

# LA FILIALISATION INTERNATIONALE PAR APPORT PARTIEL D'ACTIF

**Michel Menjucq**

Professeur à l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne

L'apport partiel d'actif est une opération complexe qui recouvre deux techniques. « L'apport partiel d'actif est l'opération par laquelle une société fait apport à une autre (nouvelle ou déjà créée) d'une partie de ses éléments d'actif et reçoit, en échange, des titres émis par la société bénéficiaire des apports. L'apport partiel d'actif peut porter sur un ou plusieurs éléments isolés (par exemple, un immeuble ou des titres en portefeuille) ou sur un ensemble de biens (par exemple, les éléments actifs et passifs d'une branche d'activité déterminée). Dans ce second cas, l'opération est comparable à une fusion ou à une scission en ce qui concerne l'actif (et le passif) apporté(s) »<sup>1</sup>.

C'est dans ce second cas que l'apport partiel d'actif présente le plus d'originalité puisqu'il peut se réaliser par application de la technique de la transmission universelle de patrimoine propre aux fusions ou aux scissions. Effectivement, lorsqu'il porte sur une branche complète d'activité (notion seulement définie en droit fiscal), les parties ont, tout au moins en droit français, la faculté d'opter pour le régime des scissions (art. L. 236-22 C. com. ; anc. art. 387 L. 24 juillet 1966). C'est généralement l'apport de branche d'activité qui est utilisée pour la filialisation.

Ainsi, pour conférer une plus grande autonomie décisionnelle à une de ses exploitations afin, par exemple, de lui permettre de répondre plus rapidement à la clientèle, une société mère ou une filiale (on parle en ce cas de sous-filialisation) peut envisager de filialiser un de ses établissements situé dans un autre Etat en le dotant d'une structure sociale lui conférant la personnalité morale. C'est aussi une technique de regroupement des entreprises puisqu'elle permet de réunir dans une même société des branches d'activités identiques qui étaient jusque là éparpillées entre plusieurs sociétés du même groupe. La filialisation soulève des questions spécifiques d'ordre juridique et fiscal lorsqu'elle s'opère dans le cadre international.

---

<sup>1</sup> B. Mercadal et Ph. Janin, Sociétés commerciales, Mémento Lefebvre 2001, n° 26770.

## I. ANALYSE DU CONFLIT DE LOIS SE RAPPORTANT A L'APPORT DE BRANCHE D'ACTIVITE

### A) Détermination de la loi applicable à l'opération

**Lois en conflit.** Deux lois sont susceptibles de s'appliquer à une opération internationale d'apport de branche d'activité :

- la loi applicable à la société apporteuse, puisque la *lex societatis* régit en principe toutes les opérations ayant lieu durant la vie sociale, telles que les augmentations de capital, les fusions et scissions ;
- la loi de l'Etat où la branche d'activité est apportée, cette loi pouvant s'appliquer au double titre de *lex societatis* de la société bénéficiaire des apports et de *lex rei sitae*, c'est-à-dire de loi de situation des biens apportés.

La résolution du conflit de lois exige que soit déterminée la nature juridique de l'apport de branche d'activité. S'il s'agit d'un apport en nature, il est soumis à la *lex societatis* des sociétés en cause pour les conditions de la décision d'apport et à la *lex rei sitae* pour les modalités et les effets du transfert<sup>2</sup>. S'il s'agit d'un apport universel, il est soumis exclusivement à la *lex societatis* des sociétés participant à l'opération.

**Qualification de l'opération de filialisation.** Pour certains auteurs<sup>3</sup>, l'apport de branche d'activité se rapproche de l'apport en nature, mais la quasi-totalité de la doctrine ne manque pas de relever qu'il s'agit d'un apport en nature pour le moins « particulier » qui présente des points communs avec les opérations de fusion et de scission. Certes, à la différence de ces dernières opérations, l'apport de branche d'activité ne se traduit ni par la transmission de la totalité du patrimoine de la société apporteuse ni par la dissolution sans liquidation de celle-ci. Cependant, pour la branche d'activité concernée, il y a bien application de la transmission universelle de patrimoine, caractéristique des opérations de fusion et de scission. Cette affirmation se vérifie d'ailleurs en droit français qui prévoit la faculté de soumettre les apports de branche au régime des scissions. Il en est de même en droit belge qui assure le « transfert de plein droit » par l'effet de la loi des actifs et passifs d'une branche d'activité comme il le fait pour les fusions et scissions. Ainsi, depuis la loi du 13 avril 1995, le législateur belge appréhende globalement de manière semblable les opérations de fusion, scission et d'apport de branche d'activité, ce qui est cohérent, car ces opérations sont proches d'un point de vue économique<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> En ce sens, Y. Loussouarn et M. Trochu, *Juris-cl. international*, fasc. 564-30, n° 76.

<sup>3</sup> M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec 13<sup>ème</sup> éd., n° 1760.

<sup>4</sup> En ce sens, voir T. Tilquin, *Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité*, *Journal des tribunaux* 1996, p. 493 s et spéc. n°20 et 27.

Ainsi, comme l'a relevé Y. Guyon<sup>5</sup>, l'apport d'une branche d'activité a une nature propre : il s'agit d'une transmission à titre universel distincte de l'apport en nature qui est un apport à titre particulier, cette transmission se rapprochant davantage des fusions et scissions auxquelles il emprunte le mode de transmission universelle. Il en résulte qu'il convient de distinguer d'une part, l'apport d'une branche d'activité pour lequel a été exercée la faculté de le soumettre au régime des scissions et qui entraîne la transmission universelle d'une quotité active et passive du patrimoine (la branche d'activité) et d'autre part, l'apport en nature même s'il porte sur une universalité de fait (tel un fonds de commerce) qui ne conduit jamais à une transmission d'une quotité active et passive (la transmission du fonds n'entraînant pas celle des dettes afférentes sauf exceptions légales).

C'est très exactement ce qu'a affirmé la Cour de cassation en indiquant dans un arrêt du 5 mars 1991 que lorsque l'apport partiel d'actif est soumis au régime des scissions, à l'exception d'une « dérogation expresse prévue par les parties dans le traité de scission ou d'apport » et sauf « communauté ou confusion d'intérêt ou fraude », « il s'opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, bien et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport »<sup>6</sup>.

**Vocation de principe de la *lex societatis* en cas d'apport à titre universel.** La conséquence est importante pour la résolution du conflit de lois. Dès lors que l'apport de branche d'activité est qualifié d'apport à titre universel et qu'il est soumis au mode d'acquisition spécifique que constitue la transmission universelle de patrimoine, la *lex rei sitae* ne saurait avoir qu'un domaine réduit. Bien évidemment, cette règle de conflit ne gouverne ni la décision, ni la procédure d'apport qui dépendent de la *lex societatis* des sociétés participantes s'appliquant distributivement car ces aspects relèvent du fonctionnement interne de chacune de ces sociétés. Mais, elle ne régit pas non plus les modalités et les effets du transfert de propriété qui sont aussi soumis à la *lex societatis* des sociétés concernées puisque c'est la loi de la société qui régit l'apport de branche d'activité, objet de la transmission universelle.

Si l'on prend l'exemple d'un apport d'une société de droit français à une société de droit belge, s'agissant d'un apport en nature, la publicité de l'apport ainsi que ses effets dépendent de la loi belge de situation des biens (tout au moins pour des biens meubles), alors que s'agissant d'un apport à titre universel, l'opération dépend de la loi des sociétés en cause s'appliquant distributivement, c'est-à-dire de la loi française de la société apporteuse et plus précisément aux articles L. 236-16 à L. 236-22 C. com. (anc. 382 à 388 du 24 juillet 1966) ainsi que de la loi belge de la société bénéficiaire (art. 174-53 et suivants des lois coordonnées sur les sociétés).

En fait, dans le cas d'un apport de branche d'activité à titre universel, la loi de situation des biens (loi du pays où est implanté l'établissement filialisé) n'intervient que pour admettre ou

---

<sup>5</sup> Droit des affaires, Economica, 10<sup>ème</sup> éd. 1998, n° 388.

<sup>6</sup> Cass. com., 5 mars 1991, D. 1991, p. 441, note Honorat ; Rev. dr. bancaire 1991, p. 102, n°1, obs. M. Jeantin et M. Cozian.

refuser le mécanisme de la transmission universelle car « un transfert d'universalité ne peut se réaliser que si les lois du pays où les biens sont situés (*lex rei sitae*) reconnaissent un tel mode d'acquisition »<sup>7</sup>.

Toutefois, la *lex rei sitae* pourrait s'appliquer à un apport de branche d'activité si les parties le décidaient. C'est en ce sens qu'il faut analyser un arrêt de la Cour d'appel de Versailles<sup>8</sup> selon lequel « les articles 382 à 387 de la loi du 24 juillet 1966 pouvaient parfaitement régir les opérations (de filialisation) réalisées en France par une société étrangère ayant des actifs en France ». L'application des règles françaises de la scission à un apport de branche d'activité réalisé par une société de droit étranger est donc un faculté pour les parties.

La *lex rei sitae* pourrait aussi s'appliquer si les sociétés concernées renonçaient expressément au mécanisme de la transmission universelle dans l'acte d'apport comme l'a précisé la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 5 mars 1991. Dans ce cas, les parties donneraient compétence aux règles du pays de situation du bien relatives à l'apport en nature.

### **B) Principe de l'application distributive des lois des sociétés participantes**

**Comme pour la fusion transfrontalière.** L'application distributive de la loi applicable aux sociétés participant à l'opération revient à mettre en œuvre un procédé envisagé pour les fusions transfrontalières<sup>9</sup>. Le principe est que certains aspects de l'apport de branche d'activité ne nécessitent pas de remplir les conditions requises par les lois des deux sociétés concernées. Par exemple, les conditions de la décision d'apport ne relèvent que de la loi de la société apporteuse, alors qu'au contraire la décision d'augmentation du capital de la société bénéficiaire ne doit être soumise qu'à la loi applicable à cette dernière société.

En revanche, d'autres aspects de l'opération doivent réunir les conditions exigées par les lois des sociétés participantes qui s'appliquent de manière cumulative. Ainsi, il est nécessaire que l'ensemble transféré constitue une branche autonome d'activité au regard des lois en cause, ce qui signifie qu'il doit vérifier la définition de chacune de ces lois pour que l'opération reçoive la qualification d'apport de branche d'activité et puisse se réaliser par transfert d'universalité. De même le projet d'apport doit remplir les conditions requises par la loi de la société apporteuse et par celle de la société bénéficiaire.

---

<sup>7</sup> G. Beitzke, Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé), Rev. crit. DIP 1967, 1.

<sup>8</sup> CA Versailles, 3 octobre 1996, Bull. Joly 1997, p. 118, note T. Tilquin.

<sup>9</sup> G. Beitzke, Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés, J.-J. Caussain, Fusions transfrontalières, JCP E 1999, p. 897 ; M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Précis Domat, éd. Montchrestien, n° 166, (à paraître).

## II. FISCALITE DE L'APPORT TRANSFRONTALIER DE BRANCHE D'ACTIVITE

**Directive fusion et pratique fiscale française.** L'apport d'une branche d'activité par une société d'un Etat membre à une société d'un autre Etat membre bénéficie en principe, comme les fusions et scissions, de la neutralité fiscale en vertu de l'application de la directive « fusion » 90/434 du 23 juillet 1990<sup>10</sup>. Toutefois, la pratique administrative française fait une application, assez contestable de la directive dans l'hypothèse d'une filialisation d'une branche d'activité située en France par une société localisée à l'étranger<sup>11</sup>.

### A) Principes posés par la directive « fusion »

La directive 90/434 du 23 juillet 1990, dite directive "*fusions*", institue un régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports partiels d'actifs et échanges d'actions afin que la réalisation de ces opérations entre des sociétés de capitaux d'Etats membres différents ne soit pas entravée par des considérations fiscales.

Le principe de ce régime fiscal commun consiste à rendre la fusion fiscalement neutre. La fusion est traitée comme une opération intercalaire c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu par elle-même à l'imposition des plus-values apparues à cette occasion à la condition qu'elles restent imposables dans la nouvelle société ou dans la société absorbante. Dès lors que cette dernière poursuit les droits et obligations fiscaux de la société apporteuse, il y a un report d'imposition. Sont ainsi en sursis d'imposition les plus-values latentes, résultant de la différence entre la valeur réelle de l'actif et sa valeur fiscale. Evidemment, en contrepartie, ces plus-values doivent demeurer imposables dans la société absorbante à la valeur fiscale qu'elles avaient dans la société dissoute.

Ce régime qui favorise les opérations transfrontalières peut, par exception, être paralysé par le jeu de la **clause de sauvegarde (ou anti-abus)** prévue à l'article 11-1 de la directive 90-434. Cette disposition permet à un Etat de ne pas appliquer les règles fiscales de la directive lorsque l'opération « a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale », le texte ajoutant que « le fait qu'une des opérations visées n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération peut constituer une présomption ». Cette clause de sauvegarde confère un pouvoir d'appréciation important aux Etats puisqu'elle leur permet de refuser l'application du régime de faveur aux opérations dont l'évasion fiscale ne serait pas le but exclusif.

---

<sup>10</sup> J.O.C.E. 225/1 du 20 août 1990; Voir les commentaires de G. Montagnier, Harmonisation fiscale communautaire (janvier 1988-décembre 1990), RTDE 1991, chron., p. 79. P. Dibout, Dr. fisc. 1990, n° 49, p. 1654 ; D. Berlin, *Juris-Cl. Europe*, Fasc. 1650, n°31 et s. Voir aussi, B. Lecourt, l'influence du droit communautaire sur la constitution des groupements, LGDJ 2000, n° 705 s.

<sup>11</sup> Voir Allard de Waal, Filialisation d'une succursale française par une société européenne : la Loi de Finances pour 2000 légalise une doctrine administrative contestable, JCP E 2000, p. 502.

Applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1992, la directive a été transposée dans les Etats membres de manière parfois contestable. Tel est le cas du droit français qui soumet les opérations transfrontalières à un agrément dont l'imprécision des conditions de son octroi semble peu conforme à la directive<sup>12</sup>. Une décision de la CJCE en date du 17 juillet 1997 conforte ce doute en affirmant que la possibilité pour l'autorité de l'Etat en cause d'accorder un agrément de manière discrétionnaire est contraire au principe de proportionnalité et va « au delà de ce qui est nécessaire pour éviter une fraude ou une évasion ».

### **B) Pratique de l'administration fiscale française**

Comme à l'égard des fusions transfrontalières, la mise en œuvre de la directive fusion par l'administration fiscale française en matière de filialisation se révèle contestable. Pour les fusions, l'agrément n'est accordé en pratique qu'à la condition que les actifs transférés soient conservés dans un établissement de la société absorbante situé sur le territoire français<sup>13</sup>. La masse imposable doit donc rester dans le champ de compétence de la législation fiscale française. Paradoxalement, l'administration fiscale est encore plus suspicieuse pour accorder son agrément dans la situation inverse de l'absorption d'une société étrangère par une société française, car l'opération donne lieu à l'attribution de titres aux associés de la société absorbée qui sont résidents étrangers. La conséquence est que, lors de la cession des titres de la société absorbante par ces résidents étrangers, ceux-ci s'acquittent de la plus-value selon l'imposition locale, qui peut les en exonérer, et non selon la fiscalité française, qui voit donc lui échapper des rentrées fiscales.

Concernant la filialisation internationale par apport partiel d'actif, l'administration exige, à titre de condition d'attribution de son agrément de la filialisation, que la filiale française bénéficiaire des apports donne en échange ses titres, non à la société étrangère apporteuse, mais à une société holding française interposée (ou éventuellement à un établissement stable en France de la société apporteuse, à l'actif duquel figureraient les titres de la filiale). La seule exception à cette exigence existe dans le cas assez rare dans la réalité où l'administration fiscale française pourrait imposer la plus-value réalisée par l'actionnaire non résident en cas de cession de sa participation dans sa filiale située en France,

L'objectif est bien évidemment de pouvoir imposer les plus-values en cas de cession des titres avant le délais de 5 ans, ce qui ne serait pas possible si ces titres sont détenus à l'étranger. Aussi, la holding française interposée doit, pour obtenir l'agrément lui permettant de bénéficier de la neutralité fiscale, d'une part s'engager à conserver ces titres pendant au moins 5 ans et d'autre part, reprendre ces mêmes titres dans ses comptes, à la valeur fiscale d'origine qu'avait les actifs de la branche d'activité dans les comptes de la société mère étrangère. La conséquence de cette pratique administrative en cas de cession ultérieure des titres de la filiale française par la holding interposée consiste en une imposition de la plus-value d'apport dont l'imposition avait été initialement différée alors que la filiale française conserve elle aussi les

---

<sup>12</sup> cf. Ph. Derouin et G. Ladreyt, L'incomplète adaptation du régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées à la directive communautaire du 23 juillet 1990, *Droit fiscal*, 1992, n° 5, p. 224.

<sup>13</sup> Voir B. Lecourt, *op. cit.*, n° 707.

valeurs fiscales d'origine. L'exigence d'une société interposée crée en définitive une double imposition latente de la plus-value d'apport qui n'apparaît conforme à la directive<sup>14</sup>.

Or l'article 22 de la Loi de Finance pour 2000<sup>15</sup> donne un fondement légal à cette pratique de l'administration française en prévoyant notamment que les modalités de l'opération doivent permettre « d'assurer l'imposition future des plus-values mises en sursis d'imposition ». L'incompatibilité du droit fiscal français avec la directive n'en est que renforcée.

---

<sup>14</sup> En ce sens, Allard de Waal, op. cit.

<sup>15</sup> Loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999, Dr. fisc. 2000, comm. 1.