

**MASTER 2 PROFESSIONNEL DROIT DES AFFAIRES ET**  
**FISCALITE**

**UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON SORBONNE**

**LA SCISSION PARTIELLE : CADRE**  
**JURIDIQUE ET FISCAL**

**Mémoire présenté par Enguerrand Maloisel**

**Réalisé sous la direction**  
**de Monsieur D. Gutmann, Professeur à l'Université Paris 1**  
**Panthéon-Sorbonne**



# **SOMMAIRE**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>4</b>
<b><u>TITRE 1 : UN REGIME JURIDIQUE INCERTAIN, SOURCE DE COMPLEXITE</u></b>	<b><u>11</u></b>
<b>CHAPITRE 1 : LA RECHERCHE DU REGIME JURIDIQUE DE LA SCISSION PARTIELLE : UNE NECESSAIRE CLARIFICATION DES SITUATIONS JURIDIQUES</b>	<b>11</b>
<b>SECTION 1 : LA RECHERCHE DU REGIME JURIDIQUE DE LA SCISSION PARTIELLE AU CŒUR DES DEBATS DOCTRINAUX</b>	<b>11</b>
<b>SECTION 2 : LA CLARIFICATION OPPORTUNE ET PRAGMATIQUE DE LA COUR DE CASSATION</b>	<b>17</b>
<b>CHAPITRE 2 : L'ABSENCE DE REGIME JURIDIQUE : UNE SOURCE DE COMPLEXIFICATION DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA SCISSION PARTIELLE</b>	<b>23</b>
<b>SECTION 1 : LES INCERTITUDES LIEES A LA REPARTITION DES TITRES</b>	<b>23</b>
<b>SECTION 2 : LES AUTRES DIFFICULTES PRATIQUES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA SCISSION PARTIELLE</b>	<b>31</b>
<b><u>TITRE 2 : UN REGIME FISCAL FAVORABLE A LA SCISSION PARTIELLE</u></b>	<b><u>35</u></b>
<b>CHAPITRE 1 : L'AGREMENT DE L'ARTICLE 115, 2 DU CGI : CLEF DE VOUTE DE LA NEUTRALITE FISCALE DE LA SCISSION PARTIELLE</b>	<b>35</b>
<b>SECTION 1 : UN AGREMENT SOUMIS A CONDITIONS</b>	<b>35</b>
<b>SECTION 2 : L'OBTENTION DE L'AGREMENT</b>	<b>43</b>
<b>CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DU REGIME DES GROUPES DE SOCIETES FAVORABLE AUX SCISSIONS PARTIELLES</b>	<b>50</b>
<b>SECTION 1 : LA FISCALITE DES RESTRUCTURATIONS DE GROUPES AVANT 2007 : UN REGIME MECONNAISSANT LES OPERATIONS DE SCISSION PARTIELLE</b>	<b>50</b>
<b>SECTION 2 : L'ARTICLE 226, L, 6, G DU CGI : LA CONSECRATION DES OPERATIONS DE SCISSION PARTIELLE DE GROUPE</b>	<b>54</b>
<b>CONCLUSION</b>	<b>59</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b>	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>63</b>

## INTRODUCTION

*L'opération de scission partielle "(...) soulève immédiatement une difficulté. Elle n'est a priori ni une scission, dans la mesure où la société mère n'est pas dissoute, ni un apport partiel d'actif, dans la mesure où les titres rémunérant l'apport sont attribués aux actionnaires de la société mère, et non conservés par elle »<sup>1</sup>.*

L'opinion ici émise est symptomatique de l'incertitude entourant l'opération de restructuration dénommée « scission partielle », ou encore « apport-attribution » en droit français. Entre la scission et l'apport partiel d'actif, elle constitue une sorte de nébuleuse juridique, plus récente que les formes classiques de restructuration des sociétés, issue de la pratique et partant, ne bénéficiant pas de régime juridique propre.

Le code de commerce connaît classiquement trois modes de restructurations de sociétés, dont les effets fiscaux attachés permettent la neutralité. Il s'agit de la fusion<sup>2</sup>, de la scission<sup>3</sup> et de l'apport partiel d'actif.

La fusion s'entend de l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule. Elle peut résulter soit de la création d'une société nouvelle par plusieurs sociétés existantes, soit de l'absorption d'une société par une autre. Il reste que le procédé de « fusion-absorption » demeure beaucoup plus utilisé que celui de la fusion par création d'une société nouvelle. Cela tient notamment à ce que les sociétés fusionnantes étant souvent d'importance inégale, de manière générale la plus puissante absorbe l'autre.

---

<sup>1</sup> *La figure de la scission partielle en droit français*, Me Pierre-Yves Chabert, Revue des

<sup>2</sup> Article L236-1, al 1 du code de commerce

<sup>3</sup> Article L236-1, al 2 du code de commerce

La scission s'entend de l'opération par laquelle l'ensemble du patrimoine d'une société est partagé en plusieurs fractions simultanément transmises à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles.

L'apport partiel d'actif s'entend quant à lui de l'opération par laquelle une société apporte à une autre (nouvelle ou existante) une partie de son patrimoine et reçoit, en contrepartie, des titres émis par la société bénéficiaire des apports.

Ces différents modes de restructuration sont en général des instruments de concentration des entreprises ou de constitution de groupes importants. Ils tentent de répondre, en tout état de cause, aux besoins de réorganisation des entreprises, nécessités par les exigences du marché.

Une autre forme de restructuration a fait son apparition ces dernières années. Mais, contrairement aux autres opérations de restructurations, celle-ci ne bénéficie pas d'un régime juridique propre prévu par le code de commerce. Il s'agit de l'apport-attribution, également connu sous le nom de scission partielle.

Si la scission partielle n'a pas de véritable cadre juridique en tant que tel, force est de constater que c'est une opération pratiquée. On peut ainsi se référer à la constitution d'EADS en 2000, dans le cadre de laquelle la société Aérospatiale Matra a fait apport de l'ensemble de ses actifs à la société EADS en échange d'actions nouvelles émises par cette dernière, qu'elle a ensuite attribués à ses actionnaires. On peut également se référer à la scission partielle mise en œuvre par Distrigaz, le 30 novembre 2001, dans le cadre de l'ouverture du marché gazier, ou à celle par laquelle Total a apporté sa branche chimique à sa filiale Arkema.

C'est en matière fiscale et en droit européen que l'on trouve une première définition de la scission partielle. La directive n°2005/19/CE du 17 février

2005<sup>4</sup> définit la scission partielle comme « l'opération par laquelle une société transfère, sans être dissoute, une ou plusieurs branches d'activité à une ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, en laissant au moins une branche d'activité dans la société apporteuse, en échange de l'attribution à ses associés, au prorata, de titres représentatifs du capital social des sociétés qui bénéficient des éléments d'actif et de passif et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres ». Cette opération est envisagée par le droit communautaire comme devant être neutre fiscalement.

La scission partielle consiste donc en un apport réalisé au bénéfice d'une société en contrepartie de l'attribution de titres représentatifs du capital de cette société aux associés de la société apporteuse. Cette figure de restructuration se distingue donc de la simple scission et de l'apport partiel d'actif. De la simple scission car dans la figure qui nous intéresse, la société apporteuse survit à l'opération, tandis qu'elle disparaît dans le cas d'une scission. De l'apport partiel d'actif car ce n'est pas la société apporteuse qui reçoit in fine les titres en rémunération de l'apport mais ses associés.

A l'issue d'une scission partielle, les sociétés apporteuse et bénéficiaire deviennent donc des sociétés sœurs, ayant pour associés communs les associés initiaux de la société apporteuse. L'intérêt d'une telle opération est d'autant plus patent lorsque la société apporteuse a pour associé unique une personne morale qui devient donc, à l'issue de l'opération, la société mère commune aux deux sociétés en cause. Cette résultante de l'opération de scission partielle est identique à celle de la simple scission. Dès lors, et en raison de leur proximité, la scission partielle présente des avantages analogues à ceux de la scission.

Elle permet ainsi, en premier lieu, de séparer des activités qui n'ont pas de synergies entre elles et reposent sur des stratégies différentes afin de permettre aux équipes de direction de se concentrer sur leur métier de base.

---

<sup>4</sup> Cette directive a depuis été remplacée par la directive n° 2009/133/CE du 19 octobre 2009, mais qui reprend l'exacte définition donnée par la directive du 17 février 2005.

Elle permet, en second lieu, de rendre indépendantes les équipes de direction et partant, d'accroître leur responsabilisation par rapport à la performance de leur entreprise, notamment par la mise en place de mécanismes d'incitation directement liés à la performance de leur métier de base. Elle permet en outre de séparer des activités qui ont des profils de développement divergents qui conduisent à ce que l'activité la moins rentable pèse sur la plus rentable.

Cette figure de restructuration permet en outre de concentrer une entreprise sur une activité unique, permettant ainsi une plus grande lisibilité de ses états financiers et de ses perspectives d'avenir, ce qui est fortement apprécié des marchés.

Elle permet également d'éviter les détentions capitalistiques en chaîne, contrairement à l'apport partiel d'actif, ce qui présente un intérêt à plusieurs égards. En effet, cela permet d'éviter que l'activité d'une société en détenant une autre ne pâtisse des mauvais résultats de sa filiale. Par conséquent, il est dès lors plus aisé de faire entrer de nouveaux associés dans les filiales détenues horizontalement car ces derniers ne souhaitent souvent investir que dans une activité donnée.

L'un des intérêts de la scission partielle touche également aux questions de coûts de structure. En effet, une entreprise réunissant plusieurs activités en son sein se voit nécessairement obligée de multiplier les niveaux de décisions, et occasionnellement les localisations géographiques. La scission partielle permet d'éliminer les effets négatifs que ces éléments peuvent avoir entre eux.

La figure de la scission partielle est donc très importante et nécessaire. En marge de ces intérêts communs aux opérations de scission, elle présente un avantage majeur qui lui est propre.

Cet avantage réside dans le fait que la société scindée ne disparaît pas, ce qui est cardinal lorsque cette dernière dispose de contrats conclus *intuitu personae* ou d'autorisations administratives qui lui sont propres. En effet, ces

actes passés en considération de la personne même du cocontractant prennent fin avec la disparition de ladite société<sup>5</sup>. Il s'agirait alors de renégocier ces contrats, sans aucune garantie de conclusion en vertu du respect de la liberté contractuelle, ce qui peut se révéler être problématique lorsqu'ils sont essentiels à l'activité de la société scindée. L'intérêt principal qui distingue la figure de la scission partielle de celle de la scission réside donc dans le maintien de ces contrats.

La scission partielle a donc généralement un effet positif sur les entreprises concernées en permettant l'adaptabilité de ces dernières aux exigences du marché au sein duquel elles ont vocation à se développer.

Cependant, force est de constater que cette forme de restructuration n'est pas, en tant que telle, prévue par le code de commerce. Il est en effet impossible de prévoir l'attribution des titres rémunérant l'apport directement aux associés de la société apporteuse. Dès lors, la scission partielle ne peut se réaliser, en France, que par l'attribution des titres rémunérant l'apport à la société apporteuse, conformément à l'apport partiel d'actif, suivi d'une attribution de ces titres aux associés ou actionnaires de cette société.

On pourrait donc proposer la définition suivante de la scission partielle à la française : « elle est l'opération par laquelle une société transfère une partie de son patrimoine (actif et/ou passif) à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles, la société scindée survivant à la scission et conservant la partie de son patrimoine qu'elle n'a pas transférée, contre l'attribution de titres représentatifs du capital de la société bénéficiaire, ayant vocation à être redistribués aux associés de la société scindée »<sup>6</sup>.

Il existe donc une scission partielle définie de manière communautaire et une scission partielle, consistant en un apport-attribution, propre au droit français. Cette situation n'est pourtant que la simple résultante du mécanisme

---

<sup>5</sup> Cass. com., 13 décembre 2005, n°03-16878 ; Cass. com., 3 juin 2008, n°06-18007.

<sup>6</sup> Définition proposée par Me Pierre-Yves Chabert, *Revue des sociétés* 2005, p. 759.

d'intégration du droit communautaire au sein de la législation interne par le mécanisme des directives.

En effet, la directive est un instrument juridique plus souple que le règlement communautaire et laisse une certaine marge d'autonomie aux Etats. Elle lie les Etats destinataires quant aux résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens<sup>7</sup>. C'est une sorte de loi cadre obligeant les Etats à intégrer les règles de la directive dans leur ordonnancement interne. Les Etats sont tenus d'abroger les dispositions nationales contraires à la directive et d'édicter les dispositions nécessaires à la réalisation du « résultat » imposé par celle-ci. Ils ne sont dispensés de cela que lorsque l'état du droit interne existant assure la pleine application de la directive, d'une manière suffisamment claire et précise pour que les justiciables puissent se prévaloir des droits qu'elle leur confère.

La directive n° 2009/133/CE du 19 octobre 2009 donnant définition de la scission partielle a pour objectif d'assurer la neutralité fiscale de ces opérations. Le législateur français n'a pas adopté de loi de transposition de cette directive, considérant l'état du droit français comme conforme aux objectifs poursuivis par ladite directive. Il convient donc de noter que le législateur français estime que la réalisation de la scission partielle par le mécanisme de l'apport-attribution ne remet pas en cause la neutralité fiscale de l'opération.

La question principale que pose la différence de conception européenne et française de l'opération s'impose dès lors d'elle-même. La différence dans les modalités de réalisation de l'opération en droit français permet-elle de parvenir aux mêmes résultats que ceux découlant de la forme communautaire ? Mais plus particulièrement, il s'agit de savoir si l'attribution des titres rémunérant l'apport à la société apporteuse n'est pas de nature à complexifier la distribution de ces mêmes titres à ses associés ou actionnaires, ou à remettre en cause la neutralité fiscale de l'opération.

---

<sup>7</sup> Article 288 traité TFUE ayant repris l'article 249 traité CE

Il apparaît ainsi que l'absence de régime juridique de la scission partielle conduise à des difficultés pratiques (Titre 1), mais laisse place à un régime fiscal favorable à la réalisation de ces opérations (Titre 2).

## **TITRE 1. UN REGIME JURIDIQUE INCERTAIN, SOURCE DE COMPLEXITE**

Le cadre juridique de la scission partielle ne permet pas d'aborder celle-ci dans son ensemble, c'est-à-dire d'y voir un apport rémunéré par l'octroi d'action aux actionnaires de l'apporteuse. Par conséquent, certains auteurs ont tenté de trouver une justification à un régime permettant d'appréhender l'ensemble de l'opération. Cette position n'a néanmoins pas emporté l'unanimité des opinions et la Cour de cassation s'est vu contrainte de clarifier son analyse (Chapitre 1). Du reste, en l'absence de régime juridique d'ensemble, la scission partielle sous la forme de l'apport-attribution demeure source de difficultés (Chapitre 2).

### **Chapitre 1 : La recherche du régime juridique de la scission partielle : une nécessaire clarification des situations juridiques**

#### **Section 1 / La recherche du régime juridique de la scission partielle au cœur des débats doctrinaux**

##### ***I. Le rapprochement de la scission partielle au régime des scissions : une position doctrinale ancienne***

La scission partielle empruntant en partie à la scission et en partie à l'apport partiel d'actif, certains auteurs se sont attachés à la faire entrer dans le régime juridique de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

C'est le cas de Jean Hémard, François Terré et Pierre Mabilat<sup>8</sup> qui se sont intéressés à la question de la scission partielle bien avant que celle-ci ne suscite un intérêt quelconque au sein de la doctrine. Ils étaient pour ainsi dire les premiers à aborder la question de cette opération de restructuration pour

---

<sup>8</sup> Sociétés commerciales, t. 3, n° 790

le moins ambivalente, ainsi qu'au régime juridique qui devait lui être appliqué. Notons cependant une différence terminologique puisque ces auteurs abordent la notion de scission partielle dans leurs écrits en la dénommant « apport partiel d'actif ».

Ces auteurs conçoivent ainsi la scission partielle comme une opération d'ensemble, en la rattachant à la notion d'apport partiel d'actif (APA). L'attribution des actions rémunérant l'apport est, selon eux, indissociable de l'apport réalisé par la société apporteuse. Ils relèvent en premier lieu que les actions ayant rémunéré l'apport peuvent être tant conservées en portefeuille par la société apporteuse qui les reçoit, qu'attribuées à ses associés. Mais selon eux, il ne peut y avoir d'apport partiel d'actif que dans le cas où les actions sont attribuées aux associés de la société apporteuse. Ils justifient cette position par comparaison avec l'apport en nature. L'apport en nature à une société peut en effet être réalisé tant par une personne morale que par une personne physique. La distinction entre l'APA et l'apport en nature se résume donc à la distribution ultérieure des titres ayant servi de rémunération, qui ne peut être réalisé que par une société : « Or, par analogie avec la fusion ou la scission, dont il ne peut être séparé, l'apport partiel d'actif doit – ou du moins devrait – s'entendre d'une opération qui ne peut être le fait que d'une société à l'égard d'une autre société. Dans cette perspective, il suppose donc l'attribution des parts sociales ou actions d'apport aux associés de la société apporteuse, qui deviennent, de ce fait, associés ou actionnaires de la société qui a reçu l'apport ».

Ne se contentant pas de cet unique argument, ces auteurs appuient leur théorie sur la faculté laissée aux sociétés par l'article L236-22 du code de commerce de soumettre l'APA au régime des scissions. Ils en déduisent qu'une telle faculté ne pourrait exister si la société conservait les actions ayant rémunéré l'apport en portefeuille. En effet, en pareille hypothèse, le résultat obtenu serait inconciliable avec le principe de la scission qui conduit nécessairement à l'attribution aux associés de la société scindée des titres de la société bénéficiaire de l'apport : « On peut tirer argument en ce sens de

l'article L.387<sup>9</sup>, qui permet aux deux sociétés intéressées de soumettre, d'un commun accord, l'apport partiel d'actif au régime de la scission. Comment cela pourrait-il se faire, si la société apporteuse conservait en portefeuille les actions émises par la société bénéficiaire de l'apport ? Le résultat serait totalement étranger au principe de la matière qui nous préoccupe ».

La démonstration de ces auteurs va plus loin encore, reposant sur l'analyse qu'ils font des renvois de l'article L236-22 du code de commerce. Ce renvoi n'aurait de sens que dans la perspective d'une scission, c'est-à-dire aboutissant à un échange de titre des actionnaires de la société apporteuse et à une réduction de capital.

Ainsi, l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions s'entend, selon ces auteurs, nécessairement d'un apport suivi d'une attribution directe des actions rémunérant l'apport aux actionnaires de la société apporteuse. Il n'y a apport partiel d'actif que dans cet unique cas.

Relevons ici que l'opération définie comme apport partiel d'actif par MM Hémard, Terré et Mabilat n'est autre que la définition de la scission partielle, telle que définie précédemment. Ces auteurs nous donnent donc, en définissant l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, une indication du régime applicable à l'opération nous intéressant. Le régime juridique applicable à la scission partielle serait donc celui de l'APA soumis au régime des scissions.

Cette position doctrinale tendant à rapprocher la scission partielle à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions présente l'avantage de correspondre à la réalité économique et juridique de la scission partielle. Mais force est de constater qu'elle ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine.

---

<sup>9</sup> Article L236-22 code de commerce

## **II. Le rapprochement de la scission partielle au régime des scissions : une position contestée**

Force est de constater aujourd'hui que la majorité de la doctrine ne retient pas la même interprétation que MM Hémard, Terré et Mabilat, refusant de voir en l'APA un apport en nature nécessairement suivi d'une distribution et partant, de rapprocher le régime juridique de la scission partielle à celui de l'APA soumis au régime des scissions.

Pour cette partie de la doctrine, l'apport partiel d'actif se distingue de l'apport en nature non pas par la distribution des titres ayant rémunéré l'apport aux associés de l'apporteuse, mais par le fait qu'il permet de transférer des actifs et des passifs, et non uniquement des actifs. Yves Guyon<sup>10</sup> précisait à ce propos que « L'apport partiel d'actif opère une transmission à titre universel, englobant à la fois des meubles et des immeubles, un actif et un passif. Mais ce n'est pas une (...) scission puisque la société auteur de l'apport n'est pas dissoute ». Y. Guyon refuse donc de voir dans l'apport partiel d'actif une opération de scission, en faisant de la dissolution de la société apporteuse une condition essentielle à ce type d'opération.

Pour M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, l'interprétation est identique<sup>11</sup>. Ils refusent de voir en l'apport partiel d'actif une opération de scission en relevant que l'opération présente un caractère de neutralité pour les associés de la société apporteuse en ce sens qu'ils ne deviennent pas associés de la société bénéficiaire de l'apport puisque c'est la société dont ils sont associés qui le réalise. Ainsi pour ces auteurs, les associés de la société apporteuse ne deviennent associés de la société bénéficiaire de l'apport que par la distribution ultérieure des titres d'apport, qui n'est pas automatique dans une opération d'apport partiel d'actif. C'est donc la distribution qui opère scission et non l'apport en lui-même.

---

<sup>10</sup> Y. Guyon, *Les apports partiels d'actifs*, Mélanges M. Jeantin, 1998, p.238

<sup>11</sup> M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 14<sup>e</sup>d, n°1761

Selon cette partie de la doctrine, l'apport partiel d'actif ne peut pas être assimilé à une scission. D'une part parce qu'il n'implique pas nécessairement la distribution des titres d'apport aux associés de la société apporteuse, d'autre part parce qu'il n'emporte pas dissolution de la société apporteuse, caractéristique essentielle des scissions. Ces auteurs refusent donc de considérer l'opération d'apport et celle de distribution comme une opération d'ensemble unique ayant des effets proches de la scission en ce sens que les associés de la société apporteuse se retrouvent in fine également associés de la société bénéficiaire de l'apport.

Si cette position doctrinale est tant opposée à celle de MM Hémard, Terré et Mabilat, il convient de relever qu'elle se fonde sur une logique certaine d'interprétation des articles du code de commerce. Elle prend appui sur les dispositions de l'article L236-3 d'une part et sur l'articulation des renvois de l'article L236-22 d'autre part.

En effet, l'article L236-3, I dispose que « La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission ». L'article L236-3, I du code de commerce lie donc nécessairement l'échange des titres opéré dans la scission à la disparition de la société ayant réalisé l'apport. En ce sens, il ne peut y avoir de scission sans dissolution de la société apporteuse et dès lors, l'apport partiel d'actif, tel qu'entendu par MM Hémard, Terré et Mabilat, c'est-à-dire impliquant une redistribution des titres d'apport, ne peut être assimilé à une opération de scission. La scission partielle ne pourrait alors pas trouver son régime juridique dans celui des scissions, la société apporteuse n'ayant pas vocation à disparaître.

L'articulation des renvois de l'article L236-22 conforte également cette position doctrinale. En effet, aux termes de cet article, « La société qui

apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L236-16 à L236-21 ». L'article L236-16 renvoie aux articles L236-9 à L236-10 qui sont les dispositions relatives à la scission. La scission impliquant la dissolution de la société apporteuse, on peut dès lors considérer que l'apport soumis à ces renvois doit emporter dissolution de la société réalisant l'apport et partant, que l'apport partiel d'actif ne peut s'entendre de l'apport impliquant distribution des titres d'apport aux associés de l'apporteuse. Par conséquent, le régime juridique de la scission partielle ne pourrait être celui de l'apport partiel soumis au régime des scissions, ce régime entraînant nécessairement la dissolution de la société apporteuse.

Cependant, force est de constater que l'article L236-3 du code de commerce n'est pas visé par les renvois opérés par la combinaison des articles L236-22 et L236-9 à L236-10. S'ajoute donc davantage d'incertitude quant au régime juridique de la scission partielle. En effet, on peut légitimement s'interroger sur l'absence de renvoi à cet article. Faut-il le considérer comme un oubli du législateur ou faut-il en déduire des conséquences juridiques certaines ? Certains auteurs en avaient déduit que l'objectif des renvois n'était pas, par conséquent, d'assimiler l'apport partiel d'actif à une scission, mais simplement de le soumettre à la procédure des scissions. Dès lors, en dehors des cas de dissolution de la société apporteuse, l'échange des titres d'apport n'est pas prévu. La scission partielle ne pourrait donc pas trouver son régime dans celui de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

Ces divergences doctrinales font place à une grande incertitude quant au régime et aux effets de l'apport partiel d'actif soumis au régime de scissions et partant, à la possibilité d'y trouver le régime de la scission partielle. La Cour de cassation s'est donc saisie de la question et est venue apporter des précisions sur ces questions.

## Section 2 / La clarification opportune et pragmatique de la Cour de cassation

### ***I. Une interprétation pragmatique***

A travers une série d'arrêts, la Cour de cassation est venue donner son interprétation du renvoi opéré par l'article L236-22 du code de commerce. Elle a ainsi posé le principe, avec les décisions des 16 février 1988<sup>12</sup>, 5 mars 1991<sup>13</sup> et 4 mars 2004<sup>14</sup>, selon lequel l'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, opère, sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité de scission, une transmission universelle de la société apporteuse à la société bénéficiaire de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport.

La décision de 1988 a permis à la Cour de cassation, dans un premier temps, d'esquisser cette solution de manière non explicite. En l'espèce, la Banque antillaise avait consenti une ouverture de crédit à la société entreprise générale antillaise de plomberie et sanitaire (EGAPS). La Banque française commerciale (BFC) avait ensuite absorbé par fusion la Banque antillaise et la société EGAPS a été déclarée en liquidation des biens. Les associés de la société EGAPS ont alors assigné la BFC pour la voir déclarée responsable du dépôt de bilan. En cours d'instance, la BFC a fait apport partiel d'actif sous le régime des scissions à la société Mandis de sa branche d'activité « Antilles-Guyane », qui prit alors la dénomination de Banque française commerciale Antilles-Guyane. Cette dernière a, par la suite, interjeté appel de la décision rendue à l'encontre de la BFC et a vu son appel déclaré irrecevable au motif qu'elle n'avait pas déclaré venir aux droits de la BFC. La Cour de cassation a sanctionné cette décision en précisant « qu'il résulte des opérations de fusion, scission et d'apport partiel d'actif que la BFC Antilles-Guyane tenait ses droits de la BFC, laquelle venait à ceux de la Banque antillaise.

---

<sup>12</sup> Cass, com, 16 février 1988, Bull. civ. IV, n°69 ; RTD com. 1988, p.639, obs. Reinhard

<sup>13</sup> Cass, com, 5 mars 1991, Bull. civ. IV, n°100 ; Bull. Joly 1991, p.500, note Jeantin

<sup>14</sup> Cass, com, 4 février 2004, Bull. Joly 2004, p. 649, note Le Cannu

Si la Cour de cassation ne le dit pas clairement en l'espèce, c'est bien en raison des effets qu'emporte l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions que la BFC Antilles-Guyane tient ses droits de la BFC. L'apport soumis au régime des scissions a opéré la transmission universelle du patrimoine de la BFC vers la BFC Antilles-Guyane.

Cette solution ayant laissé place à certaines incertitudes, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue préciser sa position par une décision du 5 mars 1991. En l'espèce, une SCI avait fait construire des groupes de pavillons avec le concours de la SA Coignet. Cette dernière a été assigné en réparation des préjudices subis suite aux désordres apparus dans les constructions. La SA Coignet, pour s'opposer, a fait valoir qu'elle avait fait un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions à la société Coignet Entreprise de sa branche d'activité relative à l'exécution des travaux publics et privés. La Cour d'appel a tout de même retenue sa responsabilité et la Cour de cassation est venue casser la décision d'appel au motif que, « sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité d'apport, (...) 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 ».

La Cour de cassation pose ainsi clairement le principe selon lequel l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions emporte transmission universelle du patrimoine. Elle a par la suite confirmé avec autant de clarté sa position dans une décision du 4 mars 2004 de la chambre commerciale.

La Cour de cassation donne donc un nouvel écho à la théorie de MM Hémard, Terré et Mabilat, en ignorant la majorité doctrinale réticente à cette prise de position. L'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions emporte donc tous les effets des scissions, sans que ses effets ne soient limités à de simples règles de procédure. Autrement dit, la Cour de cassation pose le principe en vertu duquel l'apport partiel d'actif soumis au régime des

scissions est une forme particulière de scission selon laquelle la société apporteuse survie à l'opération. On ne peut dès lors s'empêcher d'opérer un rapprochement avec l'opération de scission partielle, consistant en un apport partiel d'actif suivi d'une distribution des titres d'apports aux actionnaires de la société apporteuse. L'apport partiel d'actif de l'article L236-22 du code de commerce étant une forme de scission, on ne voit pas ce qui empêcherait la scission partielle de trouver son régime juridique dans cet article. Certains auteurs<sup>15</sup> ont, à ce propos, considéré que l'on pouvait légitimement penser que la Cour de cassation devrait étendre l'ensemble du régime des fusions et des scissions, au-delà de la question de la dévolution universelle du patrimoine, à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Le régime des fusions et des scissions pourrait ainsi légitimer l'attribution des titres de la société bénéficiaire de l'apport aux actionnaires de la société apporteuse. La scission partielle serait ainsi une forme de scission particulière, issue de l'article L236-22 du code de commerce et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Si la jurisprudence de la Cour de cassation constitue un pas considérable de la justification du régime de la scission partielle dans l'article L236-22 du code de commerce, elle n'en reste pas moins critiquée.

## ***II. Une interprétation contestée***

La principale critique de la jurisprudence de la Cour de cassation tient à ce qu'elle reconnaît l'effet d'une transmission universelle de patrimoine à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Il en découle selon cette partie de la doctrine, une série de difficultés.

La première tient à ce qu'il existe, selon certains auteurs, une incompatibilité entre la transmission universelle de patrimoine et l'apport

---

<sup>15</sup> Pierre-Yves Chabert, *La figure de la scission partielle en droit français*, Revue des sociétés, Dalloz 2005, p. 759

partiel d'actif<sup>16</sup>. La transmission universelle de patrimoine ne serait possible que lorsqu'il y a disparition de la société apporteuse. En effet, selon ces auteurs, l'unité du patrimoine s'opposerait à ce qu'il soit possible pour une société de décider elle-même de la propre division de son patrimoine.

Si cette position est théoriquement fondée, relevons d'abord que c'est en cela que l'interprétation de la Cour de cassation est pragmatique. En dépit des obstacles théoriques existant, elle reconnaît la transmission universelle de patrimoine à un apport partiel d'actif soumis à l'article L236-22 du code de commerce, présument que cela est nécessaire à la pratique des restructurations et des filialisations. En ce sens donc, elle fait prévaloir les exigences de la pratique sur les obstacles juridiques théoriques.

Relevons ensuite que si l'unité du patrimoine pourrait constituer un obstacle théorique à la jurisprudence de la Cour de cassation, force est de constater que ce concept de l'unité de patrimoine tend à perdre en vigueur, notamment depuis la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010 instaurant l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL). En effet, cette loi permet de distinguer, au sein même du patrimoine de l'individu, un patrimoine personnel et un patrimoine d'affectation. C'est donc que la théorie de l'unité du patrimoine souffre de certaines exceptions. Dès lors, cet argument avancé par la doctrine a vocation à perdre en importance et la jurisprudence de la Cour de cassation apparaît d'autant plus opportune.

La seconde difficulté tient à la formulation de l'attendu de principe de la Cour de cassation, stipulant qu'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 ». Certains auteurs relèvent la difficulté qui peut exister quant à la détermination de ce qui est transmis. En effet, la question se pose de savoir ce qui est entendu par la branche d'activité<sup>17</sup>. Quelle définition doit-on tirer de cette notion ? Doit-on se référer à la branche d'activité complète et autonome, définie par le droit fiscal ? L'on sait que cette

---

<sup>16</sup> Jeantin, Bull. Joly société 1991, p.500

<sup>17</sup> Paul Le Cannu, Défrenois 1991, p.880

notion de branche est interprétée de manière restrictive. Par conséquent, si la branche d'activité à laquelle la Cour de cassation fait référence s'entend de celle définie en matière fiscale, le domaine de la transmission s'en trouverait fortement restreint. Cependant, force est de constater que la haute Cour ne fait pas référence à ces caractéristiques. La notion de branche d'activité faisant l'objet de l'apport demeure donc une donnée assez floue. Tous les droits, biens et obligations afférents à cette branche auront été transmis, à l'exception de ceux exclus dans le traité d'apport. Mais rien n'interdit au juge qui aurait à connaître de cet apport de retenir une branche d'activité plus large que celle estimée par les parties à l'apport. Il se peut ainsi que le juge estime que certaines dettes aient été transmises par l'apport, celles-ci étant rattachées à la branche d'activité plus large retenue par le juge, alors même que les parties n'avaient pas considéré que ces dettes seraient transmises.

L'on voit immédiatement les difficultés que cela peut alors poser dans la réalisation d'une scission partielle. La société apporteuse aura fait apport placé sous le régime de l'article L236-22 du code de commerce d'une branche d'activité à la société bénéficiaire, en l'échange d'attribution de titres d'apport, qu'elle distribuera à ses actionnaires dans un second temps. Le juge qui aurait à connaître de l'apport retiendra une branche d'activité plus large et rattachera de nouvelles dettes à la société bénéficiaire. Par conséquent, la valeur de cette dernière s'en trouvera diminuée et les titres détenus par les actionnaires auront été surévalués. Cela est critiquable à deux égards. D'une part, la valeur du portefeuille de titres des actionnaires se retrouve tributaire de l'arbitraire du juge, ce qui n'est jamais souhaitable au regard de la sécurité des situations juridiques. D'autre part, il se peut que certains actionnaires aient revendu leurs actions avant leur perte de valeur. Dans un tel cas, et lorsque la cession aura prévu une garantie de passif, pourrait-on rechercher la responsabilité des actionnaires, alors même qu'ils ne pouvaient avoir connaissance de l'existence de ces dettes ? La question demeure.

Si des incertitudes demeurent, notamment quant à la définition de la branche d'activité faisant l'objet de l'apport, l'ensemble des positions doctrinales et jurisprudentielles attestent donc de la logique naturelle

consistant à placer le régime juridique de la scission partielle dans le celui de la fusion et de la scission, par le biais de l'article L236-22 du code de commerce. Puisqu'aucune décision spécifique de la Cour de cassation n'est venue régler la question de la distribution des titres d'apports aux actionnaires de l'apporteuse, on ne peut que souhaiter une modification de l'article L236-22 du code de commerce, qui rendrait davantage compte de manière explicite de la scission partielle.

Cette modification se fait d'autant plus pressante que les positions doctrinales tendent davantage à considérer la scission partielle comme une opération unique, sans distinguer l'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions de la distribution ultérieure des titres d'apport. Le comité juridique de l'ANSA (Association Nationale des Sociétés Anonymes) considère ainsi qu'il est possible<sup>18</sup>, sans nécessité de disposition statutaire spécifique ni de décision unanime des actionnaires, de réaliser une distribution de réserves dans le cadre d'une opération dont la finalité n'est pas simplement de réaliser une distribution, mais une séparation d'actifs qui implique une attribution de titres. A cette occasion, le comité juridique de l'ANSA constate qu'une telle opération constituerait en réalité une scission partielle et que par conséquent, les règles applicables au paiement du dividende ne seraient dès lors plus applicables.

---

<sup>18</sup> Réunion du 3 mars 2004

## Chapitre 2 : L'absence de régime juridique : une source de complexification de la mise en œuvre de la scission partielle

En l'absence de codification appréhendant la scission partielle dans son ensemble, il convient d'envisager cette dernière de manière analytique, c'est-à-dire en y voyant un apport suivi d'une distribution. Cependant, force est de constater que l'opération de distribution est source de complication et peut faire échec à la réalisation de la scission partielle.

### Section 1 / Les incertitudes liées à la répartition des titres

#### ***I. Les difficultés soulevées par la qualification des biens distribués***

##### **A) Une légalité discutée selon la nature des biens distribués**

La distribution des titres d'apport peut être source de difficulté car ces actifs sont des biens existants en nature. Si ces difficultés sont relatives lorsque la distribution se fait par imputation sur le compte capital (1), elles sont davantage conséquentes en cas d'imputation sur les réserves (2).

##### ***1. L'imputation sur le compte capital***

Lorsque la distribution se fait par imputation du compte capital, la société procède en réalité à une réduction de capital. La forme la plus répandue de réduction de capital est celle par versement de numéraire. Or, dans le cas d'une scission partielle, cette réduction s'opère par versement d'actif. Ce sont, en effet, les titres d'apport qui sont distribués. La question se pose alors de savoir si l'on peut réduire le capital en distribuant des titres plutôt que du numéraire.

Ainsi que le relève le Professeur H. Le Nabasque<sup>19</sup>, la doctrine semble plutôt unanime sur ce point. Certains auteurs écrivent que « lorsque la dimension de la société et le volume de son activité ne justifient pas ou ne justifient plus le montant du capital social, celui-ci peut être réduit par voie de distribution aux actionnaires d'une partie de l'actif (le plus souvent du numéraire ou des titres de portefeuille)<sup>20</sup> ». Paul Le Cannu écrit également qu'en cas de réduction de capital, « la société est amenée à rembourser aux actionnaires, avant la liquidation de la société, une partie de sa dette en capital ; ce remboursement peut être acquitté en monnaie ou en éléments d'actifs (par exemple, des participations détenues par la société dans d'autres sociétés) »<sup>21</sup>.

S'agissant des dispositions des textes de loi, seuls les articles L 225-204 et L225-205 du code de commerce traitent de la réduction de capital. Aux termes de l'article 225-204 de ce code, « La réduction du capital est autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire, qui peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, tous pouvoirs pour la réaliser. En aucun cas, elle ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires». L'article 225-205 du code de commerce a trait quant à lui au droit d'opposition des créanciers en cas de réduction de capital. Force est donc de constater qu'aucun de ces articles ne précise si cette réduction de capital doit s'entendre par versement d'actif ou par versement de numéraire. Par conséquent, aucun texte de loi n'interdit la réduction par versement d'actif et, en vertu de la liberté contractuelle, ce qui n'est pas interdit est autorisé. Les difficultés qui pouvaient donc, a priori, être soulevées par la spécificité de la réduction de capital par versement de titres semblent aisément résolues. Cependant, tel n'est pas le cas lorsque la distribution des titres se fait par imputation sur le compte de bénéfice distribuable.

---

<sup>19</sup> *Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle*, Hervé Le Nabasque, *Revue des sociétés*, Dalloz 2005, p. 759

<sup>20</sup> *Mémento Francis Lefebvre, Sociétés Commerciales*, éd. 2011, n°51710

<sup>21</sup> *Lamy Société Commerciales*, 2005, n°3864

## 2. *La distribution du bénéfice distribuable*

La difficulté que pose l'attribution des titres d'apport dans le cadre d'une scission partielle par imputation sur le compte de bénéfices distribuables est issue des textes de lois et de la pratique. La question se pose de savoir s'il est possible de distribuer un dividende en action.

Il est vrai que dans la pratique, le versement du dividende en numéraire reste le mode le plus courant de rémunération des actionnaires d'une société. Cela se comprend fort bien d'ailleurs, pour des raisons de fongibilité et de liquidité du numéraire qu'aucun autre bien ne peut raisonnablement compenser.

Une certaine lecture des dispositions législatives pourrait conduire à penser que la distribution du dividende doit se faire par versement de numéraire. En effet, les articles L232-11 et L232-12 du code de commerce disposent que des sommes peuvent être distribuées par prélèvement sur les réserves ou le bénéfice distribuable. Cette référence à la notion de sommes renvoie aisément, en langage courant, à l'idée de numéraire, d'argent. Cependant, certains auteurs, tel Hervé Le Nabasque<sup>22</sup>, réfutent cette interprétation et considèrent que le terme de « sommes » renvoie davantage à la notion de « bénéfices ».

Une autre disposition du code de commerce vient perturber les pistes de lecture. L'article L232-18 dispose ainsi que « dans les sociétés par actions, les statuts peuvent prévoir que l'assemblée statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté d'accorder à chaque actionnaire, pour tout ou partie du dividende mis en distribution ou des acomptes sur dividende, une option entre le paiement du dividende ou des acomptes sur dividende en numéraire ou en actions ». Certains auteurs en ont déduit une règle générale selon laquelle le dividende se paye par principe en numéraire, l'option attribuée à l'actionnaire

---

<sup>22</sup> H. Le Nabasque, *Revue des sociétés*, Dalloz 2005, p.779

permettant d'y déroger constituant l'exception<sup>23</sup>. Yves Guyon écrivait également que « normalement, le dividende est payable en argent » et admettait que « les statuts peuvent prévoir que l'assemblée aura la faculté d'accorder à chaque actionnaire le droit de demander que le dividende lui soit versé en actions ». Néanmoins, la majorité de la doctrine prend la position contraire, considérant qu'il ne faut pas donner à l'article L232-18 du code de commerce une portée plus large que ce qu'il énonce. A ce propos, H. Le Nabasque relève que cet article « ne formule pas que la société aurait l'obligation de servir ses dividendes en numéraire »<sup>24</sup>. En outre, la Cour de cassation a jugé que le paiement du dividende par attribution de bien en nature ne vaut dation en paiement<sup>25</sup>. La dation en paiement étant le procédé par lequel un créancier accepte de recevoir à titre de paiement de sa créance un autre bien que celui qu'il attendait à l'origine, c'est bien que le dividende ne s'entend pas par nature en numéraire et que les actionnaires n'ont aucun droit de s'attendre à être rémunéré de la sorte.

Dès lors, il n'est pas nécessaire qu'un droit d'option soit octroyé à l'actionnaire, ou qu'une clause de statut le prévoit pour que l'assemblée puisse à la majorité prévoir que le dividende sera payé par versement d'actif. Par conséquent, dans le cadre d'une scission partielle, la distribution des titres d'apports peut se faire par imputation du compte de bénéfice distribuable, c'est-à-dire par distribution de dividendes.

Si certaines difficultés apparaissent comme résolues, il en subsiste néanmoins une de taille, résidant dans le fait que les actifs distribués représentent des droits d'associé.

---

<sup>23</sup> Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, n°76470 : à propos du paiement du dividende en action : « consiste pour une société à offrir à chacun de ses associés ou actionnaires la possibilité de percevoir le dividende auquel il a droit sous la forme d'actions nouvelles. Mais ce n'est pas une obligation ; (...) l'originalité de la formule réside dans ce choix laissé à chaque associé ou actionnaire entre un paiement en numéraire et un paiement en action ».

<sup>24</sup> Hervé Le Nabasque, *Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle*, Revue des sociétés, Dalloz 2005, p. 779

<sup>25</sup> Cass, com, 31 mai 1988, Revue des sociétés 1988, p. 591

## B) La nature de droits d'associé des actifs distribués

Dans la figure de la scission partielle, les actifs distribués ne sont autres que les titres de la société bénéficiaire ayant rémunéré l'apport. On perçoit aisément le problème que cela peut poser car, même si l'affectio societatis n'a plus le même écho qu'auparavant, notamment dans les sociétés cotées, il s'oppose en principe à ce qu'une personne devienne associée d'une société sans y avoir consenti.

Il existe certains cas prévus par la loi dans lesquels une distribution de nouveaux titres d'associé peut se faire sans que chacun y ait individuellement consenti. C'est le cas notamment de l'apport-scission de l'article L236-3 du code de commerce. Aux termes de cet article, la scission doit être votée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société ayant vocation à disparaître, à la majorité qualifiée des deux-tiers des droits de vote. Dès lors, un tiers moins une voix des associés peut se retrouver associé d'une nouvelle société sans y avoir consenti. Il convient cependant de relever que c'est la loi qui prévoit cette entorse au principe de l'affectio societatis. Dès lors, il faut s'interroger sur l'existence de dispositions législatives encadrant la distribution des titres d'apport dans le cas d'une scission partielle, c'est-à-dire suite à un apport initial. A ce titre, il faut envisager le cas dans lequel l'apport aura été placé sous le régime des scissions et celui dans lequel il ne l'aura pas été.

Lorsque l'apport n'a pas été soumis au régime des scissions, il convient de se référer aux dispositions classiques concernant la réduction de capital, prévoyant que celle-ci s'opère à la majorité qualifiée des deux-tiers des droits de vote, et la distribution du bénéfice, prévoyant que celle-ci s'opère à la majorité ordinaire. Pour autant, ces dispositions ne prévoient pas que ces opérations se réalisent à ces conditions de majorité lorsque les actifs distribués sont des titres d'associé.

On peut alors tenter de se référer à l'avis émis par l'ANSA<sup>26</sup> selon lequel, quel que soit le mode de répartition de ces titres d'associé, elle ne constitue jamais une distribution de revenus mobiliers, conformément à ce que préconise l'article 115-2 du CGI, et ne nécessite donc pas de droit d'option pour les actionnaires.

En dépit d'autre disposition législative, force est de constater que la distribution des titres d'associé dans le cadre d'une scission partielle est source d'une grande insécurité juridique. Il y a ici incompatibilité entre la pratique et la théorie juridique, la loi n'ayant pas encadré les risques découlant d'une telle opération. A cet égard, H. Le Nabasque<sup>27</sup> suggère le recours à deux procédés.

D'une part, il propose le recours à une clause statutaire prévoyant la possibilité d'attribuer des titres. Notons que cette clause doit être adoptée à l'unanimité, non pas en ce qu'elle augmente les engagements des actionnaires<sup>28</sup>, mais parce que c'est le seul moyen pour qu'elle fasse échec à l'obstacle que constitue l'affectio societatis. En effet, si une telle clause est votée aux deux-tiers des droits de vote, un tiers moins une voix peut ne pas vouloir se voir attribuer des titres d'associé. Si, après l'adoption de la clause, tel est le cas, la situation serait exactement la même qu'en l'absence de clause, car les actionnaires n'ayant pas consenti à pouvoir devenir associés d'une nouvelle société individuellement le serait par un tel procédé.

D'autre part, H. Le Nabasque propose aussi le recours à une option attribuée à chaque actionnaire<sup>29</sup>. Mais cela aurait pour conséquence d'alourdir l'opération de scission partielle, ne serait-ce qu'en termes de délai, l'option

---

<sup>26</sup> Avis du Comité juridique de l'ANSA du 2 avril 2003

<sup>27</sup> Hervé Le Nabasque, *Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle*, Revue des sociétés, Dalloz 2005, p. 779

<sup>28</sup> L'article L225-26, al 1 du code de commerce interdit à l'assemblée générale extraordinaire d'augmenter les engagements des actionnaires, sauf à ce que la décision soit prise à l'unanimité. L'augmentation des engagements des actionnaires s'entend de l'aggravation de la dette contractée par les actionnaires envers la société ou envers les tiers (Cass, civ, 9 février 1937), ce que n'emporte pas comme effet la distribution de titres.

<sup>29</sup> H. Le Nabasque, Dalloz 2005, p.779

ménageant nécessairement un délai de réflexion pour l'actionnaire. Cela risque ainsi de rendre la scission partielle difficilement réalisable.

Lorsque l'apport aura été soumis au régime des scissions, la problématique posée par la qualité de titre d'associé des actifs distribués se résout aisément. En effet, le fait de soumettre l'apport à l'article L236-22 du code de commerce à notamment pour effet de renvoyer au régime de la procédure de scission, celle-ci prévoyant que la scission est opérée après un vote à la majorité des deux-tiers de l'assemblée générale extraordinaire. Ainsi, en considérant que la scission partielle trouve son régime dans l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions (tel qu'exposé dans le chapitre 1), les dispositions sur la compétence de l'assemblée générale extraordinaire devrait avoir vocation à s'appliquer. Dès lors, la distribution des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse pourra se faire par décision de l'assemblée générale extraordinaire, à la majorité des deux-tiers.

D'autres aspects de l'opération de scission partielle soulèvent encore certaines difficultés.

## ***II. Les doutes liés à l'organe compétent et à la majorité applicable***

Outre les difficultés qui viennent d'être soulevées, d'autres problématiques apparaissent, liées ici aux modalités de distribution des titres, selon qu'ils sont imputés sur le compte capital ou sur celui de réserves.

### **A) L'imputation de la répartition sur le compte capital**

Lorsque la distribution des titres d'apport se fera par imputation sur le compte capital, la société procèdera à une réduction de capital. Dès lors, cette distribution relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires, laquelle statue aux conditions exigées pour la modification des statuts, c'est-à-dire à la majorité des deux-tiers des droits de vote.

L'opération ouvre aux créanciers de la société le droit de s'opposer à la réalisation de la réduction de capital pendant un délai de vingt jours suivant la date de dépôt de la résolution au greffe du tribunal de commerce, ainsi qu'en dispose l'article L225-205 du code de commerce. On voit dès lors poindre une certaine problématique lorsque l'apport initial aura été soumis au régime des scissions. En effet, soumis à ce régime, il ouvre un droit d'opposition non suspensif aux créanciers de la société pendant trente jours à compter de la publication du projet d'apport dans un journal d'annonce légale. Par voie de conséquence, lorsque les deux opérations d'apport et d'attribution sont concomitantes, ce qui est la logique de la scission partielle, l'attribution des titres d'apport ne peut pas intervenir avant un délai de vingt jours suivant le vote de l'assemblée alors même que la société est déjà exposée à une opposition depuis trente jours, soit un délai total minimum d'opposition de cinquante jours. L'on voit bien, dans le cadre d'une scission partielle, que le délai d'opposition à l'attribution des titres n'est qu'une redondance du délai d'opposition à l'apport, ce qui ne peut être qu'un frein à la réalisation d'une telle opération.

Il convient de noter à cet égard que si un régime propre à la scission partielle existait, prévoyant l'attribution directe des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse, cette problématique n'aurait pas lieu d'être. Les créanciers n'auraient qu'un droit d'opposition à la réalisation de l'opération préalablement à l'apport (non suspensif) et l'opération pourrait être réalisée plus rapidement, ce qui est davantage conforme aux exigences de la pratique des restructurations.

D'autres problématiques subsistent lorsque la distribution des titres se fait par imputation sur le compte de réserve.

#### B) L'imputation sur le compte de réserves ou de prime

Lorsque la distribution des titres d'apport se fait par imputation du compte de réserve ou de prime, elle relève de la compétence de l'assemblée

générale ordinaire, qui a pour notamment pour mission d'affecter le résultat de la société. Cet état du droit des sociétés heurte ainsi la logique de la scission partielle. En effet, lorsque les opérations d'apport et d'attribution sont concomitantes, ce qui est la nature même de la scission partielle, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui vote l'apport ainsi que la distribution par imputation des réserves, aux conditions de majorité pour la modification des statuts, aux deux-tiers des droits de vote. Cela pose problème car le pouvoir de distribution de prime ou de réserve relève en principe de la compétence exclusive de l'assemblée générale ordinaire, et non de celle extraordinaire. Le droit des sociétés, tel qu'il est prévu, heurte donc la logique de la scission partielle ce qui plaide ici encore pour davantage de simplicité avec un régime permettant l'attribution des titres d'apport directement aux actionnaires de la société apporteuse.

## Section 2 / Les autres difficultés pratiques de la mise en œuvre de la scission partielle

Dans le cadre d'une appréhension analytique de la scission partielle, il convient de relever que d'autres difficultés, aussi diverses que complexes, se dessinent lors de la distribution des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse.

### ***I. Le nécessaire respect du principe d'égalité entre actionnaires***

La distribution des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse, pour être valable, doit respecter le principe d'égalité des actionnaires. Les actifs distribués doivent donc être fongibles, ce qui ne soulève pas de problème pour la distribution d'action, et doivent être attribués aux actionnaires de la société apporteuse de manière proportionnelle à leur détention dans la société ayant réalisé l'apport. En cas de non respect de cette proportionnalité, la distribution des titres d'apport aux actionnaires

devient non éligible au régime de l'article 115, 2 du CGI, qui est, on le verra, une condition essentielle de la réalisation de la scission partielle.

Par conséquent, il vaut mieux éviter, dans la distribution des titres d'apport, les situations de rompus, au sein desquelles les actionnaires de la société mère reçoivent plus ou moins d'action de la société bénéficiaire de l'apport et une soulte en numéraire visant à compenser cette inégalité. En effet, l'évaluation des titres étant plus ou moins incertaine, la variation de proportion de titres et de numéraire en est plus aisément critiquable. La solution idéale consisterait alors à dimensionner l'apport réalisé, de sorte que le nombre d'action de la société bénéficiaire ainsi que leur montant nominale soient identiques à ceux de la société apporteuse. De cette manière, chaque actionnaire de la société apporteuse recevrait une action de la société bénéficiaire pour chaque action de la société apporteuse détenue.

Néanmoins, le maintien de la parité parfaite demeure compliqué, a fortiori dans les sociétés cotées pour lesquelles le capital peut varier de manière quasi permanente. Il y a donc un risque non négligeable que le capital de la société bénéficiaire varie entre la réalisation de l'apport et l'attribution des titres aux actionnaires de la société apporteuse. Cette difficulté peut ainsi nuire de manière considérable à la scission partielle, rendant sa réalisation complexe et incertaine. Cette difficulté plaide encore pour une simplification du droit des sociétés qui pourrait prévoir l'attribution directe des actions émises par la société bénéficiaire aux actionnaires de la société apporteuse, de telle sorte que l'égalité entre les actionnaires puisse être aisément respectée.

## ***II. L'incertitude doctrinale quant au sort des droits de vote double***

Il n'est pas rare, dans les sociétés d'une certaine importance, de rencontrer des associés bénéficiant de droits de vote double. La question qui se pose alors réside dans le fait de savoir si les actionnaires de la société

apporteuse détenant des droits de vote double peuvent les conserver dans la société bénéficiaire de l'apport.

En principe, les droits de vote double ne sont possibles que si les statuts de la société les prévoient et que l'actionnaire justifie d'une détention nominative des actions pendant une durée minimale prévue par les statuts. L'article L225-124 du code de commerce permet la continuité de ces droits de vote double en cas de fusion ou de scission. Il dispose que ces opérations sont sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la société bénéficiaire de la fusion ou de la scission, à condition que les statuts de cette dernière le prévoient. Par conséquent, si l'on considère que la scission partielle doit trouver son régime juridique dans celui des scissions, par le biais de l'apport partiel d'actif soumis à l'article L236-22 du code de commerce, l'actionnaire pourrait conserver son droit de vote double si les statuts de la société bénéficiaire le prévoient. Dans le cas contraire, cela ne serait pas possible.

### ***III. Les difficultés soulevées par les titres auto-détenus***

Lorsque la scission partielle s'opère par voie de réduction de capital, les actions auto-détenues par la société apporteuse supportent la réduction. Elles ont donc vocation à profiter du respect du principe d'égalité entre les actionnaires au moment de la distribution des titres de la société bénéficiaire. Par voie de conséquence, la société apporteuse conservera donc une participation dans la société bénéficiaire de l'apport.

La résultante de l'opération sera donc étrangère à la logique de la scission partielle puisqu'elle aboutira à une détention partagée de la société bénéficiaire de l'apport. Les actionnaires de l'apporteuse seront actionnaire de la société bénéficiaire directement, ainsi que par le biais de la société apporteuse qui détiendra également une participation. Cette situation serait une sorte de nouveau degré de scission partielle, qui ne peut être rien d'autre que source de complexification.

Le régime juridique de la scission partielle est donc incertain, empreint de complexité. Il dépend à un trop haut niveau des modalités de réalisation de la scission partielle par voie d'apport-attribution. On peut donc souhaiter que le législateur se saisissent de la question et vienne encadrer cette opération, soit en détaillant les modalités de réalisation de la scission partielle par voie d'apport-attribution, de sorte que les conséquences soient lisibles pour les opérateurs économiques, soit en instaurant une scission partielle telle qu'envisagée de manière communautaire, c'est-à-dire permettant l'attribution directe des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse.

## **TITRE 2 : UN REGIME FISCAL FAVORABLE A LA SCISSION PARTIELLE**

Le droit fiscal se révèle être plus pragmatique que le droit des sociétés, en appréhendant la scission partielle dans son ensemble, comme une opération de restructuration à part entière. A cet effet, il permet la neutralité fiscale de l'apport et de l'attribution des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse. Il envisage également la scission partielle à un autre niveau, comme un mode de restructuration des groupes intégrés, en adaptant le régime de l'intégration fiscale à ce type d'opération.

### **Chapitre 1 : L'agrément de l'article 115, 2 du CGI : clef de voûte de la neutralité fiscale de la scission partielle**

#### **Section 1 / Un agrément soumis à conditions**

##### ***I. Les conditions de l'article 115, 2 du CGI***

###### **A) Les conditions permettant la demande de l'agrément**

###### ***1. Une attribution proportionnelle des titres***

L'article 115, 1 du CGI dispose qu' « en cas de fusion ou de scission de sociétés, l'attribution de titres, sommes ou valeurs aux membres de la société apporteuse en contrepartie de l'annulation des titres de cette société n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers ». Le 2 du même article précise que « les dispositions du 1 s'appliquent également sur agrément (...), en cas d'attribution de titres représentatifs d'un apport partiel d'actif aux membres de la société apporteuse, lorsque cette attribution (est)

proportionnelle aux droits des associés dans le capital (de la société apporteuse) ».

Le droit fiscal, de la même manière que le droit des sociétés, impose donc le respect de la participation de des actionnaires dans la société apporteuse pour l'obtention de l'agrément. Cela repose évidemment sur l'idée que les opérations de restructuration ne doivent pas être l'occasion de modifier l'actionnariat. Le respect de l'égalité des actionnaires sera donc vérifié avant que l'agrément ne soit accordé. Cela permet d'assurer à l'effectivité de cette exigence une large portée, en ce sens que toutes les opérations de scission partielle reposent sur l'obtention de la neutralité fiscale de l'opération, laquelle ne pourra être obtenue sans l'agrément de l'article 115, 2 du CGI.

## *2. Une attribution intervenant dans l'année suivant l'apport*

L'article 115, 2 du CGI subordonne également l'obtention de l'agrément à la condition que « l'attribution de titres représentatifs d'un apport partiel d'actif aux membres de la société apporteuse, (...) proportionnelle aux droits des associés dans le capital (de l'apporteuse), ait lieu dans un délai d'un an à compter de la réalisation de l'apport ». Ce délai court à compter de la date de la réalisation effective de l'opération, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, à compter de la dernière assemblée générale extraordinaire se prononçant sur l'opération.

On comprend aisément la raison de l'existence de ce délai d'un an, qui a pour but de rattacher effectivement l'attribution à l'apport. En effet, si un délai trop important sépare l'apport de l'attribution, la logique de la scission partielle, que le droit fiscal tente d'assimiler à une opération d'ensemble sans distinguer l'apport de l'attribution, ne serait plus respectée. L'agrément de l'article 115, 2 du CGI a pour but de permettre la scission partielle par le biais de ces deux opérations. Ces dernières devraient ainsi, en théorie, intervenir quasiment concomitamment. Le droit fiscal étant cependant réaliste, il prend en considération les délais qui peuvent être conséquents dans de telles

restructurations et décide donc, arbitrairement, de limiter le délai à un an, au-delà duquel l'attribution des titres d'apport ne pourra plus être considérée comme étant rattachée à l'apport lui-même.

Ce délai imposé par l'article 115, 2 du CGI permet également d'éviter les effets d'aubaines. Il permet ainsi d'éviter qu'une société réalise un apport sans envisager la distribution des titres, c'est-à-dire décide d'un apport partiel d'actif en dehors du cadre de la scission partielle, et décide seulement par la suite, pour des raisons économiques, de se séparer de sa participation dans la filiale en attribuant les titres à ses actionnaires, sous le bénéfice de l'article 115, 2 du CGI. En effet, une telle opération serait une utilisation détournée de l'agrément dudit article, qui se voit limitée par le délai imposé par le droit fiscal.

S'ajoutent à ces conditions permettant de demander l'agrément de l'article 115, 2 du CGI les conditions prévues par cet article permettant d'obtenir le bénéfice de son régime.

#### B) Les conditions de délivrance de l'agrément

A la lecture de l'article 115, 2 du CGI, trois conditions doivent être remplies afin d'obtenir le bénéfice dudit article.

##### *1. La justification de l'opération par un motif économique*

Au titre de l'article 115, 2 du CGI, l'apport et l'attribution doivent être justifiés par un motif économique, « se traduisant notamment par l'exercice par chacune des deux sociétés d'au moins une activité autonome ou l'amélioration de leurs structures, ainsi que par une association entre les parties ». Peu de précisions ont été apportées par l'administration sur cette exigence du motif économique. Ainsi, l'administration a indiqué qu'elle se refuse à reconnaître l'existence d'un motif économique dans l'opération d'apport-attribution consistant à séparer les actifs patrimoniaux de l'activité

opérationnelle<sup>30</sup>. De la même manière, elle refuse d'octroyer le bénéfice de l'agrément aux opérations réalisées dans l'unique but de faire bénéficier la distribution de l'agrément de l'article 115, 2 du CGI. L'administration précise simplement qu'à titre d'exemple ce motif peut se traduire par le regroupement d'une partie des activités de la société apporteuse avec les activités semblables ou connexes des sociétés bénéficiaires.

La notion d'intérêt économique de l'opération demeure donc quelque peu vague. En effet, on peut s'interroger sur ce que représente l'amélioration des structures ainsi que sur les critères à partir desquels l'administration va fonder son opinion. On peut raisonnablement envisager que la scission partielle soit motivée par des considérations fiscales. Cependant, même en pareil cas, il est tout à fait possible d'invoquer une amélioration des structures puisque par définition, celles-ci ont été modifiées. Le contrôle peut donc s'avérer complexe et il est permis de se demander si l'imprécision d'une telle condition ne permet pas à l'administration, en réalité, de s'octroyer une plus grande marge d'interprétation afin d'assurer un contrôle des opérations de scission partielle davantage au cas par cas.

Une autre condition de l'obtention de l'agrément tient à ce que l'apport soit placé sous le régime de l'article 210 A du CGI.

## *2. Le placement de l'apport sous le régime de l'article 210 A du CGI*

La deuxième condition devant être remplie pour obtenir l'agrément de l'article 115, 2 du CGI réside dans le fait que l'apport ait été placé sous le régime de l'article 210 A. Ce régime constitue le régime spécial des fusions et opérations assimilées (scission, apport partiel d'actif et, a fortiori, scission partielle), ayant pour but d'exonérer la société apporteuse de l'impôt sur les sociétés au titre des plus-values de fusion.

---

<sup>30</sup> BOI 13-D-1-03, n°4, du 2 juin 2003

### 3. *L'absence d'objectif de fraude ou d'évasion fiscale*

La dernière condition à l'obtention de l'agrément fiscal tient à ce que l'objectif principal de la scission partielle, ou l'un de ses objectifs principaux, ne soit pas la fraude ou l'évasion fiscales. Il convient de relever que cette notion de fraude ou d'évasion fiscale s'entend plus largement que celle retenue pour l'application de l'article L64 du LPF. L'administration précise notamment à cet égard que l'enchaînement d'opération de restructuration ne doit pas avoir pour effet de priver le Trésor de toute souveraineté sur les plus-values de cession ultérieures afférentes aux titres apportés et aux titres répartis ou d'altérer l'assiette imposable de ces plus-values<sup>31</sup>.

## ***II. Des conditions contradictoires du droit communautaire ?***

La directive européenne du 17 février 2005, reprise par la directive du 19 octobre 2009<sup>32</sup>, a étendu la neutralité fiscale aux opérations communautaires de scission partielle, envisagée à cet égard comme l'opération impliquant l'attribution directe des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse. Or, force est de constater que la forme communautaire de scission partielle produit des effets identiques à la scission partielle à la française, c'est-à-dire à l'apport-attribution. Dès lors, si cette directive était applicable aux situations internes, le contrôle précédant l'octroi de l'agrément se trouverait être contestable.

### A) L'applicabilité du droit communautaire aux situations purement internes

La question de l'applicabilité du droit communautaire aux situations purement internes a été posée à l'occasion de l'affaire Leur-Boem du 17 juillet 1997, dont a eu à connaître la Cour de Justice des Communautés

---

<sup>31</sup> BOI 13 D-1-03, n°14 du 2 juin 2003

<sup>32</sup> Directive 2009/133/CE du Conseil

Européennes<sup>33</sup>. En l'espèce, la CJCE avait constaté que la législation fiscale néerlandaise, transposant la directive « fusions » du 23 juillet 1990, n'établissait pas de distinction entre opération interne et opération intéressant des sociétés d'Etats membres différents et qu'il convenait donc, pour assurer la pleine application du droit communautaire, d'en donner une interprétation homogène, y compris en présence d'une opération purement interne. La CJCE concluait donc à l'applicabilité de la directive « fusion » en droit interne lorsque la loi de transposition n'entendait pas distinguer les situations internes des situations communautaires.

On s'interrogeait alors sur l'adoption de ce raisonnement par une juridiction française, conduisant ainsi à l'applicabilité des directives communautaires aux situations internes. C'est ce qu'a fait le Conseil d'Etat dans un arrêt du 17 juin 2011, SARL Méditerranée Automobiles<sup>34</sup>. En l'espèce, la question qui se posait au Conseil d'Etat était de savoir si les transmissions universelles de patrimoine intervenues avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 entraient dans le champ de l'article 210 A du CGI. Le Conseil d'Etat a rappelé que, si le droit des sociétés n'assimilait pas la transmission universelle de patrimoine à la fusion, tel n'était pas le cas de la directive « fusions » du 23 juillet 1990. Le Conseil d'Etat a ensuite considéré que, bien que la directive « fusions » ne concerne que les opérations impliquant des sociétés résidentes de deux Etats membres différents, elle s'appliquait aussi à des opérations purement internes, dans la mesure où le législateur, lorsqu'il a transposé la directive par la loi de finance rectificative pour 1991, n'a pas entendu traiter différemment les opérations internes et les opérations impliquant des sociétés d'Etats membres différents. Le Conseil d'Etat a ainsi fait sienne la position de la CJCE exprimée dans l'arrêt Leur-Bloem et le droit communautaire a ainsi vocation à s'appliquer aux situations purement internes.

Dès lors, la directive européenne de 2009 en tant qu'elle prévoit la neutralité fiscale des opérations de scission partielle conduit à s'interroger

---

<sup>33</sup> CJCE, 17 juillet 1997, aff. 28/95, Leur-Bloem : RJF 10/97 n°1002

<sup>34</sup> CE, 17 juin 2011, n°324 392, SARL Méditerranée Automobiles, RJF 10/2011 n°1035

quant à la légitimité des conditions de l'article 115, 2 du CGI subordonnant la neutralité fiscale de cette opération.

B) L'octroi de l'agrément : subordination du sursis d'imposition à des conditions nouvelles ?

La Cour de Justice de l'Union Européenne a posé le principe selon lequel les Etats membres ne peuvent pas subordonner un régime de sursis d'imposition prévu par une directive à des conditions nouvelles, non prévues par ladite directive<sup>35</sup>.

Cette jurisprudence, cumulée à l'applicabilité du droit communautaire aux situations internes, avait conduit une partie de la doctrine à considérer que l'agrément de l'article 115, 2 du CGI devait être de droit. Les auteurs du Mémento Fiscal Francis Lefebvre écrivaient ainsi que « s'il était admis, sur le fondement de la jurisprudence rendue par la CJUE, que la directive précitée (17 février 2005) peut être invoquée à propos d'opérations internes, il en résulterait selon nous que l'agrément prévu par cette dernière disposition (art. 115, 2 CGI) ne saurait être valablement refusé »<sup>36</sup>. Selon cette doctrine, l'administration française ne saurait donc refuser la neutralité fiscale de l'attribution des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse.

Si cette position semble cohérente, force est de constater qu'elle avait été émise à propos de la directive européenne du 17 février 2005 qui prévoyait la neutralité fiscale pour les opérations de scission partielle sans condition. Cependant, depuis lors, celle-ci a été abrogée par la directive du 19 octobre 2009, qui prévoit la même neutralité fiscale, mais permet aux Etats d'y faire échec sous certaines conditions. On peut ainsi lire à l'article 15, 1, a), de cette dernière que les « Etats membres peuvent refuser d'appliquer (la directive) lorsque 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

---

<sup>35</sup> CJUE, 11 décembre 2008, aff. 285/07, A.T, RJF 4/2009, n°421

<sup>36</sup> Mémento fiscal Francis Lefebvre, éd. 2011, n°39600

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 l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales ».

Il apparaît alors que si la justification de l'opération par un motif économique n'apparaît pas comme une condition permettant de refuser la neutralité fiscale de l'attribution des titres d'apport prévue par la directive, elle constitue un indice de fraude ou d'évasion fiscale. L'administration semble donc pouvoir valablement se fonder dessus pour refuser le bénéfice de ce régime. Dès lors, la position doctrinale des auteurs du Mémento fiscal semble se heurter à la recodification de la directive de 2005 au sein de la directive de 2009.

Pour autant, il est permis de s'interroger plus en avant sur ce raisonnement. En effet, si les conditions de motifs économique et de fraude posées par la loi n'apparaissent plus clairement comme des ajouts à la directive, l'interprétation qui en est faite par l'administration fiscale peut soulever des incertitudes. Non seulement la directive ne prévoit pas le motif économique de l'opération comme condition mais comme un indice alors que l'administration l'érige, elle, au rang de condition. De plus, l'administration interprète restrictivement cette notion de motif économique et publie dans sa doctrine des opérations qui ne pourront jamais être considérées comme justifiées par un tel motif<sup>37</sup>. L'on peut douter que la directive ait entendu aller si loin. Dès lors, il est permis de penser qu'une interprétation trop restrictive pourrait constituer indirectement un ajout de condition, mettant ainsi l'administration fiscale française en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne<sup>38</sup>.

Cependant, ce raisonnement se voit mis en échec de manière intrinsèque par le fait que la France n'a jamais procédé à la transposition des directives

---

<sup>37</sup> BOI 13-D-1-03, n°4, du 2 juin 2003

<sup>38</sup> CJUE, 11 décembre 2008, aff. 285/07, A.T, RJF 4/2009, n°421

de 2005 ou de 2009, considérant que l'état du droit fiscal français était déjà conforme aux préconisations de ces directives. Dès lors, les conditions subordonnant l'applicabilité de ces directives aux opérations internes, posées par la jurisprudence Leur-Bloem de la CJCE ne se trouvent pas être réunies.

Les conditions posées par l'article 115, 2 du CGI ayant a présent été exposées, il convient de s'intéresser à l'obtention de l'agrément fiscal.

## Section 2 / L'obtention de l'agrément

L'obtention de l'agrément est soumise à une procédure stricte et emporte des effets qu'il convient de préciser.

### ***I. La procédure d'agrément***

#### **A) Les modalités de délivrance de l'agrément**

En vertu de l'article 1649 nonies du CGI, l'agrément est délivré par le ministre de l'économie et des finances, qui demeure seul habilité à prendre ces décisions en la matière. La demande doit en outre être signée par le représentant habilité de la société distributrice ou par son représentant fiscal. Elle doit être déposée préalablement à la réalisation de l'opération, sous peine de forclusion. Notons que cette demande se fait par le remplissage d'un formulaire. Dans le cas où des renseignements viendraient à manquer afin d'apprécier le respect des conditions posées par l'article 115, 2 du CGI, des informations complémentaires peuvent être demandées.

La demande doit également être adressée à « M le chef de du service juridique de la direction générale des finances publiques – Bureau des agréments et rescrits ».

En outre, l'obtention de l'agrément constitue un droit pour les sociétés dès lors que les conditions sont remplies. On voit bien ici toute l'ambiguïté de cette disposition. L'agrément est de droit lorsque les conditions sont remplies. Mais l'obstacle réside en réalité dans l'appréciation des conditions. Cette disposition signifie simplement qu'il n'est pas permis d'invoquer une raison autre que celles prévues par la loi pour refuser la délivrance de l'agrément, c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'arbitraire de l'administration au delà de l'appréciation des conditions.

Enfin, les refus sont motivés. La décision d'octroi ou de refus est notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception. Si la société demanderesse souhaite contester cette décision, elle doit adresser, dans les 2 mois de la notification, une requête motivée au tribunal administratif compétent.

La procédure d'obtention de l'agrément est donc très encadrée par la doctrine administrative<sup>39</sup>. Mais elle prévoit également les conséquences de la perte ou du retrait de l'agrément.

#### B) La perte ou le retrait de l'agrément

Le non respect des engagements pris dans le cadre de la procédure d'agrément entraîne par principe la mise en œuvre de la procédure de retrait de l'agrément et concomitamment, la déchéance rétroactive du régime spécial de l'opération d'attribution des titres d'apport. Les associés sont donc placés rétroactivement dans la situation fiscale qui aurait été la leur si l'agrément de l'article 115, 2 du CGI n'avait pas été délivré. Ils sont donc imposés à raison de l'attribution des titres d'apport.

Il convient de relever que ces impôts sont exigibles avec la majoration des intérêts de retard. Ceci est simplement la conséquence de la rétroactivité de

---

<sup>39</sup> Ces dispositions sont issues de l'instruction fiscale du 2 juin 2003 : BOI 13 D-1-03

la déchéance, puisque, par conséquent, les impôts auraient dû être acquittés dès l'attribution des titres d'apport. Notons ici que les actionnaires ayant bénéficié du régime de l'article 115, 2 du CGI peuvent voir la neutralité fiscale remise en cause en raison des agissements de la société débitrice. En effet, il se peut que ce soit elle qui ne respecte pas l'un de ses engagements, cela entraînant, sans distinction, l'imposition de la distribution des titres d'apport. Enfin, la décision de retrait émane obligatoirement de l'autorité qui a délivré l'agrément.

## ***II. Les effets de l'agrément***

L'agrément de l'article 115, 2 du CGI permet la neutralité fiscale de la distribution des titres d'apport, en refusant d'assimiler cette attribution à une distribution de revenus mobiliers.

### **A) La non assimilation à une distribution de revenus mobiliers**

Il a été exposé précédemment (Titre 1), que les titres peuvent être distribués par imputation sur le capital (réduction de capital), sur les bénéfices (distribution de dividendes) ou sur les réserves. Lorsque les bénéficiaires de ces distributions sont des personnes physiques, le droit fiscal impose ces produits du portefeuille-titre à l'impôt sur le revenu, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers, communément désigné par l'expression « revenus mobiliers ».

Les sociétés dont les distributions sont imposables au titre des revenus de capitaux mobiliers sont celles qui sont passibles de l'impôt sur les sociétés. Cette catégorie d'imposition appréhende plusieurs catégories de distribution aux associés des sociétés de capitaux.

D'une part, les dividendes et les répartitions exceptionnelles y sont inclus, et constituent la forme la plus courante de distribution. Le droit fiscal est

insensible à la forme de la distribution, qui peut se faire par paiement en espèce ou par remise de bien en nature. Ainsi, le dividende payé en action, qui est l'hypothèse de la distribution des titres d'apport dans le cadre d'une scission partielle réalisée par imputation du compte de bénéfice distribuable, est appréhendé par le droit fiscal comme un revenu mobilier.

D'autre part, en vertu de l'article 112, 1° du CGI, les distributions liées à une modification du capital, lorsqu'elles se traduisent par une répartition au profit des associés, sont visées par le droit fiscal comme des revenus mobiliers. Les sommes ainsi attribuées sont en principe taxables en tant que telles. Par conséquent, la distribution des titres d'apport qui, dans le cadre d'une scission partielle, se fait par imputation du compte capital (réduction de capital), est elle aussi appréhendée fiscalement dans la catégorie des revenus mobiliers.

Cependant, les distributions présentant pour les associés le caractère de remboursement d'apport ne sont pas soumises à l'imposition à la condition que tous les bénéfices et réserves autres que la réserve légale aient été auparavant répartis. Un doute pourrait donc être permis quant à la distribution des titres d'apport dans le cadre d'une scission partielle. Cependant, les sommes incorporées au capital ou aux réserves à l'occasion d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif ayant donné lieu à une répartition de titres ne sont pas considérées comme des apports. Leur remboursement est donc imposable dans la catégorie des revenus mobiliers.

La distribution des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse, dans le cadre d'une scission partielle, est donc par principe imposable dans la catégorie des revenus mobiliers lorsque les actionnaires sont des personnes physiques, et ce quelque soit le compte de la société sur lequel la distribution est imputée.

Cette attribution de titre est donc intégrée dans le barème progressif de l'impôt sur le revenu, après un abattement proportionnel, non plafonné, de 40% sur le montant brut de la distribution et un abattement fixe annuel.

Lorsque l'actionnaire est une société de capitaux soumis à l'impôt sur les sociétés, la distribution est fiscalement appréhendée de la même manière et est intégrée dans le revenu de la société, imposable à l'impôt sur les sociétés.

La réalisation d'une opération de scission partielle peut donc engendrer un coût fiscal important. Le réalisme du droit fiscal permet, par le biais de l'agrément de l'article 115, 2 du CGI, de ne pas voir dans l'attribution des titres d'apport une distribution de revenus mobiliers et par conséquent, de ne pas les soumettre à l'impôt. C'est de cette manière que le droit fiscal permet la réalisation de la scission partielle, consistant en un apport-attribution, en assurant la neutralité fiscale de la distribution, tant chez la société distributrice que chez ses actionnaires.

## B) La neutralité fiscale favorable à la scission partielle

La neutralité fiscale opère aussi bien chez la société distributrice des titres d'apport que chez le bénéficiaire de la distribution.

### *1. Chez la société distributrice*

Dans le cadre d'une scission partielle, la société distributrice va répartir les titres qu'elle aura reçus en rémunération de l'apport qu'elle aura réalisé. Rappelons que la distribution des titres peut avoir lieu dans le délai d'un an suivant l'apport. Par conséquent, entre l'apport et la distribution, la valeur des titres peut avoir augmentée. Dès lors, lorsque la société se sépare de ces titres d'apport, elle devrait constater une plus-value, qui serait alors intégrée dans son résultat soumis à l'impôt sur les sociétés. En application de l'article 210 B du CGI permettant de soumettre l'apport partiel d'actif au régime de l'article 210 A, nécessaire pour l'application de l'article 115, 2 du CGI, les plus ou moins-values sur les titres répartis dans les conditions de l'article 115, 2 du

CGI ne sont pas retenues pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû par la société distributrice<sup>40</sup>.

On voit bien dès lors que l'opération d'apport-attribution s'avère être neutre fiscalement pour la société apporteuse. C'est également le cas pour le bénéficiaire de l'apport.

## *2. Chez le bénéficiaire*

Lorsque le bénéficiaire de la distribution des titres est une entreprise, l'attribution n'est pas considérée, quand elle aura été placée sous le régime de l'article 115, 2 du CGI, comme une distribution de revenus mobiliers. L'entreprise qui reçoit les titres doit les inscrire à l'actif de son bilan pour une somme égale à une fraction du coût de revient de la participation détenue dans la société distributrice, correspondant au pourcentage que représente la valeur réelle des titres reçus gratuitement par rapport à ce qu'était la valeur réelle de la participation au moment de l'apport.

L'enregistrement des titres d'apport à son actif n'a pas pour effet, lorsque la distribution a été placée sous le régime de l'article 115, 2 du CGI, d'augmenter le résultat fiscal imposable de la société. En outre, la plus-value de cession ultérieure des titres reçus sera calculée par rapport à leur valeur comptable.

Lorsque le bénéficiaire de la distribution est une personne physique, les titres reçus ne seront pas considérés comme du revenu mobilier. Le bénéficiaire ne sera donc pas imposé à raison de cette distribution. Pour autant, il sera imposé lors de la cession ultérieure de ces titres. Leur prix d'acquisition est alors réputé être nul pour le calcul de la plus-value ultérieure<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Inst. 2 juin 2003, 13 D-1-03 n° 18

<sup>41</sup> BOI 5 C-1-01, n°89 du 13 juin 2001

Le droit fiscal s'avère donc être davantage réaliste que le droit des sociétés. Il reconnaît indirectement l'opération de scission partielle, en permettant à l'apport-attribution de produire les mêmes effets qu'une telle opération, c'est-à-dire une parfaite neutralité fiscale, tant du point de vue de la société apporteuse que de celui du bénéficiaire de la distribution des titres d'apport. En neutralisant les coûts fiscaux qui pourraient résulter de la transition des titres via la société apporteuse, le droit fiscal assimile l'apport-attribution à la scission partielle envisagée sous la forme de l'attribution directe des titres rémunérant l'apport aux actionnaires de la société apporteuse. Depuis 2007, le législateur va plus loin encore et élargit ainsi la reconnaissance de cette forme de restructuration en aménageant le régime fiscal des groupes de sociétés afin de faciliter les scissions partielles de groupe.

## **Chapitre 2 : L'aménagement du régime des groupes de sociétés favorable aux scissions partielles**

### **Section 1 / La fiscalité des restructurations de groupe avant 2007 : un régime méconnaissant les opérations de scission partielle**

Le régime d'intégration fiscale présente un intérêt certain pour les groupes de sociétés. Il permet d'une part de soumettre à l'impôt sur les sociétés un résultat global, obtenu en faisant la somme algébrique des résultats des sociétés du groupe, dont la société mère du groupe sera l'unique redevable. Cela présente un avantage conséquent au regard de l'imputation des déficits. Puisqu'il permet d'additionner les résultats, les résultats positifs et négatifs des différentes sociétés du groupe peuvent être immédiatement compensés. L'intégration permet ainsi d'éviter que certains résultats ne soient imposés alors qu'il existe par ailleurs des déficits.

Le régime d'intégration fiscal permet d'autre part de neutraliser les opérations internes au groupe intégré. Ces opérations font ainsi l'objet d'ajustement consistant à corriger le résultat d'ensemble du groupe. Pour l'essentiel, ces ajustements concernent les abandons de créances et les subventions internes au groupe ainsi que les cessions d'immobilisation ou de titres au sein du groupe.

#### ***1. Un régime applicable aux opérations de fusion et de scission***

Pour que le régime d'intégration fiscale puisse être mis en œuvre, la capital de la société mère, tête du groupe, ne doit pas être détenu, directement ou indirectement, à 95% au moins, par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun. Le capital des filiales doit en outre être détenu à 95% au moins, directement ou indirectement, par la société mère du groupe<sup>42</sup>. Enfin, ce

---

<sup>42</sup> Article 223 A, alinéa 1 à 4 du CGI

régime d'intégration fiscale n'est applicable qu'aux sociétés (mères et filiales) soumises, en France, de plein droit ou sur option, à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun sur la totalité des résultats de leurs exploitations françaises.

En conséquence, en cas de fusion ou de scission de la société mère du groupe intégré, l'intégration fiscale devrait cesser<sup>43</sup>. La cessation du groupe fiscal intégré emporte des conséquences importantes. Aux termes de l'article 223 R du CGI, la dissolution prend effet à l'ouverture de l'exercice au cours duquel survient l'événement entraînant la cessation. Dès lors, les filiales ne peuvent plus déduire de leurs résultats ultérieurs les déficits et les moins-values à long terme subis pendant l'intégration. En outre, les plus et moins-values de cessions internes au groupe antérieurement neutralisées, ainsi que les subventions et abandons de créances reçus par les filiales pendant l'intégration fiscale, également neutralisés, devront être réintégrés dans leur résultat propre.

Les conséquences fiscales d'une cessation de groupe intégré sont donc importantes et peuvent représenter un coût non négligeable pour les sociétés anciennement intégrées, au titre de l'exercice de cessation de l'intégration fiscale. On l'a indiqué, la fusion ou la scission de la société mère du groupe sont des causes de cessation de l'intégration fiscale. Dès lors le coût fiscal que peuvent engendrer ces opérations fait obstacle aux restructurations des groupes intégrés. Pour autant, les groupes intégrés peuvent éprouver le besoin de se restructurer pour s'adapter aux besoins du marché. Il ne faudrait pas dès lors que l'intégration fiscale constitue une entrave à la capacité d'adaptation des groupes de société, au risque de lui faire perdre son intérêt.

C'est pourquoi le législateur a prévu des dispositions spéciales en cas de fusion ou de scission de la société mère, tête du groupe intégré. L'article 223 L du CGI permet ainsi d'atténuer les conséquences de ces restructurations.

---

<sup>43</sup> Article 223 S du CGI

La fusion-absorption de la société mère ou la scission de cette dernière entraînent effectivement la cessation du groupe intégré formé par la société mère. Cependant, un nouveau groupe peut être constitué dès l'exercice d'absorption ou de scission. Aucun exercice ne se trouve donc placé en dehors du régime de groupe. En outre, en pareil hypothèse, les déficits d'ensemble du groupe qui cessent d'exister peuvent être, à condition d'obtenir un agrément de l'administration fiscale, transférés à la nouvelle société mère du groupe.

Les conséquences fiscales liées à la cessation du groupe sont donc fortement atténuées en cas d'absorption ou de scission de la société mère. Cependant, force est de constater que jusqu'en 2007, de tels aménagements n'étaient pas prévus pour les opérations de scission partielle.

## ***II. L'intérêt de ce régime dénié aux opérations de scission partielle***

Dans une situation de groupe, la scission partielle s'entend de l'opération par laquelle une société apporte à une autre les titres d'une filiale, en contrepartie des titres de la société bénéficiaire de l'apport, suivi de l'attribution de ces titres d'apport à ses actionnaires.

Avant la loi de finances rectificative pour 2007 du 25 décembre 2007<sup>44</sup>, la réalisation d'une opération de scission partielle d'un groupe intégré emportait sortie des filiales apportées dès le premier jour de l'exercice d'apport. De plus, les filiales apportées ne pouvaient faire partie du groupe que constitue la société bénéficiaire des apports qu'à compter de l'exercice suivant. Enfin, le déficit d'ensemble restait imputable et reportable par la société mère du groupe apportant les titres, dans la mesure où aucun transfert du déficit d'ensemble n'était prévu.

---

<sup>44</sup> Loi n°2007-1824, article 53

La loi permettait donc aux groupes intégrés de se restructurer par le biais d'une fusion de la société mère ou par sa scission en atténuant les conséquences fiscales d'une telle restructuration, tout en la refusant à la scission partielle du groupe. Cette différence de traitement devenait très critiquable dès 2005, puisque l'opération de scission partielle était alors envisagée par le droit communautaire<sup>45</sup>. Elle était d'autant plus critiquable que l'agrément de l'article 115, 2 du CGI permettait déjà la réalisation de la scission partielle par le biais de l'apport-attribution. Cela revient à dire que le droit fiscal envisageait déjà cette opération de restructuration, sans pour autant prendre en considération les problématiques des groupes de société. Cette situation contradictoire était également paradoxale en ce sens que les sociétés opérant ce genre de restructuration le font principalement pour des raisons d'adaptation aux exigences du marché sur lequel elles évoluent. Par conséquent, ce sont souvent des sociétés de taille importante qui appartiennent à un groupe, lequel pratique fréquemment l'intégration fiscale. En outre, l'absence d'adaptation du régime des groupes à la scission partielle devenait contestable en ce sens que dans certaines hypothèses, les séparations d'activité étaient réalisées pour des raisons règlementaires. Les filiales perdaient alors le bénéfice de l'intégration fiscale alors même que cela ne résultait pas d'un choix des actionnaires.

La loi de finances rectificative pour 2007 est venue remédier à cette situation.

---

<sup>45</sup> La directive communautaire du 17 février 2005, n°2005/19/CE étendait la directive fusion aux opérations de scissions partielles.

## Section 2 / L'article 223L, 6, g du CGI : la consécration des opérations de scission partielle de groupe

### ***I. Un régime soumis à conditions***

#### A) Les conditions relatives à l'opération en cause

##### *1. Un apport-attribution avec effet rétroactif*

L'article 223 L, 6, g, alinéa 2 du CGI dispose que: « Cette disposition s'applique aux apports qui prennent effet à la date d'ouverture de l'exercice des sociétés apportées ».

L'apport doit prendre effet à la date d'ouverture de l'exercice des sociétés apportées au cours duquel l'apport est réalisé. Cette date est fixée contractuellement entre les parties, dans le traité d'apport.

Cela ne pose pas vraiment de problème car en matière d'apport partiel d'actif classique comme de fusion, l'effet rétroactif est souvent prévu, a fortiori lorsque la branche apportée présente des déficits et que le bénéficiaire est présente des bénéfices. En effet, de la sortie, les déficits sont repris immédiatement par la société bénéficiaire et permettent de compenser son bénéfice pour la totalité de l'exercice d'apport.

La logique est similaire ici. Le régime de l'intégration fiscale va permettre de faire en sorte que la société apportée ne soit pas hors régime d'intégration pour l'exercice de l'apport.

##### *2. Un apport-attribution soumis à agrément*

L'opération de scission partielle de groupe, c'est-à-dire l'apport des titres de sociétés intégrées à une autre société, doit obtenir l'agrément de l'article 115, 2 du CGI. Sans revenir sur le détail de l'obtention de cet agrément, rappelons simplement qu'il implique d'obtenir également l'agrément de l'article 210 A du CFI.

Même si l'opération s'entend d'une scission partielle de groupe, elle n'en reste pas moins un apport-attribution, qui doit donc remplir toutes les conditions expliquées précédemment. La seule différence entre la scission partielle de groupe et celle de société réside dans le fait que l'apport consiste ici en un apport de titres du capital de filiales.

#### B) Des conditions similaires pour les sociétés apporteuse et bénéficiaire

Afin que le régime trouve à s'appliquer, la société réalisant l'apport doit être une société mère d'un groupe au sens de l'article 223 A du CGI. Au titre de cet article, pour être société mère d'un groupe, une entité doit remplir plusieurs conditions. Ainsi, en premier lieu, elle doit être une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés. En second lieu, elle doit détenir au moins 95% du capital des filiales apportées. Enfin, elle ne doit pas être détenue à 95% ou plus par une société soumise à l'impôt sur les sociétés.

La société ayant bénéficié de l'apport doit, pour pouvoir mettre en œuvre le régime de groupe fiscal dès l'exercice de réception des titres des filiales, remplir les conditions prévues à l'article 223 A du CGI. Elle doit donc pouvoir être une société mère de groupe au sens dudit article. Le régime d'intégration fiscale permet donc la scission partielle réalisée par l'apport d'une société mère à une autre société mère.

## ***II. Des effets fiscaux favorables aux restructurations de groupe par voie de scission partielle***

#### A) La « déneutralisation » des effets de l'intégration fiscale

L'aménagement du régime de l'intégration fiscale aux opérations de scission partielle de groupe n'a pas pour conséquence de modifier la totalité du régime fiscal de groupe. Ainsi, la sortie du groupe intégré des filiales

apportées entraîne les conséquences prévues aux articles 223 F et 223 R du CGI, c'est-à-dire la « déneutralisation » des effets de l'intégration fiscale. Au cas particulier, il conviendra donc de réintégrer ou de déduire les plus ou moins-values de cession d'immobilisation intragroupe ainsi que les subventions et abandons de créances, lorsque ces opérations auront concerné les filiales apportées. Cette « déneutralisation » sera effectuée par la société tête de groupe, au titre de l'exercice de sortie de filiales.

#### B) La constitution immédiate d'un nouveau groupe

L'aménagement du régime de groupe permet désormais à la société bénéficiaire des filiales de constituer un nouveau groupe avec ces dernières, dès l'exercice d'apport. C'est donc en l'espèce une différence majeure avec l'ancien régime, qui interdisait la formation d'un groupe intégré au titre de l'exercice d'apport. Cette modification constitue un facteur crucial de développement des opérations de scission partielle de groupe, en permettant la continuité des avantages fiscaux du régime d'intégration fiscale. C'est donc le principal obstacle à ces opérations qui a ici été supprimé, puisque les filiales apportées n'auront plus d'exercice imposé individuellement. Précisons également que dans le cas où la société bénéficiaire de l'apport fait déjà partie d'un groupe intégré existant, la société tête de ce groupe peut l'élargir dès l'exercice d'apport aux filiales apportées.

Ce mécanisme permet d'imaginer certaines optimisations fiscales par le biais des modifications de groupes intégrés. Imaginons ainsi qu'un groupe prévoit d'être largement déficitaire, même s'il se séparerait d'une filiale, elle-aussi fortement déficitaire. Un second groupe, constitué par une autre société, détenue in fine par les mêmes associés que ceux détenant la société mère du premier groupe, prévoit d'être bénéficiaire, et donc redevable de l'impôt sur les sociétés. Si les sociétés en cause peuvent justifier d'un motif économique, la scission partielle par l'apport des filiales déficitaires permet d'imaginer une optimisation fiscale. Ainsi, la société tête du groupe d'origine des filiales apporterait ces dernières à la société tête du second groupe. Par

conséquent, les déficits (sous réserves qu'ils existent toujours après « déneutralisation ») des filiales apportées permettraient de diminuer le bénéfice du groupe intégré dont elle feront désormais partie. Cependant, force est d'admettre que ce type d'optimisation reste très théorique, notamment en raison de la lourdeur de ces opérations, ainsi que de l'exigence d'un motif économique.

L'aménagement du régime de groupe aux opérations de scission partielle permet également un transfert de déficits.

### C) Le transfert de déficits permettant l'adaptation du droit fiscal à la réalité économique

#### 1. *Le transfert de déficits soumis au contrôle de l'administration*

Au terme du 7 de l'article 223 I du CGI, « une fraction du déficit d'ensemble du groupe de l'apporteuse peut être transférée, sur agrément, à la personne morale bénéficiaire de l'apport ». Il y a donc un contrôle de l'administration fiscale.

L'agrément est accordé lorsque certaines conditions sont réunies. En premier lieu, l'apport de titre doit avoir obtenu l'agrément de l'article 210 B du CGI. En deuxième lieu, l'attribution des titres doit avoir été agréée dans le cadre de l'article 115, 2 du CGI. En outre, l'opération doit être justifiée par un motif économique et doit répondre à des préoccupations autres que fiscales. Enfin, la fraction du déficit d'ensemble transférée doit provenir des sociétés apportées qui sont membres du nouveau groupe et pour lesquelles le dispositif d'imputation sur une base élargie est demandé<sup>46</sup>. Seule la fraction du déficit d'ensemble provenant des sociétés apportées et imputable sur une base élargie peut donc être transférée.

---

<sup>46</sup> BOI 4 H-6-10 du 23 février 2010

Le régime des groupes fiscaux permet donc aux filiales apportées, lors de la réalisation d'une opération de scission partielle, d'emporter avec elles une partie du déficit du groupe cédant. Cette disposition n'est que l'expression logique du fait que le déficit d'un groupe fiscal est constitué de l'ensemble du résultat de ses filiales intégrées.

## *2. Le dispositif d'imputation sur une base élargie*

Une partie du déficit d'ensemble va donc pouvoir être transféré à la société bénéficiaire de l'apport. Au-delà de l'intérêt résultant de ce transfert, un autre avantage de l'aménagement du régime de groupe aux opérations de scission partielle tient au fait que ce déficit transféré va pouvoir être imputé sur une base élargie. Ainsi, la société bénéficiaire de l'apport va pouvoir imputer ces déficits transférés sur ses bénéfices propres ultérieurs, mais elle va également pouvoir, si ses bénéfices propres ne sont pas suffisants, imputer les déficits restant sur une base élargie, constituée par les bénéfices propres ultérieurs des sociétés apportées.

La fraction du déficit imputable sur la base élargie est déterminée par l'article 46 quater-0 ZJ bis de l'annexe III du CGI. Elle est calculée, au titre de chaque exercice ayant dégagé pour le groupe apporteur un déficit d'ensemble restant à reporter, en appliquant à ce déficit la rapport entre la somme des déficits pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble au titre des sociétés apportées et la sommes des déficits pris en compte pour l'ensemble des sociétés du groupe. Il convient de préciser que les déficits retenus pour le calcul du rapport sont ceux existants après l'application des neutralisations liées au régime de groupe fiscal.

## CONCLUSION

La scission partielle, dans sa forme française consistant en un apport-attribution, constitue donc une opération de restructuration particulière. Entre la scission et l'apport partiel d'actif, elle permet une filialisation des activités sans disparition de la société apporteuse.

Si la conception française de la scission partielle permet de parvenir au même résultat que l'opération envisagée sous sa forme classique, c'est-à-dire avec attribution directe des titres d'apport aux actionnaires de la société apporteuse, elle continue de soulever trop d'interrogations et reste source de nombreuses incertitudes. Le régime juridique applicable à la distribution des titres demeure excessivement dépendant des modalités de réalisation de l'apport-attribution, ce qui n'est jamais souhaitable dans un souci de sécurité des situations juridiques. Certaines difficultés posent de « simples » problèmes de majorité tandis que d'autres heurtent sensiblement l'état actuel du droit des sociétés.

La neutralité que permet le droit fiscal ne parvient pas à compenser la complexité juridique de la réalisation des scissions partielles. Ce type d'opération nécessiterait d'être reconnue comme telle, sans qu'il ne soit plus besoin de détailler les apports et attributions. En effet, l'intervention de la société apporteuse dans le transit des titres d'apport jusqu'aux mains de ses actionnaires ne peut être que source de complexification. Or l'objectif de ces opérations réside dans leur efficacité. Elles doivent permettre la restructuration la plus rapide dans un souci d'adaptabilité au marché.

On ne peut donc que souhaiter que l'évolution du droit des sociétés aille dans le sens de la reconnaissance de l'opération de scission partielle, soit qu'elle permette l'attribution des titres d'apport directement aux actionnaires de la société apporteuse, soit qu'elle encadre les modalités de la répartition des titres d'apport par la société apporteuse à ces derniers, de sorte que les zones d'ombre soient levées. Cette modification du droit des sociétés est

d'autant plus souhaitable que la scission partielle existe déjà dans certains droits étrangers, comme aux Etat-Unis, qui connaissent l'opération *de spin-off*.

# **TABLE DES MATIERES**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>4</b>
<b><u>TITRE 1 : UN REGIME JURIDIQUE INCERTAIN, SOURCE DE COMPLEXITE</u></b>	<b><u>11</u></b>
<b>CHAPITRE 1 : LA RECHERCHE DU REGIME JURIDIQUE DE LA SCISSION PARTIELLE : UNE NECESSAIRE CLARIFICATION DES SITUATIONS JURIDIQUES</b>	<b>11</b>
<b>SECTION 1 : LA RECHERCHE DU REGIME JURIDIQUE DE LA SCISSION PARTIELLE AU CŒUR DES DEBATS DOCTRINAUX</b>	<b>11</b>
I. LE RAPPROCHEMENT DE LA SCISSION PARTIELLE AU REGIME DES SCISSIONS : UNE POSITION DOCTRINALE ANCIENNE	11
II. LE RAPPROCHEMENT DE LA SCISSION PARTIELLE AU REGIME DES SCISSIONS : UNE POSITION CONTESTEE	14
<b>SECTION 2 : LA CLARIFICATION OPPORTUNE ET PRAGMATIQUE DE LA COUR DE CASSATION</b>	<b>17</b>
I. UNE CLARIFICATION PRAGMATIQUE	17
II. UNE INTERPRETATION CONTESTEE	19
<b>CHAPITRE 2 : L'ABSENCE DE REGIME JURIDIQUE : UNE SOURCE DE COMPLEXIFICATION DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA SCISSION PARTIELLE</b>	<b>23</b>
<b>SECTION 1 : LES INCERTITUDES LIEES A LA REPARTITION DES TITRES</b>	<b>23</b>
I. LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR LA QUALIFICATION DES BIENS DISTRIBUES	23
A) UNE LEGALITE DISCUTEE SELON LA NATURE DES BIENS DISTRIBUES	23
1/ L'IMPUTATION SUR LE COMPTE CAPITAL	23
2/ LA DISTRIBUTION DU BENEFICE DISTRIBUABLE	25
B) LA NATURE DE DROITS D'ASSOCIE DES ACTIFS DISTRIBUES	27
II. LES DOUTES LIES A L'ORGANE COMPETENT ET A LA MAJORITE APPLICABLE	29
A) L'IMPUTATION DE LA REPARTITION SUR LE COMPTE CAPITAL	29
B) L'IMPUTATION SUR LE COMPTE DE RESERVES OU DE PRIME	30
<b>SECTION 2 : LES AUTRES DIFFICULTES PRATIQUES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA SCISSION PARTIELLE</b>	<b>31</b>
I. LA NECESSAIRE RESPONSABILITE DU PRINCIPE D'EGALITE ENTRE LES ACTIONNAIRES	31
II. L'INCERTITUDE DOCTRINALE QUANT AU SORT DES DROITS DE VOTE DOUBLE	32
III. LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR LES TITRES AUTO-DETENUS	33
<b><u>TITRE 2 : UN REGIME FISCAL FAVORABLE A LA SCISSION PARTIELLE</u></b>	<b><u>35</u></b>
<b>CHAPITRE 1 : L'AGREMENT DE L'ARTICLE 115, 2 DU CGI : CLEF DE VOUTE DE LA NEUTRALITE FISCALE DE LA SCISSION PARTIELLE</b>	<b>35</b>
<b>SECTION 1 : UN AGREMENT SOUMIS A CONDITIONS</b>	<b>35</b>
I. LES CONDITIONS DE L'ARTICLE 115, 2 DU CGI	35
A) LES CONDITIONS PERMETTANT LA DEMANDE DE L'AGREMENT	35
1/ UNE ATTRIBUTION PROPORTIONNELLE DES TITRES	35

2/ UNE ATTRIBUTION INTERVENANT DANS L'ANNEE SUIVANT L'APPORT	36
B) LES CONDITIONS DE DELIVRANCE DE L'AGREMENT	37
1/ LA JUSTIFICATION DE L'OPERATION PAR UN MOTIF ECONOMIQUE	37
2/ LE PLACEMENT DE L'APPORT SOUS LE REGIME DE L'ARTICLE 210 A DU CGI	38
3/ L'ABSENCE D'OBJECTIF DE FRAUDE OU D'EVASION FISCALE	39
II. DES CONDITIONS CONTRADICTOIRES DU DROIT COMMUNAUTAIRE ?	39
A) L'APPLICABILITE DU DROIT COMMUNAUTAIRE AUX SITUATIONS PUREMENT INTERNES	39
B) L'OCTROI DE L'AGREMENT : SUBORDINATION DU SURSIS D'IMPOSITION A DES CONDITIONS NOUVELLES ?	41
<b>SECTION 2 : L'OBTENTION DE L'AGREMENT</b>	<b>43</b>
I. LA PROCEDURE D'AGREMENT	43
A) LES MODALITES DE DELIVRANCE DE L'AGREMENT	43
B) LA PERTE OU LE RETRAIT DE L'AGREMENT	44
II. LES EFFETS DE L'AGREMENT	45
A) LA NON ASSIMILATION A UNE DISTRIBUTION DE REVENUS MOBILIERS	45
B) LA NEUTRALITE FISCALE FAVORABLE A LA SCISSION PARTIELLE	47
1/ CHEZ LA SOCIETE DISTRIBUTRICE	47
2/ CHEZ LE BENEFICIAIRE	48
<b>CHAPITRE 2 : L'AMENAGEMENT DU REGIME DES GROUPES DE SOCIETES FAVORABLE AUX SCISSIONS PARTIELLES</b>	<b>50</b>
<b>SECTION 1 : LA FICALITE DES RESTRUCTURATIONS DE GROUPES AVANT 2007 : UN REGIME MECONNAISSANT LES OPERATIONS DE SCISSION PARTIELLE</b>	<b>50</b>
I. UN REGIME APPLICABLE AUX OPERATIONS DE FUSION ET DE SCISSION	50
II. L'INTERET DE CE REGIME DENIE AUX OPERATIONS DE SCISSIONS PARTIELLES	52
<b>SECTION 2 : L'ARTICLE 226, L, 6, G DU CGI : LA CONSECRATION DES OPERATIONS DE SCISSION PARTIELLE DE GROUPE</b>	<b>54</b>
I. UN REGIME SOUMIS A CONDITIONS	54
A) LES CONDITIONS RELATVIES A L'OPERATION EN CAUSE	54
1/ UN APPORT-ATTRIBUTION AVEC EFFET RETROACTIF	54
2/ UN APPORT-ATTRIBUTION SOUMIS A AGREMENT	54
B) DES CONDITIONS SIMILAIRES POUR LES SOCIETES APORTEUSE ET BENEFICIAIRE	55
II. DES EFFETS FISCAUX FAVORABLES AUX RESTRUCTURATIONS DE GROUPE PAR VOIE DE SCISSION PARTIELLE	55
A) LA « DENEUTRALISATION » DES EFFETS DE L'INTEGRATION FISCALE	55
B) LA CONSTITUTION IMMEDIATE D'UN NOUVEAU GROUPE	56
C) LE TRANSFERT DE DEFICIT PERMETTANT L'ADAPTATION DU DROIT FISCAL A LA REALITE ECONOMIQUE	57
1/ LE TRANSFERT DE DEFICIT SOUMIS AU CONTROLE DE L'ADMINISTRATION	57
2/ LE DISPOSITIF D'IMPUTATION SUR UNE BASE ELARGIE	58
<b>CONCLUSION</b>	<b>59</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b>	<b>61</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>63</b>

## **BIBLIOGRAPHIE**

- *La figure de la scission partielle en droit français*, Pierre-Yves Chabert, Revue des sociétés, Dalloz 2005, p.779
- *Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle*, Hervé Le Nabasque, Revue des sociétés, Dalloz 2005, p. 759
- Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, éd. 2011
- Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Fiscal*, éd. 2011
- M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 14<sup>e</sup> éd.
- Lamy, *Sociétés commerciales*, 2005