TRANSFERTS D'ACTIVITÉS DANS LE CADRE DU BREXIT, L'ESSOR DE LA CONVENTION DE SUCCESSEUR

par Simonetta Giordano, Partner, Anna Velitchkova, Managing Associate, et Antoine Melchior, Associate, Avocats à la Cour, Cabinet d'avocats Simmons & Simmons LLP

Nous remercions également nos spécialistes : Ian Rogers, Partner, pour le réglementaire, Chloë Nessim, Partner, et Adrien Gros pour la fiscalité, Julia Gori, Managing Associate, pour le droit social et Martin Binder, Supervising Associate pour le contentieux.

Simonetta Giordano

Anna Velitchkova

Antoine Melchior

Il y a fort à parier, et nous en voyons les préparatifs depuis plus d'un an, que les transferts d'activités vont se multiplier dans le cadre du Brexit. L'enjeu est déterminant, notamment pour bon nombre d'institutions financières et d'asset managers.

Compte tenu du cadre réglementaires qui leur est applicable, en effet, la plupart avaient établi leur centre de gravité dans la City et exercent en Europe continentale par le biais de succursales sous l'ombrelle du passeport européen.

Or dans l'hypothèse du Brexit, et plus particulièrement d'un *hard* Brexit, les entités britanniques ne bénéficieront *a priori* plus du passeport. Ainsi, tout particulièrement dans le secteur des institutions financières et de l'asset management, nous voyons se multiplier les créations d'entités basées dans un pays d'Europe continentale (tels que Luxembourg, Irlande, Francfort et, de plus en plus, Paris) qui vont reprendre le rôle précédemment exercé par le centre de gravité britannique en bénéficiant du passeport européen.

Transférer une activité depuis le *hub* britannique vers le *hub* européen n'est cependant pas mince affaire. Cela se complique d'autant plus que sont impliquées des succursales implantées localement, dépourvues de personnalité morale, que l'on ne peut pas transférer en l'état au *hub* européen et qui juridiquement ne peuvent elles-mêmes transférer d'actifs. Dès lors, c'est l'entité britannique qui juridiquement transfère l'ensemble des activités à l'entité qui va agir en qualité de *hub* européen, cette dernière établissant des succursales dans tous les pays où en avait l'entité britannique et logeant les activités locales dans ces nouvelles succursales. Bien évidemment, il serait trop simple de penser que la loi régissant le transfert est exclusivement celle choisie par l'entité britannique et le *hub* européen. Celle-ci s'applique bien sûr à la structure de l'opération dans son ensemble mais s'appliquent également une foule de spécificités locales.

Ainsi, en France comment est qualifiée l'opération ? D'apport simple, d'apport de branche autonome d'activité, de cession de fonds de commerce, de simple cession d'actifs ou encore de convention de successeurs ? Sans compter les démarches à accomplir devant l'AMF ou l'ACPR concernant les nouvelles succursales, les impacts fiscaux et les contraintes liées au transfert de salariés.

C'est dans ce cadre que notre pratique voit les conventions de successeurs se multiplier en France.

La raison principale tient à la manière dont est structurée la majeure partie du secteur de l'asset management.

SPÉCIFICITÉ DU SECTEUR DE L'ASSET MANAGEMENT

Il est fréquent que la gestion des actifs soit exercée à Londres alors que la commercialisation est effectuée localement par les succursales, généralement en vertu d'un passeport en conseil en investissements. De ce fait, la succursale française va commercialiser des produits qui sont ensuite gérés à Londres et contractuellement rattachés à l'entité britannique.

Dès lors, juridiquement, la clientèle n'est pas contractuellement rattachée à la succursale française. Et lorsque les activités françaises seront transférées de l'entité britannique vers la nouvelle succursale du *hub* européen, dans de nombreux cas il n'y aura donc pas de transfert de clientèle.

LA CONVENTION DE SUCCESSEUR, LA CESSION DE FONDS DE COMMERCE ET LA CLIENTÈLE

C'est bien la notion de clientèle qui est centrale lorsque le praticien mène l'analyse. Mais aussi la poursuite de l'activité en l'état par le successeur (ie. la nouvelle succursale) et le caractère onéreux du transfert.

A l'origine, en effet, la convention de successeur était un outil essentiellement fiscal permettant les cessions d'activités n'impliquant pas à proprement parler de transfert de clientèle (comme les activités médicales, pour lesquelles il est d'usage de parler de patientèle). Elle est définie par le code général des impôts comme étant « **toute convention à titre onéreux, ayant pour effet de permettre à une personne d'exercer une profession, une fonction ou un emploi occupé par un précédent titulaire, même lorsque ladite convention conclue avec ce titulaire ou ses ayants cause ne s'accompagne pas d'une cession de clientèle**[1] ».

Si une clientèle peut être juridiquement rattachée à la succursale, le transfert serait qualifié de cession de fonds de commerce et avec celle-ci sa cohorte de formalités et de contraintes (publicité, formalisme de l'acte, possibilité d'opposition des créanciers, garantie d'éviction, solidarité entre cédant et cessionnaire du fonds, etc).

Le grand avantage de la convention de successeur est, en effet, la légèreté du formalisme qui s'y attache, ce qui en fait un instrument extrêmement souple.

Cependant, il n'est pas toujours évident de déterminer si la clientèle est rattachée juridiquement à la succursale ou non. La pratique nous a permis de déceler quelques indices qui permettent d'effectuer ce rattachement, tels que :

- dans le cadre de la gestion d'actifs immobiliers ; le fait que la succursale dispose d'une autorisation en application de la loi Hoguet (celle-ci étant forcément personnelle) ;
- en matière d'établissements de crédits ou d'établissements maniant des fonds pour le compte de tiers ; les déclarations faites annuellement à l'ACPR pour lutter contre le blanchiment d'argent peuvent contenir de précieux indices quant à l'existence d'une clientèle locale ;
- l'examen de la liasse fiscale de la succursale peut – dans certaines circonstances - permettre d'identifier l'existence de clients ;

[1] Article 720 du Code général des impôts.
[2] La clientèle doit être réelle, certaine (Cass. 1e civ. 4-12-2013) et générée par une activité indépendante (Cass. Civ. 22-10-1974) pour constituer un élément valable du fonds de commerce.

- la façon dont sont rédigés les contrats, notamment s'ils précisent qu'ils sont conclus par l'entité britannique « agissant par le biais de sa succursale », etc.

La convention de successeur a également d'autres spécificités, notamment en matière fiscale et sociale.

LA RÉCURRENTE QUESTION DU PRIX : VENTILÉ OU GLOBAL ?

Création de la pratique, l'objet des conventions de successeurs est à géométrie variable. Leur périmètre n'étant pas déterminé par la loi (contrairement aux fonds de commerce), il peut comprendre divers éléments d'actifs mais aussi de passifs.

Parmi les critères précités, l'exigence d'un caractère onéreux, posée par le Code Général des Impôts, doit être respectée. C'est la raison pour laquelle il faut rester vigilants en matière de fixation du prix, qui, rappelons-le, est un élément essentiel de toute vente.

A cet égard plusieurs points retiendront l'attention du praticien.

- Dans quelle mesure le prix doit être ventilé entre les différents éléments d'actifs (ou le cas échéant de passifs) pour éviter d'aboutir à un prix non déterminé ou non déterminable ?

A titre d'exemple, si parmi les actifs transférés figurent des droits de propriété intellectuelle, il convient d'indiquer dans la convention de successeur la fraction du prix qui leur est attribuée. Ce, dans l'éventualité où il s'avérerait finalement que le cédant ne détenait pas la propriété de ces droits de propriété intellectuelle et qu'en conséquence une partie du prix devrait être restituée au successeur.

- Le risque de prix négatif.

La convention de successeur étant à caractère onéreux, il faut éviter que par un jeu de transferts simultanés d'actifs et de passifs (lorsque la somme de la valeur des passifs est supérieure à celle des actifs), la convention ait pour effet d'inverser les qualités ; le cédant ayant à « payer pour vendre », c'est-à-dire à rembourser un montant de dettes plus élevé que le prix qu'il reçoit. Pour y remédier, il est souvent prévu que le prix à payer par le successeur ne puisse en aucun cas être inférieur à un euro.

- La valorisation.

S'agissant bien souvent d'opérations intra-groupe impliquant plusieurs Etats, une attention toute particulière devra être portée à la valorisation retenue pour les actifs cédés, ce afin d'attribuer un prix de pleine concurrence (*arm's length*) aux actifs transférés.

La valorisation de l'activité reposera généralement sur des rapports d'évaluation émis par des experts financiers indépendants, utilisant souvent un échantillon de méthodes d'actualisation des flux financiers escomptés par la succursale. Cette valeur sera utilisée pour la détermination du prix, mais aussi pour calculer les droits d'enregistrement exigibles et l'imposition sur l'éventuelle plus-value de cession (laquelle sera en pratique toujours imposable en France).

QUELQUES POINTS D'ATTENTION EN MATIÈRE DE FISCALITÉ

On rappellera ici, que les conventions de successeur donnent lieu à paiement de droits proportionnels (0% jusque 23.000 euros, 3% entre 23.000€ et 200.000€ et 5% au-delà) assis sur le prix, augmenté des éventuelles charges augmentatives du prix (en particulier les passifs du cédant pris en charge par le cessionnaire).

Les problématiques TVA des succursales de sociétés étrangères, *a fortiori* en matière bancaire, financière ou assurantielle sont souvent d'une grande complexité. Les restructurations internes n'échappent bien évidemment pas aux règles de droit commun et l'analyse de leur traitement TVA devra être faite au cas par cas. Il est toutefois important de noter que la neutralité de ces restructurations pour les besoins de la TVA devrait souvent être assurée, soit par le biais d'une exonération, soit par le biais d'une dispense de taxation.

En tout état de cause, compte tenu des incertitudes liées aux modalités de mise en œuvre du Brexit, il semble difficile (voire même dans certains cas peu souhaitable) d'obtenir - dans les délais requis - la confirmation par voie de rescrit, des aspects fiscaux des opérations de restructuration envisagées. Dès lors, il importera de rédiger avec soin les clauses relatives à la TVA.

COMMENT SE DÉROULE LE TRANSFERT DES SALARIÉS : AUTOMATIQUE OU VOLONTAIRE ?

La réponse à cette question est, comme souvent, « ça dépend ».

Ça dépend, en effet, de si une « entité économique autonome » peut être caractérisée ou non au sein de la succursale française de l'entité britannique, définie comme « un groupe organisé de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exécution d'une activité économique qui suit sa propre finalité ».

Ainsi lorsque cette « entité économique autonome » est transférée, les contrats de travail des salariés suivront automatiquement en vertu de l'article L1224-1 du Code

du travail[3]. Dans le cas contraire, le transfert des salariés devra être organisé sur une base individuelle et volontaire, c'est-à-dire avec le consentement de chaque salarié.

Si, lorsque l'opération est une cession de fonds de commerce, la jurisprudence considère que les conditions du transfert automatique sont remplies, la question n'est pas tranchée lorsque l'opération revêt la forme d'une convention de successeur. Une analyse plus poussée doit alors être opérée pour déterminer si l'article L1224-1 du Code du travail s'applique, sur la base des éléments suivants :

- existence d'actifs corporels et incorporels consacrés à l'activité et transférés vers la nouvelle structure (l'activité transférée doit avoir ses moyens d'exploitation propres, corporels (matériel, locaux, outils, etc.) ou incorporels (clientèles, droits de propriété intellectuelle et droits industriels, etc.)) ;
- entité distincte du reste de l'activité de l'entreprise, poursuivant ses propres objectifs et bénéficiant d'une autonomie de gestion, d'organisation et de production ;
- personnel consacré à l'exercice de l'activité transférée à la nouvelle structure ;
- continuité de l'activité après le transfert, de manière durable.

L'approche adoptée par les tribunaux français dans l'examen de ces critères est généralement très pragmatique et est faite au cas par cas en fonction des éléments de fait. Elle n'est cependant pas toujours uniforme en fonction des juridictions. Il est donc souvent difficile, en pratique, d'avoir une certitude quant à l'existence d'une « entité économique autonome ».

L'application du régime juridique n'est pas optionnelle : si les conditions de l'article L1224-1 du Code du travail sont remplies, l'application de la loi est obligatoire et d'ordre public et ni le nouvel employeur ni les salariés transférés ne peuvent refuser le transfert, qui s'opérera sans formalités particulières (une lettre d'information étant néanmoins souvent remise aux salariés en pratique). Le contrat de travail des salariés consacrés à l'activité transférée continuera avec le nouvel employeur dans les mêmes conditions qu'avant le transfert (mêmes avantages, rémunération, droits, ancienneté, etc.).

L'application du régime de l'article L1224-1 a également des conséquences sur le statut collectif des salariés transférés (accords collectifs, usages, engagements unilatéraux, etc.) et, le cas échéant, la représentation des salariés (transfert éventuel, sous certaines conditions, des mandats des représentants du personnel).

A l'inverse, si les conditions de l'article L1224-1 ne sont pas remplies, il est nécessaire d'obtenir l'accord exprès préalable des salariés puisque le changement d'employeur constitue une modification de leur contrat de travail, qui ne peut pas leur être imposée. Un accord tripartite de transfert est souvent signé entre les parties, accompagné d'un nouveau contrat de travail.

ET EN CAS DE LITIGE ? FAUT-IL PRENDRE DES PRÉCAUTIONS LORS DE LA RÉDACTION DES CLAUSES ATTRIBUTIVES DE CHOIX DE LOI ET DE JURIDICTION ?

Au vu des discussions en cours sur le Brexit et de la possible sortie du Royaume-Uni sans accord de retrait de l'UE (l'accord de retrait publié le 14 novembre 2018 doit être approuvé par la Chambre des communes[4] ce qui semble compromis à ce stade), la question de l'impact d'un retrait du Royaume-Unis sans accord sur les clauses de choix de loi et de juridiction prévues dans la convention de successeur se pose.

S'agissant des clauses de choix de loi, l'impact d'un Brexit sans accord semble limité dans la mesure où le Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles restera la règle de conflit de loi appliquée par les juridictions des différents Etats membres (dont la portée est universelle en ce qu'elle admet qu'une loi d'un Etat tiers – bientôt celle du Royaume-Uni – soit désignée). Pour les juridictions du Royaume-Uni, les déclarations politiques des deux dernières années se veulent rassurantes et précisent qu'en l'absence d'accord particulier, le Règlement Rome I sera transposé en droit interne. En d'autres termes, les juridictions anglaises devraient, même en l'absence d'accord, continuer d'appliquer la règle de conflit de loi posée par le Règlement Rome I et devraient dès lors reconnaître sans difficulté des clauses de choix désignant le droit d'un Etat (resté) membre, à savoir le droit français dans la très grande majorité des conventions de successeur conclues localement.

[3] Pour rappel, l'Article L1224-1 du Code du travail prévoit que : « Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. ».
Selon la jurisprudence, l'article L1224-1 1 du Code du travail ne s'applique que lorsqu'il y a transfert d'une entité économique autonome et stable qui conserve son identité après le transfert.
[4] En vertu de l'article 13 du European Union (Withdrawal Act) 2018.

Pour les clauses attributives de juridiction, en cas de « no deal », les données seraient plus complexes. L'outil règlementaire existant au sein de l'Union européenne, le Règlement Bruxelles I Bis, n'a pas de portée universelle et ne permet pas à la juridiction d'un Etat tiers d'être désignée. Ainsi, chaque juridiction d'Etat membre appliquerait sa propre règle de conflit de juridiction. Il en serait de même au Royaume-Uni. Cela présenterait d'importantes difficultés en termes de reconnaissance des clauses de choix de juridictions outre-manche mais également de reconnaissance des jugements rendus sur leur fondement. A cet égard, les dernières déclarations du Royaume-Uni font état de la volonté d'adhérer (en dernier recours) à certains instruments existants.

Un premier instrument que le Royaume-Uni pourrait envisager de ratifier serait la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judicaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cet instrument suppose toutefois, eu égard à son article 72 § 3, d'obtenir l'accord de l'ensemble des parties contractantes et notamment de l'ensemble des 27 Etats membres de l'Union européenne. Surtout, cet outil, adopté en 2007, ne contient pas les avancées significatives entreprises avec le Règlement Bruxelles I Bis de 2012, notamment en ce qui concerne les abus de litispendance en présence de clauses attributives de juridiction exclusive[5].

Un second instrument que pourrait signer et ratifier le Royaume-Uni (a minima) serait la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005. L'approbation des 27 Etats membres ne serait alors pas requise et permettrait d'assurer une certaine force aux clauses attributives de juridiction exclusives (les seules couvertes par cette convention).

Ainsi, si le praticien préfèrera prévoir systématiquement des clauses de juridiction exclusives, les incertitudes sur les clauses attributives de juridiction restent toutefois réelles en l'absence de tout accord et de toute ratification d'instruments existants entreprise à date.

***

En conclusion la convention de successeur, outil initialement fiscal, s'avère extrêmement précieuse aujourd'hui dans les opérations de transferts d'activités liées au Brexit mais sa rédaction soulève une multitude de questions qui relèvent de diverses spécialités et en font une véritable œuvre de collaboration.

[5] Cf Art. 31§2 du Règlement Bruxelles I Bis qui donne faveur à la juridiction désignée par la clause de juridiction exclusive, même si elle est saisie en second lieu, afin d'éviter toute « *Italian Torpedo* ».

Simmons & Simmons est un cabinet international d'avocats d'affaires, composé de 21 bureaux en Europe et dans les principaux marchés de croissance, en Asie, au Moyen-Orient et en Afrique. Le cabinet s'est installé à Paris en 1988, et fêtait en 2018 ses trente ans d'activité en France. Le bureau parisien réunit plus de 100 avocats dont 22 associés. Il connait une croissance importante et une dynamique ambitieuse, puisqu'il envisage de doubler de taille dans la prochaine décennie.

Simmons & Simmons est un cabinet pionnier en matière de structuration sectorielle et se distingue sur son marché par des expertises pointues dans quatre secteurs clés volontairement limités : Gestion d'actifs et fonds d'investissements, Institutions Financières, TMT, Santé et Sciences de la Vie.

Le cabinet dispose d'une connaissance approfondie de ces secteurs, avec une offre globale pour chaque secteur, des profils de consultants clés complémentaires des avocats, et d'une expérience et expertise fortes, le cabinet étant reconnu comme l'un des leaders en France.