



Faculté de droit
De l'université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

LES ASPECTS JURIDIQUES ET FISCAUX DE LA FILIALISATION EUROPEENNE

Mémoire pour le Master 2 « Droit des affaires et fiscalité »

par

Chamima JOOMUN

Sous la direction de M. le Professeur M.MENJUCQ

Année universitaire 2010-2011

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Bull. Joly	Bulletin Joly
C.com	Code de commerce
CGI	Code général des impôts
Civ, 1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e	Chambres civiles de la Cour de cassation
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
D.	Dalloz recueil
D.adm	Documentation administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	Juris classeur périodique
JCP E	Juris classeur périodique édition entreprise
LPA	Les petites affiches
Rev.soc	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de jurisprudence fiscale

INTRODUCTION

« En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union »¹

Depuis ces dix dernières années et dans un contexte de globalisation et de mondialisation, les opérations transfrontalières, au cœur d'une réelle évolution, constituent un sujet majeur qui préoccupe tant le législateur communautaire que le législateur national. En effet, en premier lieu se sont développées les formes communautaires de sociétés avec notamment la consécration de la société européenne.² Celle-ci a permis de surmonter de nombreux obstacles, notamment en matière de fusion et de transfert de siège, et constitue un instrument pratique au service des sociétés. En second lieu, l'opération de fusion transfrontalière de sociétés de capitaux, aujourd'hui possible, a été facilitée par une directive européenne, transposée en droit français par la loi de 2008 créant les articles L. 236-25 à L. 236-32 du Code de commerce.³ Restent alors en suspens les opérations de transfert de siège des sociétés de capitaux, les scissions et les apports partiels d'actifs, qui devraient dans un avenir plus ou moins proche, bénéficier d'une harmonisation, et ce dans le but de favoriser la mobilité des entreprises, conformément au principe fondamental de liberté d'établissement.

¹ : Article 3 bis du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

² : Le règlement communautaire n°2157/2001 du 8 octobre 2001 et la directive n°2001/86 consacrent la société européenne.

³ : La directive n° 2005/56 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 consacrant l'opération de fusion transfrontalière des sociétés de capitaux, est transposée par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008. Celle-ci insère une section IV dans le chapitre VI du titre III du livre II du Code de commerce intitulée « Des dispositions particulières aux fusions transfrontalières ».

En effet, les articles 49 et 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne énoncent le principe du libre établissement dans le marché commun.⁴ Ce principe permet à toute société légalement constituée dans un Etat membre, d'accéder librement au territoire d'un autre Etat membre. Les entreprises établies sont assimilées aux nationaux, et peuvent donc s'installer sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y exercer une activité indépendante dans les mêmes conditions que les nationaux et sans autres restrictions que celles applicables à ceux-ci. En revanche, elles sont soumises à toutes les dispositions législatives ou réglementaires effectivement appliquées par le pays d'établissement à ses nationaux.⁵

Ce droit d'établissement est dual. En effet, d'une part, le droit d'établissement principal consiste, pour une entreprise, à implanter son siège dans un Etat membre. D'autre part, le droit d'établissement secondaire se traduit par la création d'implantations stables, telles que des agences, des succursales ou des filiales, dans un autre Etat de l'Union européenne, le siège de l'entreprise demeurant dans l'Etat d'origine. Ce droit s'exerce à la double condition d'être ressortissant d'un Etat membre, et d'avoir un établissement principal dans un autre Etat membre.⁶

Ainsi, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit à un Etat membre de s'opposer à l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée dans un autre Etat membre. Directement applicable aux particuliers selon la Cour de justice, ce principe peut donc être invoqué devant les juridictions nationales.

Le décor étant posé, une société établie sur un Etat membre de l'Union européenne, qui souhaite étendre son activité géographiquement et s'implanter dans un autre Etat membre pour y exercer une activité économique, peut soit créer une succursale, soit une filiale.

La succursale n'est pas définie par la loi. La jurisprudence nationale et européenne considère que la succursale est un établissement autonome et durable avec une direction dotée d'une certaine liberté de gestion et des relations avec les tiers. Elle n'a pas de personnalité juridique autonome, distincte de celle de la société elle-même. Par conséquent, elle ne dispose pas de patrimoine propre. L'intérêt pour une société de créer une succursale

⁴ : Les articles 49 et 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sont les anciens articles 43 et 48 du traité de la communauté européenne.

⁵ : *Mémento pratique Union européenne*, F. LEFEBVRE, 2010-2011, n°2650 et s.

⁶ : M.MENJUCQ, « La mobilité des entreprises », *Rev.soc.*, 2001, p.210

dans un autre Etat membre, est qu'elle lui permet d'exercer son activité dans cet Etat, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution d'une société qui peuvent être plus contraignantes en matière de libération d'un capital social minimal selon les pays.

La filiale est, quant à elle, définie par la loi nationale et européenne. Au niveau européen, la directive n°90/434 du 23 juillet 1990 définit la filiale comme étant une société dont une participation d'au moins 10% du capital est détenue par une autre société établie sur un Etat membre.⁷ En France, constitue une filiale, toute société dont plus de la moitié du capital appartient à une autre société.⁸ Il s'agit donc d'une société à part entière avec une personnalité juridique et toutes les conséquences qui en découlent.

La filialisation est la transformation d'une succursale en filiale par l'apport partiel d'actif. La filialisation européenne est l'opération par laquelle les actifs rattachés à un établissement stable qui constituent une « branche d'activité » au sens communautaire, sont transférés à une société nouvellement créée qui constituera une filiale de la société apporteuse.⁹ Les sociétés participant à l'opération sont nécessairement de nationalité différente.

L'intérêt de filialiser une succursale étrangère est multiple en ce que la filialisation est un outil de développement, de restructuration et de concentration d'entreprise. Un outil de développement tout d'abord, fréquemment une société qui souhaite démarrer une activité dans un autre Etat membre, commence par y implanter une succursale, structure légère et simple. Pour le bon développement de l'exploitation, il apparaît souvent nécessaire de lui donner une autonomie décisionnelle afin de répondre aux besoins, ou doter la structure de la personnalité morale afin de faciliter les démarches administratives locales. La filialisation constitue, ensuite, un outil de restructuration en ce qu'elle permet d'isoler au sein d'une filiale créée à cet effet, les résultats d'une branche d'activité. Ce peut être un moyen d'éviter un transfert de siège dans l'Union Européenne. La société peut également décider de filialiser afin de se détacher de toute activité d'exploitation et de se limiter à une activité de pure holding. Et dans ce cas, certains Etats membres sont plus avantageux que d'autres (par exemple, le Luxembourg ou les Pays-Bas). L'opération peut, par ailleurs, être utile dans

⁷ : Articles 3 et 4 de la directive n°90/234 du 23 juillet 1990

⁸ : Article L 233-1 C. com

⁹ : Article 2, point i) de la directive n°90/434 du 23 juillet 1990

l'optique d'une cession. Enfin, la filialisation peut constituer un outil de concentration des entreprises, en permettant le regroupement au sein d'une même structure, des branches d'activités identiques exercées par des sociétés appartenant à un même groupe. La société peut envisager de filialiser une succursale dans le but *in fine* de créer une filiale commune avec un concurrent qui réaliserait la même activité.

Cette opération, loin d'être une hypothèse d'école, est très souvent réalisée en pratique et s'opère par apport partiel d'actif. L'apport partiel d'actif est défini aussi bien au niveau national qu'europpéen.

En effet, l'article 2 d) de la directive n°2009/133 définit l'*apport d'actifs* comme étant « l'opération par laquelle une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité à une autre société, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire de l'apport ». Les deux sociétés nommées par la directive sont ainsi d'une part l'apporteuse, d'autre part la bénéficiaire. Elles seront nécessairement de nationalité différente.

En droit français, l'apport partiel d'actif s'entend, d'une manière générale de « l'opération par laquelle une société fait apport à une autre (nouvelle ou déjà créée) d'une partie de ses éléments d'actif et reçoit, en échange, des titres émis par la société bénéficiaire des apports.»¹⁰

La majorité (voire la totalité) des parts ou actions de la société bénéficiaire est attribuée à la société apporteuse en rémunération de cet apport, ce qui lui permet de prendre le contrôle de la société, qui devient alors sa filiale.

Contrairement à la fusion ou à la scission, l'apport partiel d'actif ne se traduit pas par la disparition de la société apporteuse, mais par la création d'une société nouvelle bénéficiaire de l'apport. L'apport à une société existante est écarté dans l'hypothèse d'une filialisation. De plus, l'opération est neutre pour les associés qui ne deviennent pas directement associés de la société bénéficiaire des apports. Dans la mesure où c'est bien la société dont ils sont associés qui réalise l'apport, elle est celle qui devient associé de la société bénéficiaire.

¹⁰ : *Mémento Sociétés commerciales*, F. LEFEBVRE, 2011, n°83620. L'administration retient une définition similaire, l'apport partiel d'actif est « l'opération par laquelle une personne morale apporte à une autre personne morale (nouvelle ou préexistante) une partie de ses éléments d'actif et reçoit en échange des titres émis par la société bénéficiaire des apports ». D. adm. 4 I-22 n° 1, 1er novembre 1995.

Les règles juridiques et fiscales diffèrent selon que cet actif est, soit une branche autonome d'activité, soit de simples biens (par exemple, un immeuble ou des titres en portefeuille).

La branche d'activité est définie par le législateur communautaire comme « *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.* »¹¹

Une succursale forme généralement une branche d'activité. La Cour de justice a rappelé qu'une succursale est une branche d'activité dès lors qu'elle constitue un ensemble de biens et de personnes capables de concourir à la réalisation d'une activité déterminée.¹²

En France, il faut distinguer le régime juridique du régime fiscal de l'opération.

En effet, sur le plan juridique, l'article L 236-22 du Code de commerce permet à la société apporteuse et à la société bénéficiaire des apports de soumettre, d'un commun accord, l'opération au régime juridique des scissions. Celui-ci permet notamment de bénéficier de la transmission universelle de patrimoine, mécanisme transmettant à la société bénéficiaire, tous les droits, biens et obligations attachés à la branche d'activité, objet de l'apport.

A défaut d'accord, le régime de droit commun est applicable. L'opération est alors soumise aux règles régissant les augmentations de capital si la société bénéficiaire existe déjà, ou aux règles régissant les constitutions si la société bénéficiaire des apports est une société nouvelle, les apports étant réalisés en nature.

La société peut donc choisir le régime juridique auquel elle souhaite soumettre l'opération. Très souvent en pratique, lorsque l'apport porte sur une branche d'activité, les parties optent pour le régime des scissions.

En revanche sur le plan fiscal, la liberté de la société est réduite. En effet, le régime fiscal de faveur des fusions ne bénéficie aux apports partiels d'actif que si l'opération porte sur une branche complète d'activité, indépendamment de l'adoption au régime des scissions. En effet, les articles 210 B et 210 B bis du Code général des impôts prévoient l'exonération des plus values nettes et profits dégagés sur l'ensemble des éléments d'actifs apportés, à trois conditions. La première tient au fait que l'apport partiel d'actif porte sur une branche

¹¹ : Article 2, i de la directive n° 90/434, recodifié à l'article 2, j de la directive n° 2009/133

¹² : CJCE, 13 oct. 1992, aff. C-50/91, Commerz-Kreditbank AG-Europartner : RJF janv. 1993, n° 170

complète d'activité. La deuxième impose à la société apporteuse de prendre l'engagement dans l'acte d'apport de conserver les titres remis en contrepartie de l'apport pendant trois ans. Et la troisième oblige la société à calculer ultérieurement les plus-values de cessions afférentes à ces mêmes titres.¹³

L'implication de la France dans une opération de filialisation européenne regroupe deux hypothèses particulières, d'une part, l'apport par une société française de sa succursale étrangère à une société étrangère et d'autre part, l'apport par une société étrangère de sa succursale française à une société française.

Aujourd'hui, la filialisation européenne n'est régie par aucun texte européen sur le plan juridique. En effet, la directive relative aux fusions transfrontalières exclut expressément les scissions et les apports partiels d'actifs. Toutefois, ces opérations restent possibles en vertu du principe de la liberté d'établissement.

La Cour de justice a ainsi pu rappeler que le principe du libre établissement rendait possible l'apport partiel d'actif en soulignant que *« les opérations de fusions transfrontalières, à l'instar des autres opérations de transformation de sociétés, répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des Etats membres différents. Elles constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, et relèvent donc des activités économiques pour lesquelles les Etats membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement prévue à l'article 43 CE. »*¹⁴

L'opération devra alors appliquer le droit international privé et utiliser ses règles de conflit de loi. Si la liberté d'établissement empêche les Etats de faire obstacle à l'opération, en pratique la disparité des droits nationaux peut la rendre plus difficile, voire la dissuader. Plusieurs questions se posent alors. Comment régler les problèmes de cumul des lois nationales applicables ? L'opération peut-elle bénéficier du régime des scissions et du mécanisme de transmission universel de patrimoine prévu par le droit français ?

Sur le plan fiscal, des avancées ont été réalisées par la directive communautaire n°90/434 du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun aux opérations de fusion, scission, apports partiels d'actif et échanges d'actions, qui organise la neutralité fiscale de ces

¹³ : IS (Impôt sur les sociétés)-Division VI Fusions de sociétés, scissions de sociétés et apports partiels d'actif, Navis Fiscal, n°41105.

¹⁴ : CJCE 13 déc. 2005, aff. C-411/03, RJDA 1/07 n°52

opérations mettant en jeu des sociétés d'Etats membres différents, s'agissant de l'impôt des sociétés et de l'impôt sur le revenu. Elle est modifiée par la directive n° 2005/19 du 17 février 2005 qui précise son champ d'application en incluant les scissions partielles et les filialisations d'établissements stables.¹⁵ Elle est désormais recodifiée par la directive n°2009/133 du 19 octobre 2009. Ces directives définissent un régime fiscal commun aux Etats membres et visent à « *éliminer les obstacles fiscaux auxquels les entreprises doivent faire face pour pouvoir librement exercer leurs activités par-delà les frontières au sein du marché intérieur* »¹⁶ Pour se faire, elles instaurent un régime de report d'imposition. Il s'agit d'éviter l'imposition immédiate des plus-values afférentes aux biens apportés tout en permettant leur imposition effective lors de leur réalisation, par l'Etat membre de la société apporteuse. Les plus-values sont déterminées par la différence entre la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et leur valeur fiscale.¹⁷

En général, les Etats ont tous transposé la directive. Si la France a effectivement repris les dispositions de la directive dans l'article 210 A du Code général des impôts, elle en fait une interprétation contestable. Par ailleurs, il est nécessaire de préciser que la présente étude ne concerne que l'imposition de la plus value en France. Indépendamment de cette imposition, la société étrangère peut être imposable dans son Etat de résidence. Cependant, les mécanismes d'imposition de chaque Etat concerné ne seront pas traités ici. Ensuite, seul l'impôt sur les sociétés nous intéresse, les questions de droit d'enregistrement, ne posant pas de problème particulier, sont par conséquent exclues.¹⁸ Enfin, sont également écartés les aspects comptables avec notamment la question de la valorisation comptable des apports.¹⁹

Ces précisions étant faites, face à une opération très fréquente en pratique, il est intéressant d'isoler les difficultés du modèle actuel tant sur le plan juridique que fiscal et de proposer des solutions afin de l'améliorer, et ce dans deux hypothèses, d'une part l'apport par une société étrangère de sa succursale française à une société française (**chapitre 1**) et d'autre part, l'apport par une société française de sa succursale étrangère à une société étrangère (**chapitre 2**).

¹⁵ : Sur les modifications apportées par la directive de 2005 : J.L PIERRE « Opérations intéressant des sociétés d'Etats différents de l'Union européenne », *Droit des sociétés* n°6, Juin 2005, comm.125.

¹⁶ : Comm.eur (europa.eu.int), actualité, 17 février 2005

¹⁷ : Article 4 de la directive n°2009/133 du 19 octobre 2009

¹⁸ : En vertu des articles 817 A et 817 B du CGI, l'apport partiel d'une branche complète d'activité est soumis à un droit fixe de 375 € porté à 500 € lorsque le capital social de la société bénéficiaire de l'apport, après l'opération, excède 225 000 €.

¹⁹ : *Mémento groupe de sociétés*, F. LEFEBVRE, 2009-2010, n° 10921.

CHAPITRE 1 : APPORT PAR UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE À UNE SOCIÉTÉ FRANÇAISE

Une société étrangère ayant des actifs sous forme de succursale en France, souhaite la transformer en filiale. Il s'agit, dans le présent chapitre, d'analyser les aspects juridiques et fiscaux de cette opération. En l'absence de textes européens organisant le régime juridique, les règles de conflit de lois s'appliquent. En pratique, l'opération transfrontalière ne pose pas de problème majeur en ce que les règles nationales suffisent et qu'une liberté est laissée aux parties. En revanche, sur le plan fiscal, il existe bien une harmonisation européenne qui pose la neutralité fiscale de l'opération, cependant en pratique les exigences françaises complexifient l'opération et suscitent des interrogations.

Ainsi, alors que les règles de droit international privé combinées aux règles juridiques françaises offrent à la filialisation d'une succursale française par une société étrangère un régime juridique suffisant (section 1), les règles fiscales françaises paraissent, elles, contraires au droit communautaire (section 2).

SECTION 1 : UN RÉGIME JURIDIQUE SUFFISANT

La dualité de règles de conflit en présence (§1) entraîne une application distributive des lois (§2).

§1- Une dualité de règles de conflit de loi en présence

La résolution du conflit de loi (A) peut dépendre de la volonté des parties (B).

A) La résolution du conflit de loi

L'opération transfrontalière met en conflit plusieurs lois en présence (1), la résolution de ce conflit dépend de la qualification de l'apport (2).

1- Les lois en présence

En droit international privé, les questions relatives au droit des sociétés sont régies par la *lex societatis*, loi du lieu du siège social de la société, et celles relatives au droit des biens sont

soumises à la *lex rei sitae*, loi du lieu de situation du bien. Lors d'un apport transfrontalier, deux lois ont donc vocation à s'appliquer : la loi de la société apporteuse étrangère, et la loi de la société bénéficiaire française.²⁰

Concernant la loi de la société apporteuse, la *lex societatis* a vocation à s'appliquer. La *lex societatis* est désignée par le siège social correspondant généralement au siège statutaire. Pour éviter les difficultés du critère de rattachement et les distinctions entre siège statutaire et siège réel, les sociétés participant à la filialisation sont réputées avoir leur siège réel et statutaire dans le même Etat membre. La *lex societatis* régit le fonctionnement de la société, c'est-à-dire sa constitution, toutes les opérations intervenant pendant la vie sociale et sa dissolution.

Concernant la loi de la société bénéficiaire, donc loi de l'Etat où la succursale est apportée, elle a vocation à s'appliquer soit sous forme de *lex societatis* ou soit sous forme de *lex rei sitae*, selon la qualification de l'apport.

2- La qualification de l'apport

L'apport d'une branche d'activité est susceptible d'être qualifié soit d'apport à titre universel, soit d'apport à titre particulier (apport de bien ou apport en nature). Seul l'apport à titre universel opère une transmission universelle d'actifs et de passifs attachés à la branche d'activité. De cette qualification dépend la résolution du conflit de loi.

Ainsi, pour certains auteurs, il s'agit d'un apport en nature.²¹ Dans cette hypothèse, la prise de décision et la publicité de l'apport sont régies par la *lex societatis* de chaque société participant à l'opération. La qualification et le contrôle de l'apport sont gouvernés par les règles de la *lex societatis* de la société bénéficiaire. Enfin, les modalités et les effets du transfert de propriété découlant de l'apport sont réglés par la *lex rei sitae*. Celle-ci détermine si la succursale apportée constitue une universalité ou non.²²

En revanche, s'il s'agit d'un apport à titre universel, la loi applicable est la *lex societatis* de chaque société participant à l'opération. La *lex rei sitae* n'intervient que pour admettre ou refuser le mécanisme de transmission universelle.

²⁰ : M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2^e ed., Montchrestien, 2008, n°337

²¹ : M. CAUZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e ed., Litec, 2010, n°1422

²² : T. TILQUIN, « Apport partiel d'actif par une société étrangère », Bull. Joly Sociétés, fév. 1997 n° 2, p.116

Dans notre hypothèse, la société étrangère filialise sa succursale française. La société bénéficiaire est française, et la *lex societatis*, donc le droit français des sociétés prévoit un régime pour l'apport partiel d'actif. Et la *lex rei sitae*, donc le droit français des biens admet la transmission universelle de patrimoine. Les règles exposées ci-dessus s'appliquent à défaut de choix par les parties. En effet ces dernières peuvent décider de la loi applicable à l'opération.

B) Une application supplétive des lois

La société apporteuse étrangère peut se soumettre volontairement au régime des scissions français (1) mais elle peut également choisir d'évincer le mécanisme de la transmission universelle (2).

1- La soumission au régime des scissions français

La jurisprudence française considère que les sociétés peuvent choisir de se soumettre volontairement au régime des scissions français.

En effet, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt en date du 3 octobre 1996, juge que non seulement l'option pour les régimes des scissions est possible, mais que celle-ci n'a pas à être expressément prévue dans le traité d'apport. Il suffit simplement que la société apporteuse ait respecté la procédure prévue par la loi française, pour que le régime lui soit applicable. Il suffit donc que les règles de la scission soient suivies : projet d'apport partiel d'actif, résolutions des assemblées générales extraordinaires, droit d'opposition des créanciers.

L'intérêt principal d'opter pour le régime français des scissions est la transmission universelle à la société bénéficiaire de l'ensemble des éléments d'actifs (immeubles, stocks de marchandises, créances clients) et de passifs (dettes fournisseurs) attachés à la branche d'activité transmise. Cette transmission est rendue opposable aux tiers dès les formalités de publication accomplies et offre un gain de temps considérable. Dans l'arrêt précité, il s'agissait de la contestation par le bailleur de la cession de bail survenu après l'apport par une société néerlandaise de sa succursale française. La cour valide la cession de bail conformément aux effets du régime des scissions. Le seul inconvénient est que l'apporteuse devra appliquer tout le régime et donc devra supporter le droit d'opposition des créanciers. Mais dans la mesure où ce droit d'opposition n'empêche en pratique jamais l'opération, la société offrant très

souvent des garanties aux créanciers, cet inconvénient n'emporte pas de conséquences fâcheuses.

2- L'éviction du mécanisme de la transmission universelle

Les parties peuvent écarter le mécanisme de la transmission universelle de patrimoine. En effet, la Cour de cassation considère que « *sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité de scission ou d'apport, communauté ou confusion d'intérêts ou fraude, dans le cas d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, il s'opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport* »²³

Ainsi, les parties choisiraient d'appliquer les règles du pays de situation des biens relatives à l'apport en nature. L'intérêt pour la société apporteuse est de pouvoir choisir les biens et les créances qu'elle souhaite céder.

En pratique, la société étrangère a tout intérêt à choisir le régime des scissions. Dans l'un ou l'autre des cas, les lois en présence sont appliquées distributivement.

§2- Un principe d'application distributive suffisant

Les principes appliqués à la fusion transfrontalière sont transposables à l'apport transfrontalier (A) et le problème des règles cumulatives est résolu par les règles juridiques françaises (B).

A) La transposition des principes appliqués à la fusion transfrontalière

Certains aspects de la filialisation ne relèvent que de la loi de la société apporteuse (1) alors que d'autres sont soumis à la loi de la société bénéficiaire (2).

1- Les aspects relevant de la loi de la société apporteuse

Toutes les questions se rapportant à la décision, à la procédure et à la publicité de l'apport sont soumises aux règles de l'Etat de la société apporteuse. Dans notre hypothèse, la société apporteuse devra respecter les conditions relatives au mécanisme similaire d'apport d'actif du droit des sociétés de son Etat.

²³ : Com., 5 mars 1991, N° 88-19.629

Cependant, certains auteurs raisonnent différemment et considèrent que la *lex rei sitae*, loi du lieu de la succursale (donc loi française) qui permet de conférer un caractère universel au transfert exerce une certaine force d'attraction. Ainsi, cette attraction inviterait à appliquer les règles de la *lex rei sitae* tout en respectant les formes du droit étranger.

Ainsi, par exemple, l'assemblée de la société étrangère devra se prononcer sur l'apport d'actif tout comme le prévoit le régime français de l'apport d'actif, mais selon ses propres conditions de modification des statuts.²⁴

2- Les aspects soumis à la loi de la société bénéficiaire

La société nouvelle qui reçoit la succursale, ici française, doit être constituée selon les règles propres à son Etat, ici la France. Donc toutes les conditions relatives à la constitution de société, validité, formalité de publicité s'appliquent.

L'hypothèse d'une filialisation de succursale suppose que la société bénéficiaire n'aura qu'un unique associé : la société apporteuse. Donc en France, elle aura le choix entre deux formes de société unipersonnelle: l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou la société par action simplifiée unipersonnelle (SASU) qui sont globalement soumises au même régime.²⁵

L'EURL est régie par les articles L. 223-1 et suivants du code de commerce. La société apporteuse devra donc respecter les conditions de fond et de forme. S'agissant des conditions de fond, pour l'essentiel, il est interdit à l'EURL d'avoir comme associé unique une autre EURL, donc la société apporteuse devra avoir au moins deux associés. L'EURL est fermée aux activités d'assurance, de capitalisation et d'épargne. Il n'y a pas d'exigence d'un capital minimum. Concernant les apports en nature, le transfert de propriété n'intervient que le jour de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, jour où la société acquiert la personnalité morale. La valeur des apports devra être vérifiée par un commissaire aux apports désigné par la société apporteuse. S'agissant des conditions de forme, les statuts doivent être établis par écrit et doivent comporter toutes les mentions obligatoires : forme, durée, dénomination, objet, siège, capital. Après qu'une décision collective ou l'assemblée générale des associés ou actionnaires de la société apporteuse ait approuvé les statuts de la

²⁴ : T. TILQUIN, « Apport partiel d'actif par une société étrangère », Bulletin Joly Sociétés, fév. 1997 n° 2, p.116

²⁵ : *Mémento pratique Sociétés commerciales*, F. LEFEBVRE, 2011, n°61000

société nouvelle (article L. 236-17 du Code de commerce), ces derniers seront déposés au centre de formalité des entreprises qui réalisera les formalités d'enregistrement et d'immatriculation.²⁶

La SASU est régie par les articles L. 227-1 et suivants du code de commerce, sa constitution est soumise à des conditions de fond et de forme, et son immatriculation suit la même procédure que celle de l'EURL. Contrairement à l'EURL, la SASU peut avoir comme unique associé une autre SASU.

En pratique, il est plus avantageux de créer une SASU qu'une EURL car elle offre plus d'avantage en matière de cession de droits sociaux, d'organisation de la société et permet d'avoir un dirigeant personne morale, ce qui serait plus pratique et plus fréquent dans l'hypothèse d'une filialisation dans la mesure où la société apporteuse devient mère et que son siège statutaire se situe à l'étranger.

B) Le problème des règles cumulatives résolu

Le seul aspect de la filialisation européenne nécessitant une application cumulative des lois et pouvant rendre plus difficile l'opération, est la reconnaissance par les Etats de la branche autonome d'activité (1), cette application ne pose pas de difficulté dans notre hypothèse (2).

1- La condition de reconnaissance de la « branche autonome d'activité » par les lois en présence

La succursale transférée doit constituer une branche autonome d'activité au regard des lois en présence.

Bien que la branche autonome d'activité soit définie par une directive européenne, comme 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, les droits nationaux n'ont pas tous transposé la notion.

Or, cette reconnaissance en ce qu'elle permet le transfert d'universalité, constitue la seule exigence du bon déroulement de l'opération de filialisation.

²⁶ : *Mémento pratique Sociétés commerciales*, F. LEFEVRE, 2011, n°35500 et s.

Le mécanisme de la transmission universelle de patrimoine, principal effet des fusions et des scissions, entraîne la dissolution sans liquidation de la société scindée ou absorbée et la transmission de son patrimoine à la société nouvelle ou existante qui le recueille en tout ou partie. Si l'apport d'actif n'entraîne pas la disparition de la société apporteuse, il s'opère bien une transmission universelle de l'actif et du passif se rattachant à la branche d'activité.

Ainsi, tous les biens, obligations, droits attachés à la branche d'activité sont transmis à la société nouvellement constituée bénéficiaire de l'apport. Elle se substitue à la société apporteuse pour tout, elle acquiert la propriété des immeubles et des stocks de marchandises affectés à l'exploitation de l'activité. Elle reprend les créances clients, et elle devient débitrice de toutes les obligations grevant la branche d'activité. Elle acquiert de plein droit la qualité de partie aux instances précédemment engagées. Enfin, le personnel employé pour l'exploitation de la branche est muté chez la société bénéficiaire.

L'intérêt de la transmission universelle de patrimoine est qu'elle permet le transfert des dettes et simplifie le transfert de créances en ce qu'elle évite la notification à chaque débiteur de la cession de créance. Elle simplifie l'opération et offre un gain de temps considérable.

2- La reconnaissance de la notion par le droit français

La filialisation d'une succursale française par une société étrangère ne pose pas juridiquement de problème majeur en ce que la France, Etat de la société bénéficiaire, reconnaît la notion de branche autonome d'activité, et permet d'opter pour le régime des scissions et de bénéficier de la transmission universelle de l'actif et du passif liés directement ou indirectement à l'exploitation et au personnel affecté à la branche d'activité faisant l'objet de l'apport.

Le législateur national français n'a pas repris la définition posée par la directive, mais reconnaît la notion et l'érige en condition afin de bénéficier du régime fiscal de faveur.²⁷ L'administration française utilise la méthode du faisceau d'indices pour apprécier l'autonomie de l'exploitation, elle prend notamment en considération l'existence d'une clientèle, d'un personnel, d'installations et d'une comptabilité propre.²⁸

²⁷ : Article 210 B du CGI

²⁸ : *Dossier pratique fusion, apports partiels d'actif, scission*, F. LEFEBVRE 2009, n°13955.

Ainsi, l'opération de filialisation d'une succursale française par une société étrangère ne se heurte à aucun obstacle juridique particulier et est donc conforme au principe du libre établissement alors même qu'il n'existe aucune harmonisation en la matière. En revanche, le régime fiscal harmonisé reçoit une interprétation française contestable.

SECTION 2 : UNE INTERPRETATION FRANÇAISE DE LA DIRECTIVE FISCALE CONTESTABLE

Les conditions supplémentaires exigées par l'administration française (§1) constituent une exigence contraire à la directive communautaire (§2).

§1- Les conditions supplémentaires exigées par l'administration française

Les conditions diffèrent selon que l'opération de filialisation bénéficie du régime de faveur de plein droit (A) ou sur agrément administratif (B).

A) Le régime de faveur de plein droit

Seules deux situations sont susceptibles de bénéficier de plein droit du régime de l'article 210 A du Code général des impôts (2) à la double condition que la société apporteuse respecte un engagement de conservation et de calcul (1).

1- La double condition de conservation des titres et de calcul de la plus value de cession

Le bénéfice du régime de faveur est subordonné au respect d'une double condition.

D'une part, la société apporteuse étrangère doit s'engager à conserver les titres reçus en rémunération de l'apport, pendant une durée de trois ans. L'objectif de l'administration est de s'assurer que la société apporteuse reste intéressée par les résultats de la branche dont elle s'est dessaisie et donc de prévenir l'abus de droit que constituerait une vente déguisée en apport.

Elle s'engage donc à ne pas céder, à ne pas échanger, et à ne pas apporter ses titres avant l'expiration du délai.

D'autre part, l'article 210 B, 1, b, du Code général des impôts oblige la société apporteuse à prendre l'engagement dans l'acte d'apport de « *calculer ultérieurement les plus-values de cession afférentes à ces mêmes titres (les titres attribués à la société apporteuse en contrepartie de l'apport) par référence à la valeur que les biens apportés avaient, du point de vue fiscal, dans ses propres écritures.* »

Ce calcul permet à l'administration d'imposer non pas la plus-value d'apport, mais la plus value de cession des titres reçus en rémunération de l'apport.

Ces conditions étant cumulatives, le non respect de l'un ou l'autre de ces engagements entraîne la déchéance rétroactive du régime spécial et l'imposition immédiate des plus-values en sursis. Les intérêts de retard sont également exigibles.

2- Les situations répondant aux conditions

L'administration française ne peut imposer une société étrangère que si celle-ci exerce en France une activité qui la rend passible de l'impôt sur les sociétés. Par conséquent, seules deux situations sont susceptibles de répondre à ces conditions et de bénéficier du régime de faveur de plein droit.

La première tient aux conventions fiscales conclues par la France avec d'autres Etats membres (Italie, Espagne, Autriche, Suède) et qui contiennent une clause attribuant à la France le droit d'imposer les gains provenant de la cession d'actions, représentant une participation substantielle, qu'une société étrangère détient dans une société française.

La seconde tient à l'existence en France d'un établissement stable autre que celui objet de l'apport, ou d'une filiale qui pourrait recueillir à leur actif, les titres reçus en rémunération de l'apport.

En dehors de ces deux situations, le bénéfice du régime de faveur à la filialisation d'une succursale française par une société étrangère est subordonné à l'obtention d'un agrément administratif.

B) Le régime de faveur subordonné à un agrément

La délivrance de l'agrément administratif (1) est subordonnée à la création d'une société holding intermédiaire (2)

1- Exigence d'un agrément

Les apports d'actifs consentis par des sociétés étrangères à des sociétés françaises sont susceptibles de bénéficier du régime de faveur après obtention d'un agrément de l'administration. En effet, celle-ci veut s'assurer de l'imposition en France de la société étrangère à raison des plus-values réalisées au moment de la cession ultérieure des titres reçus en contrepartie de l'apport.

Bien que l'article 210 C, 2 du CGI n'envisage que l'apport à une société étrangère par une société française, l'administration estime que l'agrément est non seulement possible, mais nécessaire afin que le régime de faveur prévu aux articles 210 A et 210 B bénéficie aux apports partiels d'actif réalisés par des sociétés étrangères à une société française.²⁹

La délivrance de cet agrément est elle-même subordonnée à l'existence d'une société holding française interposée.

2- Exigence d'une société holding française interposée

Afin de s'assurer que la cession future des titres reçus en rémunération soit bien imposée en France et n'échappe pas à son contrôle, l'administration exige que la société étrangère apporteuse crée une société holding intermédiaire en France, et qu'une fois l'apport d'actif réalisé, la société étrangère réapporte à cet holding les titres de la filiale ayant reçu l'établissement stable.

Une fois les titres inscrits à l'actif de la société holding, celle-ci doit prendre le double engagement de conservation des titres pendant trois ans et de calcul des plus-values de cession de ces titres.

La société apporteuse étrangère, elle, s'engage à conserver les titres de la holding tant que cette dernière détient, elle-même, les titres de la filiale bénéficiaire de l'apport de la succursale.

Enfin, la société apporteuse étrangère et sa société holding française sont solidaires quant aux conséquences d'un éventuel retrait d'agrément.

Deux hypothèses, soit la cession intervient après le délai d'incessibilité de trois ans, et en ce cas l'administration imposera la plus-value de cession au titre de l'exercice de ladite

²⁹ : Doc. adm. DGI 4 I-2211, § 8-9, 1er nov. 1995

cession. Soit la cession intervient pendant le délai de trois ans, et alors l'administration retirera l'agrément et imposera au titre de l'exercice de l'apport.

Toutes ces conditions sont incontestablement contraires à la directive communautaire.

§2- Une exigence contraire à la directive communautaire

Les conditions exigées par l'administration française sont disproportionnées (A) en ce qu'elles ont pour conséquence une double imposition latente des plus-values d'apports (B).

A) Des conditions disproportionnées

Non seulement ces conditions ne sont pas prévues par la directive (1), mais elles ne sont pas davantage prévues par la loi (2).

1- Une condition non prévue par la directive

La Cour de justice des communautés européennes a rappelé que les Etats membres ne peuvent pas subordonner le bénéfice du régime de faveur à des conditions supplémentaires non prévues par la directive.³⁰

La première remarque est évidente, la directive ne prévoit ni le mécanisme d'agrément, ni une quelconque obligation de conservation des titres par la société apporteuse. Certes l'agrément aurait pu éventuellement se justifier par la clause de sauvegarde (ou clause anti abus) de la directive et qui permet aux Etats membres de refuser le bénéfice du régime de faveur si l'opération a « *comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales; le fait que l'opération n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération, peut constituer une présomption que cette opération a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales;* ». ³¹

Mais la Cour de Justice considère que cette clause ne saurait autoriser un Etat membre à ériger des critères généraux permettant d'exclure automatiquement certaines opérations. La clause anti-abus suppose un examen au cas par cas et non un examen global par les autorités nationales.

³⁰ : CJCE, 11 décembre 2008, aff 285/07, AT : RJF 4/09 n°421

³¹ : Article 11 de la directive n° 90/434 recodifié à l'article 15 de la directive 2009/133

2- Une condition non prévue par la loi

La seconde remarque est davantage fondée. Si la loi fiscale française codifiée dans le Code général des impôts pose la condition de l'agrément dans le cas de l'apport d'une succursale étrangère par une société française, elle reste silencieuse s'agissant de l'apport d'une succursale française par une société étrangère.

L'administration estime que « *la circonstance que l'article 210 C du CGI ne prévoit pas d'agrément en cas d'apport partiel d'actifs effectué par une société étrangère à une société française ne fait pas obstacle à la délivrance de l'agrément prévu à l'article 210 B du CGI lorsque la société étrangère n'est pas imposable en France sur les cessions de droits sociaux.*»³² Cette affirmation est pourtant dépourvue de tout fondement légal.

Considérant que tout caractère discrétionnaire de délivrance de l'agrément est exclu, l'agrément doit être accordé selon des critères objectifs, en l'absence de tout opportunisme.

Par conséquent, la loi n'ayant ni posé le principe de l'agrément, ni défini les conditions de sa délivrance, l'administration n'a certainement pas la compétence requise pour l'accorder.

Il est certain qu'un recours devant la Cour de Justice pour contester la validité des conditions posées par l'administration française en cas de filialisation d'une succursale française par une société étrangère, serait accueilli et conduirait à la condamnation de la France.

B) Une double imposition latente des plus-values d'apports

L'interprétation française de la directive, bien que validée par le législateur français, est manifestement erronée et emporte des conséquences contestables.³³

En effet, l'exigence d'une société holding interposée crée une double imposition latente des plus values d'apports, dans la mesure où existent deux rapports, d'une part, un rapport entre la société étrangère et sa holding française et d'autre part un rapport entre la holding française et sa filiale française. La holding ne peut pas céder les titres de la filiale avant l'expiration de délai de conservation. Tant que la holding détient les titres de la filiale, la

³² : Doc. adm. 4 I-221

³³ : L'article 22 de la loi n°99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 valide l'interprétation de l'administration en ajoutant à l'article 210 B du CGI que « *les modalités de l'opération doivent permettre d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis d'imposition* ».

société étrangère ne peut pas céder les titres de la holding sous peine de se voir retirer l'agrément.

Par exemple, une société étrangère filialise sa succursale en N et donc crée la holding interposée et obtient l'agrément administratif. En N+4 elle souhaite céder sa filiale. Trois possibilités lui sont offertes. Soit elle cède l'ensemble des éléments figurant au bilan de la filiale, alors elle paiera une plus-value au taux plein de l'impôt sur les sociétés, puis elle devra liquider les sociétés filiales et holding devenues sans objet et payer les impôts correspondants. Soit elle cède ses titres de la holding, et se voit retirer l'agrément et donc paye la plus value d'apport mise en sursis d'imposition en N soumise au taux plein de l'impôt sur les sociétés de l'exercice de l'apport. Enfin, soit elle cède les titres de la filiale détenus par la holding, et alors elle bénéficie de l'exonération prévue à l'article 219 I-a quinquies, l'imposition ne portera que sur la quote part de frais et charge égale à 5% de la plus value nette de cession. Cette dernière hypothèse est la plus avantageuse pour la société étrangère, et prouve que les conditions posées par l'administration française sont disproportionnées puisqu'*in fine*, elles ne rapportent que peu au Trésor public.³⁴

³⁴ : *Dossier pratique fusion, apports partiels d'actif, scission*, F. LEFEBVRE 2009, n°25295 et s.

CHAPITRE 2 : APPORT PAR UNE SOCIÉTÉ FRANÇAISE A UNE SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE

Une société française ayant des actifs sous forme de succursale à l'étranger, souhaite la transformer en filiale. Par société française, on entend celle qui est constituée selon la loi française et qui a son siège social en France. Il s'agit de l'hypothèse inverse à la précédente et de la même façon, les aspects juridiques et fiscaux de cette opération seront analysés. Juridiquement, les mêmes règles de conflit de lois s'appliquent. En pratique, et contrairement à l'hypothèse précédente, l'opération transfrontalière peut poser problème dans la mesure où les règles nationales peuvent être lacunaires et rendre plus difficile l'opération. Fiscalement, l'interprétation française de la directive communautaire pose des interrogations similaires.

Ainsi, les règles de droit international privé combinées aux règles juridiques françaises et étrangères ne facilitent pas toujours l'opération de filialisation d'une succursale étrangère par une société française, qui se heurte à un régime juridique insuffisant (section 1), les règles fiscales françaises paraissent, elles, toujours contraires au droit communautaire (section 2).

SECTION 1 : UN RÉGIME JURIDIQUE INSUFFISANT

L'opération de filialisation d'une succursale étrangère peut se heurter à des obstacles (§1) que seule une harmonisation communautaire peut pallier (§2).

§1- Les obstacles

A l'instar de l'opération précédente, certains aspects de la filialisation sont soumis à une application distributive des lois en présence (A) alors que d'autres nécessitent une application cumulative des lois qui peut s'avérer problématique (B).

A) L'application distributive des lois en présence

En application de l'adage « chacun chez soi » les différentes étapes de l'opération de filialisation relèvent pour partie de la loi de la société apporteuse (1) et pour partie de la loi de la société bénéficiaire (2).

1- Loi de la société apporteuse

Les conditions de la décision et de la procédure d'apport ne relèvent que de la société apporteuse.

La société apporteuse étant française, elle doit respecter la procédure française régissant l'apport partiel d'actif. Ses représentants doivent établir un projet de contrat d'apport dans lequel ils indiquent la branche d'activité apportée, ils listent les éléments d'actifs et de passifs qu'ils souhaitent transmettre et ils citent toutes les mentions obligatoires de l'article R. 236-1 du Code de commerce.³⁵

Ce projet est ensuite déposé au greffe du tribunal de commerce compétent et est inséré dans un journal d'annonce légal.

Il est ensuite soumis aux associés de la société apporteuse au sein d'une assemblée générale extraordinaire qui statue dans les conditions requises pour la modification des statuts après examen des rapports des dirigeants (conseil d'administration, directoire, gérant ou président) et du commissaire à la scission ou du commissaire aux apports.

Dans la mesure où la filialisation d'une succursale suppose que la société nouvellement créée soit unipersonnelle, la collectivité des associés de la société apporteuse approuve le projet des statuts de la société nouvelle.

2- Loi de la société bénéficiaire

La société nouvelle qui reçoit l'apport doit être constituée selon les règles propres à son Etat. Ainsi les conditions relatives à une forme de société (capital minimum, nombre d'associé minimum) doivent être respectées.

³⁵ : Article R. 236-1 du Code de commerce : « Le projet de fusion ou de scission est arrêté par le conseil d'administration, le directoire, le ou les gérants de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission projetée. Il contient les indications suivantes : 1° La forme, la dénomination et le siège social de toutes les sociétés participantes ; 2° Les motifs, buts et conditions de la fusion ou de la scission ; 3° La désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ; 4° Les modalités de remise des parts ou actions et la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéficiaires, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports ; 5° Les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération ; 6° Le rapport d'échange des droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte ; 7° Le montant prévu de la prime de fusion ou de scission ; 8° Les droits accordés aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ainsi que, le cas échéant, tous avantages particuliers. »

Elle doit également respecter les formalités de publicité de l'apport d'actifs.

B) Une application cumulative problématique des lois en présence

Si la notion de branche autonome d'activité n'est pas reconnue par les lois en présence (1), l'opération de filialisation se réalisera par l'apport de bien (2).

1- La condition de reconnaissance de la « branche autonome d'activité » par les lois en présence.

Les lois en présence doivent reconnaître la notion de branche autonome d'activité afin de permettre le transfert universel de l'actif et du passif se rattachant à celle-ci.

S'agissant des pays qui reconnaissent la notion, l'opération peut avoir lieu sans difficulté. Par exemple, en dehors de la France, la Belgique permet le transfert de plein droit des actifs et passifs d'une branche d'activité depuis la loi du 13 avril 1995.³⁶

En revanche, d'autres pays ne reconnaissent pas la notion. Par exemple, le droit anglais ignore le mécanisme de transmission universelle de patrimoine, et admet seulement la transmission des éléments d'actifs. La transmission du passif n'est pas possible.

Dans ce cas, l'apport d'une succursale n'est pas impossible mais simplement plus difficile, car l'opération ne bénéficie plus des avantages du mécanisme de transmission universelle, et la société apporteuse doit passer par l'apport de bien.

2- La filialisation par apport de bien

Si l'Etat de la société bénéficiaire ne reconnaît pas la notion de branche autonome d'activité et donc ne permet pas le transfert universel, alors la société apporteuse doit réaliser un apport en nature qui ne peut se faire qu'à titre particulier.

La société bénéficiaire des apports est alors nouvellement constituée par apport en nature.

³⁶ : M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2^e ed., Montchrestien, Domat droit privé, 2008, n°338

La société apporteuse française est placée sous le régime de droit commun des cessions et cessation partielle d'activité avec toutes les conséquences qui en découlent. La procédure et les effets de cet apport diffèrent de ceux de l'apport à titre universel.

S'agissant de la procédure applicable à la société apporteuse, les organes de gestion rédigent un contrat d'apport dans lequel est précisément indiqué l'objet de l'apport. Ils procèdent à la nomination d'un commissaire aux apports qui aura pour mission d'évaluer les apports.³⁷ Dans la mesure où l'opération d'apport en nature s'analyse en un acte de gestion qui relève de la compétence exclusive du directeur général, du directoire ou du gérant, seuls les organes de direction interviennent.³⁸ Si la prise de décision se trouve simplifiée, en revanche les effets le sont beaucoup moins.

En effet, la société apporteuse devra réaliser la transmission de créances, des obligations et des dettes et respecter la procédure pour chaque opération. Ainsi, elle devra signifier la créance, aux créanciers cédés selon les formes de l'article 1690 du code civil. L'apport de fonds de commerce devra respecter l'ensemble des formalités de publicité prévu à l'article L. 141-21 et suivants du Code de commerce. L'apport d'immeuble est subordonné à la rédaction d'un acte authentique et à la publication à la conservation des hypothèques.

Le transfert de passif pose alors des interrogations. Alors que certains droits, tels que le droit allemand ou le droit néerlandais admettent la cession juridique de la dette, d'autres Etats, parmi lesquelles la France, le Royaume Uni, l'excluent de leur droit.³⁹ En effet, alors que la créance est un bien meuble, la dette a une valeur économique négative pour l'entité, elle ne peut donc se transmettre. Afin de surmonter cet obstacle, l'apporteur dispose d'un choix. Soit elle effectue une simple délégation, opération par laquelle une personne (le délégant) obtient d'une autre (le délégué) qu'elle s'engage envers une troisième (le délégataire), mais ce mécanisme ne la décharge en rien.⁴⁰ Soit la société bénéficiaire s'engage

³⁷ : Pour les SA, il s'agit de l'article L. 225-147, al. 1^{er} du Code de commerce et pour les SARL, c'est l'article L. 223-9, al. 2 du même code.

³⁸ : Com. 12 janv. 1993, Bull. Joly 1993. 343, note Le Cannu

³⁹ : Art. 414 et s. du Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand) ; art. 155 et s. du Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek (Code civil néerlandais).

⁴⁰ : Art 1275 C.civ : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. »

unilatéralement auprès de chaque créancier à reprendre le passif grevant la branche d'activité concernée, et le créancier consent expressément à changer de débiteur, et alors il s'opère une novation des contrats en cours entraînant l'extinction des obligations anciennes et la création d'obligations nouvelles.⁴¹

En pratique, la filialisation d'une succursale par apport en nature n'est pas impossible, mais suppose une procédure bien longue et complexe. Certes, cet apport en nature ne peut empêcher l'opération, mais il la dissuade fortement, et d'autant plus si certains contractants se trouvent à l'étranger. Une harmonisation s'avère alors nécessaire.

§2- Une harmonisation nécessaire

A) Les points à harmoniser

Afin que les opérations de filialisation européenne bénéficient d'un régime cohérent, il est nécessaire, à l'instar de la fusion transfrontalière, que les points nécessitant une application cumulative des lois en présence ne se contredisent pas.

De manière préalable, tous les Etats membres doivent intégrer dans leur droit l'apport d'actif purement interne avant d'accepter le principe même d'un apport transfrontalier. Ensuite, ils doivent reconnaître dans leur droit la notion de branche autonome d'activité et permettre le mécanisme de dévolution universelle de patrimoine. Enfin, le contrat d'apport, commun aux Etats participant à l'opération, doit contenir les mêmes mentions.

La plupart de ces points ont déjà reçu une harmonisation. En effet, concernant la branche autonome d'activité, une définition communautaire est déjà donnée par les directives fiscales. Ensuite, la directive n° 2005/56 du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières qui consacre la possibilité pour toutes les sociétés de capitaux de fusionner avec leurs homologues immatriculées dans un ou plusieurs autres Etats membres de la communauté, règle la question du transfert universel de patrimoine. Même si cette directive exclut l'opération d'apport d'actif, elle suppose que tous les Etats membres aient intégré la transmission universelle, au moins pour la fusion.

⁴¹ : J-M MOULIN, « Fusion, scission et apport partiel d'actif », Répertoire de droit des sociétés, 2010

B) Les moyens d'harmonisation

1- Les instruments communautaires possibles

Afin d'harmoniser le régime juridique de l'apport transfrontalier, l'autorité communautaire aura le choix de légiférer au moyen d'une directive ou d'un règlement.

La directive n'a pas de portée générale, elle fixe simplement des objectifs à atteindre. Les Etats membres ont l'obligation de transposer la directive en droit interne mais restent libres quant au choix de la forme et des moyens.⁴² L'avantage est que les Etats peuvent adapter leur droit et le rendre conforme aux objectifs posés en utilisant la norme interne qu'ils jugent la plus adéquate. L'inconvénient est le risque d'interprétation divergente et de transposition incorrecte. L'exemple étant la directive fusion mal interprétée par le législateur français.

Le règlement a, lui, une portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et est directement applicable.⁴³ L'avantage est qu'il entre en vigueur à la date qu'il fixe et s'insère dans l'ordre juridique interne des Etats membres sans que ceux-ci n'aient à le transposer. Il rend également inapplicable toutes les règles internes qui lui sont contraires.

2- L'instrument le plus adéquat

Le règlement constituerait un bon moyen d'harmonisation afin de pallier les obstacles de l'apport transfrontalier. Il suffirait qu'il pose la règle matérielle selon laquelle les Etats reconnaissent la branche autonome d'activité, tout en reprenant la définition de la directive fiscale. Ensuite, il fixerait le contenu du projet de contrat d'apport.

Par exemple, après l'échec de la première directive fusion, le règlement sur la société européenne a posé de nombreuses règles matérielles à propos de la constitution de la SE par fusion, règles que la directive n° 2005/56 du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux a ensuite repris.⁴⁴

⁴² : *Mémento pratique Union européenne*, F. LEFEBVRE, 2010-2011, n° 80

⁴³ : Art. 249 du Traité CE ; *Mémento pratique Union européenne*, F. LEFEBVRE, 2010-2011, n°70 et s.

⁴⁴ : H. LE NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *Rev.soc* 2008 p.493. Les règles matérielles posées par le Règlement sur la SE concernent, notamment : le contenu du projet de fusion; la publicité qu'il est appelé à recevoir; la date de réalisation de l'opération (qui est celle à laquelle la SE est immatriculée : article 27 du règlement européen) ; les effets de la fusion (laquelle emporte « la transmission universelle de l'ensemble du patrimoine actif et passif des sociétés qui

En ce qui concerne le mécanisme de transmission universelle de patrimoine, les Etats sont censés l'avoir tous intégré dans leur droit. Cependant, l'apport partiel n'emporte pas transmission universelle de tout le patrimoine de la société apporteuse, celle-ci ne disparaissant pas, mais simplement le transfert de tous les éléments se rattachant à la branche apportée. Le règlement communautaire pourrait simplement poser la règle matérielle selon laquelle tout apport transfrontalier d'une branche autonome d'activité emporte transfert universelle de tous biens, droits et obligations se rattachant à ladite branche.

Ainsi, lors d'un apport transfrontalier, soit l'actif constituerait une branche complète d'activité et alors l'opération bénéficierait de la transmission universelle, et ce serait le cas des filialisations européennes. Soit l'actif ne constituerait pas une branche autonome d'activité et alors l'opération ne pourrait pas bénéficier du mécanisme de transmission universelle et devrait passer par l'apport de bien.

SECTION 2 : UNE INTERPRETATION FRANÇAISE CONTRAIRE A LA DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE

L'opération relève de l'article 210 C, 2 du CGI et peut bénéficier du régime de faveur dans le cadre d'un agrément administratif et toujours sous réserve de respecter la double condition d'engagement de conservation et de calcul de la plus-value de cession des titres (§1), cet agrément est toujours contraire au droit communautaire (§2).

§1- L'exigence d'un agrément

La délivrance de l'agrément est subordonnée au respect de conditions tenant à l'opération (A), et aux parties (B).

A) Conditions tenant à l'opération

La délivrance de l'agrément administratif est subordonnée au respect de conditions posées par la loi (1) et par l'administration fiscale (2).

fusionnent, l'échange des actions, et la dissolution des sociétés participantes ») ; le contrôle de la légalité de la fusion ; et le régime de nullité de l'opération.

1- Conditions posées par la loi

L'article 10 – 1 de la directive n°2009/133 dispose que lorsqu'un établissement stable de la société apporteuse, situé dans un État membre autre que celui de cette société, fait l'objet d'un apport d'actifs, l'Etat membre dans lequel se trouve la société apporteuse renonce à tout droit d'imposer cet établissement stable.

Le législateur a transposé la directive à l'article 210 C, 2 du CGI qui dispose que le régime de faveur n'est applicable « *aux apports faits à des personnes morales étrangères par des personnes morales françaises que si ces apports ont été préalablement agréés dans les conditions prévues au 3 de l'article 210 B* ».

L'agrément à une opération d'apport transfrontalier doit donc respecter les mêmes conditions que le droit interne. Ces conditions sont au nombre de trois. La première est que l'opération doit être justifiée par un motif économique. Ce motif se traduit par l'exercice par la société bénéficiaire d'une activité autonome ou l'amélioration et le développement des structures, ainsi que par une association entre les parties. L'administration ne vérifie que la réalité économique de l'opération sans en apprécier l'opportunité. La seconde tient à ce que l'opération n'a pas comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale. La notion de fraude est plus large que celle d'abus de droit. Enfin la troisième tient à ce que les modalités de l'opération permettent d'assurer l'imposition future des plus values en sursis.

Dés lors que les trois conditions de l'article 210 B, 3 du CGI sont cumulativement remplies, l'agrément est de droit et le refus de délivrance doit être motivé.

2- Conditions exigées par l'administration fiscale

L'administration exige que la situation matérielle ou fictive des éléments transférés ne se trouve pas déplacée hors de France.

Elle estime nécessaire qu'une exploitation imposable en France de la société bénéficiaire des apports, inscrive à son bilan les éléments transférés.

L'objectif est que la société bénéficiaire puisse assumer les obligations relatives aux calculs des plus-values futures concernant les immobilisations non amortissables et à la réintégration des plus-values dégagées à l'occasion de l'apport sur les biens amortissables.

B) La double condition de conservation et de calcul des titres

1- Les conditions

L'agrément ne peut pas être délivré sans l'engagement par la société apporteuse de conserver les titres de la société bénéficiaire, reçus en contrepartie de l'apport, pendant une durée de 3 ans. En effet, l'administration considère que cet engagement permet de faire subsister un lien entre la société et sa filiale et traduit ainsi l'association des parties (première condition de l'obtention de l'agrément).

La condition de l'article 210 B, 3-c du CGI selon laquelle l'agrément n'est délivré que si l'opération permet d'assurer les plus-values futures mises en sursis d'imposition, conduit l'administration à exiger des engagements de la part de la société apporteuse et de la société bénéficiaire.

La société bénéficiaire des apports doit prendre les engagements résultant de l'article 210 A, 3 du CGI (qui concerne les fusions). Elle doit donc reprendre à son bilan certaines écritures de l'apporteur, calculer les plus-values ultérieures afférentes aux éléments non amortissables apportés par rapport à la valeur fiscale de ces biens chez la société apporteuse, et enfin réintégrer les bénéfices en sursis d'imposition chez l'apporteur ainsi que des plus-values d'apport sur éléments amortissables, lorsque l'apport a été transcrit aux valeurs réelles.

La société apporteuse, elle, doit calculer les plus-values (ou la moins-value) de la cession ultérieure des titres reçus en rémunération de l'apport, en se référant à la valeur que les biens apportés avaient, du point de vue fiscal dans ses propres écritures. Cette valeur correspond au montant de l'actif net comptable avant la réévaluation résultant du traité d'apport. Cette valeur est atténuée après déduction des passifs pris en charge et des amortissements et provisions relatifs aux éléments d'actifs transférés.⁴⁵

2- Les conséquences

Les modalités de calcul des plus-values de cession des titres sont contestables en ce qu'elles comportent, là encore, un risque de double imposition de la plus-value d'apport.

⁴⁵ : IS (Impôt sur les sociétés) - Division VI Fusions de sociétés, scissions de sociétés et apports partiels d'actif, Navis fiscal.

En effet, le régime prévu par l'article 210 B du CGI donne lieu à deux impositions successives. La première à la charge de l'apporteur qui doit calculer les plus values de cession de titres. En cas de cession ultérieure des titres, la société apporteuse paiera l'impôt sur les plus values. Et la seconde à la charge de la société bénéficiaire des apports. Celle-ci sera taxée au moyen de la réintégration échelonnée.

Toutes ces conditions auxquelles les sociétés apporteuses et bénéficiaires doivent répondre pour bénéficier du régime fiscal de faveur sont assurément contraires à la directive communautaire et constituent un frein au développement du marché commun.

§2 – Conditions contraires aux règles communautaires

Les conditions posées par l'administration, pour accorder l'agrément administratif nécessaire au bénéfice du régime de faveur dans le cas d'apports faits à des sociétés étrangères par des sociétés françaises semblent contraires à la directive.

Si le calcul de la plus-value de cession des titres par l'apporteuse est conforme à la directive, les autres ne le sont pas.⁴⁶ En effet, l'engagement de conservation des titres ne figure nulle part dans la directive et ne peut être justifié par la clause anti-abus de la directive européenne, dans la mesure où cette clause (selon laquelle l'opération ne doit avoir d'objectif de fraude fiscale) est déjà reprise dans la deuxième condition de l'article 210 B, 3-b du CGI. Or, la Cour de justice, dans l'arrêt CJCE, 11 décembre 2008 aff. C-285/07, AT a interdit aux Etats d'ajouter des conditions supplémentaires. Dans cet arrêt, il s'agissait d'un apport de titres réalisé par une société allemande au profit d'une société française. La Cour condamne l'Allemagne dont la législation subordonnait la neutralité fiscale de l'opération à la règle du « double report des valeurs comptables ».⁴⁷ Selon la doctrine, cette règle peut être rapprochée des conditions nécessaires à l'octroi de l'agrément de l'article 210 C, 2 du CGI. Cette décision pourrait servir de fondement afin de contester les conditions de conservation des titres, en ce qu'elles constituent des conditions supplémentaires et non prévues par la directive fusion.⁴⁸

⁴⁶ : Article 8§6 de la directive n°133/2009 : « L'application des paragraphes 1, 2 et 3 n'empêche pas les États membres d'imposer le profit résultant de la cession ultérieure des titres reçus de la même manière que le profit qui résulte de la cession des titres existant avant l'acquisition. »

⁴⁷ : Cette règle impose à l'associé apporteur de donner aux titres reçus en échange, la même valeur fiscale que les titres remis à l'échange et à la société bénéficiaire d'inscrire les titres reçus à la valeur qu'ils avaient dans les écritures de l'apporteuse.

⁴⁸ : Y. RUTSCHMANN J. GAYRAL « Apports intracommunautaires : compatibilité du droit interne avec la directive Fusions », BF 6/09 p.439

CONCLUSION

La participation de la France dans une opération de filialisation européenne regroupe deux situations, d'une part la filialisation d'une succursale française par une société étrangère et d'autre part, la filialisation d'une succursale étrangère par une société française.

En l'absence de régime juridique communautaire, les règles de conflits de lois s'appliquent. Certains aspects de l'opération sont régis par chaque loi en présence selon une application distributive, alors que d'autres nécessitent une application cumulative, qui peut constituer un obstacle. La filialisation d'une succursale française ne pose pas juridiquement de problème majeur en ce que la France reconnaît la branche autonome d'activité et admet le mécanisme de transmission universelle de patrimoine en permettant l'option pour le régime des scissions. En revanche, la filialisation d'une succursale étrangère est susceptible de se heurter au droit étranger qui peut ne pas reconnaître la notion de branche et empêcher le mécanisme de transmission universelle. L'opération devra alors être réalisée par l'apport de bien, qui rend plus difficile la filialisation. Un règlement communautaire pourrait éliminer cet obstacle en harmonisant la situation, notamment en posant la règle matérielle selon laquelle tous les Etats membres reconnaissent la notion de branche autonome d'activité dont l'apport permet la transmission universelle de tous les biens, droits et obligations y afférents.

En matière fiscale, une directive pose la neutralité fiscale de l'opération, cependant le législateur et l'administration fiscale française subordonnent le bénéfice du régime de faveur qui consiste en un sursis d'imposition des plus-values réalisées lors de l'opération, à des conditions supplémentaires manifestement contraires à la directive. En effet, toute filialisation doit être agréée. L'octroi de cet agrément est soumis au respect de conditions disproportionnées. Ainsi, la société étrangère souhaitant filialiser sa succursale française doit créer une holding française à laquelle elle réapporte les titres reçus en rémunération de l'apport. Tandis que dans l'hypothèse inverse, l'administration exige des engagements de la part des sociétés apporteurs et bénéficiaires, qui nécessitent la création d'établissements stables en France. La conséquence commune étant une double imposition économique des plus values d'apports totalement contraire aux objectifs de la directive.

La décision rendue par la CJCE en date du 11 décembre 2008 servira nécessairement, dans les deux hypothèses, à contester les conditions d'octroi de l'agrément exigées par l'administration française qui sera alors certainement condamnée. Par ailleurs, un refus d'agrément constituerait une discrimination entre les opérations internes et les opérations transfrontalières ce qui est contraire aux objectifs communautaires visant à éliminer toute restriction. Mais il s'agit là, d'un autre débat.

BIBLIOGRAPHIE

DIRECTIVES

Directive communautaire n° 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents

Directive communautaire n° 2005/19/CE du Conseil du 17 février 2005, modifiant la directive 90/434/CEE concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents

Directive communautaire n° 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.

Directive communautaire n°2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre.

OUVRAGES

M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e éd., Litec, 2010

M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, 2^e éd., Montchrestien, 2008

J.Y. MERCIER, *Fusions, apports partiels d'actif, scissions*, Dossiers pratiques F. Lefebvre, 2009

Mémento pratique *fiscal*, F. Lefebvre 2011

Mémento pratique *Groupe de Sociétés*, F. Lefebvre, 2009-2010

Mémento pratique *Sociétés commerciales*, F. Lefebvre, 2011

Mémento pratique *Union européenne*, Francis Lefebvre, 2010-2011

ARTICLES ET CHRONIQUES

J. HONORAT, « Conséquences d'une opération de scission. Apport partiel d'actif pour les victimes d'un préjudice causé par une société », D. 1991, p.441

M. MENJUCQ, « La mobilité des entreprises », Rev.soc 2001, p. 210

J-M. MOULIN, « Fusion, scission et apport partiel d'actif », Répertoire de droit des sociétés, décembre 2010

H. LE NABASQUE, « Les fusions transfrontalières après la loi no 2008-649 du 3 juillet 2008 », Rev.soc 2008, p. 493

Y. RUTSCHMANN J. GAYRAL, « Apports intracommunautaires : compatibilité du droit interne avec la directive Fusions », BF 6/09 p.439

A. DE WAAL « Fusions et opérations assimilées, les dispositions fiscales françaises à l'épreuve du droit communautaire », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 9, 3 Mars 1994, p.337

TABLE DES MATIERES

Principales abréviations	2
Introduction	3
Chapitre 1 : Apport par une société étrangère à une société française	10
Section 1 : Un régime juridique suffisant	10
§1- Une dualité de règles de conflit de loi en présence	10
A) La résolution du conflit de loi.....	10
1- Les lois en présence.....	10
2- La qualification de l'apport.....	11
B) Une application supplétive des lois	12
1- La soumission au régime des scissions français.....	12
2- L'éviction du mécanisme de la transmission universelle.....	13
§2- Un principe d'application distributive suffisant.....	13
A) La transposition des principes appliqués à la fusion transfrontalière.....	13
1- Les aspects relevant de la loi de la société apporteuse	13
2- Les aspects soumis à la loi de la société bénéficiaire.....	14
B) Le problème des règles cumulatives résolu.....	15
1- La condition de reconnaissance de la « branche autonome d'activité » par les lois en présence	15
2- La reconnaissance de la notion par le droit français	16
Section 2 : Une interprétation française de la directive fiscale contestable	17
§1- Les conditions supplémentaires exigées par l'administration française.....	17
A) Le régime de faveur de plein droit	17
1- La double condition de conservation des titres et de calcul de la plus value de cession	17
2- Les situations répondant aux conditions.....	18
B) Le régime de faveur subordonné à un agrément.....	18
1- Exigence d'un agrément.....	19
2- Exigence d'une société holding française interposée.....	19
§2- Une exigence contraire à la directive communautaire	20
A) Des conditions disproportionnées	20
1- Une condition non prévue par la directive.....	20
2- Une condition non prévue par la loi	21

B) Une double imposition latente des plus-values d'apports.....	21
Chapitre 2 : Apport par une société française à une société étrangère.....	23
Section 1 : Un régime juridique insuffisant.....	23
§1- Les obstacles	23
A) L'application distributive des lois en présence	23
1- Loi de la société apporteuse	24
2- Loi de la société bénéficiaire	24
B) Une application cumulative problématique des lois en présence.....	25
1- La condition de reconnaissance de la « branche autonome d'activité » par les lois en présence.	25
2- La filialisation par apport de bien.....	25
§2- Une harmonisation nécessaire.....	27
A) Les points à harmoniser.....	27
B) Les moyens d'harmonisation	28
1- Les instruments communautaires possibles.....	28
2- L'instrument le plus adéquat	28
Section 2 : Une interprétation française contraire à la directive communautaire	29
§1- L'exigence d'un agrément	29
A) Conditions tenant à l'opération	29
1- Conditions posées par la loi	30
2- Conditions exigées par l'administration fiscale.....	30
B) La double condition de conservation et de calcul des titres	31
1- Les conditions	31
2- Les conséquences.....	31
§2 – Conditions contraires aux règles communautaires.....	32
Conclusion.....	33
Bibliographie	34
Table des matières	36