

Fusions transfrontalières : le coup d'envoi ?

Depuis la promulgation de la loi du 3 juillet 2008 qui a transposé en droit français la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, les praticiens restaient dans l'attente du décret d'application qui rendrait le nouveau régime effectif¹. C'est chose faite avec le décret du 5 janvier 2009, publié au Journal Officiel du 7 janvier. Cette publication est l'occasion de rappeler les grandes lignes du dispositif et d'en analyser les intérêts et les contraintes.

Quels cas d'application ?

Le nouveau régime s'applique uniquement aux fusions impliquant des sociétés de capitaux, à condition que deux au moins d'entre elles relèvent d'Etats membres différents. Sont donc exclues les opérations de scission ou d'apport partiel d'actifs ou les opérations impliquant des sociétés de personnes. Sont également exclues les fusions impliquant des SICAV ou des sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable.

Le nouveau régime s'applique uniquement aux fusions impliquant des sociétés de capitaux, à condition que deux au moins d'entre elles relèvent d'Etats membres différents.

S'agissant des règles applicables, le principe est que la fusion transfrontalière est régie par les dispositions spécifiques issues de la loi du 3 juillet 2008 et par les dispositions non contraires applicables aux fusions nationales. La fusion-absorption d'une société allemande par une société française sera donc régie par les règles propres aux fusions

transfrontalières, ainsi que par les règles non contraires du droit français pour la société absorbante et du droit allemand pour la société absorbée.

Quelles étapes principales ? L'apport du décret

Les principales étapes de la fusion sont :

- établissement du projet commun de fusion et du rapport des organes d'administration de chacune des sociétés : le décret fixe désormais le contenu de ces documents ;
- nomination d'un commissaire à la fusion (sauf décision



Par François Mary,
associé



et Charles-Antoine Guelluy,
associé, Latham & Watkins

unanime contraire des associés) ou, dans certains cas, d'un commissaire aux apports et établissement du rapport sur les apports et le rapport d'échange proposé ;

- le cas échéant, négociation avec les salariés des modalités de la participation au sein de la société issue de la fusion. La participation s'entend ici de la participation des salariés à la désignation des organes d'administration ou de surveillance et non la participation financière aux résultats de la société. Une telle négociation n'est pas nécessaire si aucune des sociétés ne dispose, préalablement à la fusion, de mécanisme de participation ;

formalités de publicité du projet commun de fusion. Le décret précise que ces publicités doivent être réalisées au moins un mois avant la date de l'assemblée appelée à statuer sur le projet, alignant ainsi ce délai sur celui des fusions nationales ;

- mise à disposition des associés et des délégués du personnel ou des salariés du rapport des organes d'administration, au moins un mois avant la date de l'assemblée ;
- approbation de la fusion par les assemblées générales ;
- contrôle de conformité de la fusion transfrontalière par les greffes compétents. Le décret précise que le greffe dispose d'un délai de huit jours ;
- contrôle de légalité par un greffier ou un notaire ; le décret précise la liste des informations devant être remise à cet effet et indique que le notaire ou le greffier dispose d'un délai de 15 jours pour accomplir son contrôle.

En définitive, les étapes d'une fusion transfrontalière sont très similaires à celles d'une fusion nationale. La principale différence réside dans le volet social relatif à la négo-

ciation et à la mise en place du régime de participation des salariés. C'est certainement l'aspect le plus complexe et le plus long à mettre en œuvre ; il n'est toutefois pas applicable lorsqu'aucune des sociétés parties à la fusion ne dispose de dispositif de participation.

Quels intérêts ?

L'intérêt d'avoir recours à cette technique nouvelle se mesure plus facilement en la comparant avec celles qui, jusqu'à ce jour, étaient disponibles, utilisées quelquefois faute de mieux. Il s'agit essentiellement, d'une part, de la fusion «nationale» (ou des techniques qui s'en rapprochent, telle la dissolution-confusion au sens de l'article 1844-5 alinéa 3 de code civil) et, d'autre part, de la création d'une société européenne par voie de fusion.

La fusion «nationale», c'est-à-dire la fusion qui serait effectuée en utilisant cumulativement les règles juridiques applicables en matière de fusion dans chacun des pays concernés, est source de complexité et, le plus souvent

également, d'incertitude voire de contradictions. Ces règles nationales sont en effet, dans une large mesure, différentes (même si une directive du 9 octobre 1978 a en son temps posé des règles applicables à toute fusion entre des sociétés anonymes ou leur équivalent dans les autres pays) et se révèlent très difficiles à mettre en œuvre simultanément.

Certains pays (tel l'Allemagne) ont même refusé, pendant longtemps, de reconnaître le simple concept de fusion transnationale. La fusion transfrontalière de ce point de vue opère un réel progrès, qui fixe certaines règles applicables dans tous les pays de la communauté européenne.

La création d'une société européenne par voie de fusion présente des similitudes avec la fusion transfrontalière, la directive 2005/56/CE s'étant en effet inspirée des textes sur la SE. Il existe toutefois des différences, qui peuvent dans certains cas inciter les parties à utiliser une technique plutôt que l'autre. Par exemple, la SE par voie de fusion n'est envisageable que lorsque les parties sont des sociétés anonymes. De même, les cas dans lesquels la participation des salariés doit être organisée diffèrent selon qu'il s'agisse de créer une SE par voie de fusion ou d'une fusion transfrontalière.

Quelles contraintes ?

Si l'on fait abstraction des aspects de participation des salariés, il semble que le calendrier d'une fusion transfrontalière présente au moins deux inconvénients importants.

La date d'effet de la fusion transfrontalière S'agissant des opérations de fusion nationale, la date d'ef-

fet juridique habituelle est celle de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération. Les parties ont en outre la faculté d'arrêter la date à laquelle la fusion sera réputée avoir produit ses effets d'un point de vue comptable et fiscal, cette dernière date correspondant le plus souvent, pour des raisons de commodité, à la date des derniers comptes annuels disponibles. La difficulté en matière de fusion transfrontalière réside dans le fait que la date d'effet juridique ne peut être antérieure au contrôle de légalité, ledit contrôle de légalité n'intervenant, selon la loi, qu'à la fin de la procédure, après notamment que les assemblées générales ont délibéré. Le décret, ainsi qu'il est rappelé ci-dessus, précise que le délai dans lequel le contrôle de légalité doit intervenir est de 15 jours au plus tard à compter de la réception (par le notaire ou le greffier) du dossier complet. Pratiquement, cela signifie que la fusion aura un effet différé, et que, en particulier dans le cas où le dossier est déposé au greffe, la date à laquelle le contrôle de légalité sera réalisé ne pourra être connu à l'avance.

L'autorisation nécessaire de l'administration fiscale Lorsque la société absorbante est située à l'étranger, l'application du régime de faveur à l'impôt sur les sociétés est conditionné à l'obtention d'un agrément de l'administration française. Toutefois, l'agrément étant de droit, la question sera en général moins celle du principe même de son obtention, que celle du délai pour l'obtenir. Il est bien sûr impossible de donner un délai «type», on peut néanmoins anticiper qu'il se comptera en mois plutôt qu'en semaines, ce qui retardera d'autant la réalisation de la fusion transfrontalière.

Quelles limitations ?

Une des limitations importantes de la fusion transfrontalière est qu'elle ne produit pas d'effet d'intégration fiscale paneuropéenne. S'agissant de la France, la règle fondamentale (et inchangée) est en effet celle de la territorialité de l'impôt, ce qui interdira par exemple de prendre en compte dans les résultats de la société française absorbante les profits ou les pertes réalisés par l'établissement stable étranger «substitué» à la société étrangère absorbée. La question de l'intégration de succursales ou de filiales étrangères pourrait toutefois redevenir rapidement un sujet d'actualité, la Cour de Justice des Communautés Européennes devant se prononcer bientôt sur une question préjudicielle concernant le régime d'intégration fiscale néerlandais très similaire au régime français (X Holding BV, 21 juillet 2008). En l'attente de la position de la Cour, le seul progrès concret réalisé en la matière figure dans la loi de finance pour 2009 qui prévoit certains aménagements permettant aux PME de déduire les déficits de certaines de leurs filiales ou succursales étrangères. Cet avantage, limité dans son champs d'application, n'est toutefois que temporaire, dans la mesure où ces déficits devront in fine être rapportés aux résultats imposable de la PME. ■

Une des limitations importantes de la fusion transfrontalière est qu'elle ne produit pas d'effet d'intégration fiscale paneuropéenne.

1. Il existait jusqu'à présent un doute sur l'applicabilité de la loi du 3 juillet 2008. Celle-ci prévoyait en effet que le régime des fusions transfrontalières était applicable aux opérations pour lesquelles le traité de fusion serait signé après sa date de publication - intervenue au Journal Officiel le 4 juillet 2008 - tout en renvoyant à des dispositions réglementaires qui n'avaient pas été prises à cette date.