

Apport partiel ou cession d'actifs : avantages et inconvénients dans le cadre d'une opération de carve-out

Par Bernard Tézé, Associé, DS Avocats

Les groupes d'entreprises sont des organismes vivants et doivent se séparer d'activités qui n'entrent plus dans le cadre de leur stratégie pour se redéployer.

Les opérations de *carve-out* font donc partie de la vie des entreprises et il existe plusieurs moyens juridiques de les réaliser : la **cession d'actifs**, la **cession d'actions** ou l'apport d'actifs à une nouvelle entité dont les actions sont cédées (**apport-cession** ou *spin-off*).

La pratique française est sensiblement différente de celle en cours dans les autres pays et privilégie les opérations de cession d'actions ou d'apports. Il est pourtant plus naturel d'acquérir des actifs plutôt que de devoir reprendre une société qui comporte un passif avec des garanties à négocier, mais les cessions d'actions ont été préférées aux cessions d'actifs en France pour deux raisons principales : i) la fiscalité autrefois très élevée sur les cessions de fonds de commerce et ii) le formalisme désuet datant de 1909 et 1935 de ce type de transactions.

Les cessions de fonds de commerce ont longtemps supporté des droits d'enregistrement de 16,6 % sur les incorporels et les immobilisations. Cette lourde taxation, couplée au formalisme de la cession de fonds de commerce, avec ses mentions obligatoires, publications et formalités de séquestre, suscitait l'étonnement de nos partenaires étrangers.

La loi Pacte et la loi Soilihi des 22 mai et 19 juillet 2019 ont **significativement allégé les modalités de cession de fonds de commerce** et également assoupli les conditions du recours à la location gérance.

L'article L 141-1 du Code de commerce disposait depuis 1935 des **mentions obligatoires** relatives à l'origine du fonds, à son CA et résultats des trois derniers exercices, ses inscriptions, etc, et ceci **sous peine de nullité**. La raison n'était pas seulement la protection des acquéreurs mais aussi la vérification par le fisc que le prix n'était pas sous évalué. Cet article a enfin été **supprimé**, de même que l'exigence pour une location-gérance, que le fonds ait été exploité pendant au moins deux ans.

Le deuxième inconvénient des cessions de fonds de commerce, le coût des **droits d'enregistrement**, a été progressivement résorbé puisqu'ils sont passés de 16,6 % à 11,4 %, puis à 5 % (3 % jusqu'à 23.000 €), ce qui est comparable aux droits de 3 % sur la cession de parts de SARL. Les cessions d'actions de SA et de SAS (autres qu'à prépondérance immobilière) sont taxées à 0,1 %.

Les deux principaux obstacles aux **cessions d'actifs** ayant été résorbés, il leur reste un **avantage significatif** par rapport aux apports partiels d'actifs ("**APA**") : **la rapidité**. Une cession d'actif peut en effet être réalisée en quelques jours seulement dès lors que l'acquéreur et le vendeur sont d'accord sur la chose et le prix.

En revanche, lorsqu'il faut isoler une activité dans une nouvelle entité pour la céder (APA ou *spin off*), il faut compter **deux ou trois mois de délais légaux** détaillés ci-dessous. Bien sûr, la question ne se pose pas lorsque l'activité à sortir du groupe est déjà isolée dans une société. Il est alors plus rapide de céder les actions de cette société plutôt que de céder son fonds.

Du point de vue **social**, cela est plus facile puisqu'il n'y aura **pas de changement d'employeur** : seul l'actionnaire change. Il suffit de procéder, comme pour une cession de fonds, aux obligations d'information/consultation classiques des IRP, et aux procédures de la Loi Hamon lorsqu'elle est applicable. Notez qu'il peut y avoir un léger avantage à céder les titres d'une holding puisque celle-ci n'a généralement que peu d'employés. Il n'y a pas d'avantages particuliers à procéder à une cession d'actions ou d'actifs au vu de la loi Florange.

Le mécanisme des apports cession est un peu plus long à mettre en place car il faut :

- bien définir l'activité, revoir les autorisations de tiers et établir un traité d'apport de l'activité ;
- constituer une société nouvelle pour recevoir cette activité ;
- nommer un commissaire aux apports pour vérifier notamment que la rémunération prévue pour l'apport (la valeur des actions) n'est pas surévaluée ;
- réaliser une augmentation de capital en rémunération des apports ;
- déposer au tribunal de commerce le traité d'apport après publication dans un journal d'annonces légales, au BALO et/ou BODACC ; et,
- à l'issue de la publication et dans un délai de 30 jours, tenir une AGE au niveau de l'apporteuse et de la bénéficiaire pour réaliser l'apport.

Ce **mécanisme un peu long et formel** peut présenter une **grande utilité pratique** car il a un effet juridique de transmission universelle de patrimoine, « **l'Effet TUP** », lorsque l'APA est soumis au régime des scissions.

Cet « Effet TUP » des APA est une originalité du droit français. Il est en effet ignoré au Royaume-Uni et aux Etats-Unis où, en cas de transfert d'activité, les contrats doivent être cédés un par un sous la forme de novations ou cessions avec l'accord du cocontractant entraînant lourdeurs et coûts juridiques conséquents !

La France a simplifié ce processus dès 1966 en permettant en cas d'APA soumis au régime des scissions d'une « **branche autonome et complète d'activité** », la transmission des contrats et passifs liés à cette branche sans accord du cocontractant, sauf si le contrat contient une clause contraire ou « *intuitu personae* ».

Le concept de « branche autonome et complète d'activité » définie par la Directive européenne sur les fusions comme l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un **ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens**, donne lieu à une importante jurisprudence visant à déterminer ce qui est réellement transmis (périmètre de l'apport) en cas de silence ou d'ambiguïté.

Selon l'article 210 B du CGI sont assimilés à une branche complète pour le régime de faveur des plus-values, « *les apports de participations portant sur plus de 50% du capital de la société dont les titres sont apportés ou [...] les apports venant renforcer cette détention* » sous certaines conditions. Il en est de même « *des apports de participations conférant à la société bénéficiaire la détention directe de plus de 30 % [...] de la société dont les titres sont apportés lorsqu'aucun autre associé ne détient une fraction supérieure* ».

Le régime de neutralité fiscale au niveau des plus-values est soumis au respect de certaines conditions reprises dans l'acte d'apport. Depuis la seconde loi de finance rectificative pour 2017, **la condition de conservation, pendant trois ans, des titres remis en contrepartie de l'apport a été supprimée** lorsque l'apport porte sur une branche complète d'activité, marquant une **tendance à l'assouplissement**.

Ce régime spécial peut, **dans certaines situations**, s'avérer **en fait** moins favorable que le régime de droit commun. Une étude fiscale spécifique de la situation est, dans tous les cas, recommandée, particulièrement sur l'utilisation des déficits.

A noter enfin en matière sociale, une tendance à la remise en cause du critère « d'autonomie de la branche d'activité » à la suite de la jurisprudence Perrier, pour faire obstacle au transfert automatique d'employés en application de l'article L 1224-1 du Code du travail. Cette question mérite, comme le volet fiscal, une étude détaillée.

Cession d'activité/fonds de commerce ou apport partiel d'actifs/spin off ; le match est serré et nécessite un examen juridique, fiscal et social précis de la situation particulière pour optimiser les diverses contraintes liées au détournage/*carve out*.

A propos de l'auteur :

Bernard Tézé est associé au sein du cabinet DS Avocats