

LA LETTRE

DES FUSIONS-ACQUISITIONS

ET DU PRIVATE EQUITY

Lundi 19 juin 2017

AU SOMMAIRE

Dossier

Fusions : où en est le modèle français ?

- Comment définir le sens d'une fusion ? p.2
- Opérations de restructuration domestiques ou transfrontalières : effets et limites de la transmission universelle de patrimoine p.4
- Les sûretés personnelles à l'épreuve de la fusion p.6
- L'effet d'une opération de fusion sur la responsabilité pénale de l'absorbée p.8
- Scission partielle : une opération imparfaitement connue du droit français p.9
- Les nouveautés de l'article L. 1224-1 du Code du travail issues de la loi El Khomri p.10
- Fusions : anticiper la négociation du nouveau statut collectif p.11
- Régime fiscal des fusions : agréments et... désagréments p.12
- Fiscalité du mali de fusion : distinguer le vrai du faux p.14

Actualités

- Holding animatrice : le juge sanctionne la vision restrictive de l'Administration p.15
- Donations d'entreprise : l'obligation de direction dans le régime Dutreil «réputé acquis» p.16

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

Supplément du numéro 1419

du 19 juin 2017

EDITORIAL

La fusion et les opérations assimilées (scissions, apports partiels d'actifs) sont une source de réflexions *quasi* inépuisable compte tenu de la multiplicité de leurs formes. Compte tenu également du caractère très malléable de ces instruments : le fait que l'on puisse choisir le sens de la fusion est un bon exemple ; de même le fait que l'on puisse opérer une scission partielle. On a choisi de donner ces deux exemples à titre d'illustration, mais on pourrait en trouver d'autres.

Ce sont également des opérations soumises à de fortes contraintes, sur le plan juridique, social et fiscal. Le contenu de ces contraintes est éminemment évolutif comme le montrent les contributions à ce dossier dédiées au droit social et au droit fiscal qui analysent des réformes récentes. Derrière la contrainte toutefois, la faveur n'est pas totalement absente : l'agrément fiscal s'inscrit bien dans cette double perspective.

Modèle français ? A supposer qu'il y ait un véritable modèle français des fusions, c'est surtout dans le processus de transmission universelle que l'on peut en retrouver des expressions. Non sans une certaine pertinence, on nous objectera que ce processus est bien connu dans beaucoup de pays et qu'il ressort au demeurant des directives européennes. Certes, mais la gestion du principe peut porter la marque d'une spécificité nationale. En fait, on peut concevoir la transmission universelle de deux manières. Ou bien, il s'agit d'une pure technique de restructuration qui ne fait pas le détail dans les composantes de la transmission : tant les actifs que les passifs sont transmis à l'absorbante (s'il s'agit d'une fusion-absorption) dans un souci de stricte efficacité. Ou au contraire, et cette approche n'est pas totalement dénuée d'une vision un peu anthropomorphique de l'opération, on considère que la transmission doit subir l'épreuve d'intérêts divers qui vont en réduire la portée. Intérêts de tiers cocontractants qui, derrière la fiction de la personnalité morale, voient se profiler un partenaire différent. On ne peut toutefois faire obstacle à la transmission de tous les contrats : s'introduit alors comme ligne de partage la prise en compte de *l'intuitu personæ* dont la pertinence est soumise à l'appréciation du juge. Intérêts des sociétés dont l'actionnaire change sous couvert de la même fiction et qui soumettent, dans leurs statuts à agrément, l'arrivée d'actionnaires nouveaux. Intérêts de la caution qui ne doit pas être entraînée à son corps défendant dans une aventure nouvelle. Intérêts de l'absorbante qui n'entend pas assumer un passif pénal ou para-pénal né de faits commis par d'autres, et qui peut demander au juge d'écarter toute responsabilité au nom d'un principe de personnalité des peines.

La somme des prises en compte de ces intérêts finit par délimiter les contours d'un modèle français, sans doute trop prompt à trouver de bonnes raisons pour limiter l'universalité de la transmission. Et, à observer la dynamique du phénomène, on constate qu'il est plutôt en extension. ■

Alain Couret, avocat associé

Comment définir le sens d'une fusion ?



Par **Christophe Le Camus**, avocat associé en fiscalité.

Il intervient tant en matière de contentieux fiscal que de conseil, notamment dans le cadre de dossiers d'acquisition et de restructuration de groupes. christophe.lecamus@cms-bfl.com



et **Chantal Jordan**, avocat counsel en corporate/fusions & acquisitions et en droit boursier. Elle intervient sur l'ensemble des questions relatives aux opérations transactionnelles de rapprochement et de restructuration pour des sociétés de droit privé, cotées et non cotées. chantal.jordan@cms-bfl.com

Le sens d'une fusion relève de l'appréciation souveraine des parties à l'opération. Ces dernières doivent se livrer à un examen attentif, au cas par cas, des circonstances précises dans lesquelles l'opération doit intervenir avant de déterminer le sens à retenir. Quelques pistes de réflexion sont ci-après exprimées sur cette délicate question pratique.

Fusion entre une société mère et sa filiale

● L'absorption de la filiale par la mère est naturellement privilégiée

L'absorption de la filiale par la mère présente un intérêt évident lorsqu'elle permet la mise en œuvre du régime simplifié prévu par l'article L. 236-11 du Code de commerce, c'est-à-dire lorsque la filiale est détenue à 100 %. Des précautions restent cependant à prendre :

– si l'absorbée a émis des valeurs mobilières donnant accès au capital : l'obligation de désigner un commissaire aux apports subsistera. Le nombre de titres de capital de l'absorbante auquel les porteurs des valeurs mobilières pourront prétendre sera déterminé sur avis du commissaire aux apports (article L. 228-101 al.2) ;

– si l'absorbée a émis des obligations : il y aura lieu de réunir les obligataires en assemblée générale pour statuer sur la fusion ou, à défaut, de leur offrir le remboursement de leurs titres ;

– les associés de la mère absorbante réunissant au moins 5 % du capital peuvent demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire (AGE) pour qu'elle se prononce sur la fusion. Aucun délai légal n'est prévu pour procéder à cette demande. En pratique, des problèmes de calendrier peuvent surgir si l'opération est engagée en fin d'exercice (intérêt, dans ce cas, de convoquer l'AGE de l'absorbante en toute occurrence).

Lorsque le régime simplifié ne s'applique pas, l'opération s'organise, en application de l'article L. 236-3 II du Code de commerce, dans le cadre

d'une fusion-renonciation puisque la mère absorbante ne peut émettre de nouveaux titres que pour rémunérer les associés minoritaires de la filiale absorbée.

● Une filiale peut-elle absorber sa mère ?

Dans le patrimoine transmis par la mère absorbée, la filiale absorbante va recueillir ses propres titres. L'interdiction édictée par l'article L. 236-3 II susvisé ne s'applique pas dans ce cas. Il n'y a donc pas d'obstacle de principe à la réalisation de l'opération dans ce sens. En conséquence :

– si l'absorbante est une société non cotée : elle augmente normalement son capital social puis procède à une réduction de capital en vue d'annuler ses propres titres inclus dans le patrimoine de l'absorbée. Le plus souvent, l'absorbante n'a aucun intérêt à conserver ses

propres titres ; toutefois, si l'absorbante est une société par actions, et si elle le désire, elle peut décider de conserver ces actions en portefeuille à condition qu'elle ne possède pas plus de 10 % de son capital. Dans le cas contraire, elle sera tenue de céder les actions excédentaires ou de les annuler dans le délai de deux ans

«Il conviendra néanmoins d'examiner le transfert des différents passifs de la mère absorbée (emprunts bancaires notamment) de façon à éviter toute exigibilité anticipée d'une créance à l'occasion de la fusion.»

après la réalisation de la fusion ;

– si l'absorbante est une société cotée : elle pourra conserver ses propres titres s'ils n'excèdent pas 10 % du capital social.

En pratique, l'absorption d'une société mère par sa filiale sera privilégiée lorsque la filiale absorbante est une société opérationnelle, de plein exercice, qui absorbe sa mère non active (holding) en raison de la lourdeur administrative et des difficultés d'ordre juridique susceptibles de résulter du choix de la fusion en sens inverse (problème du transfert de marchés, des contrats *intuitu personæ*, impact sur le personnel, sort des baux et des cautions dont la filiale est bénéficiaire, etc.). Au cas par cas, il conviendra néanmoins d'examiner le transfert des différents passifs de la mère absorbée (emprunts bancaires notamment) de façon à éviter toute exigibilité

anticipée d'une créance à l'occasion de la fusion. De même, l'absorption de la société mère par sa filiale sera privilégiée si ladite filiale est la seule dont les actions sont inscrites aux négociations sur un marché.

● La définition du sens d'une fusion peut être dictée par diverses contraintes spécifiques

Au moment du choix du sens de la fusion, une contrainte peut tenir à l'existence d'immeubles dans le patrimoine de la société absorbée. L'intervention d'un notaire est alors obligatoire pour les besoins de la formalité de la publicité foncière à l'effet d'inscrire les immeubles au nom de l'absorbante. Cette contrainte ne doit pas être omise puisqu'elle entraîne un coût supplémentaire (acquiescement de la contribution de sécurité foncière de 0,10 % et émoluments du notaire). Lorsque l'absorbante revêt la forme d'une société par actions simplifiée et en raison des particularités liées à cette forme sociale, la fusion doit être décidée au sein de l'absorbée par tous les associés/actionnaires statuant à l'unanimité (Cass. com., 19-12-2006, n° 1497). De même, si l'absorbante est une société en nom collectif (SNC), les associés de la société absorbée doivent approuver la fusion à l'unanimité puisqu'ils deviennent associés en nom de la SNC absorbante. A ce titre, ils encourent une responsabilité indéfinie et solidaire pour le paiement des dettes sociales. Lors du choix du sens de la fusion, ces contraintes de forme sociale doivent être sérieusement examinées à l'effet d'appréhender leur faisabilité sur le plan opérationnel.

Une société déficitaire peut-elle absorber une société bénéficiaire ?

L'administration fiscale s'estime fondée à invoquer l'abus de droit pour s'opposer à l'absorption d'une société bénéficiaire par une société déficitaire lorsque l'opération apparaît «*inspirée par la recherche d'une compensation entre les bénéfices et les pertes respectifs des deux entreprises en vue de faire échapper à l'impôt les bénéfices de la société absorbée*

ou apporteuse» (BOI-IS-DEF-10-10 n° 260, 24 novembre 2014).

Le contrôle de l'abus de droit est opéré au cas par cas par la jurisprudence. Le Conseil d'Etat (arrêt Auriège du 21 mars 1986, n° 53002) puis la cour administrative d'appel de Paris (arrêt SA Décorative Ouest du 18 juin 2007, n° 06-1941) ont considéré que l'intérêt économique avéré d'une fusion est suffisant pour écarter l'abus de droit fondé sur l'intérêt fiscal évident du sens retenu pour la réaliser. Demeurent toutefois critiquables les opérations ne présentant aucun intérêt économique, telle la fusion de deux sociétés n'ayant plus d'activité (CE, 11 avril 2014, n° 352999 Garnier Choiseul Holding).

«Lors du choix du sens de la fusion, ces contraintes de forme sociale doivent être sérieusement examinées à l'effet d'appréhender leur faisabilité sur le plan opérationnel.»

Au surplus, l'élargissement significatif de la notion de «*changement d'activité*» consécutif à l'introduction dans le Code général des impôts de critères économiques rigoureux limite les hypothèses dans lesquelles l'absorption de la bénéficiaire par la déficitaire permet de conserver l'usage des déficits.

Lorsqu'une fusion caractérise un changement d'activité de l'absorbante, quel qu'en soit le sens (cas où les deux sociétés sont de tailles relativement similaires), seule l'absorption de la déficitaire par la bénéficiaire permet, sur agrément, de conserver l'usage des déficits. Il arrive toutefois que l'absorption de la société bénéficiaire conserve un intérêt fiscal évident. Tel est le cas lorsque la société déficitaire est à la tête d'un groupe intégré disposant de déficits d'ensemble. En effet, un changement d'activité de la tête de groupe n'a pas d'impact sur le report des déficits d'ensemble (seuls sont perdus les éventuels déficits propres antérieurs à l'intégration) alors qu'inversement, le transfert sur agrément des déficits d'ensemble relève d'une procédure complexe et présente des risques de déperdition quand une partie de ces déficits provient de filiales holdings ou immobilières.

L'absorption de la société bénéficiaire par la mère intégrante sera alors privilégiée mais il conviendra ici d'être en mesure de justifier que la fusion présente un intérêt économique. ■

Opérations de restructuration domestiques ou transfrontalières : effets et limites de la transmission universelle de patrimoine



Par **Benoît Provost**, avocat counsel en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient notamment en matière d'opérations de réorganisation, tant en soutien de groupes français et internationaux que dans le cadre de détournages pré-acquisitions et de restructurations post-acquisitions.
benoit.provost@cms-bfl.com

Les opérations de fusions, de scissions, d'apports partiels d'actifs placés sous le régime juridique des scissions ou encore de dissolutions sans liquidation opèrent transmission universelle de patrimoine (communément appelée «TUP») de la société absorbée, scindée ou dissoute au profit de la société absorbante, bénéficiaire ou encore confondante.

Bien que ce mécanisme soit bien connu des praticiens, il demeure primordial de garder en mémoire les nombreuses chausse-trappes associées, au risque de compromettre la réalisation de l'opération ou d'en réduire l'intérêt de manière significative.

La transmission universelle de patrimoine a une vocation globale

Par la TUP, l'ensemble des actifs, biens, droits de la société absorbée, dissoute ou apporteuse d'une branche d'activité est transmis à la société absorbante ou bénéficiaire, moyennant la prise en charge par cette dernière de l'ensemble des éléments de passif y attachés. Cet effet est automatique, de plein droit et, ainsi que son nom l'indique, opère le transfert d'une universalité. Comme a pu le confirmer la Cour de cassation en matière d'apport partiel d'actifs (et il en serait de même pour une dissolution sans liquidation, une scission ou une fusion), la transmission porte même sur des éléments d'actifs ou de passifs qui ne figureraient pas expressément dans le traité¹.

Si la TUP a une vocation à être universelle, celle-ci n'est cependant pas effective à 100 %. En matière de TUP, le diable se cache en effet dans les détails et nombreuses sont les exceptions à cette TUP, au profit de la société absorbante ou

bénéficiaire, qui sont susceptibles de remettre en question la portée de l'opération ou d'en rendre la réalisation moins attractive voire plus onéreuse.

De nombreuses exceptions à la transmission universelle de patrimoine (état non exhaustif)

Au premier rang des droits et actifs faisant exception à la TUP figurent tous les éléments *intuitu personæ* attachés à la personne de la société absorbée, dissoute ou apporteuse tels que les autorisations administratives et les agréments délivrés à la société par une administration ou une autorité de tutelle et qui peuvent être indispensables à l'exercice de l'activité transmise. Cet agrément (ou l'autorisation concernée) ayant été délivré à l'issue d'un processus d'instruction au cours duquel la société titulaire a démontré remplir les conditions requises pour son obtention,

par parallélisme il ne peut faire l'objet d'une transmission – quand bien même s'agirait-il d'un transfert consécutif à une TUP – sans l'approbation de l'administration ou de l'autorité de contrôle. La poursuite de l'activité transmise est alors impérativement conditionnée par l'obtention d'une autorisation préalable délivrée par l'autorité compétente : cette démarche doit être anticipée suffisamment

«en amont» afin de permettre le traitement de la demande par l'autorité concernée dans des délais compatibles sous peine de devoir reporter la conduite de la restructuration envisagée. Par ailleurs, il est de jurisprudence constante² que les conventions conclues par la société «en considération de la personne» ou affectées d'un *intuitu personæ* ne peuvent être transmises sans l'approbation préalable de l'autre partie

«Il demeure primordial de garder en mémoire les nombreuses chausse-trappes associées, au risque de compromettre la réalisation de l'opération ou d'en réduire l'intérêt de manière significative.»

1. Cass. com., 4 février 2004, n° 00-13501.

2. Par exemple, Cass. com., 13 décembre 2005, n° 03-16878.

cocontractante ; à défaut, le cocontractant dispose de la faculté de mettre fin à la relation contractuelle et ce sans préavis et sans indemnité.

Il en est de même pour les conventions stipulant une clause de non-transmissibilité - telles que les conventions de garantie d'actif et de passif - qui expose le bénéficiaire de la convention au risque de perdre le bénéfice de cette garantie si devait être réalisée pareille restructuration sans avoir préalablement recueilli l'accord du garant. De telles TUP peuvent affecter, non seulement la validité ou la poursuite, mais également l'exécution de conventions, comme les conventions de crédit qui peuvent prévoir que la conduite de telles restructurations entraîne l'exigibilité

immédiate des sommes restant dues. Le défaut d'anticipation peut donc priver la société absorbante ou bénéficiaire d'un contrat clé ou du bénéfice d'une garantie, ou encore, entraîner des coûts et charges susceptibles d'affecter la pérennité même de l'activité transmise.

Dans le même esprit, le transfert de certaines participations en France ou à l'étranger détenues par la société absorbée, scindée ou dissoute peut être

compromis lorsque celui-ci est soumis à une clause d'agrément préalable ou une clause de préemption (ou encore, affecté d'une condition de forme ou de procédure requise en application du droit local, comme par exemple l'intervention d'un notaire). A défaut d'agrément, la cession ne pourrait qu'être considérée comme nulle³. Rappelons néanmoins que la jurisprudence en la matière retient que, pour être un obstacle, la clause statutaire ou contractuelle concernée doit viser spécifiquement le cas de fusion, de scission, d'apport partiel d'actif ou de dissolution sans liquidation, par opposition aux clauses qui ne visent que le cas de «cession» des titres. Les limitations à la transmission universelle n'affectent cependant pas que les actifs et contrats attachés à l'activité transmise. La transmission de certains passifs et

responsabilités peut également être remise en cause. Ainsi, si la responsabilité civile de la société absorbée, dissoute ou rattachée à l'activité transférée est transmise, il en va différemment, selon la jurisprudence française⁴, de la responsabilité pénale de la société dissoute ou absorbée qui demeure non transmissible, en raison du principe général de personnalité des délits et des peines.

L'anticipation, maître mot de la gestion des opérations de réorganisation

Les obstacles au transfert de certains éléments d'actifs ou de passifs dans le cadre de la TUP sont donc nombreux. Cette non-transmissibilité n'est cependant pas, dans la majorité des cas, irrémédiable.

Très en amont, une bonne pratique consiste à veiller autant que faire se peut à anticiper l'hypothèse d'éventuelles opérations de restructuration en prévoyant, lors de la négociation des conventions clés à conclure par la société, une clause de transmissibilité par l'effet d'une TUP.

A défaut d'avoir été en mesure d'anticiper la conduite de telles restructurations, il convient de procéder à une revue des accords et conventions clés conclues

et du patrimoine de la société ou de l'activité concernée et des conditions de leur transfert afin de solliciter dans des délais compatibles les autorisations, accords ou *waivers* requis, voire de modifier les conditions de l'opération (et par exemple, en inversant le sens d'une fusion) ou encore de reporter voire renoncer à la restructuration envisagée. ■

«Le défaut d'anticipation peut donc priver la société absorbante ou bénéficiaire d'un contrat clé ou du bénéfice d'une garantie, ou encore, entraîner des coûts et charges susceptibles d'affecter la pérennité même de l'activité transmise.»



et **Marc Flamand**, avocat en corporate/fusions & acquisitions. Il intervient notamment en matière d'opérations de réorganisation, tant en soutien de groupes français et internationaux que dans le cadre de détournages pré-acquisitions et de restructurations post-acquisitions. marc.flamand@cms-bfl.com

³ En sociétés par actions : art. L. 228-23, C. com. ; en SAS : art. L. 227-15, C. com. ; en SARL : L. 223-14, C. com. et *Mémento F. Lefebvre stés commerciales 2017*, n° 34453 ; en SNC : L. 221-13 et *Mémento F. Lefebvre stés commerciales 2017*, n° 24432.

⁴ Cass. crim., 14 octobre 2003, n° 02-86376 ; à noter cependant que la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée en faveur de la transmissibilité de la responsabilité pénale à l'absorbante (CJUE, 5 mars 2015, aff. 343/12).

Les sûretés personnelles à l'épreuve de la fusion



Par **Magali Béraud**, avocat en financements structurés et titrisation. Elle intervient régulièrement sur des opérations de financement d'acquisition. magali.beraud@cms-bfl.com



et **Benoît Fournier**, avocat en financements structurés. Il intervient régulièrement sur des opérations de financement d'acquisition. benoit.fournier@cms-bfl.com

A l'occasion de la restructuration d'un groupe de sociétés, les parties devront prêter une attention particulière aux sûretés personnelles. Une sûreté personnelle est un engagement par lequel un tiers non tenu par le rapport d'obligation initial s'engage, en garantie de l'obligation du débiteur, envers le créancier. Ses figures connues sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. Par principe, la fusion d'une société entraîne la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine au profit de la société absorbante¹. Seuls échappent à cette transmission les

contrats pour lesquels la qualité du cocontractant a été déterminante (contrats *intuitu personæ*) ou ceux pour lesquels une intransmissibilité est prévue par la loi. L'enjeu de la transmission des sûretés personnelles est d'importance :

si l'intransmissibilité peut libérer le garant, la transmissibilité, au contraire, maintient l'engagement du garant au profit d'une nouvelle personne morale.

La transmissibilité de la sûreté personnelle peut dépendre de l'entité faisant l'objet de la fusion, selon qu'il s'agisse du garant, du créancier ou du débiteur. En revanche, lorsque l'une de ces parties est l'entité survivante de la fusion, sa personnalité morale demeure et les sûretés qui lui sont attachées ne sont pas affectées.

En l'absence de prévision des parties, la transmissibilité de chaque sûreté diffère. Le cautionnement est, pour partie au moins, transmissible. La garantie autonome serait, par principe, intransmissible tandis que le sort de la lettre d'intention est plus incertain. Les fluctuations de la jurisprudence sur cette importante question doivent inciter les parties à aménager les modalités de transmission des sûretés personnelles.

Le principe de la survie de l'obligation de règlement du cautionnement

Défini à l'article 2288 du Code civil, le cautionnement est l'engagement par lequel la caution s'engage auprès du créancier à satisfaire l'obligation du débiteur, si ce dernier n'y satisfait pas lui-même.

Le cautionnement peut garantir des dettes futures. Dans ce cas, on distingue l'obligation de règlement, qui présente un caractère instantané et porte sur la dette née au moment de la mise en œuvre du cautionnement, de l'obligation de couverture, au caractère successif, qui porte également sur les dettes futures².

La jurisprudence, malgré quelques hésitations³, semble aujourd'hui considérer que la fusion par absorption de la caution marque la fin de l'obligation de couverture et limite la transmission du cautionnement à l'obligation de règlement. En d'autres termes, l'engagement de caution, transmis à la société absorbante, ne subsiste

que pour les dettes du débiteur principal nées antérieurement à la fusion, transmises en tant qu'éléments figurant au patrimoine de la caution absorbée. Elle ne saurait en revanche, être étendue aux dettes futures.

Cette solution s'applique de la même manière lorsque la fusion affecte le débiteur ou le créancier⁴.

Le principe d'intransmissibilité de la garantie autonome

La garantie autonome, prévue à l'article 2321 du Code civil, est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, le donneur d'ordre, à verser au créancier une somme, soit à première demande (on parlera alors de garantie «à première demande»), soit suivant des modalités convenues.

A l'inverse du cautionnement qui est un engagement accessoire de l'obligation garantie,

«Les fluctuations de la jurisprudence sur cette importante question doivent inciter les parties à aménager les modalités de transmission des sûretés personnelles.»

1. Pour plus de précisions, voir l'article supra «Opérations de restructuration domestiques ou transfrontalières : effets et limites de la transmission universelle», par Marc Flamand et Benoît Provost en p. 4.

2. D. Legeais, «Droit des sûretés et garanties du crédit», 11^e édition, LGDJ, 2016, n° 230, p. 180.

3. Voir Cass. com., 7 janvier 2014, contredit la même année par Cass. com., 16 septembre 2014 et récemment par Cass. com., 8 mars 2017.

4. P. Simler, «Cautionnement Garanties autonomes Garanties indemnitaires», LexisNexis, 5^e édition, 2015, n° 733, p. 740.

la garantie autonome est, à compter de son émission, un engagement détaché de l'obligation garantie. Elle ne garantit pas les dettes à naître du donneur d'ordre et prive de toute pertinence la distinction entre les obligations de couverture et de règlement évoquée en matière de cautionnement.

Si la doctrine majoritaire semblait, jusqu'alors, admettre que la transmission universelle de patrimoine du garant ou du bénéficiaire de la garantie emportait transfert de la garantie au nouveau garant⁵, aujourd'hui rien n'est moins sûr ! Un arrêt récent de la Cour de cassation (Cass. com., 31 janvier 2017) pose un principe d'intransmissibilité de la garantie autonome qui, en dépit d'une motivation économe, pourrait dépasser la simple hypothèse, en cause dans cette espèce, de la scission du bénéficiaire d'une telle sûreté. En effet, et bien que la lettre de l'arrêt n'y fasse pas référence, si le fondement de la décision est le caractère *intuitu personæ* de la garantie autonome, toute transmission de la garantie autonome à l'occasion d'une fusion serait exclue en l'absence de stipulation la prévoyant. En revanche, la fusion du donneur d'ordre est sans effet sur la garantie autonome dans la mesure où celle-ci est indépendante de l'obligation souscrite par le donneur d'ordre.

La question de la lettre d'intention

La lettre d'intention, aux termes de l'article 2322 du Code civil, constitue un engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier. Le manque d'homogénéité des lettres d'intention, du fait de la portée variable des engagements qu'elles recèlent, rend difficile l'édiction d'une règle générale de transmissibilité. La lettre d'intention répondant aux critères de l'article 2322 du Code civil constitue un engagement autonome du souscripteur. A ce titre, la solution pourrait se rapprocher de celle de la garantie autonome. De ce fait et en l'absence de jurisprudence connue, il nous semble raisonnable de considérer que le principe d'intransmissibilité retenu en matière de garantie autonome s'applique également à la lettre d'intention.

L'aménagement des modalités de transmission des sûretés personnelles

Les solutions présentées ci-dessus étant supplétives de volonté, on ne peut que conseiller aux parties d'anticiper les hypothèses de restructurations et de les aménager contractuellement.

Si l'on peut supposer que le bénéficiaire d'une sûreté personnelle aura intérêt à la voir préservée et que le garant cherchera à en être libéré, la réalité est parfois plus nuancée. En effet, il n'est pas rare que l'obligation garantie par la sûreté soit affectée par la disparition de cette dernière. En matière de contrat de crédit, par exemple, la disparition d'une sûreté entraîne généralement l'exigibilité anticipée du crédit,

au détriment du débiteur dont l'obligation est garantie par cette sûreté. C'est pourquoi, lorsqu'une réorganisation est envisagée, elle doit s'accompagner de *due diligences* permettant de

«Lorsqu'une réorganisation est envisagée, elle doit s'accompagner de due diligences permettant de s'assurer du maintien des sûretés.»

s'assurer du maintien des sûretés en cette hypothèse.

Au stade de la mise en place des sûretés personnelles, les parties devront envisager leur sort en cas de restructuration et ce, qu'elles souhaitent prévoir leur transmission ou leur disparition. Si une transmission automatique peut être expressément prévue, il convient alors de bien circonscrire les hypothèses de transmissions autorisées et leurs modalités. A l'inverse, les parties peuvent prévoir que tout changement dans la personne de l'une des parties ou du débiteur entraîne l'extinction de la sûreté ou que, ce qui revient au même, cette circonstance était déterminante du consentement de l'une des parties. Enfin, les parties peuvent réserver ce choix en prévoyant, par le jeu d'une clause de rendez-vous, de s'accorder sur les conséquences de la réorganisation au moment de sa survenance. ■

⁵ Voir notamment A.-S. Barthez, D. Houtcieff, «Les sûretés personnelles», LGDJ, 2010, n° 1403, p. 1013.

L'effet d'une opération de fusion sur la responsabilité pénale de l'absorbée



Par **Jean-Fabrice Brun**, avocat associé et co-responsable du département contentieux et arbitrage. Il assiste ses clients devant les juridictions étatiques en matières civile, commerciale, financière et pénale. Il intervient également en matière d'arbitrage interne et international.
jean-fabrice.brun@cms-bfl.com



et **Antoine Landon**, avocat en contentieux et arbitrage. Il intervient plus particulièrement en contentieux commercial, contentieux corporate et post-acquisition ainsi qu'en droit pénal des affaires.
antoine.landon@cms-bfl.com

En droit communautaire comme en droit interne, la fusion-absorption entraîne, d'une part, disparition de la société absorbée et, d'autre part, transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante.

Il est acquis que la société absorbée ne peut plus faire l'objet de sanction pénale, en raison de sa disparition. En revanche, les jurisprudences communautaire et interne divergent sur la question de «la transmission du passif pénal» à la société absorbante.

Le terme même de passif pénal sous-tend qu'il puisse être transmis à la société absorbante, au même titre que d'autres éléments de passif. C'est la solution adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Dans un arrêt du 5 mars 2015, la CJUE a très clairement consacré la transmission du passif pénal de la société absorbée à la société absorbante, qui devient pénalement responsable des agissements de la société absorbée antérieurs à la fusion¹. L'objectif explicite de la CJUE est d'éviter le risque de fraude et garantir le caractère effectif et dissuasif des sanctions.

La jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation est radicalement contraire.

Elle a ainsi toujours exclu la responsabilité de la société absorbante, au visa de l'article 121-1 du Code pénal, aux termes duquel «*nul n'est responsable pénalement que de son propre fait*»².

L'arrêt de la CJUE du 5 mars 2015 a pu laisser penser que la Chambre criminelle serait contrainte d'opérer un revirement de jurisprudence. Certaines cours d'appel avaient d'ailleurs anticipé un revirement en faisant application de la solution consacrée par la CJUE. La Chambre criminelle a pourtant, dans un arrêt publié du 25 octobre 2016, clairement réaffirmé sa jurisprudence en jugeant que la décision de la CJUE n'était pas applicable, étant dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers, et en rappelant que nul n'est responsable pénalement que de son propre fait³.

La position de la Cour de cassation est en réalité assez logique. En effet, le principe de responsabilité pénale du fait personnel a valeur constitutionnelle et prime, dans l'ordre interne, sur les normes conventionnelles⁴.

Des commentateurs ont pu y voir une forme d'impunité, qui priverait la sanction pénale de son caractère dissuasif, en permettant à une entreprise d'y échapper par le seul fait d'une opération de fusion et de continuer son activité. Dans l'arrêt cassé, la Chambre de l'instruction avait d'ailleurs fait état des circonstances potentiellement frauduleuses de la fusion, en raison de l'identité des associés et de la date de l'opération.

Certains appellent même de leurs vœux une réforme législative, qui permettrait de sanctionner plus facilement les cas «de fraude», par exemple en consacrant la responsabilité de «l'entreprise»,

comme en droit de la concurrence⁵, plutôt que celle de la personne morale, fiction juridique. Une telle réforme risquerait néanmoins, à notre avis, la censure du Conseil constitutionnel. Les palliatifs sont certainement à chercher dans l'arsenal répressif déjà existant.

D'une part, la responsabilité pénale du dirigeant

de la société absorbée perdure nonobstant la disparition de la personne morale. Dans les cas d'opérations «frauduleuses», les juridictions pénales auront certainement tendance à prononcer des sanctions particulièrement sévères et dissuasives à l'encontre du seul responsable subsistant.

D'autre part, la responsabilité pénale de la société absorbante pourrait être recherchée au titre d'infractions qui lui seraient personnellement imputables, soit qu'elle se soit rendue complice de la commission de l'infraction, soit qu'elle en ait recelé ou blanchi le produit.

Enfin, les victimes des faits délictueux pourront agir devant les juridictions civiles, la dette de réparation civile étant, quant à elle, transmise à la société absorbante. ■

«Le principe de responsabilité pénale du fait personnel a valeur constitutionnelle et prime, dans l'ordre interne, sur les normes conventionnelles⁴.»

1. CJUE, 5 mars 2015, C-343/13.

2. Voir par exemple, Cass. crim., 9 septembre 2009, n° 08-87312.

3. Cass. crim., 25 octobre 2016, n° 16-80366.

4. Voir par exemple, Cons. cons., 18 mai 2016, QPC n° 2016-542.

5. Voir «Amende civile imputée à une société absorbante pour pratiques commerciales abusives de l'absorbée : c'est constitutionnel !», par Elisabeth Flaicher-Maneval, Option Finance, 30 mai 2016.

Scission partielle : une opération imparfaitement connue du droit français

La scission partielle fait figure de nébuleuse dans le paysage juridique français. A la différence de la scission, cette forme de restructuration n'est pas, en tant que telle, prévue par le Code de commerce. Elle se retrouve en revanche dans le droit communautaire et la neutralité fiscale qu'impose la directive du 19 octobre 2009¹ est assurée par les règles de droit français. Cette reconnaissance partielle explique probablement l'usage assez peu fréquent de ce type d'opération dans la vie des affaires. La scission partielle apparaît pourtant être une opération intéressante, pour autant que ses difficultés d'application soient en pratique surmontées.

Une opération juridique d'«apport-attribution»

La notion de scission partielle n'ayant pas été intégrée en droit français, celle-ci est donc réalisée par le recours à deux opérations distinctes :

- un apport partiel d'actifs tout d'abord, soumis ou non au régime juridique des scissions et rémunéré par des titres de la société bénéficiaire de l'apport ;
- suivi ensuite de l'attribution de ces titres aux associés de la société apporteuse.

Cette opération d'«apport-attribution» se distingue donc de la scission dans la mesure où la société apporteuse ne disparaît pas. Ce type d'opération permet ainsi de «scinder» économiquement des sociétés dont la dissolution est en pratique peu envisageable, en raison par exemple de la difficulté à transmettre certains contrats conclus *intuitu personæ*.

Si l'opération d'apport n'emporte pas de difficultés juridiques spécifiques, l'attribution des titres aux associés de la société apporteuse est en revanche plus problématique. Faute de texte spécifique, la répartition des titres s'analyse comme une distribution d'actifs, qui peut être opérée par voie de réduction de capital ou de distribution de bénéfices. L'opération de réduction de capital ouvre aux créanciers de la société apporteuse un droit d'opposition de 20 jours, en sus du délai d'opposition

de 30 jours qui court dans le cadre de l'apport soumis au régime des scissions, soit un délai d'opposition minimum de 50 jours. Ce délai étant suspensif, il peut constituer un obstacle à la réalisation de l'opération.

Lorsque la répartition est en revanche imputée sur un compte de bénéfices distribuables (réserves, primes), l'opération peut être décidée sous la seule condition de réunir une assemblée générale ordinaire d'actionnaires de la société apporteuse, ce qui présente un avantage pratique non négligeable. La distribution doit par ailleurs être effectuée proportionnellement à la participation des associés dans le capital de la société apporteuse, ce qui en présence de sociétés cotées peut parfois s'avérer difficile à respecter.

Un régime de neutralité fiscale soumis à agrément

A l'instar des scissions, les opérations d'apport-attribution bénéficient d'un régime de neutralité fiscale.

Les plus-values dégagées lors de l'apport sont exonérées et l'attribution des titres aux associés n'est pas considérée comme une distribution de dividende taxable, à condition qu'elle soit effectuée dans un délai d'un an suivant l'apport². Ce régime est néanmoins subordonné à la délivrance d'un agrément administratif, qui est accordé de droit lorsque certaines conditions sont remplies : l'apport doit être placé sous le régime fiscal

de faveur de l'article 210 A du Code général des impôts, les opérations doivent être justifiées par un motif économique et ne doivent pas être réalisées dans un but de fraude ou d'évasion fiscale.

Dans ses commentaires publiés, l'Administration impose à cet égard que les associés de la société apporteuse conservent, pendant au moins trois ans, à la fois la participation qu'ils détiennent dans cette société et les titres qui leur sont attribués.

Cette contrainte, qui n'est pas prévue par la directive, est à notre avis contestable et l'arrêt Euro Park Service récemment rendu par la Cour de justice de l'Union européenne³ devrait, à cet égard, inciter l'Administration à assouplir sa doctrine. ■



Par **Christophe Lefaillet**, avocat associé en corporate/fusions & acquisitions et en fiscalité (droits d'enregistrement et ISF). Il intervient particulièrement dans les opérations de fusion-acquisition du secteur immobilier.
christophe.lefaillet@cms-bfl.com



et **Philippe Gosset**, avocat en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des transactions et private equity que dans le domaine de la fiscalité des particuliers, actionnaires et dirigeants.
philippe.gosset@cms-bfl.com

1. Directive n° 2009/133/CE.

2. Art. 115,2 du Code général des impôts.

3. Sur ce sujet, voir l'article infra «Régime fiscal des fusions : agréments et... désagréments», par Laurent Hepp et Florian Bumet en p. 12.

Les nouveautés de l'article L. 1224-1 du Code du travail issues de la loi El Khomri

La loi travail du 8 août 2016¹ a profondément modifié le Code du travail. Les opérations de fusion-acquisition, et plus généralement les transferts d'activité entre sociétés, sont concernées avec des nouveautés permettant une meilleure prise en compte de la pratique de ces opérations. Celles-ci opèrent le transfert automatique des contrats de travail en application du célèbre article L. 1224-1 du Code du travail. Le statut collectif de la société absorbée est également transféré mais avec une mise en cause automatique et souvent une nécessité de renégociation post-fusion afin d'harmoniser les statuts dans la nouvelle structure. Petite revue synthétique des nouveautés.



Par **Guillaume Bossy**, avocat associé en droit social de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Il intervient principalement dans le domaine des restructurations, des fusions-acquisitions, des transferts d'entreprises, de la représentation du personnel et de la gestion des relations sociales.
guillaume.bossy@lyon.cms-bfl.com

L'article L. 1224-1 n'a pas été modifié, ce sont ses articles «périphériques» qui ont été ajustés ou complétés.

Licenciement avant transfert²

Dans les sociétés ou groupes d'au moins 1 000 salariés, lorsque le PSE comporte, en vue d'éviter la fermeture d'un établissement, le transfert à un repreneur d'une entité économique autonome nécessaire à la sauvegarde d'emplois, l'article L. 1224-1 ne s'applique que dans la limite du nombre des emplois qui n'ont pas été supprimés par des licenciements. Ainsi, est facilité le licenciement des salariés avant un transfert pour adapter la structure, la rendre attrayante pour le repreneur et lui éviter de faire une restructuration dès l'acquisition opérée.

Négociation anticipée d'un accord «de transition» ou «d'adaptation»³

Lors du transfert, les accords collectifs sont automatiquement mis en cause et disparaîtront quinze mois après. Pour éviter ce vide conventionnel, il est nécessaire de négocier un accord dit «de substitution». Jusqu'à présent, celui-ci ne pouvait être signé qu'une fois le transfert intervenu. Il est maintenant permis d'anticiper cette négociation avant le transfert afin de rassurer les représentants du personnel de la société qui verra tout ou partie de ses salariés transférés.

Disparition des «avantages individuels acquis» au profit du «maintien de la rémunération»⁴

Jusqu'à présent, à défaut d'accord de substitution

conclu dans le délai de quinze mois suivant le transfert, les employeurs craignaient le maintien des fameux «avantages individuels acquis». Tout praticien est parti à la recherche d'une réponse ou d'une définition claire et exploitable de cette notion. L'échec a été total, les tribunaux apportaient quelques rares réponses mais la cohérence d'ensemble laissait à désirer, maintenant les employeurs devant un flou peu sécuritaire. Le législateur est intervenu pour supprimer la notion. La joie était à son comble, mais rapidement douçonnée par la perplexité de la nouvelle notion substituée : le «maintien de la rémunération annuelle». L'idée était que la fin des accords collectifs s'accompa-

gnait de la disparition des avantages prévus par ces accords mais que le pouvoir d'achat des salariés concernés était maintenu. Ainsi, le salarié conserverait uniquement un montant en euro des avantages perçus en application des accords mis en cause. Malheureusement, la rédaction du texte permet différentes interprétations, dont certaines cauchemardesques pour les employeurs, que la pratique, la doctrine et la jurisprudence devront lever.

Transfert conventionnel⁵

Les différences de rémunération issues d'un transfert conventionnel en application d'un accord de branche étendu⁴ sur un même site sont «légalisées». Les salariés du repreneur ne peuvent réclamer les avantages des salariés repris, provenant de leur précédent employeur. ■

«L'article L. 1224-1 n'a pas été modifié, ce sont ses articles "périphériques" qui ont été ajustés ou complétés.»

1. N° 2016-1088.

2. Article L. 1233-61.

3. Articles L. 2261-14-2 à L. 2261-14-4.

Pour plus de détails, vous référer à l'article infra «Fusions : anticiper la négociation du nouveau statut collectif», par Françoise Albrieux-Vuarchex en p. 11.

4. Article L. 2661-14.

5. Article L. 1224-3-2.

6. Hypothèse de changement de prestataire nettoyage ou restauration par exemple.

Fusions : anticiper la négociation du nouveau statut collectif

Toute opération de transfert d'entreprise nécessite la révision du nouveau statut collectif applicable au personnel dans la structure d'accueil : il en va donc ainsi pour les opérations de fusion.

Le statut collectif, automatiquement mis en cause par l'opération juridique de transfert, doit faire l'objet d'une nouvelle négociation après la réalisation de l'opération au sein de la structure d'accueil. La loi Travail¹ autorise, depuis le 10 août 2016, lorsqu'est envisagé un transfert d'entreprise, la négociation par anticipation du nouveau statut collectif, et ce suivant deux types d'accord :

- soit un accord de transition destiné aux seuls salariés transférés² ;
- soit un accord d'adaptation, destiné aux salariés transférés et à ceux de l'entreprise d'accueil³.

L'accord de transition

Cet accord a pour objet d'opérer un rapprochement entre les stipulations des accords mis en cause et celles en vigueur dans l'entreprise d'accueil afin de les rendre compatibles

et de sécuriser la période transitoire pour les salariés. La négociation intervient entre les employeurs des deux entreprises concernées et les syndicats représentatifs dans l'entreprise qui emploie les salariés transférés. L'accord entre en vigueur à la date de réalisation du transfert, il est conclu pour une durée limitée à trois ans et s'applique à l'exclusion des dispositions conventionnelles portant sur le même objet applicables dans l'entreprise d'accueil. Seuls les salariés présents dans l'entreprise au moment où l'accord est conclu et dont le contrat est transféré sont concernés par l'accord de transition.

L'accord d'adaptation

Il a pour objet de fixer par anticipation un nouveau statut collectif unique pour l'ensemble du personnel de la société d'accueil, en harmonisant la situation de l'ensemble du personnel des entreprises concernées, dont les futurs embauchés. Cet accord est négocié par les employeurs et les syndicats re-

présentatifs en place dans chacune des entreprises concernées. Le taux de l'audience des syndicats est apprécié dans leurs entreprises respectives.

Le nouvel accord se substitue aux accords mis en cause et révisé les accords applicables dans l'entreprise d'accueil. Il entre en vigueur à la date de la réalisation du transfert et peut être conclu pour une durée déterminée de cinq ans ou indéterminée.

Il est impossible de négocier un accord anticipé en cas de changement d'activité.

Dans ce cas, seul l'article L. 2261-14 du Code du travail s'applique, qui prévoit la négociation d'un accord de substitution postérieurement au change-

ment d'activité.

Si aucun accord n'est trouvé avant la date du transfert, la négociation s'engagera dans les trois mois suivant le transfert d'entreprise, en vue de la conclusion d'un accord pouvant prendre effet dès la date du transfert et au plus tard avant la fin du délai légal de survie de douze mois, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement

applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions⁴.

A défaut d'accord de remplacement conclu dans le délai d'un an à compter de l'expiration du préavis de dénonciation de trois mois, si les salariés concernés ne se voient plus maintenus leurs avantages individuels acquis, en application du texte dénoncé, ils conservent cependant le montant annuel de leur rémunération au cours des douze derniers mois⁵.

Au regard de ces enjeux financiers, les employeurs ont tout intérêt à s'engager dans une démarche active de négociation du statut collectif le plus en amont possible de l'opération de transfert envisagée et ce malgré le caractère hypothétique de celle-ci, en ayant conscience de l'impact de ces négociations sur sa confidentialité. ■



Par **Françoise Albrieux-Vuarchex**, avocat associé en droit social de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Elle intervient dans le domaine du conseil en droit du travail et droit de la sécurité sociale, et plus particulièrement dans les opérations de restructuration d'entreprise et de négociation des statuts collectifs.
francoise.albrieux-vuarchex@lyon.cms-bfl.com

1. N° 2016-1088 du 8 août 2016.
2. Art. L. 2261-14-2 du Code du travail.
3. Art. L. 2261-14-3 du Code du travail.
4. Art. L. 2261-14 du Code du travail.
5. Art. L. 2261-14 al. 2 du Code du travail.

Régime fiscal des fusions : agréments et... désagréments



Par **Laurent Hepp**, avocat associé en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés qu'en fiscalité des transactions et private equity. laurent.hepp@cms-bfl.com



et **Florian Burnat**, avocat en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des transactions et private equity que dans le domaine de la fiscalité des particuliers, actionnaires et dirigeants. florian.burnat@cms-bfl.com

Les fusions et opérations assimilées réalisées entre sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés peuvent, si elles respectent certaines conditions relatives notamment à la comptabilisation des actifs transmis, bénéficier du régime de neutralité fiscale prévu à l'article 210 A du Code général des impôts (CGI). Dans certains cas, la pleine neutralité fiscale de la fusion est toutefois subordonnée à l'obtention d'un agrément délivré par l'administration fiscale. Cet agrément, bien que réputé de plein droit, doit impérativement être demandé avant la réalisation de l'opération en cause, quand bien même son obtention peut exiger plusieurs mois d'instruction (voire plusieurs années dans des cas extrêmes), et

n'est formellement délivré qu'après la réalisation de l'opération – avec tous les «désagréments» que peut entraîner un rejet sur une opération déjà réalisée.

Deux situations principales sont soumises à une contrainte d'agrément préalable et requièrent donc une vigilance spécifique : celles relatives au transfert ou à la préservation des déficits fiscaux reportables et celles impliquant une société étrangère.

De récentes décisions de jurisprudence jettent un éclairage nouveau sur ces régimes d'exception.

L'agrément en vue du transfert ou de la préservation des déficits reportables

Une opération de fusion (ou assimilée) dans laquelle la société absorbante entend se voir transférer les déficits reportables de la société absorbée doit, aux termes de l'article 209, II du CGI, être soumise à l'agrément de l'administration fiscale. Il en va de même, en application de l'article 221-5.c. du même code, lorsque la société absorbante entend préserver ses propres déficits reportables à l'issue d'une fusion qui entraîne pour elle les conséquences fiscales d'un «changement d'activité réelle». Les critères de

délivrance de ces agréments ont été substantiellement modifiés par la deuxième loi de finances rectificative pour 2012.

Ainsi, s'agissant du transfert des déficits de l'absorbée, cette loi a introduit dans le CGI les critères suivants qui ressortaient de la pratique du Bureau des agréments :

– l'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé ne doit pas avoir fait l'objet par la société absorbée, pendant la période au titre de laquelle ces déficits ont été constatés, de «*changement significatif*», notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité ;

– l'activité poursuivie par la société absorbante ou bénéficiaire des apports ne doit pas faire l'objet, pendant la période de trois ans, de «*changement significatif*», notamment en termes de clientèle, d'emploi, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité ; et

– les déficits transférés ne doivent provenir ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des

sociétés dont l'actif est principalement composé de participations financières, ni de la gestion d'un patrimoine immobilier.

Quant à l'agrément en vue de la préservation des déficits de l'absorbante (ou de l'apporteuse) en cas de changement d'activité réelle (situation désormais légalement caractérisée en cas d'adjonction ou d'abandon d'une activité entraînant des variations supérieures à 50 % du chiffre d'affaires ou des effectifs et de l'actif immobilisé), il requiert de justifier que les opérations à l'origine dudit changement sont «*indispensables à la poursuite de l'activité à l'origine des déficits et à la préservation de l'emploi*».

On le voit, les termes légaux nouvellement introduits recèlent une part d'interprétation et de subjectivité dont l'appréciation n'est confortable ni pour les contribuables et leurs conseils, ni même

«Deux situations principales sont soumises à une contrainte d'agrément préalable [...] : celles relatives au transfert ou à la préservation des déficits fiscaux reportables et celles impliquant une société étrangère.»

pour les services compétents de l'administration fiscale : difficile en effet de déterminer avec un degré de sécurité juridique suffisant si un changement est «*significatif*» ou si une opération est «*indispensable*» à la préservation de l'emploi ! Paradoxalement, cette évolution légale doit coexister avec la réaffirmation récente par le Conseil d'Etat du caractère «de plein droit» de l'agrément de l'article 209-II précité : dans un arrêt Stago International du 18 janvier 2017, la Haute juridiction vient ainsi de sanctionner une société absorbante pour n'avoir pas intégré le transfert des déficits de l'absorbée dans le calcul du mali de fusion déductible à la date d'effet de la fusion, alors même qu'à cette date, la décision d'agrément sur le transfert des déficits était toujours en cours d'instruction. Les sociétés parties à une fusion peuvent ainsi se trouver prises en étau entre l'incertitude attachée à l'interprétation des critères légaux d'agrément, et l'obligation technique de valoriser leurs déficits réputés agréés dès la date d'effet de la fusion.

L'agrément des opérations transfrontalières

Aux termes de la directive fusions de 1990 (telle que modifiée en 2009), les Etats membres de l'Union européenne ne peuvent refuser l'application du régime de neutralité des fusions que «*lorsque l'opération envisagée a comme objectif principal ou comme un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscales*». Cette exigence a été transposée dans notre droit interne aux articles 210 B-3. et 210 C du CGI aux termes desquels la neutralité d'une opération de fusion transfrontalière n'est accordée que sur agrément préalable si :

- l'opération est justifiée par un motif économique ;
 - l'opération n'a pas comme objectif principal la fraude ou l'évasion fiscales ; et
 - les modalités de l'opération permettent l'imposition future des plus-values en sursis (le cas échéant via la création d'un établissement stable français de l'entité étrangère).
- Dans une récente affaire Euro Park qui a donné lieu à une décision de la Cour de justice de

l'Union européenne (CJUE) le 8 mars 2017, une société luxembourgeoise ayant absorbé une société française n'avait pas sollicité l'agrément préalable requis par le CGI en vue de s'assurer le bénéfice du régime de faveur des fusions. Le Conseil d'Etat avait transmis à la CJUE une question préjudicielle pour déterminer si cette exigence était contraire aux traités européens ou à la directive fusions.

Le raisonnement développé ici par la CJUE est remarquable en ce que, pour étudier la conformité des dispositions de droit français à la directive, il se place sur le terrain de l'effectivité

du droit européen et son corollaire, le principe de sécurité juridique. Or, selon la Cour, cette sécurité n'est pas assurée par la France en raison notamment de la divergence entre les trois conditions légales d'octroi de l'agrément et la pratique administrative décrite par le gouvernement français à l'audience selon lequel seul le premier critère – celui du

motif économique – guidait la décision d'octroi de l'agrément. D'autre part, la CJUE relève qu'en posant une exigence systématique d'agrément préalable en présence de fusions transfrontalières, la législation française repose sur une présomption générale de fraude ou d'évasion fiscales contraire aux objectifs de la directive, et qu'en traitant différemment les fusions intracommunautaires et franco-françaises, elle entrave le principe de liberté d'établissement.

Il sera éclairant d'observer les conséquences qui seront tirées de cette décision tant par le Conseil d'Etat (appelé à statuer sur renvoi de la CJUE) que par le législateur. En tout état de cause, les contribuables qui auraient été affectés par l'appréciation des règles d'agrément posées par l'Administration dans ces situations transfrontalières peuvent disposer d'arguments sérieux pour contester cette position. Quant aux sociétés devant réaliser des fusions intracommunautaires à l'avenir, elles devraient en principe, dans l'attente de la modification législative à intervenir, pouvoir se passer d'agrément pour mener à bien ces opérations en régime de neutralité fiscale.

Dans l'immédiat, la décision Euro Park pourrait bien causer plus de difficultés pratiques qu'elle n'en résout ! ■

«La CJUE relève [que] la législation française repose sur une présomption générale de fraude ou d'évasion fiscales contraire aux objectifs de la directive.»

Fiscalité du mali de fusion : distinguer le vrai du faux



Par **Jean-Charles Benois**, avocat conseil en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises et groupes de sociétés qu'en fiscalité des transactions et private equity. jean-charles.benois@cms-bfl.com



et **Vincent Forestier**, avocat en fiscalité. Il conseille au quotidien des sociétés dans le cadre de leurs problématiques en fiscalité directe ainsi que dans leurs opérations d'acquisitions, de capital-transmission et de restructuration. vincent.forestier@cms-bfl.com

La fusion entre deux sociétés peut conduire à constater comptablement un mali, c'est-à-dire un écart négatif entre l'actif net reçu par l'entité absorbante à hauteur de sa participation dans l'entité absorbée et la valeur comptable de cette participation.

Lorsque la fusion est réalisée en valeurs comptables (cas le plus fréquent), le mali de fusion a vocation à être décomposé entre un mali technique ou « faux mali », correspondant aux plus-values latentes sur éléments d'actif dans les comptes de l'absorbée (déduction faite des passifs non comptabilisés par l'absorbée, en l'absence d'obligation comptable), non déductible fiscalement et, le cas échéant, une perte déductible correspondant à la dépréciation, au moment de la fusion, de la participation détenue dans l'absorbée, dite « vrai mali ».

Le mali technique est désormais amortissable – VRAI

Le règlement ANC 2015-06 du 23 novembre 2015 a modifié les règles comptables applicables au mali technique de fusion pour les exercices ouverts à partir du 1^{er} janvier 2016. Désormais, le mali technique doit être comptabilisé dans un sous-compte spécifique à chaque actif apporté auquel il se rattache. Le mali ainsi affecté suit les règles d'amortissement de l'actif sous-jacent. Ce n'est que lorsqu'il ne peut être affecté à aucun actif qu'il est, par défaut, inscrit en « fonds commercial ».

Les malis figurant au sous-compte « fonds commercial » au 1^{er} janvier 2016 ont ainsi dû être reclassés, au choix du contribuable, en fonction des plus-values existantes à la date de la fusion ou en fonction des plus-values existantes à la date de première application du règlement ANC 2015-06. En cas de fusion placée sous le régime de faveur, le mali technique n'ayant pas de valeur fiscale, les charges ultérieures affectées au mali (en cas de sortie d'actif, de dépréciation ou d'amortissement) ne peuvent donner lieu à déduction.

A l'inverse, en cas de fusion placée sous le régime de droit commun, les dotations aux amortisse-

ments du mali technique affecté aux actifs amortissables devraient désormais être déductibles fiscalement.

Le mali technique doit figurer sur l'état de suivi des plus-values en sursis – FAUX

L'ordonnance n° 2015-681 du 18 juin 2015 a supprimé l'obligation d'indiquer la valeur du mali technique dans l'état de suivi des plus-values en report d'imposition au titre des exercices clos à compter du 20 juin 2015. A cet égard, la direction de la législation fiscale a confirmé à l'Institut des avocats conseils fiscaux que le règlement ANC 2015-06 n'a pas modifié cette dispense.

Le mali ne doit pas tenir compte du déficit transféré par l'absorbée – FAUX

Les règles comptables applicables en matière de fusion tiennent compte de la notion d'impôt différé, actif ou passif, et regardent l'économie d'impôt correspondant au déficit transmis de

l'absorbée à l'absorbante comme un impôt différé actif, à prendre en compte pour le calcul du mali. Encore faut-il que la transmission des déficits soit certaine, celle-ci étant subordonnée à l'obtention préalable d'un agrément de l'administration fiscale, accordé sous diverses conditions.

A cet égard, le Conseil d'Etat vient de juger¹ que les déficits fiscaux de la

société absorbée doivent être pris en compte pour déterminer le mali, quand bien même l'agrément pour le transfert des déficits n'aurait pas encore été obtenu à la date d'effet de la fusion, l'agrément étant de droit lorsque les conditions sont satisfaites. Une décision logique (une solution inverse aurait conduit l'absorbante à déduire deux fois les mêmes pertes, l'une au titre du vrai mali, l'autre à raison des déficits fiscaux transmis) qui devra être prise en compte par l'absorbante lorsque le vrai mali constaté sera déductible fiscalement (c'est-à-dire, fusions placées hors du champ du régime des plus-values à long terme sur titres de participation). ■

«En cas de fusion placée sous le régime de faveur, le mali technique n'ayant pas de valeur fiscale, les charges ultérieures affectées au mali [...] ne peuvent donner lieu à déduction.»

¹ Conseil d'Etat, 18 janvier 2017, n° 389004, Société Stago International.

Holding animatrice : le juge sanctionne la vision restrictive de l'Administration

Plusieurs contentieux ont mis en lumière la vision restrictive que l'Administration entend défendre au sujet de la holding animatrice, position que le juge a, dans chacune des affaires, censurée.

La première affaire, ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Paris le 27 mars 2017¹, concerne la question de la détention à titre accessoire par la holding de participations non animées, et le point de savoir si cette situation conduit à disqualifier la holding des régimes des biens professionnels et Dutreil ISF. La Cour d'appel confirme la solution de première instance rendue dans le sens d'une absence de disqualification, la détention de participations minoritaires à titre accessoire conduisant uniquement, pour le régime des biens professionnels, à soumettre à l'ISF la fraction de valeur correspondant aux participations non animées.

La seconde décision, rendue par la cour d'appel de Rennes² l'année dernière mais récemment diffusée, concerne le niveau de détention des filiales considéré comme nécessaire à la reconnaissance de l'animation. Une holding A détenait 34 % d'une sous-holding B qui chapeautait un groupe industriel, le reste du capital de B étant détenu par une personne physique. L'associé de la holding A revendiquait la qualité de holding animatrice de A et son éligibilité au régime des biens professionnels. Le juge d'appel a de manière fort intéressante suivi la position du contribuable en relevant que la sous-holding B était juridiquement organisée de telle sorte qu'elle comprenait un comité de direction, dont la holding de A était membre, ainsi qu'un comité stratégique, dont cette dernière était également membre et présidente. Outre le fait que cet arrêt illustre qu'une participation inférieure à 50 % n'interdit pas tout rôle animateur, il semble entrouvrir la porte de la reconnaissance des situations de co-animation exercées par plusieurs holdings vis-à-vis d'une même filiale.

«Le juge entend ainsi rappeler que si la holding animatrice est [...] assimilée à une société opérationnelle, il n'en demeure pas moins que sa caractérisation repose sur les filiales éligibles qu'elle anime.»

La troisième affaire³ concerne l'application du dispositif Dutreil-transmission qui exige que la société transmise exerce à titre prépondérant une activité opérationnelle éligible. L'exercice à titre accessoire d'une activité non éligible reste donc possible, le BOFIP⁴ indiquant que, d'une part, le chiffre d'affaires de l'activité éligible doit être prépondérant et, d'autre part, que le montant de l'actif brut de la société doit majoritairement être représenté par des actifs nécessaires à l'activité éligible. L'Administration entendait appliquer ces critères au strict niveau d'une holding animatrice, sans prendre en compte les

éléments inhérents aux filiales animées. Le juge de première instance censure la position de l'Administration en indiquant que le critère du chiffre d'affaires n'est pas adapté à la situation des holdings animatrices et que l'appréciation du critère «bilantiel» ne saurait être faite sans prendre en compte «les activités du groupe dans son ensemble».

Le juge entend ainsi rappeler que si la holding animatrice est, pour les besoins de certains régimes de faveur, assimilée à une société opérationnelle, il n'en demeure pas moins que sa caractérisation repose sur les filiales éligibles qu'elle anime. Si le raisonnement du juge est rassurant, il ne fixe pas pour autant les critères précis d'appréciation, dans le cadre du régime Dutreil-transmission, de la prépondérance de l'activité éligible des holdings animatrices.

Il résulte de ce qui précède que les juges de première instance et d'appel font preuve de pragmatisme afin d'assurer l'effectivité de la notion factuelle de holding animatrice. Cela étant, on attendra avec vigilance de connaître l'avis du juge de cassation sur ces questions. ■



Par **Matias Labé**, avocat en fiscalité. Il intervient tant en matière de fiscalité des entreprises, dans le cadre d'opérations transactionnelles, que de fiscalité du patrimoine. Il accompagne notamment des acteurs du private equity dans leurs structurations. matias.labe@cms-bfl.com

1. CA Paris, 27 mars 2017, n° 15/02544.
2. CA Rennes, 8 mars 2016, n° 15/00775.
3. TGI Paris, 26 février 2016, n° 14/15706.
4. BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10-20140519, § 20.

Donations d'entreprise : l'obligation de direction dans le régime Dutreil «réputé acquis»



Par **Grégory Dumont**, avocat conseil en droit du patrimoine. Il conseille principalement les dirigeants des sociétés et une clientèle privée, et intervient notamment dans le cadre de transmissions d'entreprises, de successions et de contentieux judiciaires en droit et fiscalité du patrimoine.
gregory.dumont@cms-bfl.com

Une réponse ministérielle Moreau, en date du 7 mars 2017 (JOAN page 1983 n° 99759), porte sur l'identité de la personne devant remplir l'obligation de direction exigée par le dispositif Dutreil lorsque l'engagement collectif n'a pas été souscrit mais qu'il est «réputé acquis». Rappelons que le régime Dutreil de l'article 787 B du Code général des impôts donne la possibilité aux donataires de titres de société de revendiquer une exonération partielle de droits de donation de 75 %, moyennant le respect d'une phase d'engagement collectif de conservation des titres transmis, le «pacte Dutreil», d'une durée d'au moins deux ans, puis d'une phase d'engagement individuel de conservation de quatre ans. Une obligation de direction de la société concernée doit également être remplie. Elle doit être satisfaite soit par un signataire du pacte, soit par un bénéficiaire de la transmission. Sous certaines conditions, le pacte Dutreil est «réputé acquis» et n'a pas à être signé. Dans cette hypothèse, seule la phase de conservation individuelle de quatre ans doit être respectée par les bénéficiaires de la transmission, ainsi que l'obligation de

direction, d'une durée de trois ans à compter de la donation.

La question posée au ministre portait sur la possibilité pour le donateur, en présence d'un pacte «réputé acquis», de remplir la condition de direction imposée par le régime Dutreil. L'Administration répond par la négative au motif que le donateur n'a pas signé de pacte Dutreil. Selon elle, en présence d'un «réputé acquis», seul un donataire est autorisé à satisfaire l'obligation de direction.

La position de l'administration fiscale, défavorable aux contribuables, nous paraît contestable car il résulte tant de la lettre de la loi que des travaux parlementaires relatifs à la loi de finances rectificatives pour 2006, ayant introduit le «réputé acquis», que ce dispositif fait présumer l'existence d'un pacte. Le donateur est donc assimilé au signataire d'un pacte Dutreil et devrait donc pouvoir, à ce titre, remplir l'obligation de direction. La réponse ministérielle Moreau confirme la volonté de l'Administration de limiter le développement du «réputé acquis». Elle doit inciter les praticiens à privilégier la signature effective d'un pacte Dutreil lorsque le donateur doit remplir l'obligation de direction. ■

C/M/S/ Bureau Francis Lefebvre

2 rue Ancelle 92522 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tél. 01 47 38 55 00
cms.law/bfl

 [linkedin.com/company/cms-bureau-francis-lefebvre](https://www.linkedin.com/company/cms-bureau-francis-lefebvre)

 twitter.com/cmsbfl

Retrouvez toutes les informations relatives à notre activité en Private Equity :



Option
Finance

Supplément du numéro 1419 du 19 juin 2017

Option Finance - 10, rue Pergolèse 75016 Paris - Tél. 01 53 63 55 55 - SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327

Directeur de la publication et de la rédaction : Jean-Guillaume d'Ornano

Service abonnements : 10, rue Pergolèse 75016 Paris, Tél. 01 53 63 55 58 Fax : 01 53 63 55 60 - Email : abonnement@optionfinance.fr

Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 0917 T 83896

