

Philippe Derouin

Avocat au barreau de Paris

Skadden, Arps, Slate, Meagher &amp; Flom LLP

1. Après les options de souscription ou d'achat d'actions<sup>1</sup>, les obligations avec bons de souscription d'actions<sup>2</sup> puis les valeurs mobilières composées<sup>3</sup>, l'élection d'administrateurs salariés<sup>4</sup>, les conventions réglementées<sup>5</sup>, la publicité et le contrôle de la rémunération des dirigeants<sup>6</sup>, les actions de préférence<sup>7</sup>, les attributions gratuites d'actions<sup>8</sup>, etc. il est temps que le droit et la pratique des fusions et scissions de sociétés s'adaptent aux besoins, opportunités et contraintes des groupes de sociétés.

Traditionnellement, la fusion de sociétés est analysée en termes bilatéraux de société absorbante et de société absorbée. La définition de la fusion que comportent la loi et les directives communautaires s'en ressent encore et mêle les éléments essentiels de la fusion que sont la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante et la disparition de la société absorbée<sup>9</sup> avec un élément qui ne l'est pas : l'échange de parts ou actions de la société absorbée contre des parts ou actions de la société absorbante<sup>10</sup>. Cet élément est si peu essentiel qu'il ne figurait pas dans la loi du 24 juillet 1966 et n'a été introduit que lors de la transposition (trop servile sur ce point ?), des directives communautaires par la loi du 5 janvier 1988 ; il comporte des exceptions, qui prennent partiellement en compte l'existence des groupes de sociétés<sup>11</sup>, mais en des termes trop restrictifs.

L'existence d'un groupe de sociétés permet, voire implique, que l'échange de titres de capital résultant d'une fusion – ou d'une scission – ne soit pas limité aux seules sociétés absorbée et absorbante. Bien souvent, la société absorbante destinée à recevoir les actifs et passifs de la société absorbée est une filiale spécialisée dans le même secteur d'activité ou sur le même territoire, cependant que les actionnaires de la société absorbée sont désireux de recevoir des titres de la société mère du groupe, spécialement si cette dernière est cotée en bourse, et que l'intérêt du groupe est

précisément d'utiliser la plus grande liquidité des titres de la société mère, en évitant l'entrée ou le maintien de minoritaires au capital des filiales. Lorsque la société absorbée est cotée en bourse cependant que la société absorbante ne l'est pas et n'a pas vocation à le devenir, seules des actions d'une société du groupe cotée peuvent être remises en échange.

Ce qui est une opportunité dans un cadre national devient quasi une nécessité dans un contexte international. Même favorisée par des textes récents, la fusion internationale de sociétés demeure souvent délicate et les autorisations administratives ou consentements des tiers pour le transfert de certains contrats ou actifs plus difficiles à obtenir que dans un cadre national. D'où l'intérêt de fusionner la société étrangère acquise avec une filiale du même pays, cependant que les actionnaires de la société ainsi intégrée au groupe sont rémunérés en titres de la société tête de groupe. Ici encore la solution s'impose lorsque la société étrangère acquise est cotée en bourse.

2. Certes, il est parfois possible de procéder en deux temps, en effectuant successivement une fusion de sociétés et un apport de titres ou d'actifs, ou en procédant dans l'ordre inverse. Quelle que soit la formule, elle entraîne soit un double échange de titres, soit un double transfert de patrimoine.

Alors que la fusion de sociétés est décidée à la majorité qualifiée des associés des sociétés concernées, l'apport des titres nécessite l'accord individuel de chaque associé. Commencer par la fusion de la société absorbée et d'une filiale absorbante expose les parties au risque que tous les titres remis aux actionnaires de la société absorbée ne soient pas ultérieurement apportés ou échangés avec la société tête du groupe. L'objection est évitée si la société tête de groupe est l'absorbante qui transfère ensuite les actifs et passifs à celle(s) de ses filiales qui est (sont) destinée(s) à les recevoir. Mais la

1 C. com., art. L. 225-180 (issu à l'origine L. n° 70-1322, 31 déc. 1970).

2 Ancien art. 194-1 de la loi du 24 juillet 1966 devenu C. com., art. L. 225-150 (issu de L. n° 83-1, 3 janv. 1983).

3 C. com., art. L. 228-93 (issu à l'origine de L. n° 85-1321, 14 déc. 1985).

4 C. com., art. L. 225-23 (issu de L. n° 94-640, 25 juill. 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise) ; art. L. 225-27 et L. 225-28 (issus de la loi de privatisation n° 93-923, 19 juill. 1993).

5 C. com., art. L. 225-38 et L. 225-86 (dans la rédaction issue de la loi NRE du 15 mai 2001).

6 C. com., art. L. 225-102-1 (issu L. NRE, 15 mai 2001) ; art. L. 225-22-1 et L. 225-42-1 (issus de L. Breton n° 2005-842, 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'Économie).

7 C. com., art. L. 228-13 (issu de Ord. n° 2004-604, 24 juin 2004 sur les valeurs mobilières) ; A. Viandier « Les actions de préférence » : *JCPE*, 2004, p. 1440, spéc. § 32 et s. ; H. Le Nabasque, « Les actions de préférence de groupe » : *Bull. Joly Sociétés*, 2006, p. 1297, § 271 ; A. Guengant et autres, « Actions de préférence : questions de praticiens » : *JCPE*, 2005, p. 1215, spéc. § 18 et 19.

8 C. com., art. L. 225-197-2 (issu de L. fin. pour 2005, n° 2004-1484, 30 déc. 2004).

9 C. com., art. L. 236-3, I, 1<sup>re</sup> phrase. et CGI, art. 210-0 A I.

10 C. com., art. L. 236-1, 3<sup>e</sup> al. ; L. 236-3, I, 2<sup>e</sup> phrase. et CGI, art. 210-0 A I.

11 C. com., art. L. 236-3, II et CGI, art. 210-0 A I, 3<sup>e</sup>.



double transmission des actifs, passifs et contrats multiplie les obstacles et les consentements ou autorisations requis de tiers. En outre, il n'est pas nécessairement souhaitable que, même pour une brève période, les actifs et passifs de la société absorbée soient confondus avec ceux de la société mère ; le propre des groupes de sociétés est de préserver la séparation des patrimoines de chacune des sociétés qui les composent.

Reste l'apport des titres de la société acquise à la société tête de groupe puis la fusion avec une filiale. Mais encore faut-il que tous les titres aient été apportés à la société mère pour procéder à la fusion des filiales de manière relativement simple et efficace.

3. Dès lors, il paraît utile d'envisager un retour aux sources et un assouplissement de la notion de fusion de sociétés – en conservant les éléments essentiels que sont la transmission universelle de patrimoine, la disparition de la société absorbée ou scindée, voire l'échange de titres de capital – mais en étendant la contrepartie susceptible d'être remise en échange des titres de la société intégrée au groupe.

Les groupes qui ont procédé à des acquisitions d'entreprises américaines se sont familiarisés, au fil des années, avec la pratique des fusions triangulaires qui comporte essentiellement la fusion de la société cible et d'une filiale du groupe acquéreur avec la rémunération des actionnaires de la société cible au moyen de titres de la société mère du groupe<sup>12</sup>. Des opérations similaires ont été réalisées selon les procédures de *scheme of arrangement* de droit anglais<sup>13</sup> et canadien<sup>14</sup>.

Suivant le sens de la fusion des sociétés étrangères on distingue les fusions triangulaires « simples » (*forward triangular mergers*) dans lesquelles la société cible est

absorbée par une filiale préexistante, parfois créée à cet effet<sup>15</sup>, et les fusions triangulaires inversées (*reverse triangular mergers*) dans lesquelles la société cible subsiste et absorbe la filiale préexistante dans des conditions telles que les actionnaires de la société cible absorbante reçoivent des titres de la société mère du groupe<sup>16</sup>.

Ces possibilités ont été ouvertes par des modifications successives des lois des États relatives au droit des sociétés et de la législation fiscale fédérale. Après n'avoir longtemps envisagé comme contrepartie de la fusion de sociétés que l'échange de titres de l'absorbante contre ceux de l'absorbée, les lois du Delaware, de New York et de certains autres États, ainsi que la loi-type sur les sociétés commerciales ont ouvert la possibilité aux parties de convenir, dans le traité de fusion, de toute forme de contrepartie<sup>17</sup>. La législation fiscale fédérale a progressivement étendu le régime de faveur des fusions à certaines fusions triangulaires simples ou triangulaires inversées<sup>18</sup>.

Dans le même esprit, certaines législations européennes ont donné, tant en droit des sociétés qu'en matière fiscale, des définitions des fusions qui englobent certaines formes de fusions triangulaires<sup>19</sup>.

Indirectement, la formule est imposée dans certains cas lors de la création d'une société européenne par voie de fusion<sup>20</sup>.

Jusqu'à présent les sociétés françaises ont participé à de telles opérations en tant que sociétés-tête de groupe, émettrices des actions rémunérant l'opération considérée comme un apport en nature de droit commun régi par l'article L. 225-147 du Code de commerce<sup>21</sup>, ou une offre publique d'échange au sens de l'article

12 V. notamment Alcatel-Lucent (visa AMF n° 06-287, 7 août 2006) ; Compagnie Générale de Géophysique-Veritas (visa AMF n° 06-471, 7 déc. 2006) ; antérieurement Business Objects-Crystal Decisions (visa COB n° E-03-945, 31 oct. 2003) ; Publicis-Bcom3 (visa COB n° 02-564, 16 mai 2002) ; Havas Advertising-Snyder (visa COB n° 00-1547, 25 sept. 2000) ; Alcatel-DSC Communication (visa COB n° 98-728, 8 sept. 1998) ; Dassault Systèmes-SolidWorks (visa COB n° E 97-253, 18 juill. 1997).

13 V. notamment Publicis-Saatchi Saatchi (visa COB n° 00-1432, 25 août 2000) et Pernod Ricard-Allied Domecq (visa AMF n° E 05-068, 23 mai 2005).

14 V. Vivendi Universal-Seagram (visa COB n° 00-1737, 27 oct. 2000).

15 L. R. Kling et E. T. Nugent « Negotiated acquisition of companies, subsidiaries and divisions », Vol. I § 1.02[4] et § 1.03.[4] : *Law Journal Press*, New York 2007 ; S. Heliot et X. Legendre « Acquisitions de sociétés américaines par des sociétés françaises : la forward triangular merger en droit français » : *Dr. sociétés*, Act. prat., 2006, comm. n° 6, p. 2 ; opération Publicis-Bcom3 préc.

16 L. R. Kling et E. T. Nugent *op. cit.* et § 1.03 [5] ; G. Cavalier et X. Legendre « Pourquoi et comment une société française peut-elle utiliser la technique de la fusion triangulaire "reverse" pour acquérir une société américaine cotée ? » : *Bull. Joly Bourse*, 2004, p. 239, § 58 ; opérations Alcatel-Lucent, CGG-Veritas, Havas Advertising-Snyder, Alcatel-DSC Communication, Dassault Systèmes-SolidWorks préc.

17 General Corporation Law de l'État du Delaware, § 251 (b) 5 ; Section 902 (a) (3) New York business corporation law ; § 11.01 (b) (3) Revised Model Business corporation act. Ces textes énoncent en substance, avec des différences de rédaction mineures, que le traité de fusion énonce les termes et conditions de la fusion, y compris les modalités de conversion des actions de chaque société participante en actions ou autres valeurs mobilières de la société absorbante ou d'annulation de tout ou partie de ces actions ; ou le numéraire, les biens, droits ou valeurs mobilières de toute autre société ou entité ou une combinaison de ces éléments que les actionnaires de la société absorbée reçoivent en échange de leurs titres.

18 Internal Revenue Code, § 368 ; L. R. Kling et E. T. Nugent *op. cit.* § 3.03 [2] et [3].

19 C. civ. néerlandais, art. 334 et 334i.

20 Règl. CE n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, art. 29. Ce texte dispose que la fusion créatrice d'une SE « entraîne *ipso jure* et simultanément » la transmission universelle du patrimoine des sociétés qui fusionnent, la disparition des sociétés absorbées. Lorsque les sociétés qui fusionnent sont d'un même groupe et certaines filiales d'autres, la réalisation simultanée de la fusion ne donne pas lieu à l'échange de titres à tous les niveaux des sociétés absorbées ni ne fait que les actionnaires de toutes les sociétés qui fusionnent deviennent actionnaires de la SE.

21 Opérations DassaultSystèmes-SolidWorks et Business Objects-Crystal Decisions préc.



L. 225-148 du Code de commerce<sup>22</sup> ou une émission réservée d'actions et de titres donnant accès au capital<sup>23</sup>. Mais il n'est pas exclu que, dans d'autres configurations, on ne puisse éviter la référence au droit français des fusions, par exemple si une société française est absorbante ou absorbée, ou actionnaire de la société dont les titres sont échangés.

4. Aussi paraît-il opportun de revoir la définition – largement commune au droit des sociétés et au droit fiscal – que comporte la loi française en matière de fusion et de scission des sociétés<sup>24</sup>.

L'aménagement législatif est possible dès lors que les directives communautaires n'imposent qu'une harmonisation minimale et n'excluent certainement pas que le régime commun des fusions et scissions – en droit des sociétés et en droit fiscal – s'applique, outre les opérations prévues par le droit communautaire, à toutes opérations que les législateurs nationaux – voire les parties elles-mêmes – souhaitent soumettre au même régime. L'aménagement législatif est souhaitable pour procurer aux sociétés, à leurs associés et aux tiers la sécurité juridique requise.

Certes, les parties à une convention peuvent convenir de la soumettre à une loi ou à un régime légal qui ne lui est pas applicable de plein droit. Puisque le régime des fusions et scissions de sociétés est largement unifié par les directives communautaires d'harmonisation des législations, il n'est pas inutile de rappeler que la Cour de Justice admet, de façon constante, l'application du droit communautaire par renvoi d'une convention privée<sup>25</sup>. Il serait donc licite de convenir d'un traité de fusion qui prévoirait la rémunération des actionnaires de la société absorbée par la remise d'actions de la société mère ou tête du groupe de la société absorbante. De même, il paraît licite de prévoir la réduction à zéro du capital de l'absorbante et la rémunération de ses actionnaires par la remise d'actions de la société mère ou tête de groupe de l'absorbée. Le traité de fusion pourrait valablement stipuler que l'opération est soumise aux dispositions des articles L. 236-1 et suivants du Code de commerce et des directives communautaires qu'ils transposent et l'opération ferait l'objet de l'approbation des assemblées générales extraordinaires des trois sociétés concernées et des formalités requises en cas de fusion.

Après tout, la pratique des fusions de sociétés a précédé les dispositions législatives introduites par la loi du 24 juillet 1996 et la reconnaissance législative de la fusion n'a longtemps été qu'implicite<sup>26</sup>.

Cependant, l'effet d'une telle convention à l'égard des tiers – actionnaire récalcitrant, créancier ou cocontractant – n'est, en l'état, pas assuré. De plus, bien qu'elle n'énonce pas qu'elle est limitative, la reproduction, dans la loi fiscale, des définitions législatives de la fusion et de la scission (CGI, art. 210-0 A I) est de nature à mettre en doute l'application du régime fiscal de faveur aux sociétés et à leurs associés pour des opérations qui n'entrent pas strictement dans le cadre législatif.

5. Deux types de solutions sont concevables.

L'une consiste à énoncer que les modalités de rémunération de la fusion prévues par le législateur – de 1988 en droit des sociétés, de 2001 en droit fiscal – ne sont pas limitatives : l'échange de titres de la société absorbée contre des titres de la société absorbante, n'est qu'une de ces modalités ; selon les cas et les modalités de rémunération retenus par le traité de fusion ou de scission, les associés de la société absorbante, absorbée ou scindée deviennent associés des sociétés bénéficiaires ou d'autres sociétés qui participent à l'opération.

L'autre réponse, moins libérale, consiste à ajouter aux textes en s'inspirant des dispositions retenues en matière de valeurs mobilières donnant accès au capital (C. com., art. L. 228-93) et d'actions de préférence (C. com., art. L. 228-13) dans les groupes de sociétés. Pour maintenir la cohérence entre les notions de fusion et scission en droit des sociétés et en droit fiscal, cette solution, bien que plus restrictive, présente quelques avantages.

C'est un projet de cette nature qu'a examiné le comité juridique de l'ANSA lors de sa séance du 6 février 2008<sup>27</sup> et qui est en cours d'élaboration en vue d'une modification législative. Il figure en annexe. Après en avoir exposé les termes et précisé les opérations envisagées (I) on examinera les impacts et certaines des modalités d'application susceptibles d'en résulter (II).

## I - Les opérations

6. Le texte proposé envisage deux types d'opérations. Tout d'abord, les fusions triangulaires proprement dites, pour lesquelles des titres d'une société du groupe de l'absorbante ou de l'absorbée sont remis aux actionnaires de la société absorbée, absorbante ou scindée (A). Étendre ainsi la notion de fusion ou de scission de sociétés renforcerait la sécurité juridique des opérations internationales de fusion et de scission auxquelles participent les sociétés françaises, que ce

22 Opérations Alcatel-Lucent, CGG-Veritas, Havas Advertising-Snyder, Alcatel-DSC Communication préc.

23 Opération Publicis-Bcom3 préc.

24 C. com., art. L. 236-1 et L. 236-3 et CGI, art. 210-0 A I.

25 CJCE, 25 juin 1992, Federconsorzi C-88/91 : *Rec. CJCE*, p. I-4035 ; CJCE, 12 nov. 1992, Fournier C-73/89 : *Rec. CJCE*, p. I-5621.

26 C. Houpin et H. Bosvieux, *Traité général des sociétés et des associations*, 1926, t. II, 6<sup>e</sup> éd., n° 95, p. 106.

27 Doc. ANSA n° 08-008.



soit en qualité d'absorbante ou d'absorbée ou de société mère de l'une ou de l'autre. Cela fournirait également l'opportunité de réaliser des opérations nationales de regroupement ou de spécialisation d'entreprises dans de meilleures conditions.

Ensuite, l'extension du domaine des fusions (ou scissions) sans augmentation de capital à l'intérieur d'un groupe, qui est le corollaire ou le complément de la première catégorie d'opération (B).

## A - Fusions/scissions avec remise de titres d'une société du groupe

7. Lors de toute fusion de sociétés, la société absorbée transmet son patrimoine à la société absorbante et disparaît. Dans une fusion bilatérale entre sociétés indépendantes, les actionnaires de la société absorbée, dont les titres de capital disparaissent également, reçoivent en échange des titres de capital de la société absorbante. Si le sens de la fusion détermine les termes de l'échange, à l'issue de l'opération, tous les actionnaires des sociétés absorbée et absorbante se retrouvent nécessairement actionnaires de l'absorbante dans des proportions qui reflètent les valeurs respectives de chacune des sociétés qui ont participé à l'opération.

Dans les opérations triangulaires, le sens de la fusion entre sociétés absorbée et absorbante est déconnecté des termes de l'échange de titres de capital : les titres remis en rémunération de l'opération sont ceux d'une société du groupe autre que l'absorbée ou l'absorbante et ils peuvent être remis soit aux actionnaires de la société absorbée (c'est la fusion triangulaire « simple », la plus proche de la fusion bilatérale) soit aux actionnaires de la société absorbante (c'est la fusion triangulaire « inversée »). Le résultat est le même : le patrimoine de la société absorbée est transmis à la société absorbante qui seule subsiste et dont le capital est détenu par les sociétés du groupe ; les actionnaires de la société, absorbée ou absorbante selon le cas, se retrouvent actionnaires de la société du groupe dans des proportions qui reflètent les valeurs respectives de leur société d'origine et de la société émettrice des titres remis en échange.

Voyons successivement les sociétés qui participent à l'opération, c'est-à-dire les sociétés absorbante et absorbée (1), mais aussi la société du groupe dont les titres sont remis en rémunération de l'opération (2) et la nature des titres en question (3). Les observations qui suivent envisagent essentiellement le cas de la fusion mais elles sont transposables en cas de scission.

## 1 - Quelle société absorbée ? Quelle société absorbante ?

8. La fusion triangulaire « simple » est la plus proche de la fusion bilatérale. La société absorbée, extérieure au groupe, transmet son patrimoine à la société absorbante, membre du groupe, et disparaît. Les associés de la société absorbée deviennent actionnaires non pas de la société absorbante mais d'une société du groupe auquel la société absorbante appartient, qu'il s'agisse de sa société mère directe, de la société tête de groupe ou d'une autre société du groupe, selon la définition que l'on donne de celui-ci (v. *infra* n° 10).

L'absorption de la société absorbée n'étant pas rémunérée par des titres de la société absorbante, le rapport d'échange ne s'apprécie pas entre ces deux sociétés mais entre la société absorbée et la société du groupe dont les titres, existants ou nouveaux, sont remis en rémunération de l'opération. Les droits des porteurs de titres ouvrant accès au capital de l'absorbée cessent de s'exercer envers celle-ci et sont reportés non plus sur le capital de l'absorbante mais s'exercent envers la société du groupe dont les titres ont été remis en rémunération de l'opération. Les droits des créanciers de la société absorbée sont protégés comme dans une fusion bilatérale. Et la consultation des organes représentatifs du personnel s'effectue de même dans toutes les sociétés concernées.

9. La fusion triangulaire « inversée » est celle où l'absorbante est la société extérieure au groupe et l'absorbée une société du groupe acquéreur. Elle se justifie notamment si l'absorbante exploite une entreprise plus importante, dispose de titres ou d'autorisations administratives dont le transfert est plus difficile, voire d'attributs, fiscaux ou autres, qui seraient perdus en cas de transmission de patrimoine, si la fusion se faisait en sens inverse. C'est la pratique la plus connue des fusions internationales entre sociétés françaises et sociétés américaines<sup>28</sup>.

À la différence des fusions bilatérales et de la fusion triangulaire « simple », la fusion triangulaire « inversée » comporte la conversion ou la réduction à zéro du capital de l'absorbante. Cette opération est connue en droit français des sociétés et constitue la première étape d'un « coup d'accordéon ». Elle est pratiquée le plus souvent en vue du sauvetage d'entreprises en difficulté afin d'apurer les pertes passées et de préparer l'entrée d'un nouvel investisseur par apport en nature ou augmentation de capital réservée<sup>29</sup>. Mais la réduction de capital peut n'être pas motivée par des pertes et avoir pour contrepartie la constitution de réserves ou

28 V. *supra* n° 3 et note 16.

29 Cass. com., 17 mai 1994 : *Bull. Joly Sociétés*, 1994, p. 816, § 219, note J.-J. Daigre ; Cass. com., 18 juin 2002 : *Bull. Joly Sociétés*, 2002, p. 1221, § 259, note S. Sylvestre ; v. aussi E. Glaser, chron. sur CE, 26 mars 2008, n° 301413 : *RJF*, 2008/8-9, p. 543.



de prime d'émission<sup>30</sup>. Rien n'empêche une réduction de capital à zéro, non motivée par des pertes, pourvu qu'elle soit suivie d'une reconstitution du capital au moins égale au minimum légal (C. com., art. L. 224-2). Tel est l'objet de la fusion par laquelle la société absorbée transmet l'intégralité de son patrimoine à la société absorbante dont le capital se trouve ainsi porté de zéro à la valeur de l'apport (sauf prime d'émission). Les actionnaires de la société absorbée, c'est-à-dire, au moins majoritairement, les sociétés du groupe deviennent donc actionnaires de la société absorbante, laquelle devient, du même coup, une société du groupe dans la même proportion que l'était la société absorbée. Les anciens actionnaires de la société absorbante, qui ont consenti à la réduction du capital à zéro, reçoivent en contrepartie des titres de capital d'une société du groupe : nouveaux ou existants, émis par la société mère directe de l'absorbée ou par la société tête de groupe ou par une autre société du groupe selon la définition de celui-ci (v. *infra* n° 10). Dans tous les cas, le rapport d'échange à apprécier n'est pas entre la société absorbante et la société absorbée mais entre les titres de la société absorbante et ceux de la société du groupe qui sont remis en rémunération de l'opération. De même les droits des porteurs de titres donnant accès au capital de la société absorbante sont exercés envers cette société émettrice<sup>31</sup> comme ils l'auraient pu être envers la société absorbante. Le droit d'opposition des créanciers à la réduction de capital s'exerce dans les conditions de droit commun en même temps que leur droit d'opposition à la fusion. Et les organes représentatifs du personnel des sociétés concernées sont consultés dans les conditions du droit commun.

## 2 - Quelle société émettrice des titres ?

10. De quelle société du groupe peut-on remettre les titres de capital en vue de rémunérer l'opération ? Naturellement, ils doivent être en nombre et en valeur équivalents à ceux de la société absorbée (dans le cas de la fusion triangulaire « simple ») ou de la société absorbante (dans celui de la fusion triangulaire inversée). Comme dans une fusion bilatérale, il peut s'agir de titres nouveaux ou existants<sup>32</sup>. Mais faut-il définir le groupe de sociétés pertinent et comment ?

Parmi les diverses références aux groupes que comporte le droit des sociétés, celle des articles L. 228-13 et L. 228-93 du Code de commerce dans la rédaction issue de l'ordonnance du 24 juin 2004<sup>33</sup> paraît *a priori* la plus appropriée. Le second de ces textes permet à une société par actions d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital « de la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié de son

capital ou de la société dont elle possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital ». Le premier de ces textes prévoit que les droits particuliers attachés à des actions de préférence peuvent être exercés dans l'une ou l'autre de ces sociétés. Dans les deux cas, l'émission doit être autorisée par les assemblées générales extraordinaires des deux sociétés concernées sur le rapport spécial des commissaires aux comptes de sociétés intéressées.

Ces textes visent ainsi les sociétés contrôlantes, dont la société émettrice est la filiale, directe ou indirecte, et les sociétés contrôlées, filiales directes ou indirectes de l'émettrice. En revanche, à la différence des textes relatifs aux options d'actions et aux attributions gratuites d'actions, ils n'envisagent pas les simples participations (10 % au moins du capital ou des droits de vote), ni les sociétés « sœurs » définies comme celles « dont au moins 50 % du capital ou des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de (l'autre) société » (C. com., art. L. 225-180 et L. 225-197-2).

Toute fixation de seuil comporte naturellement une part d'arbitraire mais, dans la mesure où il s'agit de la structure capitalistique et financière d'un groupe de sociétés, le mode de rémunération des fusions et scissions n'est pas totalement étranger à l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital ou d'actions de préférence, de sorte que l'alignement des définitions semble devoir être privilégié. La notion extensive de groupe retenue en matière d'options d'actions et d'attribution gratuite d'actions se justifie par un souci d'égalité de traitement et de mobilité du personnel à l'intérieur des groupes de sociétés qui ne se retrouve pas ici. De même, s'agissant de la détention du capital mais non pas de l'exercice du pouvoir, la notion de contrôle des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce ne paraît pas s'imposer.

La fusion ou la scission est une opération ponctuelle, où l'attribution des titres aux actionnaires de la société absorbée, absorbante ou scindée est concomitante à la fusion, de sorte que la question de la date à laquelle s'apprécie le seuil de participation, qui a été discutée en doctrine à propos des actions de préférence<sup>34</sup>, ne devrait pas se poser.

11. Aucun autre texte du chapitre VI du titre III du Livre II du Code de commerce consacré aux fusions et scissions de sociétés commerciales ne semble devoir être modifié. Lorsque la loi dispose que ces opérations

30 A. Charvériat et A. Couret in *Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales*, 2008, n° 12166.

31 V. encore Alcatel-Lucent et CGG-Veritas préc.

32 Pour une fusion triangulaire américaine rémunérée en titres existants de la société française tête de groupe v. Mp3.Com-Vivendi Universal (proxy statement, 27 juill. 2001 n° SEC 0-26697).

33 Et auxquels renvoie déjà C. com., art. L. 225-102-1 dans la rédaction issue de la même ordonnance.

34 Th. Bonneau in *Dr. sociétés*, 2004, comm. n° 151 ; contra A. Viandier *op. cit.*, spéc. § 34 ; H. Le Nabasque, *op. cit.*, spéc. p. 1299.



sont décidées par chacune des sociétés intéressées<sup>35</sup> ou qui participent à l'opération (C. com., art. L. 236-6 et L. 236-9), celles-ci s'entendent des sociétés absorbées ou scindées, absorbantes ou bénéficiaires et en cas de fusion triangulaire, la formule peut inclure la société dont les titres sont remis aux actionnaires de la société absorbée, absorbante ou scindée. La mission des commissaires à la fusion, qui est de vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération (C. com., art. L. 236-10 II), s'applique dans les mêmes conditions lorsque les actions remises aux actionnaires de la société absorbée, absorbante ou scindée sont celles d'une société du groupe de la société absorbante ou absorbée ou de l'une ou plusieurs des sociétés bénéficiaires de la scission.

En revanche, des amendements de coordination pourraient être nécessaires concernant certains effets des fusions et scissions sur les droits de vote double (C. com., art. L. 225-124), l'échange des actions de préférence (C. com., art. L. 228-17), l'exercice des droits attachés aux valeurs mobilières donnant accès au capital des sociétés absorbées ou scindées (C. com., art. L. 228-101), etc. pour préciser qu'en cas de fusion triangulaire ces droits s'exercent auprès de la société du groupe dont les titres ont été remis en échange des actions de la société absorbée, absorbante ou scindée.

Aucun texte ne régit le sort des options de souscription ou d'achat d'actions<sup>36</sup> et le texte relatif aux attributions gratuites d'actions paraît applicable sans modification (C. com., art. L. 225-197-1 III).

### 3 - Quels titres ?

**12.** En l'état actuel, les textes législatifs (C. com., art. L. 236.1) ou leurs commentaires administratifs<sup>37</sup> n'envisagent la rémunération des associés des sociétés absorbées ou scindées qu'au moyen de parts ou actions, et éventuellement d'une soulte ne pouvant excéder 10 % du nominal<sup>38</sup>. Les parts ou actions remises en rémunération de la fusion ou scission peuvent être des titres existants ou des titres émis pour les besoins de l'opération. *A priori*, il n'y a pas lieu d'innover lorsque la rémunération d'une fusion ou scission triangulaire consiste en titres d'une société contrôlante ou contrôlée.

En revanche, le besoin s'est fait sentir dans la pratique d'une possibilité d'ajustement de la rémunération d'une fusion, notamment au moyen de valeurs mobi-

lières donnant accès au capital de la société absorbante. Parallèlement, la protection des actionnaires et des tiers en cas d'accès au capital, même différé, conduit à prescrire la vérification de la valeur des apports ou de l'équité de la transaction lorsque ceux-ci sont rémunérés par des titres donnant accès au capital tels que des bons de souscription d'actions<sup>39</sup>. Pour l'imposition des plus-values de particuliers, l'administration des impôts considère comme un apport en société ouvrant droit au sursis d'imposition, un apport rémunéré en obligations convertibles, échangeables ou remboursables en actions<sup>40</sup>. Ce mouvement, qui accompagne la réflexion de la doctrine sur la notion d'apport et celle d'associé à terme ou potentiel<sup>41</sup> conduit à promouvoir une ouverture du mode de rémunération des associés dans les fusions et scissions de sociétés afin d'adjoindre aux parts et actions remises en échange d'autres titres donnant accès au capital et ne relevant pas, de ce fait, de la notion de soulte. Le cas échéant, pour garantir la participation au risque d'associé et conjurer le risque d'évasion fiscale, l'ouverture pourrait être limitée aux bons de souscription d'actions et autres titres donnant obligatoirement<sup>42</sup> - ou, pour mieux dire, exclusivement - accès au capital sans faculté de remboursement en numéraire. Mais cette évolution souhaitable n'est pas propre aux fusions triangulaires et concerne tout autant les fusions bilatérales et scissions « classiques ».

## B - Fusions/scissions sans augmentation de capital de certaines sociétés d'un même groupe

**13.** La suite logique, voire nécessaire, de la rémunération d'une fusion ou d'une scission en titres d'une société du groupe, contrôlante ou contrôlée majoritairement, est l'extension du domaine des fusions et scissions sans augmentation de capital aux situations dans lesquelles le capital de la société absorbée ou scindée est intégralement détenu non plus par la société absorbante ou bénéficiaire seule, comme le prévoit l'article L. 236-3, II du Code de commerce<sup>43</sup>, mais aussi par les sociétés qu'elle contrôle ou qui la contrôlent majoritairement.

Ainsi seraient facilitées les fusions et les scissions entre sociétés sœurs d'un même groupe, à l'instar de ce que permettent certaines législations étrangères.

35 C. com., art. L. 236-2, al. 2 et C. trav., art. L. 432-1 (devenu art. L. 2323-6) pour la consultation du comité d'entreprise.

36 A. Charvériat et A. Couret, *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales*, 2008, n° 18824 et s.

37 Instr. 25 oct. 2002 : *BOI*, 4 I-2-02.

38 Sur la notion de soulte v. CJCE, 5 juill. 2007, C 321/05 : *Rec. CJCE*, p. I-5795, concl. J. Kokott ; Ph. Derouin et Ph. Martin, *Droit communautaire et fiscalité*, Litec, 2008, 2<sup>e</sup> éd., n° 277, p. 894.

39 *Bull. COB* n° 375, janv. 2003, p. 74 et *Bull. AMF*, janv. 2004, p. 156 cités in *Avis ANSA* n° 04-047, 5 mai 2004 ; *Annales*, 2004-2006, n° 2, p. 11.

40 Instr. 13 juin 2001 : *BOI*, 5 C-2-01, fiche 2, n° 8 ; comp. Instr. 25 oct. 2002 : *BOI*, 4 I-2-02 préc.

41 *Avis ANSA* n° 04-047, préc. et les auteurs cités.

42 V. CGI, art. 210 E dans la rédaction issue de L. n° 2005-1720, 30 déc. 2005.

43 Et, en matière fiscale, le 3° du I de l'article 210-0 A du CGI.



**14.** De telles fusions ou scissions sans augmentation de capital entre sociétés sœurs d'un même groupe pourraient aussi constituer la seconde étape d'une fusion triangulaire dans le cas où les titres de la société absorbée ou scindée, ou ceux de la société absorbante ou d'une des sociétés bénéficiaires de la scission, ont été préalablement apportés à la société mère du groupe.

Il est bien souvent inutile, voire relativement coûteux, surtout dans une société cotée, de réunir une assemblée d'actionnaires pour décider un apport de titres. Lorsque l'apport a pour objet des titres de filiales dont l'ensemble, même cohérent, ne représente pas une part substantielle de l'entreprise, point n'est besoin de soumettre l'opération au régime juridique des scissions : la décision et la souscription du contrat d'apport en nature de droit commun peuvent être le fait des dirigeants de la société mère apporteuse.

Du côté de la société bénéficiaire de l'apport, il peut en être de même si la société est cotée et a mis en œuvre la délégation de pouvoirs prévue au 6<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 225-147 du Code de commerce. Ce texte permet à l'assemblée générale extraordinaire d'une société cotée de déléguer au conseil d'administration ou au directeur, pour une durée maximale de 26 mois, le pouvoir de procéder à une augmentation de capital dans la limite de 10 % en vue de rémunérer des apports en nature de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital.

Dans l'un et l'autre cas, si la société bénéficiaire des apports acquiert directement ou indirectement – au besoin avec les filiales qu'elle contrôle majoritairement – l'intégralité du capital d'une société, cette dernière pourrait être fusionnée avec une société détenue dans les mêmes conditions, sans augmentation de capital de la société absorbante. Ces mécanismes sont susceptibles d'être particulièrement utiles lors de la création, par deux ou plusieurs groupes ayant des filiales spécialisées dans une activité, établies dans plusieurs pays, d'une société commune regroupant l'ensemble de ces filiales appelées à être fusionnées, par exemple deux à deux ou pays par pays. Même si, à l'égard des filiales étrangères, la qualification de fusion et le régime applicable dépendent naturellement de la loi étrangère commune aux filiales concernées, la validité de l'opération sans échange de titres et la qualification de fusion au regard du droit français ne sont pas indiffé-

rentes lorsque la société commune, qui est directement ou indirectement leur actionnaire de contrôle commun, est française <sup>44</sup>.

## II - Leur impact

### A - Incidences en droit des sociétés

**15.** Comme naguère l'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital d'une société contrôlante ou contrôlée, les fusions triangulaires sont de nature à susciter des interrogations légitimes sur la libération des actions et parts émises en contrepartie, selon le cas, du patrimoine transmis à la société absorbante ou aux sociétés bénéficiaires des scissions ou dans la fusion triangulaire inversée, des actions anciennes annulées ou échangées qui représentaient le capital de la société absorbante (1). De même, lorsque la société dont les titres sont remis à l'échange ne détient pas l'intégralité du capital de la société absorbante, absorbée ou bénéficiaire de la scission, ou des sociétés intermédiaires, on peut s'interroger sur le point de savoir si l'opération ne fait pas la part trop belle aux actionnaires minoritaires des sociétés en question qui bénéficieraient en quelque sorte d'un enrichissement sans cause (2).

Pour être réelles, ces questions ne sont pas nouvelles et, depuis que les valeurs mobilières composées ouvrant accès au capital d'une société contrôlante ont été introduites par la loi du 14 décembre 1985, des solutions y ont été apportées, tant en doctrine qu'en pratique, qui sont transposables au cas des fusions triangulaires.

#### 1 - La libération des actions et parts sociales nouvelles

**16.** Dans la fusion triangulaire simple, la transmission du patrimoine de la société absorbée n'accroît pas seulement celui de la société absorbante. Elle augmente aussi – en principe du même montant sauf l'effet net des synergies positives et négatives entre les entreprises réunies par la fusion – la valeur des titres représentatifs de son capital, c'est-à-dire la valeur des titres de participation qui figurent au bilan des sociétés qui la contrôlent, directement ou indirectement. L'apport à la société absorbante libère donc les actions nouvelles émises par la société contrôlante en

<sup>44</sup> Notamment sur le plan fiscal pour le sursis d'imposition de la plus-value d'échange de titres prévu à l'article 38-7 *bis* du CGI en liaison avec l'article 210 0-A I du même code.



rémunération de la fusion<sup>45</sup>, comme il constitue la contrepartie de la remise d'actions existantes<sup>46</sup>.

Certes, aucun bien n'est transféré au bénéfice de l'émettrice et il s'agit seulement d'un transfert de valeur. Mais cela suffit à libérer les actions. Le législateur de 1985 qui avait réglementé l'émission de valeurs mobilières par une filiale donnant droit à l'attribution de titres de capital à émettre par la société contrôlante en avait tiré les conséquences en dispensant l'augmentation de capital qui en résulte des formalités requises en cas de souscription d'actions en numéraire<sup>47</sup>. Cette dispense expresse n'était pas une faveur de la loi mais la reconnaissance que la souscription des titres primaires émis par la filiale libère les actions à émettre par la société contrôlante lors de la demande d'attribution. Ce n'est pas davantage une fiction : l'extinction de la dette obligataire de la filiale par l'attribution des actions de la société contrôlante a pour contrepartie l'augmentation de valeur des titres de la filiale ou le recours de la société contrôlante<sup>48</sup>. Dans tous les cas, la libération de l'action à émettre a pour cause le versement effectué à la filiale lors de la souscription de la valeur mobilière composée et la demande d'attribution de titres de la société contrôlante qui éteint le titre primaire. Le mécanisme est encore plus simple en cas de fusion triangulaire où le transfert de patrimoine à la filiale, l'augmentation de valeur de ses titres de capital figurant à l'actif de la société contrôlante et l'émission d'actions par cette dernière sont simultanés.

**17.** Dans la fusion triangulaire inversée, où la société extérieure au groupe est la société absorbante qui réduit son capital à zéro préalablement à la fusion avec la société absorbée membre du groupe, il se produit un transfert de valeur identique mais de sens inverse : les actions de la société absorbante remises à la ou aux sociétés du groupe qui étaient actionnaires de l'absorbée représentent la valeur des patrimoines confondus de l'absorbante (dont l'ancien capital a été réduit à zéro) et de l'absorbée. Les actions nouvelles émises par la société tête de groupe en rémunération de la fusion sont libérées par la valeur ainsi transférée. Dans toutes les *reverse triangular mergers* auxquelles ont participé des sociétés françaises en qualité d'émettrice l'augmentation de capital a ainsi rémunéré un apport en nature au sens de l'article L. 225-147 du Code de commerce<sup>49</sup> ou l'échange des titres apportés à une offre publique au sens de l'article L. 225-148 du Code de commerce<sup>50</sup>.

**18.** Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la société absorbante (ou absorbée) est une filiale directe ou indirecte de la société émettrice des titres ; quel que soit le nombre de filiales interposées et la répartition entre elles du capital de la société absorbante (ou absorbée), la valeur se retrouve à l'actif de la société contrôlante.

La solution paraît évidente lorsque le capital de la société absorbante est intégralement détenu à l'issue de l'opération. Si le contrôle n'est que majoritaire, une partie de la valeur de l'apport a vocation à augmenter aussi la valeur des titres détenus par les actionnaires minoritaires extérieurs au groupe, sauf à diluer leur participation par l'émission de titres de capital en faveur des sociétés du groupe, au besoin en suivant la procédure d'approbation des avantages particuliers (v. *infra* n° 21).

**19.** Lorsque la société absorbante contrôle majoritairement la société émettrice des titres remis en rémunération de la fusion, il s'agira bien souvent de titres existants. Mais rien n'exclut qu'il puisse s'agir également d'actions nouvelles résultant, par exemple, d'une incorporation de créance concomitante à l'opération ou d'actions gratuites émises par incorporation de réserves. Il en serait naturellement tenu compte lors de l'appréciation du rapport d'échange et du caractère équitable de la rémunération.

## 2 - Les relations intragroupes, spécialement en présence de minoritaires

**20.** Il appartient aux parties de régler les relations entre les sociétés du groupe concernées par l'opération en respectant l'intérêt social de chaque société et le principe d'égalité entre les actionnaires. Telle était la solution implicitement retenue par le législateur lorsqu'il avait réglementé l'émission de valeurs mobilières composées donnant droit à des actions nouvelles émises par une société contrôlante<sup>51</sup>. Il est loisible aux parties de convenir que la filiale émettrice du titre de dette primaire paiera à la société contrôlante la valeur des titres de capital émis lors de la conversion, du remboursement ou de l'échange<sup>52</sup> ou au contraire le

<sup>45</sup> V. opération Publicis-Bcom3 préc.

<sup>46</sup> V. opération Vivendi Universal-Mp3 Com préc.

<sup>47</sup> L. 24 juill. 1996, ancien art. 339-6, devenu C. com., art. L. 228-96, désormais abrogé et repris à l'art. L. 225-149.

<sup>48</sup> On a pu y voir aussi l'effet d'une délégation de créance ou de dette : *Comité juridique ANSA*, 2 mars 1994, n° 274, « Bonnes feuilles » n° 2706.

<sup>49</sup> V. opérations Dassault-Systèmes-SolidWorks et Business Objects-Crystal Decisions préc.

<sup>50</sup> V. opérations Alcatel-Lucent, CGG-Veritas, Havas Advertising-Snyder, Alcatel-DSC Communication préc.

<sup>51</sup> L. 24 juillet 1996, art. 339-3 et 339-6 (issus de L. 14 déc. 1985) devenus C. com., art. L. 228-93 et L. 228-96 dans la rédaction antérieure à l'ordonnance du 24 juin 2004.

<sup>52</sup> Émission d'obligations IBM France convertibles ou remboursables en actions IBM Corporation à l'occasion de l'offre publique d'échange sur les actions de la société CGI Informatique (mai 1993).



montant de la dette après avoir rémunéré la société contrôlante pour la valeur de l'option de conversion, de remboursement ou d'échange en actions<sup>53</sup>.

**21.** La solution est transposable, *mutatis mutandis* en cas de fusion ou de scission rémunérée par la remise de titres d'une société contrôlante qui ne détiendrait, directement ou indirectement qu'une participation majoritaire dans le capital de la société absorbante ou d'une ou plusieurs sociétés bénéficiaires de la scission. L'avantage consenti par la société contrôlante a vocation à être compensé, au moins à concurrence des droits des minoritaires, par un recours de la société contrôlante contre la société absorbante ou les sociétés bénéficiaires de la scission ou par l'attribution d'avantages particuliers. Ceux-ci peuvent prendre la forme d'actions gratuites résultant de l'incorporation de réserves ou de tout autre avantage à évaluer dans le cadre de l'opération et à approuver par les assemblées d'actionnaires appelées à se prononcer sur l'opération.

Si les intérêts minoritaires sont détenus dans une ou plusieurs sociétés interposées entre la société absorbante ou bénéficiaire de la scission et la société contrôlante émettrice des titres rémunérant la fusion ou la scission, la procédure aura vocation à s'appliquer à chacune des sociétés concernées.

## B - Traitements comptable et fiscal

### 1 - Principes de comptabilisation des fusions triangulaires

**22.** Les fusions triangulaires n'appellent aucun traitement particulier ni dans les comptes consolidés du groupe, ni dans les comptes sociaux des sociétés absorbée et absorbante, pour retracer le transfert universel de patrimoine de l'une à l'autre. Les seules particularités concernent les comptes de capitaux propres de ces mêmes sociétés et, surtout, la comptabilisation de l'opération chez la société émettrice des titres émis en rémunération de l'opération.

Dans les comptes sociaux de la société absorbante ou bénéficiaire de la scission, l'actif net reçu par l'effet de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée ou d'une partie de celui de la société scindée, valorisé selon les normes en vigueur, a, dans une fusion triangulaire simple, pour contrepartie non pas une augmentation de capital puisqu'il n'y en a pas mais

une prime de fusion. Dans une fusion triangulaire inversée, le capital d'origine de l'absorbante est réduit à zéro par dotation d'un compte de prime d'émission ou de réserve. Le nouveau capital représente la valeur d'actif net de la société absorbée. Les cheminements sont différents mais le résultat est, en principe, identique.

Chez la société contrôlante émettrice des titres rémunérant l'opération, la même valeur des titres émis vient, à l'actif, accroître le prix de revient des participations dans les filiales participant à l'opération et, au passif, retracer l'augmentation de capital et, pour le surplus, doter un compte de prime de fusion ou d'émission. De même, chez chacune des filiales interposées entre la société contrôlante et la société absorbante ou bénéficiaire de la scission, la valeur de l'apport correspondant à la part, directement ou indirectement détenue, dans le capital de la société absorbante ou bénéficiaire de la scission a vocation à accroître, à l'actif, le prix de revient de la participation et au passif le compte de prime d'émission ou de scission.

**23.** La fusion sans augmentation de capital entre sociétés « sœurs » d'un même groupe entraîne les mêmes écritures comptables chez la société absorbante. Pour les sociétés contrôlantes des deux sociétés sœurs fusionnées, l'opération ne devrait dégager aucun résultat et le prix de revient des actions de la société absorbée devrait accroître le coût d'acquisition des titres de la société absorbante.

### 2 - Fiscalité des fusions triangulaires

**24.** Qu'il s'agisse des fusions et scissions triangulaires proprement dites ou des fusions sans augmentation de capital entre sociétés « sœurs » d'un même groupe, l'application du régime de faveur des fusions assurerait la neutralité fiscale de ces opérations, c'est-à-dire l'absence de prélèvement fiscal immédiat et la préservation des intérêts de l'administration des impôts. Il en irait ainsi en matière d'impôts directs au regard tant de la société absorbée (CGI, art. 210 A1, al. 1<sup>er</sup> et 2) et de la société absorbante (CGI, art. 210 A1, al. 2, 3, 5 et 6) que des actionnaires de la société absorbée (CGI, art. 38.7 *bis*, 150-0 B, 163 *bis* C et autres). Tout au plus conviendrait-il de préciser qu'en cas de fusion sans augmentation de capital entre sociétés « sœurs » d'un même groupe, le sursis d'imposition de l'article 38-7 *bis* du CGI s'applique alors même qu'il n'y a pas à proprement parler d'échange de titres mais transfert

<sup>53</sup> V. notamment l'émission d'obligations Square D company échangeables en actions Schneider (novembre 1992 et *Rapp. COB* 1992, p. 157) et l'émission d'obligations Air France à option de conversion ou d'échange en actions nouvelles ou existantes Air France KLM (visa AMF n° 05-259, 14 avr. 2005).



de valeur<sup>54</sup>. Au regard des droits d'enregistrement, la définition des fusions et scissions, qui résulte d'un décret (CGI, art. 301 F de l'annexe II), devrait être modifiée afin de tenir compte de la modification législative.

**25.** Pour la société émettrice des actions nouvelles remises en rémunération de la fusion et, le cas échéant, les sociétés interposées entre elle et la société absorbante, l'augmentation de valeur des titres de participation dans le capital de cette dernière, même en l'absence de création de nouveaux titres ou d'augmentation de leur valeur nominale, serait conforme à la jurisprudence et ne donnerait lieu à la constatation d'aucun profit ou perte<sup>55</sup>.

Pour la société absorbante, comme pour les sociétés interposées entre elle et la société contrôlante émettrice, l'enrichissement résultant de l'opération et correspondant, pour l'absorbante, à la valeur du patrimoine transmis par l'absorbée et pour les sociétés interposées, à l'augmentation de valeur de leurs titres de participation, directs ou indirects, dans le capital de l'absorbante ne constituerait pas un profit mais un supplément d'apport soustrait de l'assiette de l'impôt sur les sociétés (CGI, art. 38.2) alors même qu'il ne serait pas représenté par des titres nouveaux. Si cette valeur a pour contrepartie une dette, l'exception à l'amendement Charasse devrait s'appliquer<sup>56</sup>.

## Annexe

### Texte des Amendements proposés

#### Fusions triangulaires

1. À l'article L. 236-1 du Code de commerce, au 4<sup>o</sup> alinéa, après les mots « actions de la ou des sociétés bénéficiaires » insérer les mots : « ou de la ou des sociétés qui possèdent directement ou indirectement plus de la moitié du capital de la ou des sociétés bénéficiaires ou d'une société dont la ou les sociétés bénéficiaires possèdent directement ou indirectement plus de la moitié du capital » et ajouter la phrase : « Les sociétés qui participent à l'opération peuvent convenir que celle-ci emporte l'échange, par les associés de la ou des sociétés bénéficiaires, de leurs parts ou actions contre des titres de capital de la société qui détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital de la ou d'une des sociétés qui disparaissent ».
2. À l'article L. 236-3 du Code de commerce à la deuxième phrase du I, après les mots « associés des sociétés bénéficiaires » insérer les mots : « ou des sociétés émettrices des titres remis en contrepartie de l'opération, ».

#### 3. À l'article 210-0-A du Code général des impôts,

- au (a) et au (b) du 1<sup>o</sup> du I, après les mots « titres de la société absorbante » insérer les mots : « ou de la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de la société absorbante ou dont la société absorbante possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital » ;
- ajouter un (c) ainsi rédigé :  
« une ou plusieurs sociétés absorbées transmettent par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une autre société préexistante absorbante moyennant l'échange des titres de capital de cette dernière contre des titres de la société qui détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital de la ou des sociétés absorbées » ;
- au 2<sup>o</sup> du I, après les mots « titres des sociétés bénéficiaires des apports » insérer les mots : « ou de la ou des sociétés qui possèdent directement ou indirectement plus de la moitié du capital d'une ou plusieurs sociétés participant à l'opération, ou de la ou des sociétés dont une ou plusieurs de ces sociétés possèdent directement ou indirectement plus de la moitié du capital ».

4. À l'article L. 225-124 du Code de commerce, remplacer le mot « bénéficiaires » par les mots : « dont les titres de capital sont remis en rémunération de l'opération ».

5. À l'article L. 228-17 du Code de commerce, remplacer les mots « bénéficiaires du transfert de patrimoine » par les mots : « dont les titres de capital sont remis en rémunération de l'opération ».

6. À l'article L. 228-101 du Code de commerce, remplacer les mots « bénéficiaires des apports », « absorbantes ou nouvelles », « bénéficiaires des apports ou de la ou des sociétés nouvelles » et « bénéficiaires des apports ou la ou les nouvelles sociétés » par les mots : « dont les titres de capital sont remis en rémunération de l'opération ».

#### Fusions entre sociétés (sœurs) d'un même groupe

7. Au II de l'article L. 236-3 du Code de commerce, ajouter un 3<sup>o</sup> ainsi rédigé : « soit par la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital des sociétés qui participent à l'opération ».
8. À l'article 210-0-A du Code général des impôts, ajouter au 3<sup>o</sup> du I les mots : « soit par une société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'une ou de l'autre ».

<sup>54</sup> Au regard de la jurisprudence du Conseil d'État et de la CAA de Paris, l'annulation d'actions de filiales dont le capital demeure détenu par la même société mère n'est ni une cession ni un remboursement de ces actions. Le prix de revient des actions annulées accroît le coût d'acquisition au sens de l'article 38 *quinquies* de l'annexe II au CGI des actions conservées (CE, 23 janv. 1980, n° 10395 : *RJF*, 1980/3, n° 195, p. 109 ; *Dr. fisc.*, 1980/31, comm. n° 1699, concl. B. Martin-Laprade ; CE, 16 mars 2001, n° 119580 : *RJF*, 2001/6, n° 755, p. 526 ; *Rev. sociétés*, 2001 p. 837 note O. Fouquet ; CAA Paris, 16 mars 2006, n° 03 PA 00255 : *RJF*, 2006/7, n° 828 ; CA Paris, 26 sept. 2007, n° 05 PA 03147 : *RJF*, 2008/2, n° 115 ; CE, 26 mars 2008, n° 301413 : *RJF*, 2008/6, n° 637). La solution paraît transposable.

<sup>55</sup> V. jur. cit. *supra* et CE 30 avr. 1980, n° 16253 : *RJF*, 1980/6, n° 467, concl. B. Martin-Laprade, p. 247.

<sup>56</sup> (c) de l'alinéa 8 de l'art. 223 B du CGI dans la rédaction issue notamment de la loi de finances pour 2007, n° 2006-1771, 30 déc. 2006.



Rémunération des fusions et scissions en titres  
donnant exclusivement accès au capital

9. À l'article L. 236-1 du Code de commerce, au 4<sup>e</sup>  
alinéa, après les mots « des parts ou des actions »

insérer les mots : « et, le cas échéant, des bons de  
souscription d'actions ou autres valeurs mobilières  
donnant exclusivement accès au capital ».