 mai 1993, n° 78156.*
5. *CE, 18 mars 1992, n° 62402.*
6. *CE, 28 février 1997, n° 141459.*
7. *CE, 29 juin 2011, n° 317212.*
8. *BOI 4-I-1-93, n° 29*

La nouvelle CET, les restructurations 2011 et leurs conséquences

L'année 2011 est la deuxième année d'application de la contribution économique territoriale (CET) constituée de la cotisation foncière des entreprises (CFE) et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE).

Comme sous l'empire de la taxe professionnelle, les effets rétroactifs que comportent les opérations n'ont pas d'incidence en matière de CET, de sorte qu'en cas d'opération en cours d'année, l'ancien exploitant demeure imposable jusqu'à sa réalisation définitive. En cas de transmission universelle du patrimoine (TUP), le changement d'exploitant intervient donc à compter de l'expiration du délai de trente jours d'opposition des créanciers.

Afin de ne plus être imposé à la CFE à compter de l'année suivante, il convient de ne pas oublier d'adresser des courriers informant de l'opération avant le 31 décembre 2011.

Au titre de la taxe foncière, il est impératif de s'assurer que la publication au fichier immobilier a bien été faite au risque de ne pas obtenir la mutation de cote.

«Afin de ne plus être imposé à la CFE à compter de l'année suivante, il convient d'adresser des courriers informant de l'opération avant le 31 décembre 2011.»

En tant qu'exploitant au 1er janvier 2011, l'ancien exploitant se retrouve désormais à devoir calculer sa valeur ajoutée pour la CVAE en fonction de sa période d'activité.

Conformément à l'article 1586 octies II-2° du CGI, en cas de TUP, cession et cessation d'entreprise ou au décès du contribuable, le successeur devra liquider sa CVAE dans un délai de 60 jours à compter de l'opération.

La valeur ajoutée 2011 retenue afin de liquider la CVAE 2011 de l'ancien exploitant (à défaut pour lui d'avoir clos un exercice de douze mois en 2011) sera déterminée à partir des produits et des charges de la période comprise entre le 1er janvier 2011 et la date de l'opération en fonction d'une balance comptable.

Le chiffre d'affaires produit au titre de 2011 servant à définir le champ d'application et le taux de la CVAE devra, quant à lui, être corrigé pour correspondre à une année pleine alors que la valeur ajoutée servant d'assiette à la CVAE restera déterminée sur la période réelle d'activité.

Il conviendra ensuite d'examiner si le mécanisme du plafonnement peut s'appliquer en l'espèce.

Cependant, rappelons qu'aux termes du nouvel article 1647 B sexies du CGI, en l'absence de cession ou de cessation d'entreprise au cours de l'année d'imposition, le montant de la valeur ajoutée est corrigé pour correspondre à une année pleine. De plus, en cas de TUP, de cession ou de cessation d'entreprise, le montant de la CFE plafonnable est ajusté en fonction du rapport entre la durée de la période de référence et l'année civile.

A partir de 2012, le nouvel exploitant deviendra imposable à la CFE au titre du ou des établissements récupérés par lui. A cet effet, il devra avant le 31 décembre 2011 adresser aux SIE dont dépendent lesdits établissements une déclaration 1447 C pour informer ces derniers de l'opération.

La CVAE sera déterminée à partir de la valeur ajoutée produite au cours de l'exercice de douze mois clos en 2012, incluant forcément la valeur ajoutée de l'activité récupérée, alors que les acomptes de CVAE 2012 seront déterminés à partir de la valeur ajoutée 2011 n'incluant que partiellement celle provenant de l'activité récupérée.

Si l'ancien exploitant a bénéficié en 2010 du mécanisme de l'écrêtement, ce dernier n'est pas transféré au successeur pour les années 2012 (50 %) et 2013 (25 %). En cas de changements d'exploitant, l'écrêtement est perdu.

Eu égard à la nouvelle rédaction de l'article 1518 B du CGI, et quand bien même les locaux occupés par le nouvel exploitant présenteraient un caractère industriel, il est plus que probable qu'aucune modification de la valeur foncière servant de base à la CFE ne découlera de l'opération, les deux sociétés étant liées. ■

Par **Laurent Chatel,** avocat associé en fiscalité, responsable du service impôts locaux.
laurent.chatel@cms-bfl.com

LBO et réforme des déficits fiscaux : un effet très «cash»

Par **Laurent Hepp,** avocat associé, spécialisé en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés qu'en fiscalité des transactions et Private Equity, notamment dans le cadre de structurations fiscales. Il intervient auprès de fonds d'investissement s'agissant de la fiscalité des fonds et des porteurs de parts.
laurent.hepp@cms-bfl.com

Après le coup de froid subi en début d'année avec l'extension, certes limitée, des règles fiscales de lutte contre la sous-capitalisation à certains schémas d'acquisition (voir la lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity du 4 avril 2011), les opérateurs de LBO doivent aujourd'hui composer avec un coup de canif porté à l'efficacité fiscale de leurs structurations par le «plan de rigueur» du Gouvernement voté le 19 septembre dernier.

On sait en effet qu'afin d'éviter une chute libre des recettes d'impôt sur les sociétés (IS), la loi fiscale restreint désormais l'usage d'un report déficitaire en le plafonnant à 60 % du bénéfice de l'exercice, pour sa fraction excédant 1 million d'euros, le solde de 40 % devant subir l'IS au taux plein. On sait aussi qu'en raison des multiples frais exposés pour leur mise en œuvre (frais d'acquisition, frais d'émission, intérêts d'emprunts), les schémas de LBO sont mécaniquement générateurs «à l'entrée» d'un report déficitaire.

Or, ce report est ensuite généralement apuré sur le résultat bénéficiaire du (ou des) exercice(s) suivant(s) du groupe d'intégration fiscale nouvellement formé par la holding de reprise et les sociétés cibles, de sorte qu'aucun paiement d'IS n'est en principe supporté lors des premiers exercices de l'opération.

La nouvelle règle de cantonnement des déficits fiscaux vient sérieusement perturber cette impeccable mécanique : désormais, le report déficitaire dégagé à la première année ne pourra plus effacer que 60 % du bénéfice du ou des exercices suivants, et une imposition effective de l'ordre de 13,33 % (soit 33,33 % de 40 %) frappera en tout état de cause la fraction du bénéfice fiscal de l'exercice qui excédera 1 million d'euros. Les plans de trésorerie des structurations devront donc être ajustés en conséquence, parfois même «avec effet immédiat» car l'acompte d'IS du 15 décembre prochain pourrait bien, dans certaines situations, devoir être revu à la hausse. Rigueur oblige… ■

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

1-3, villa Emile Bergerat
92522 Neuilly sur Seine Cedex
Tél. 01 47 38 55 00
Fax 01 47 38 55 55

Si vous souhaitez contacter les auteurs de cette lettre, vous pouvez vous adresser à la rédaction qui transmettra aux personnes concernées. Vous pouvez également vous adresser à :

Me Christophe Blondeau,christophe.blondeau@cms-bfl.com
Me Isabelle Buffard-Bastide, isabelle.buffard-bastide@cms-bfl.com
Me Laurent Chatel, laurent.chatel@cms-bfl.com
Me Alain Couret, alain.couret@cms-bfl.com
Me Philippe Grousset, philippe.grousset@cms-bfl.com
Me Laurent Hepp, laurent.hepp@cms-bfl.com
Me Alain Herrmann, alain.herrmann@cms-bfl.com

Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

Supplément du numéro 1145 du 24 octobre 2011
Option Finance - 91 bis, rue du Cherche-Midi 75006 Paris - Tél. 01 53 63 55 55
SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327
Directeur de la publication : Jean-Guillaume d'Ornano
Service abonnements : B 310 - 60732 Ste-Geneviève Cedex. Tél. 03 44 62 43 74
Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 0411 T 83896