

Fusions transfrontalières : premier retour
d'expérience un an après la transposition de la
directive de 2005 en droit interne

Sommaire

- Introduction
 - La préparation de la fusion
 - La nécessaire identification en amont des objectifs et des contraintes opérationnels
 - La préparation juridique, sociale, comptable et fiscale de la fusion
 - L'anticipation des incidences juridiques, fiscales et sociales induites par la fusion
 - La réalisation de la fusion : un séquençement globalement similaire à celui d'une fusion domestique

Fusion transfrontalière : un rêve devenu réalité

- Une fusion transfrontalière est - au sens de la directive de 2005 - une fusion entre deux sociétés immatriculées dans deux Etats distincts de l'Union Européenne (UE)
- Un cadre juridique communautaire a été mis en place depuis l'adoption le 26 octobre 2005 par le parlement et le conseil européen de la directive n° 2005/56/CE : il est devenu possible de réaliser de telles fusions entre deux sociétés dans un cadre harmonisé au niveau européen
- Auparavant, de telles fusions étaient possibles seulement si les droits nationaux applicables étaient compatibles et sous réserve de l'adoption de la fusion à l'unanimité des associés des sociétés participantes

Un cadre juridique harmonisé présent au sein de l'Union Européenne

– Principe :

- la directive fixe un cadre juridique harmonisé au niveau européen, qui, sur un certain nombre de points, renvoie au droit national

– Nouveauté majeure :

- disparition de la contrainte de la règle de l'unanimité des associés

– La fusion peut être adoptée selon les règles de majorité « qualifiée » fixées par les droits nationaux

Deux conditions cumulatives sont à satisfaire

- Deux conditions préalables à l'application de la directive :
 - (i) Les sociétés absorbante et absorbée doivent être (en France) des sociétés de capitaux (SA, SAS, SCA), des SE ou des SARL
 - (ii) Les sociétés absorbante et absorbée doivent être immatriculées dans deux Etats membres distincts de l'UE

La transposition de la directive dans les droits internes est à présent achevée

- En France, la transposition a été « tardive » (la date limite de transposition avait été fixée au 15 décembre 2007) réalisée en 2 temps :
 - Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008
 - Décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009
- Un nouveau cadre juridique complété par des dispositions :
 - En matière sociale : articles L. 2371-1 et suivants du Code du Travail relatifs à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières
 - En matière fiscale : principe de neutralité (en matière d'IS) des fusions transfrontalières réalisées entre sociétés implantées dans l'UE posée par la directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990, transposée en droit interne (restriction géographique pour les pays hors UE)

La préparation de la fusion

- Question 1 :
 - La fusion est-elle la solution opportune eu égard aux objectifs poursuivis ?
- Question 2 :
 - Les conditions à réunir peuvent-elles être satisfaites ?
- Question 3 :
 - Les effets induits ont-ils été anticipés ?

La nécessaire identification en amont des objectifs et des contraintes opérationnels

- Identifier et valider les objectifs poursuivis
 - Objectif le plus courant :
 - simplifier l'organigramme d'un groupe en « transformant » une filiale en succursale
- Principaux avantages :
 - Unicité du patrimoine :
 - une seule personne morale
 - Disparition de la nécessité de faire certifier/approuver les comptes de la filiale
 - Le cas échéant :
 - avantage en matière de TVA
 - Le cas échéant :
 - appréhension du résultat facilitée

Les autres objectifs possibles - les objectifs interdits

– Les objectifs « avoués » :

- Créer des synergies
- Réaliser des économies d'échelle
- Satisfaire à des contraintes réglementaires (ex : réglementation bancaire)

– Les objectifs « interdits » :

- La fraude fiscale ou l'évasion fiscale
- La réduction des droits de représentation des salariés au sein des organes de la société

Identifier en amont les contraintes opérationnelles et valider la possibilité de les surmonter

- Contraintes business (suivi de la relation-client, impact marketing etc)
- Contraintes RH (différences de culture d'entreprise, élimination des « doublons » et problème de responsabilité pénale, etc)
- Contraintes comptables et fiscales (maintien d'un bilan et d'un compte de résultat de la succursale)
- Contraintes IT (compatibilité des systèmes informatiques)
- Observation :
 - ces questions / contraintes ne sont pas spécifiques à une fusion transfrontalière mais la dimension "transnationale" peut en amplifier certains aspects

La préparation juridique, sociale, comptable et fiscale de la fusion

- Le choix du fondement juridique : fusion transfrontalière ou dissolution sans liquidation ou encore appelée transmission universelle de patrimoine (« TUP ») ?
 - Hypothèse spécifique dans laquelle une société française (absorbée) est détenue à 100% de son capital par une société étrangère (cf. article 1844-5 alinéa 3 du Code Civil)
- Le champ d'application de la TUP est plus large que celui de la directive de 2005 :
 - (i) elle s'applique à tout type de société française « absorbée »
 - (ii) elle s'applique quelque soit le pays d'immatriculation de la société absorbante

Rappel 1 : la TUP emporte les mêmes effets qu'une fusion

Rappel 2 : la TUP peut aujourd'hui être réalisée sous un régime fiscal de faveur

TUP versus fusion transfrontalière : les éléments de choix

- La société "absorbée" est-elle propriétaire de biens immobiliers ?
 - Une TUP entraîne l'exigibilité de la taxe de publicité foncière (0,715% assis sur la valeur vénale des immeubles)
- La société « absorbée » est-elle titulaire d'un droit au bail commercial ?
 - La transmission du droit au bail à la société "absorbante" peut requérir l'accord préalable du bailleur
- Il ne peut être stipulé un effet comptable rétroactif dans une TUP
- La date de réalisation juridique d'une opération de TUP n'est pas maîtrisée

Aspects contractuels et réglementaires

– Aspects contractuels :

- le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante n'est pas absolu (contrats « intuitu personae » tels qu'un contrat de garantie)

– Aspects réglementaires :

- obtention des éventuelles autorisations préalables

Ces accords et autorisations sont à obtenir « en amont » c'est-à-dire avant la signature du projet de traité de fusion ou, à défaut, l'obtention préalable de ces associés peut être une condition suspensive à la réalisation de la fusion

Aspects sociaux préalables à la fusion (1/3)

- La consultation du Comité d'Entreprise
 - La consultation du comité d'entreprise est identique à celle requise pour les fusions domestiques, c'est-à-dire préalable et documentée
- Les difficultés particulières :
 - Comprendre les règles applicables aux salariés à l'étranger
 - Synchroniser les consultations dans les différents pays
 - Calendrier à retenir en cas d'assemblée générale « anticipée » décidant de ne pas nommer un commissaire à la fusion

Aspects sociaux préalables à la fusion (2/3)

- La consultation du Comité Européen
 - La détermination des règles applicables :
 - Quelle loi applicable au Comité Européen ?
 - Consultation ou échanges de vues ?
 - Quels documents remettre ?
 - Quel calendrier ?
 - Faut-il préalablement « reconfigurer » les représentants du Comité Européen ?

Aspects sociaux préalables à la fusion (3/3)

– Post fusion :

- Quel impact sur le Comité Européen ?

– La participation des salariés aux organes sociaux

- Qu'est-ce que la participation des salariés au sens de la fusion transfrontalière ?
- Que faire si aucune société concernée n'a de système de participation ?
- Faut-il poursuivre le projet si une ou plusieurs sociétés ont un système de participation ?

Aspects comptables : (1/3)

– la valorisation des apports (1/2)

- Rappel :
 - Pour les opérations réalisées depuis le 1er janvier 2005, la réglementation comptable française prévoit des règles de valorisation impératives des apports qui dépendent de la situation de contrôle au moment de l'opération et de son sens :
 - Opérations impliquant des sociétés sous contrôle commun : valeurs comptables, quel que soit le sens de l'opération (sauf exception)
 - Opérations impliquant des sociétés sous contrôle distinct : valeurs réelles si opération à l'endroit, valeurs comptables si opération à l'envers (sauf exception)

Aspects comptables : (2/3)

– la valorisation des apports (2/2)

- Cette réglementation s'applique aux fusions transfrontalières dès lors que la société bénéficiaire des apports (absorbante) est établie en France
- Cas particulier de la société absorbée qui a une situation nette comptable négative :
 - une recapitalisation préalable de la société absorbée pourra être nécessaire

Aspects comptables : (3/3)

– les comptes de référence

- En principe :
 - les conditions financières de l'opération sont basées sur les comptes annuels du dernier exercice clos :
 - problématiques éventuelles si les règles applicables dans le pays étranger sont différentes
- Le cas échéant, il est nécessaire d'établir une situation comptable intermédiaire (en France, obligation dès lors que le projet de traité de fusion est signé plus de 6 mois après la dernière clôture)

Aspects fiscaux : la fiscalité de l'opération de fusion (1/4)

– 1ère question (IS) (1/2)

- sort des plus-values latentes :

- la fusion transfrontalière peut-elle bénéficier du régime fiscal de faveur prévu par l'article 210 A du CGI ?

- Champ d'application géographique du régime de faveur (UE + conventions fiscales prévoyant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale)

- La fusion transfrontalière entraîne des conséquences en matière d'IS français si elle emporte transfert d'actifs français

- Exigence d'un agrément préalable dans certains cas

Aspects fiscaux : la fiscalité de l'opération de fusion (2/4)

– 1ère question (IS) (2/2)

- Le régime fiscal de faveur est susceptible de s'appliquer dès lors que la fusion transfrontalière emporte transfert d'actifs français, et concerne donc les principales hypothèses suivantes :
 - Hypothèse n° 1 : la société absorbée est française et la société absorbante est étrangère => le bénéfice du régime de faveur est subordonné à la délivrance d'un agrément par l'administration fiscale
 - Hypothèse n° 2 : la société absorbée est une société étrangère ayant des actifs en France et la société absorbante est une société française => le régime de faveur est applicable sans agrément (sous réserve du respect des conditions de l'article 210 A du CGI)
 - Hypothèse n° 3 : les sociétés absorbante et absorbée sont étrangères mais la société absorbée détient des actifs en France => le régime de faveur est applicable sans agrément (sous réserve du respect des conditions de l'article 210 A du CGI)

Aspects fiscaux : la fiscalité de l'opération de fusion (3/4)

- 2ème question :
 - sort des déficits fiscaux :
 - peut-on les transférer à la société absorbante?
 - Transfert possible sur agrément dans les conditions de droit commun (i.e. procédure identique aux fusions domestiques)
- 3ème question :
 - fiscalité des associés de l'absorbée
 - Analyse au cas par cas nécessaire en fonction de la résidence fiscale de la société absorbée et de ses associés, et en fonction du statut fiscal des associés

Aspects fiscaux : la fiscalité de l'opération de fusion (4/4)

– TVA :

- en principe, la fusion est une opération neutre

– Droits d'enregistrement :

- neutralité (sous réserve d'un droit fixe d'un montant maximum de 500 €)
 - sauf transfert par la société absorbée à la société absorbante d'actifs immobiliers français (même si les sociétés absorbante et absorbée sont étrangères), auquel cas il faudra prévoir le paiement du salaire du conservateur (0,1% de la valeur vénale des immeubles) et les émoluments du notaire

L'anticipation des incidences juridiques, fiscales et sociales induites par la fusion

- Aspects juridiques :
 - les conséquences de la disparition de la personnalité morale de la société absorbée
- Responsabilité directe du siège sur les activités de la succursale
- Nécessité de mettre en place des délégations de pouvoir

Aspects fiscaux post-fusion à anticiper

– En matière d'IS :

- la société absorbante étrangère reste imposable en France au travers de son établissement stable (nécessité de déposer une liasse fiscale en France avec problématiques comptables associées). Les obligations en matière de prix de transfert demeurent

– En matière de TVA et de taxe sur les salaires :

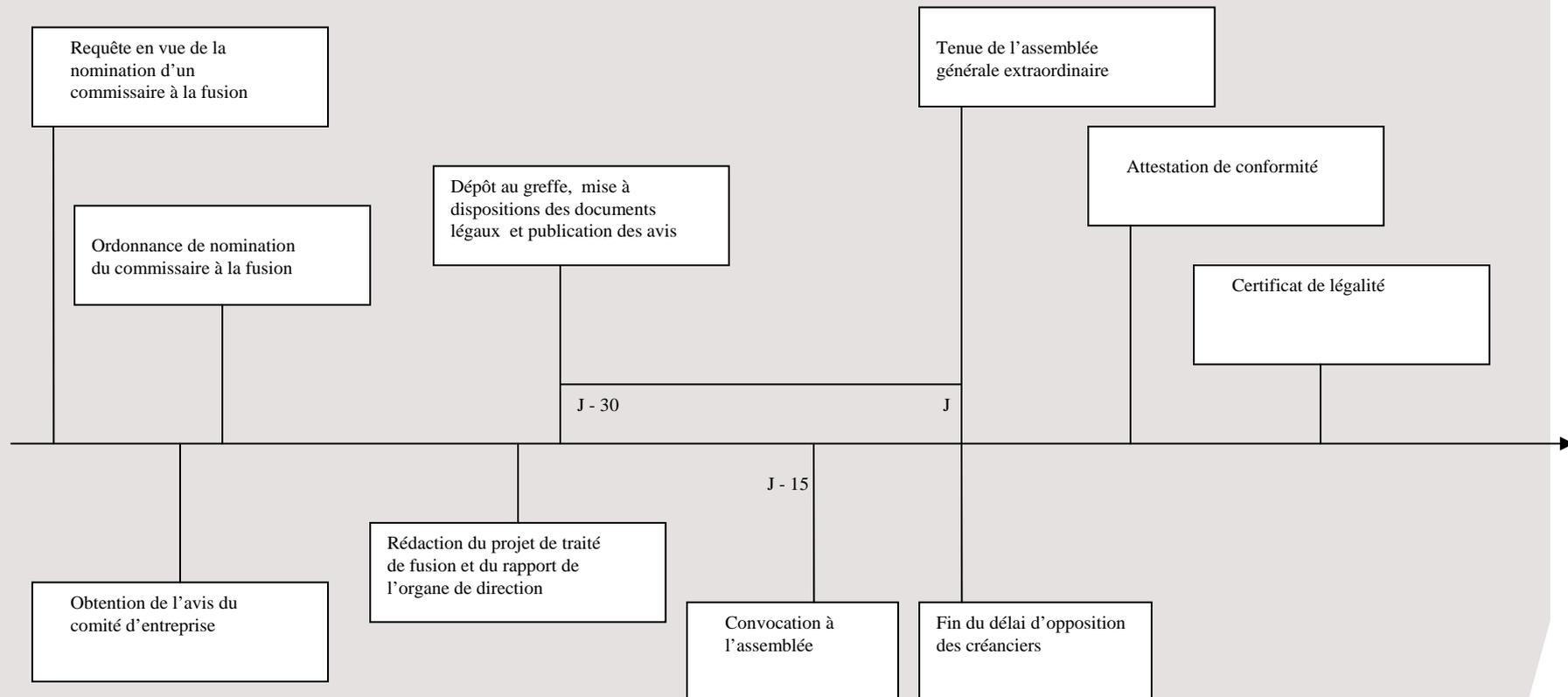
- la transformation d'une filiale en succursale peut présenter un intérêt dans le cas où (i) une succursale étrangère (ex filiale) rend des services (ou livre des biens) à sa maison mère française et (ii) la maison mère n'est pas entièrement récupératrice de TVA

Aspects sociaux post-fusion

- La participation des salariés aux fruits de l'expansion :
 - Les salariés travaillant à l'étranger y ont-ils droit ?
 - Comment la calculer pour l'établissement français d'une société étrangère ?
- La mise en cause des accords collectifs des salariés travaillant en France dont la société fusionne avec une société étrangère
- La loi applicable au contrat de travail

La réalisation de la fusion : un séquençage globalement similaire à celui d'une fusion domestique

Calendrier de synthèse d'une opération de fusion transfrontalière impliquant une société française, société absorbante.



Le projet de traité de fusion transfrontalière et la publication des avis

- Document similaire à un projet de traité de fusion domestique : un projet de traité de fusion transfrontalière doit toutefois comporter un certain nombre de mentions obligatoires (exemple : effets probables de la fusion transfrontalière sur l'emploi)
- La signature du projet de traité fait l'objet d'une publicité dont les modalités diffèrent selon les Etats membres. En France, le projet de traité est déposé au greffe du tribunal de commerce et un avis doit être publié non seulement dans un journal d'annonces légales mais également au Bodacc
- Rappel :
 - le projet de traité ne peut pas être signé tant que les institutions représentatives du personnel des sociétés participantes (absorbante et absorbée) n'ont pas été informées/consultées

Le rapport de l'organe de direction à l'assemblée générale

- Cette exigence n'est pas une spécificité de la fusion transfrontalière
- Toutefois, deux particularités sont à signaler :
 - Il doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires en « expliquant et justifiant les aspects juridiques et économiques de la fusion transfrontalière et expliquant les conséquences de cette fusion transfrontalière pour les associés, les créanciers, et les salariés »
 - Il doit être mis à disposition - un mois avant la tenue de l'assemblée - des délégués du personnel ou, à défaut, des salariés eux-mêmes

L'intervention d'un expert indépendant

- Comme en matière de fusion domestique, les associés des sociétés participantes ont la faculté de décider à l'unanimité de ne pas désigner d'expert indépendant commissaire à la fusion)
- En tout état de cause, si la société absorbante est française et que la fusion implique des apports en nature (i.e. si la société française ne détient pas 100% du capital de la société absorbée), il conviendra *a minima* de prévoir l'intervention d'un commissaire aux apports qui devra vérifier que la valeur des apports est au moins égale au montant de l'augmentation de capital (augmentée de la prime le cas échéant)

La réalisation préalable des éventuelles conditions suspensives

- Autorisation au titre du contrôle des concentrations
- Autorisation préalable des cocontractants, etc

Observation 1 : l'obtention de l'avis préalable (favorable ou défavorable) des IRP (s'il est requis) ne peut constituer une condition suspensive

Observation 2 : l'agrément fiscal est souvent obtenu formellement après tenue des assemblées

L'approbation de la fusion par les assemblées générales des sociétés absorbante et absorbée

- Absence de spécificités particulières par rapport à une fusion domestique : la décision est prise aux conditions, notamment de quorum et de majorité, requises pour les fusions domestiques
- Egalement, à l'instar des fusions domestiques, il est possible de ne pas tenir une assemblée générale des associés de la société absorbée dans le cas où la société absorbante détient 100% des titres de la société absorbée

Le contrôle de « conformité » et de « légalité »

- Spécificité de la fusion transfrontalière : l'opération fait l'objet d'une double vérification :
 - un contrôle dit de « conformité » réalisé au niveau des sociétés absorbante et absorbée
 - un contrôle dit de légalité réalisé uniquement au niveau de la société absorbante
- En France, le contrôle de légalité est réalisé soit par le greffe du tribunal de commerce, soit par un notaire qui doit émettre un certificat de légalité dans un délai de 15 jours suivant le dépôt du dossier
- La prise d'effet de l'opération de fusion est nécessairement postérieure à l'exécution de ces contrôles
- La nullité de la fusion transfrontalière ne peut pas être prononcée après la prise d'effet de la fusion
 - Contrôle et validité sont ainsi liés

La difficile maîtrise du paramètre « temps » d'une opération de fusion transfrontalière

- Les difficultés purement « opérationnelles » liées à toute opération impliquant des intervenants étrangers : délais de traduction notamment, accomplissement de formalités particulières telles que l'apostille, diligence du greffier, disponibilité du notaire le cas échéant, etc
- La nécessaire prise en compte de concepts juridiques étrangers au droit français (exemple : notion d'affectation des salariés polonais)
- Les sociétés participantes ne maîtrisent pas la date de réalisation de l'opération, ce qui peut être source de difficulté, notamment pour des opérations réalisées en fin d'exercice social. Ce paramètre "temps" doit être anticipé dans la documentation de fusion

Annexes (1/2)

- 1. Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents
- 2. Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (versions française et anglaise)
- 3. Extrait de la loi n°2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire (Article 1er à article 12)
- 4. Décret n°2008-1117 du 31 octobre 2008 relatif à la participation des salariés dans les sociétés issues de fusions transfrontalières (dispositions relevant d'un décret)

Annexes (2/2)

- 5. Décret n°2009-11 du 5 janvier 2009 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés
- 6. Directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions
- 7. Directive 2009/133 CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre vers un autre
- 8. Extraits du Code Général des Impôts: articles 210-0 A, 210 A, 210 B, 210C et 257 bis