



LA FUSION DES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ

Mémoire réalisé par **Julien KOCH**

Sous la direction de Monsieur le Professeur **Michel MENJUCQ**

15 juin 2012

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- Act. proc. coll. : Lettre d'actualité des procédures collectives
- AN : Assemblée Nationale
- BF : Bulletin Fiscal Francis Lefebvre
- BOI : Bulletin Officiel des Impôts
- Bull. : Bulletin
- Bull. Joly : Bulletin Joly sociétés
- CA : Cour d'appel
- CAA : Cour administrative d'appel
- Cass. com. : Cour de cassation, Chambre commerciale
- C. com. : Code de commerce
- C. civ. : Code civil
- CE : Conseil d'Etat
- CGI : Code général des impôts
- CNCC : Compagnie nationale des commissaires aux comptes
- CRC : Comité de la réglementation comptable
- D. adm. : Documentation administrative
- Dr. fiscal : Revue de Droit fiscal
- Dr. sociétés : Revue Droit des sociétés
- D. : Recueil Dalloz
- Dr. & patr. : Droit et patrimoine
- EURL : Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée
- *Ibid.* : *Ibidem*
- IS : Impôt sur les sociétés
- Instr : Instruction
- JCP E. : Semaine Juridique, édition Entreprise
- LPA : les Petites Affiches
- LPF : Livre des procédures fiscales
- Rép : Réponse
- Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives
- Rev. sociétés : Revue des sociétés
- Sén. : Sénat
- Obs. : Observations
- PUF : Presses universitaires de France
- RJF : Revue de jurisprudence fiscale
- RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
- TA : Tribunal administratif
- TUP : Transmission universelle de patrimoine
- V. : Voir

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE 1 : LES OBSTACLES JURIDIQUES DE LA FUSION DES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ.....13

SECTION 1 : LES OBSTACLES POSÉS PAR LE DROIT DES SOCIÉTÉS 14

I. La problématique du sens de la fusion	14
A) Le silence du droit des sociétés	14
B) Les enjeux du sens de la fusion.....	16
II. L'entrave de l'actif net négatif de la société en difficulté	17
A) L'impossible absorption d'une société à l'actif net négatif	18
B) Les solutions envisageables	19
III. L'absorption d'une société en liquidation	22
A) Les caractères de la liquidation au sens du droit des sociétés	22
B) Les interactions possibles entre liquidation amiable et fusion	24

SECTION 2 : LES OBSTACLES POSÉS PAR LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES..... 26

I. La fusion des sociétés en cessation des paiements	27
II. La fusion des sociétés en procédure collective	28
A) La neutralisation de la dissolution-confusion par la procédure collective	28
B) La neutralisation de la fusion par la procédure collective.....	30
1) L'interdiction générale de toute transmission universelle de patrimoine en procédure collective	30
2) Les justifications de cette interdiction	32
III. La fusion des sociétés bénéficiaires d'un plan de sauvegarde ou de redressement	34
A) La possibilité d'une fusion et la transmission du plan	34
B) La fusion prévue par le plan	35
C) La fusion non prévue par le plan.....	36

CHAPITRE 2 : LES OBSTACLES FISCAUX DE LA FUSION DES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ38

SECTION 1 : L'ABSORPTION D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ 41

I. Le transfert de la créance de carry-back	41
II. Le transfert des déficits reportés en avant	42
A) L'agrément de droit.....	43
1) Une fusion placée sous le régime de l'article 210 A du CGI.....	43
2) Une fusion justifiée économiquement	44
3) Une poursuite de l'activité à la source des déficits	45
a) Le principe.....	45
b) Le cas de l'absorption d'une société holding.....	46
B) La délivrance de l'agrément	47
III. La réévaluation libre des éléments d'actif	48

SECTION 2 : L'ABSORPTION D'UNE SOCIÉTÉ PROSPÈRE PAR UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ..... 51

I. Le changement d'objet social ou d'activité de l'absorbante	52
II. L'obstacle de l'abus de droit	54
A) Le risque d'abus de droit lors d'une fusion à l'envers.....	54
1) L'arrêt « Auriège » de 1986 et la position du Conseil d'Etat	54
2) La confirmation ambiguë par l'arrêt d'appel « SA Décorative ouest » de 2007.....	55
B) Les limites de la menace de l'abus de droit.....	57

CONCLUSION60

BIBLIOGRAPHIE.....62

INTRODUCTION

Face à la succession des crises, l'économie française a été assez sensiblement touchée. Les observateurs ont constaté une démultiplication des difficultés des entreprises, les sociétés n'échappant pas à ce constat et n'ayant pas été ménagées par les lésions du tissu économique. Un nombre croissant s'est trouvé confronté à des difficultés de tous ordres. La nécessité d'une réaction pour la survie de l'entreprise fait apparaître la fusion comme une solution envisageable pour adapter la société aux contraintes qu'elle subit, mais cette figure n'échappe pas à toutes les contraintes qui entourent les opérations touchant aux sociétés en difficulté, issues de sources aussi diverses que le droit des sociétés, le droit des procédures collectives, le droit fiscal et même la réglementation comptable.

La fusion est « l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés réunissent leur patrimoine pour ne former qu'une seule société »¹. Cette définition, d'une simplicité presque déconcertante, pourrait faire croire que la fusion de sociétés peut être réalisée avec aisance. Avant même d'envisager la fusion impliquant une ou plusieurs sociétés en difficulté, des complications apparaissent déjà très vite lorsqu'il s'agit d'envisager la figure classique de cette opération.

En effet, la fusion de sociétés est sujette à des finalités aussi variées qu'il existe d'inspiration dans l'esprit des acteurs des affaires. Elle est un outil efficace pour de nombreuses hypothèses : la réorganisation de la structure d'un groupe, la réalisation d'un schéma de concentration verticale ou horizontale, la volonté de développement de la société absorbante, la prise de contrôle de l'absorbée par rapport à l'absorbante...² Une fusion n'est jamais similaire à une autre tellement les stratégies économiques peuvent varier et diverger selon le type d'objectif.

Juridiquement, la fusion peut prendre deux formes : elle peut se réaliser par absorption d'une société par une autre ou par création d'une société nouvelle. Dans le premier cas, seule la société absorbée disparaît, et dans le second cas, ce sont les deux sociétés fusionnantes qui quittent la scène juridique. La fusion par création de société nouvelle se traduit par une

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, p. 432

² S. Dana-Demaret et Y. Reinhard, *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires*, Dalloz, 1993, p.

complexité supplémentaire, étant donné qu'il faut procéder aux formalités de création d'une société. Cet inconvénient explique que cette figure « se révèle désuète en pratique puisque que les fusions par constitution de sociétés nouvelles sont extrêmement rares pour ne pas dire inexistantes en pratique »³. Nous prendrons le parti de suivre la pratique, et de nous baser, dans nos développements, sur la fusion-absorption. Un autre élément caractéristique est la transmission universelle du patrimoine, actifs et passifs, de la société absorbée à l'absorbante, ce qui provoque la dissolution sans liquidation de la première et une augmentation de capital chez la seconde. L'opération de fusion-absorption a pour effet de faire disparaître une personne morale de la scène juridique. La conséquence pour les associés est un échange des droits sociaux, les associés de l'absorbée se voyant remettre des titres de la société absorbante contre leurs titres de la société dissoute, selon une parité d'échange déterminée préalablement, moyennant éventuellement une soule, qui ne peut toutefois dépasser 10% de la valeur nominale des droits attribués.

Il est nécessaire également de se pencher sur le régime fiscal de la fusion, point important pris en considération dans la mise en œuvre de cette technique. Le droit fiscal prend ici le rôle d'un « droit d'accompagnement »⁴, et sous le respect de certaines conditions, la fusion peut être soumise à une neutralité parfaite. Celle-ci résulte d'un régime dit « de faveur », par opposition à un régime de droit commun, qui pour sa part apparaît dissuasif, voir répulsif, chaque étape juridique de l'opération donnant lieu à une imposition distincte. La fusion opère cessation d'entreprise, ce qui se traduit par l'imposition des plus-values éventuelles qui sont censées être réalisées, la réintégration des provisions devenues sans objet, l'imposition immédiate des profits en cours et la distribution et l'imposition du boni de liquidation. Les déficits de la société absorbée ne peuvent de même plus être reportés en avant⁵.

Le régime de faveur, de son côté, permet une neutralité parfaite, sous respect de certaines conditions, peu contraignantes, ce qui exprime le « caractère intercalaire »⁶ de la fusion, celle-ci emportant continuation de l'exploitation par la société absorbante. Pour y être éligible, l'opération doit avoir la nature d'une fusion au plan juridique, l'éventuelle soule

³ A. Bonnasse, *FUSIONS-SCISSIONS. – Principes généraux*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 161-10, n° 58

⁴ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2^{ème} éd., Montchrestien, n° 843,

⁵ J. Schmidt, C. Jue-Mohr, *Lamy Fiscal 2012*, Editions Lamy, n° 2169 - 2176

⁶ G. Damy, *La fiscalité des fusions et acquisitions de sociétés : étude synthétique pour une stratégie efficiente*, Dr. fiscal, 2005 n°14, 7 avril 2005, Etudes 13, n° 7 - 10

versée aux associés de la société absorbée ne devant pas excéder 10% de la valeur nominale des titres, et les sociétés en cause doivent relever de l'impôt sur les sociétés. Ce régime permettra l'absence du moindre prélèvement fiscal, à l'exception du droit fixe de 375€ ou 500€ selon le montant du capital social perçu au moment de l'enregistrement de l'acte. Les obligations pesant sur la société absorbée sont alors reprises par l'absorbante. Les provisions fiscales figurant au bilan de la première qui conservent leur objet ne sont pas immédiatement soumises à l'impôt sur les sociétés, elles doivent être reprises au bilan de la seconde. Les plus-values latentes ne sont pas immédiatement imposées ; elles le deviendront ultérieurement en cas de revente par les associés des titres remis au moment de l'échange ou en cas de cession par la société absorbante des actifs apportés.

La fusion apparaît donc comme une technique autant attractive par ses effets que complexe par ses modalités. Mais d'autres éléments peuvent venir compliquer le régime applicable à cette opération, telle que la difficulté des sociétés parties à la fusion. Viennent alors s'inviter des facteurs de perturbation, qui peuvent mener à une sorte de confusion lorsque les régimes applicables viennent se confronter et se contredire.

Il revient, en amont de la réflexion sur ces obstacles-là, de déterminer ce qu'il faut comprendre par le concept de « société en difficulté ». Au sens général, difficulté, du latin *difficultas*, désigne le caractère de ce qui est difficile ; difficile se définit alors comme ce qui ne peut être résolu qu'avec peine, ce qui exige des efforts⁷. Cette réflexion fait percevoir qu'il s'agit, dans le cas des sociétés, d'obstacles qui nuisent à la bonne marche de celles-ci et à la réalisation de leur objet ultime, le partage des bénéfices par les associés. Le champ de ce concept étant encore trop large vu sous cet angle, il doit être réduit pour les besoins de la bonne appréciation de ce qu'est une société en difficulté. Pour cela, il est possible d'avoir recours aux textes législatifs.

Tout d'abord, il convient de relever que le Code de commerce dispose d'un Livre Sixième intitulé « Des difficultés des entreprises ». Il n'y est nulle part défini le terme en lui-même, mais il est possible, en s'attachant aux dispositions légales contenues dans ce Livre, de délimiter la notion. Le grand concept qui permet de soumettre un débiteur à une procédure collective est la « cessation des paiements », définie par la loi comme l'impossibilité de faire

⁷ Définitions issues du dictionnaire Larousse

face au passif exigible avec l'actif disponible⁸. Cette définition constitue un curseur clé pour saisir la notion d'entreprise en difficulté. Le passif exigible est composé de toutes les dettes échues à un instant de raison avant le jugement d'ouverture, ce qui sous-entend qu'elles doivent être certaines et liquides⁹ ; il n'est pas nécessaire qu'il soit effectivement exigé. Mais le débiteur devant « faire face » à un passif exigible, un moratoire accordé par un créancier éloignerait la cessation des paiements. L'actif disponible, de son côté, recouvre l'ensemble des actifs liquides ou immédiatement réalisables par le débiteur : ils doivent pouvoir être encaissés immédiatement pour être considérés comme actif disponible. Cela met en évidence qu'un débiteur peut être solvable, tout à fait en mesure de couvrir ses dettes avec ses actifs, mais être en même temps en cessation des paiements, et donc en difficulté. Il convient également d'ajouter les réserves de crédit, qui constituent un actif disponible pour le débiteur.

La cessation des paiements d'une société caractérise donc les difficultés de celle-ci, difficultés nécessitant une protection offerte par le droit. Elle est une condition suffisante pour l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, mais il faut en plus que le redressement soit manifestement impossible pour qu'une liquidation judiciaire puisse être instituée.

Évidemment, la société en difficulté ne se limite pas à la société en cessation des paiements. Depuis la loi du 26 juillet 2005 existe la procédure de sauvegarde, procédure collective pouvant être mise en œuvre à l'initiative du débiteur en l'absence de cessation des paiements. La loi fait référence explicitement à des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter¹⁰ comme critère d'ouverture. Cette définition n'est pas totalement satisfaisante, car si les difficultés étaient insurmontables, le débiteur devrait être placé en liquidation judiciaire. Il semble qu'il faille ici comprendre « les difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter seul », sans le recours à cette procédure. Les sociétés débitrices répondant à cette définition, et susceptibles de bénéficier de l'ouverture d'une sauvegarde, sont des sociétés que nous pouvons considérer comme étant « en difficulté ».

⁸ Article L.631-1 C. com., alinéa 1^{er} : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* ».

⁹ F. Pérochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., n°164.

¹⁰ Article L. 620-1 C. com., alinéa 1^{er} : « *Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

Les sociétés en redressement et en sauvegarde espèrent toujours une issue heureuse. La période d'observation permet d'évaluer les difficultés du débiteur, de préparer le plan, tout en mettant en œuvre des mesures d'urgence pour éviter que la situation se détériore. Cette issue heureuse se caractérise par la mise en œuvre d'un plan de redressement ou de sauvegarde, comportant un ensemble de mesures imposé au débiteur et aux créanciers dans le but de redresser l'entreprise. Bien que la société redevienne *in bonis* à l'issue de la procédure, encore faut-il que le plan soit mené à son terme et qu'elle respecte ses engagements. Comme un patient reste malade durant la prise de son traitement jusqu'à guérison complète, un débiteur bénéficiaire d'un plan reste en difficulté tant que celui-ci n'a pas été exécuté totalement, et donc jusqu'à assainissement de sa situation. Par conséquent, il convient à notre sens de considérer qu'une société bénéficiaire d'un plan doit intégrer notre catégorie des « sociétés en difficulté ».

Le Livre VI nous fournit également une autre définition des difficultés. Le Titre Premier, qui se rattache à la prévention des difficultés des entreprises, permet la mise en œuvre de deux procédures amiables, le mandat *ad hoc* et la conciliation. L'ouverture de la seconde nécessite que le débiteur éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible¹¹. Sur le fondement de ces difficultés clairement identifiées et énoncées, nous pouvons considérer qu'une société répond également à la définition de « société en difficulté » lorsqu'elle éprouve de telles complications, bien qu'elle soit à un stade moins avancée que les précédentes.

Enfin, le droit des entreprises en difficulté n'a pas le monopole de la difficulté, et il convient de sortir du Livre VI et d'appréhender les sociétés en phase liquidative. La liquidation au sens du droit des sociétés et du Livre II du Code de commerce, que l'on nommera liquidation amiable¹² par opposition à la liquidation judiciaire, est un modèle de société faisant face à des problèmes particuliers. A l'exception de la fusion, de la scission et de la dissolution-confusion opérant transmission universelle de patrimoine, la dissolution d'une société se traduit par l'ouverture d'une liquidation amiable. Elle va consister en une succession d'opérations dont l'objet est de parvenir à l'apurement du passif social dans

¹¹ Article L. 611-4 C. com. : « Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours. »

¹² F.-X. Lucas, *Vade mecum de la liquidation dite « amiable » des sociétés*, Bull. Joly, 2009, p. 285

l'optique de dégager un actif net permettant de rembourser les apports des associés et, le cas échéant, de partager entre eux un boni de liquidation. La personnalité morale de la société étant indispensable pour que le liquidateur puisse mener des opérations au nom et pour le compte de la société, le droit décide de sa survie¹³. La liquidation amiable illustre en quelque sorte la « phase terminale » que traverse la société, destinée à disparaître du monde juridique. Mais durant cette liquidation, la société en tant qu'être juridique existe toujours, de sorte qu'elle constitue encore un acteur de l'économie. Elle est donc un modèle de société en difficulté, son destin étant de succomber, qu'il convient d'intégrer à notre étude, en ce sens qu'elle est toujours susceptible, tant qu'elle n'a pas rendu son dernier souffle, d'être actrice d'une opération de fusion-absorption.

Ainsi, au terme de cette analyse, les frontières de ce qu'il faut entendre par « société en difficulté » sont tracées, et elles nous permettent de saisir la notion et de délimiter ses contours. Il s'agit de l'entreprise exploitée sous forme sociétaire qui rentre dans un des critères d'ouverture d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, ou de celle étant en phase de liquidation amiable. Ce domaine de la « société en difficulté » tel que nous le concevons, bien qu'opérant par renvoi à des procédures du Code de commerce, a le mérite de se fonder sur des concepts tangibles et usités par la doctrine et la jurisprudence. En outre, il permet d'englober un nombre de situations varié illustrant des difficultés subies par les sociétés. Toutefois, cette multiplicité met en exergue la diversité des régimes applicables. Le régime de la société en difficulté tel que nous l'entendons ne peut être unitaire, car on ne peut traiter identiquement une société en liquidation judiciaire, une société en sauvegarde, une société en liquidation amiable, ou encore une société bénéficiaire d'un plan de redressement. Il n'y a pas un régime applicable unique, mais un régime propre à chaque niveau de difficulté envisagée. Les contraintes juridiques et fiscales sont amenées à varier selon la situation de la société.

Ces sociétés en difficulté sont souvent l'objet de répulsion, leur santé fragile laissant présager le pire quant à leur avenir. Ses associés sont tentés de la quitter, les créanciers sont tentés d'essayer de récupérer ses actifs avant que la maladie ne l'emporte, l'administration fiscale a intérêt à la taxer, et les potentiels investisseurs ne sont guères tentés de se lancer dans une entreprise de réfaction. Néanmoins, ces sociétés en difficulté peuvent également être vues sous un autre angle, plus optimiste, mais pas nécessairement moins réaliste. Ses associés

¹³ Article 1844-8 C. civ., alinéa 3 : «*La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci* ».

peuvent réaliser qu'ils ont plus à gagner à écoper et consolider le navire que partir sur un canot de sauvetage avec les restes du vaisseau, les créanciers peuvent considérer que le recouvrement de leur créance est plus probable à travers la pratique de concessions qu'à travers la poursuite du débiteur, l'administration fiscale, insensible au temps, peut accorder des délais et ôter une lourde épée de Damoclès, et les investisseurs peuvent être tentés de prendre un risque en investissant dans ce type de sociétés, la rentabilité attendue pouvant être potentiellement des plus élevées.

La figure de la fusion prend alors un intérêt tout particulier lorsque la société en difficulté n'est plus vue comme un paria du monde des affaires. Même si la fusion-absorption n'est pas des plus usitées en matière d'entreprises en difficulté, elle n'est pas pour autant inconnue. Elle peut consister en une figure juridique alternative au rachat d'une entreprise. Plutôt que le rachat des titres des associés de la société cible, la reprise de cette dernière peut intervenir par son absorption par la société repreneuse. Cela est de nature à lui éviter de décaisser des fonds et de procéder plutôt par échanges de droits sociaux, les associés de l'absorbée devenant associés de la société absorbante. Bien qu'en difficulté, l'absorbée peut disposer d'actifs ou d'une activité qui soit de nature à être magnifiquement bien exploitée par l'absorbante, de sorte que la rentabilité tirée de cette opération peut être très élevée. La figure classique est la société en difficulté financière, mais qui est capable d'atteindre une bonne productivité¹⁴. Les associés de l'ancienne société cible peuvent alors avoir intérêt à devenir associés de la société absorbante consolidée des nouveaux actifs et des nouvelles activités acquises, plutôt que de vendre leurs titres et tirer un profit immédiat mais limité. De son côté, la société absorbante peut avoir intérêt à procéder à cette fusion, car elle peut espérer opérer l'échange de droits sociaux à une parité relativement avantageuse pour ses associés, relativisant alors la dilution subséquente à l'opération.

La fusion-absorption peut être une réponse au besoin de restructuration d'un groupe. La fusion est traditionnellement présentée comme un instrument au service d'un besoin de concentration des entreprises¹⁵. Cet impératif se retrouve dans le traitement des difficultés de sociétés du groupe. Il peut s'illustrer par exemple dans le cas d'un groupe souhaitant faire absorber une filiale en difficulté par une autre en bonne santé, dans une optique d'assainissement dudit groupe. Le regroupement entre une société exerçant des activités rentables et une société exerçant des activités non rentables peut faire émerger des synergies à

¹⁴ J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy, n° 1872

¹⁵ G.-J. Martin, *La notion de fusion*, RTD com. 1978, p. 271

différents plans, que ce soit au niveau de la recherche, de la production ou de la commercialisation.¹⁶

La fusion est également un outil de consolidation de la capacité concurrentielle des entreprises sur le marché. L'absorption d'un concurrent exprime une politique dite de « croissance externe »¹⁷. Permettant d'augmenter les parts de marché, cette stratégie peut être efficace lorsque la cible est une société en difficulté, mais disposant néanmoins d'une place stratégique sur un marché. La fusion permet à l'absorbante de se positionner stratégiquement sur le marché, en se substituant à la cible. Elle récupère ainsi toutes ses parts de marché, et donc ses contrats et tout ce qui lui assurait une place avantageuse et une visibilité sur ledit marché.

Plus généralement, l'objectif peut être purement fiscal. Une société en difficulté est souvent titulaire de nombreux déficits, soit des économies d'impôt potentielles. L'absorption d'une telle société permet la récupération sous condition de ses déficits, et leur imputation sur le résultat bénéficiaire de l'absorbante. Il sera vu cependant que cette finalité ne peut être la motivation principale d'une opération de fusion impliquant une société en difficulté.

Ces intérêts divers de procéder à la fusion de sociétés en difficulté illustrent la pertinence de ce type d'opération. Et comme il existe une infinité de finalités aux fusions, il existe également une infinité de finalités aux fusions de sociétés en difficultés, en fonction des politiques pensées et imaginées par les stratèges du transfert, de la reprise et de la concentration d'entreprises.

Cependant, outre se heurter aux contraintes propres aux opérations de fusions illustrées précédemment, la réalisation d'une fusion impliquant une société en difficulté se confronte à la particularité de cet acteur. Ce terme unique de société en difficulté regroupe de nombreuses situations diverses et le régime juridique et fiscal de ce modèle de fusion est amené à varier selon le type de difficulté auquel est confrontée la société. Réaliser une fusion impliquant une ou plusieurs sociétés en difficulté, c'est donc avant tout surmonter les oppositions juridiques et fiscales supplémentaires posées par le droit pour réguler et contrôler ces opérations.

¹⁶ M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés : régime juridique et fiscal*, 6^{ème} éd., Groupe Revue Fiduciaire, n°1

¹⁷ *Ibid.*

L'analyse de ces obstacles fait apparaître qu'il est possible de les répertorier selon leur nature. Ils peuvent être juridiques d'un côté et fiscaux de l'autre. Certes, ils devront se cumuler dans l'appréhension de la stratégie de transmission d'entreprise, et l'on ne peut les autonomiser lorsqu'il est envisagé de procéder à une fusion intégrant une société en difficulté. Néanmoins, pour la lisibilité de l'analyse, il sera procédé à une répartition d'ordre *ratione materiae*. Cette segmentation fera apparaître dans un premier temps la foultitude des obstacles juridiques devant être relevés pour procéder à ce type d'opération et la manière de les résoudre. La fusion de sociétés en difficulté se trouve en effet confrontée à des entraves issues du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté, voire à des contraintes fleurant avec le droit comptable (Chapitre 1). Ce fractionnement fera par la suite apparaître les frictions fiscales propres aux fusions des sociétés en difficulté, l'administration veillant et n'hésitant pas à faire de la résistance lorsqu'elle perçoit une volonté trop prééminente d'optimisation fiscale dans la stratégie des parties à la fusion prenant le pas sur les aspects économiques (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES OBSTACLES JURIDIQUES DE LA FUSION DES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ

Mécanisme de restructuration par excellence, la fusion est régie par le droit des sociétés, qui en pose les conditions et le régime. A travers celle-ci, ce qui est visé est un impératif de transmission le plus neutre possible. Il est donc tout mis en œuvre dans la législation spécifique à la fusion pour assurer cette neutralité, tout en assurant la protection de certaines catégories de personnes qui pourraient être lésées par celle-ci.

Toutefois, certaines dispositions du droit des sociétés sont amenées à entrer en contradiction avec cet impératif. Celui-ci n'étant pas absolu, il est susceptible de restrictions. Ainsi, c'est le droit des sociétés qui institue le régime de la liquidation amiable, où la société en liquidation, qui conserve sa personnalité morale, ne saurait être un sujet comme les autres en matière de fusion. Il est de même nécessaire de s'interroger sur la liberté du sens à donner à la fusion, ou encore la problématique de l'absorption d'une société à l'actif net négatif.

Lorsque l'on s'éloigne du droit des sociétés, l'impératif de transmission d'entreprise disparaît quelque peu, et en matière de société en difficulté, le droit des procédures collectives est amené à s'imposer comme un obstacle de taille. Les procédures collectives, régies par le Livre VI du Code de commerce, sont largement dérogatoires au droit commun, et répondent à un impératif d'ordre public. A travers ce droit dérogatoire, il est cherché avant tout à sauvegarder l'entreprise, et la liquidation judiciaire, visant à réaliser l'actif du débiteur et à mettre fin à son activité, n'intervient qu'en dernier recours. Cet objectif de sauvegarde puis de liquidation de l'entreprise est de nature à venir s'opposer à l'impératif de transmission d'entreprise recherché à travers la fusion, même s'ils ne sont pas nécessairement inconciliables.

Ainsi, il nous conviendra de mettre en exergue les obstacles propres à la fusion de sociétés en difficulté issus du droit des sociétés lui-même (Section 1) avant de constater que les obstacles sont plus imposants en ce qui concerne le droit des procédures collectives (Section 2).

SECTION 1 : LES OBSTACLES POSÉS PAR LE DROIT DES SOCIÉTÉS

La première complication qui peut intervenir relève du choix du sens de la fusion, qui bien que libre en matière juridique (I), peut être limité par des accros comptables lorsqu'une société constate un actif net négatif (II). Les contraintes sont plus apparentes dans l'hypothèse d'une société en liquidation amiable, le législateur ayant décidé de légiférer sur cette question (III).

I. La problématique du sens de la fusion

La fusion, bien que reposant sur un mécanisme juridique, est une opération qui répond à une logique économique. De ce constat devrait découler la conclusion selon laquelle le sens de la fusion doit suivre la réalité économique. Il serait presque imaginable d'appliquer au droit la loi du plus fort : la société non viable et en difficulté, si elle devait être partie à la fusion, devrait nécessairement être l'absorbée. L'évolution de la sphère économique devrait également se faire au profit des sociétés les plus fortes, les plus fragiles devant disparaître sous le coup d'une absorption, comme le prédateur éliminerait sa proie. Force est de constater que le droit des sociétés ne prend pas ce parti, et plus précisément, ne se prononce pas en ce qui concerne le sens à donner à l'opération. Il laisse une liberté de choix (A), ce qui semble pertinent en ce que de ce choix découle de nombreuses conséquences (B).

A) Le silence du droit des sociétés

Dès lors que l'on doit analyser cette question, le premier réflexe est celui d'aller consulter le Livre II du Code de commerce. Un constat s'impose à sa lecture : aucune règle particulière n'est prescrite sur cette question. Si l'on se reporte au Code civil, et notamment à l'article 1844-4, il nous faut constater de la même manière que le législateur ne fut point enclin à s'étendre sur cette problématique.

Si l'on appliquait l'adage « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* »¹⁸, on pourrait imaginer que dans le silence de la loi, il serait offert à chacun la liberté du sens à donner à la fusion. Mais les doctrines de la réalité de la personne morale avaient pu laisser

¹⁸ Là où la loi ne distingue pas il n'y a pas lieu de distinguer

penser qu'une personne morale, comme le commun des personnes, ne pourrait absorber plus massive qu'elle. Le juge est venu cependant ôter tout doute sur cette question par un arrêt de 1992, par lequel une cour d'appel est venue dire « que le procédé utilisé, consistant à faire absorber la société mère par sa filiale, n'est en lui-même ni illicite ni artificiel »¹⁹. Tout comme son commentateur, on peut tirer de cette décision la reconnaissance par le juge du libre choix du sens de la fusion. Si l'arrêt se limite à l'hypothèse d'une filiale qui absorbe sa mère, on peut par analogie l'appliquer à l'hypothèse de l'absorption d'une société de grande taille par une société plus modeste. Nous pouvons ainsi approuver Paul Le Cannu lorsqu'il estime que « la personnalité morale est une technique juridique qui n'appartient pas au règne animal », en droit la « petite bête » peut manger la grosse²⁰. La réserve énoncée par les juges, lorsqu'ils écrivent « en lui-même », illustre cependant que cette liberté reste susceptible d'abus. Ainsi dans cet arrêt, la cour, avant de se prononcer, avait notamment vérifié que les parités de fusion proposées ne laissaient voir aucune fraude, et que l'information délivrée préalablement à l'assemblée générale extraordinaire devant se prononcer sur le projet de fusion était suffisante.

Cette décision n'a depuis jamais été remise en cause et la doctrine se montre également partisane de celle-ci²¹, de sorte que l'on peut énoncer qu'il est de droit positif que le sens de la fusion est libre par principe, mais susceptible d'être remis en cause en cas de circonstances exceptionnelles. Ainsi, il ne fait aucun doute que la société en difficulté n'est pas réduite à la fatalité de sa disparition de la scène juridique par son absorption, mais elle peut également être l'absorbante sans que le droit ne puisse contester cette incohérence économique. Sous l'empire du droit, la société en difficulté n'est pas condamnée à subir la loi du plus fort. Cependant, cette liberté se cantonne à l'aspect juridique du sens de la fusion, car il sera vu ultérieurement qu'en fiscalité, elle se trouve quelque peu limitée, et on ne peut saisir totalement la liberté entourant le sens des fusions sans appréhender les aspects fiscaux.

¹⁹ CA Paris, 28 décembre 1992, Juris-Data n°1992-024250 ; Bull. Joly 1993, p. 437, § 124, note Paul Le Cannu

²⁰ L'hypothèse d'une petite société absorbant une plus importante a été illustrée dès 1993 notamment par la fusion de SOTAIR, filiale Air France, et de la SFTA (Chorus), la seconde ayant absorbé la première.

²¹ V. par exemple : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 24^{ème} éd., LexisNexis, n° 1458 ; P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, n° 1604 ; M. Chadefaux, *Les fusions de sociétés : régime juridique et fiscal*, 6^{ème} éd., Groupe Revue Fiduciaire, n°18

Cette liberté de choix a donné naissance à la notion de « fusion à l'envers ». Selon le Comité de la Réglementation Comptable²², une fusion est regardée comme faite à l'envers lorsque, après l'opération, l'actionnaire principal de l'absorbée prend le contrôle de l'absorbante. Ainsi, une fusion est à l'endroit si, après la fusion, l'actionnaire principal de la société absorbante, bien que dilué²³, conserve son pouvoir de contrôle sur celle-ci. Cette distinction a été élaborée pour la valorisation des apports, ce qui est l'objet de critiques²⁴. Cependant, la notion de fusion à l'envers ne se limite pas à sa conception comptable et est aussi définie par certains auteurs comme l'absorption de la société mère par sa filiale²⁵ ou encore de l'absorption d'une société en bonne santé par une société déficitaire²⁶. Il faut garder ces multiples conceptions à l'esprit, et lorsqu'il sera écrit « fusion à l'envers » ultérieurement, sans précision sur le point de savoir si le terme doit être appréhendé dans un sens particulier, il recouvrira alors toutes ces réalités. Tout comme nous avons pris le parti de retenir une définition large de la « société en difficulté », nous retiendrons de la notion de « fusion à l'envers » une définition transcendant les disciplines. La fusion à l'envers ne se limite pas à une définition stricte, mais doit recouvrir à notre sens toutes les hypothèses d'inversion du sens naturel, ou logique, de la fusion.

B) Les enjeux du sens de la fusion

Inverser le sens de la fusion entre la société prospère et celle en difficulté peut être opportun pour de nombreuses raisons. Le but de cette interversion peut d'abord être juridique, en raison de la propriété d'actifs particuliers. La société en difficulté peut disposer de biens qui sont intransmissibles, tel qu'un agrément administratif ou un contrat stipulé intransmissible. La fusion aurait pour conséquence de faire tomber l'agrément ou le contrat, de sorte qu'invertir le rôle des sociétés à la fusion paraît impérieux. Le transfert de propriété de certains actifs peut également être subordonné à l'accord d'un cocontractant, l'absence d'accord donnant un droit de résiliation à ce dernier. Le choix peut être fait

²² CRC, règlement n°2004-01

²³ Sauf dans l'hypothèse de la fusion simplifiée qui s'effectue sans augmentation de capital

²⁴ A. Bonnasse, *FUSIONS-SCISSIONS. – Réalisation des fusions et scissions*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 162-10, n° 7 et 35

²⁵ Alain Couret, *La fusion à l'envers à l'épreuve d'un attendu de trop*, Bull. Joly, 2007, p. 1329 ; M. Chadefaux, *Les fusions de sociétés : régime juridique et fiscal*, 6^{ème} éd., Groupe Revue Fiduciaire, n° 18 ; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 24^{ème} éd., LexisNexis, n° 1458

²⁶ S. Dana-Demaret et Y. Reinhard, *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires*, Dalloz, 1993, p. 42

également sur la base de considérations fiscales, spécialement en ce qui concerne la conservation des déficits fiscaux à l'issue de la fusion. Il peut en outre être dicté par des impératifs comptables, seul le patrimoine de l'absorbée pouvant faire l'objet d'une réévaluation à l'occasion de la fusion. Plus généralement, les sociétés peuvent convenir que le sens de la fusion sera déterminé en fonction du coût de l'opération, en privilégiant à l'évidence le sens de la fusion qui engendre le coût le moins élevé, ce qui sera notamment le cas lorsque l'opération répond avant tout à des préoccupations techniques, dans le cadre d'une restructuration à l'intérieur d'un groupe et ne soulève aucune difficulté particulière en termes d'enjeux stratégiques ou de répartition des pouvoirs.

Maintes autres raisons peuvent également venir à l'esprit, telle que la volonté de préserver la société en difficulté, pour sa dénomination ou parce qu'elle représente un symbole sur un marché. De fait, toutes les raisons ne peuvent être appréhendées sans tomber dans la casuistique et il serait vain de s'y lancer ici. Les motifs sont nombreux et dépassent souvent les appréciations juridiques, fiscales et comptables, de sorte que cette liberté de choix du sens est opportune au vu des enjeux.

La décision portant sur le sens de la fusion ne se faisant donc jamais à la légère, elle impose fréquemment la réalisation préalable d'un audit des sociétés et de leur patrimoine, de manière à ce que la décision soit prise en connaissance de cause.

II. L'entrave de l'actif net négatif de la société en difficulté

La fusion par absorption est « celle dans laquelle la société absorbante augmente son capital du montant de l'actif de la société absorbée »²⁷. Cette définition fait apparaître la nécessité d'une augmentation de capital, et donc de l'apport d'un actif. Plus précisément, il faut l'apport d'un « actif net des dettes », notion comptable obtenue en soustrayant de l'ensemble des actifs de l'entreprise l'ensemble de ses dettes actuelles ou potentielles. La pratique parle plus simplement « d'actif net » et il est possible de parler indifféremment de « situation nette »²⁸. L'actif net est négatif lorsque les dettes sont supérieures à l'actif.

²⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, p. 432

²⁸ Lexique de finance Vernimmen, 2012 ; B. Colasse, *Introduction à la Comptabilité*, 11 éd., Economica, p. 119

Une société en difficulté, par hypothèse, est susceptible d'avoir un actif net négatif si ses dettes deviennent trop importantes. Cependant, la notion ne se confond pas avec la cessation des paiements : une société peut très bien ne plus être en situation de faire face à son passif exigible avec son actif disponible mais disposer d'un actif net positif en raison d'actifs illiquides présents à son bilan. Toutes les sociétés en difficulté ne seront pas confrontées à cette problématique de l'actif net négatif, mais gageons qu'elle pourra en toucher un certain nombre. Absorber une société dont l'actif net est négatif semble impossible (A) mais il existe des manières de contourner la difficulté (B).

A) L'impossible absorption d'une société à l'actif net négatif

La fusion-absorption suppose que l'on constate une augmentation de capital social et un échange de titres pour rémunérer l'actif net apporté. Il découle de ce constat que la société absorbée doit avoir un actif net positif, car il faut qu'il existe une contrepartie réelle à l'augmentation de capital, à défaut de quoi celle-ci présenterait un caractère fictif. Ce constat s'imposerait notamment au regard du principe de réalité du capital et des apports²⁹. Le Code de commerce semble venir conforter cette analyse, son article R. 236-7 disposant que « Les commissaires aux apports vérifient notamment que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation de capital de la société absorbante [...] ». Le Code exige un apport ayant une valeur positive qui soit au moins égale à l'augmentation de capital.

Un arrêt récent pourrait cependant remettre en cause cette idée, la Cour de cassation y ayant énoncé que l'opération de fusion-absorption ne constitue pas un apport³⁰. La Haute juridiction y pose une explication pédagogique de la différence entre la fusion et l'apport en société. Or, la justification de la nécessité pour l'absorbée d'avoir un actif net positif repose notamment sur le parallèle entre la fusion et l'apport. La lecture de cet arrêt pourrait laisser penser, par une interprétation extensive, qu'il serait possible d'absorber une société à l'actif net négatif, la fusion ne réalisant par un apport. Mais ce serait une mauvaise interprétation. L'opération de fusion, qu'elle soit considérée comme un apport, théorie traditionnelle, ou non,

²⁹ J-J. Daigre, *Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?*, JCP E. n°31, 30 juillet 1992, 165, n°1 ; T. Massart, *Panorama de l'environnement juridique de la restructuration*, Revue Lamy Droit des Affaires – 201054, III A

³⁰ Cass. com., 9 novembre 2010, n° 09-70726 : Bull. Joly 2011 n°2, 122, note P. Le Cannu ; JCP E. 2011 n°5, 1073, note M.-L. Coquelet

suppose toujours une augmentation de capital et l'émission corrélative de titres nouveaux destinés à assurer une contrepartie. Cette augmentation de capital par nature impose un actif net positif de l'absorbée pour sa réalisation. Et d'autre part, une telle fusion se traduirait par la constatation d'une prime de fusion négative, notion encore inconnue par le droit français et la comptabilité³¹. L'absorption d'une société en difficulté à l'actif net négatif n'est donc pas possible par essence.

B) Les solutions envisageables

Tout d'abord, il existe une fusion qui ne réalise en elle-même aucune augmentation de capital : la fusion-absorption d'une filiale dont le capital est détenu à 100% par la société absorbante. Dans cette hypothèse, il ne doit ni être procédé à une augmentation de capital, ni à un échange de titres. Ces étapes n'existant plus, rien ne s'oppose à l'absorption d'une société ayant un actif net négatif. Une société mère peut donc absorber sa filiale en difficulté, même si les dettes de celle-ci excèdent son actif³². Il est aussi possible d'avoir recours à la dissolution-confusion, n'importe laquelle des deux sociétés pouvant alors recueillir le patrimoine de l'autre, en vertu de l'article 1844-5 alinéa 3 du Code civil, en prononçant sa dissolution. Cela suppose aussi une détention en totalité du capital social.

En ce qui concerne l'hypothèse de droit commun, l'inversion du sens de la fusion est une solution qui vient à l'esprit immédiatement puisqu'il a été énoncé précédemment que le principe était la liberté du sens à donner à l'opération. Cela revient alors à se poser la question de la possibilité de faire absorber une société à la situation nette positive par une société en difficulté à l'actif net négatif. Or, lorsque la société absorbante a une situation nette négative, la fusion peut entraîner l'émission de titres d'une valeur réelle inférieure à la valeur nominale. Les associés de l'absorbée se retrouvent ainsi à contribuer aux pertes de l'absorbante.

³¹ A. Bonnasse, *FUSIONS-SCISSIONS. – Principes généraux*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 161-10, n° 24

³² V. en ce sens dès 1992 : J.-J. Daigre, *préc* ; B. Caillaud et A. Bonnasse, *Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la portée des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes*, Bull. Joly 1994, p. 733, § 204, La commission juridique de la CNCC admet explicitement la possibilité pour une société d'absorber une filiale à 100 % même si celle-ci a un actif net négatif : Bull. CNCC 1994, p. 596 ; Bull. CNCC 2000, p. 99 (revenant sur sa position antérieure, notamment Bull. CNCC déc. 1993, p. 544).

En effet, il résulte du droit des sociétés une interdiction pure et simple de l'émission d'actions en dessous de leur valeur nominale³³. La fusion se traduisant par une telle émission d'actions serait alors illégale et ce texte pourrait venir contrarier une telle opération. La fusion ne pouvant se faire qu'en rémunérant l'apport par le nominal des actions de l'absorbante, l'opération se traduit inévitablement par une contribution volontaire de l'absorbée aux pertes de l'absorbante. En tout état de cause, les actions doivent être émises au moins à leur valeur nominale.

Une difficulté repose ici sur le rapport d'échange : un commissaire à la fusion doit, aux termes de l'article L. 236-10, vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable. Lorsqu'une société en difficulté à l'actif net négatif absorbe une société prospère, les associés de l'absorbée reçoivent des titres d'une valeur réelle inférieure à leur valeur nominale, et il est usuel pour les commissaires à la fusion de mentionner dans leur rapport que le rapport d'échange n'est pas équitable³⁴. Cependant, ce rapport n'est qu'informatif et il est possible de ne pas le suivre, voire de se passer la désignation d'un commissaire à la fusion si les actionnaires de chaque société le décident à l'unanimité.

Il existe également un risque que les créanciers de la société absorbée – par hypothèse la plus prospère – fassent opposition à cette dévolution patrimoniale qui porte atteinte à leurs droits en les faisant entrer en concours avec les créanciers de la société absorbante en difficulté, plus nombreux et moins bien lotis. La restructuration ne pourra alors s'opérer qu'en payant les opposants ou en leur offrant des garanties.

Une incertitude se pose de la même façon lorsqu'un commissaire aux apports doit intervenir. Celui-ci est sensé justifier, dans son rapport, que la valeur des apports correspond au moins à la valeur au nominal des actions à émettre augmentée éventuellement de la prime d'émission. La valeur réelle des actions émises doit avoir pour plancher leur valeur nominale. S'il ne peut pas justifier de cette correspondance minimale, le commissaire ne devrait pas pouvoir rendre son rapport. Or ce rapport doit être déposé au greffe du tribunal de commerce,

³³ Article L. 225-128 C. com : « *Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission* ».

Article L. 232-19 C. com : « *Le prix d'émission des actions émises dans les conditions prévues à l'article L. 232-18 ne peut être inférieur au nominal* ».

³⁴ S. Sylvestre, *Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?*, Bull. Joly 2002 n° 10, 733, n° 10.

et cette absence est de nature à faire obstacle à la fusion, le greffe pouvant refuser d'enregistrer les modifications statutaires³⁵.

Cependant, aucun texte n'interdit expressément qu'une société à l'actif net négatif absorbe une société dont la situation nette excède le capital. Etant donné qu'en droit français, il est de principe que tout ce qui n'est pas expressément interdit est permis, il nous semble qu'il faut considérer que cette opération est parfaitement réalisable. Cette opération apparaissant frontalement comme l'absorption d'un « paquet de dette », il est nécessaire qu'elle soit justifiée par de solides raisons économiques, qu'elle ne soit pas constitutive d'un abus de majorité et qu'elle ne recèle pas un abus de pouvoir³⁶. La vérification de l'intérêt commun des associés à l'opération s'impose alors pour conjurer ces risques.

L'absorption d'une société prospère par une société en difficulté à l'actif net négatif semble donc possible mais risquée. Les risques que nous avons identifiés sont nombreux : opposition des créanciers, abus de pouvoir, abus du droit de vote, refus d'enregistrement au greffe... Ces éléments semblent donc plaider en faveur d'une méfiance lors d'une opération de fusion-absorption d'une société prospère par une société à la situation nette négative, et peuvent imposer la mise en œuvre d'une parade efficace pour se prémunir de leurs conséquences néfastes.

Une première solution envisageable est l'émission d'actions de préférence accordant des avantages financiers, qui permettraient de compenser le préjudice souffert par les associés de la société absorbée³⁷. Ces actions accorderaient par exemple aux titulaires des dividendes prioritaires, des droits privilégiés dans le boni de liquidation, un droit au rachat prioritaire des titres ou encore un traitement privilégié en cas de réduction de capital pour cause de pertes.

Mais la solution la plus incontestable passe par le traditionnel « coup d'accordéon ». Cette opération associe réduction et augmentation de capital. Les pertes comptables sont imputées sur le capital social, la réduction du capital à zéro, désormais possible, entraînant une annulation des actions existantes. Dans un second temps, le capital social est augmenté par l'émission d'actions nouvelles en numéraire. Les pertes comptables disparaissent du bilan, la société se retrouve recapitalisée, et si l'actif net de la société n'est plus négatif, la valeur vénale des actions de la société absorbante rejoint leur valeur nominale. Cependant, cette

³⁵ S. Sylvestre, *préc.*, n° 15 - 16

³⁶ Bull. CNCC 1991, n° 81, p. 145

³⁷ J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy, n° 1898

solution apparaît compliquée à mener, car les droits des actionnaires dans la société diminuent à due concurrence de la réduction de capital, et s'ils ne veulent pas être dilués, ils devront participer à l'augmentation de capital corrélative. Il est douteux qu'ils y consentent, surtout que cette technique viserait à protéger les droits des associés de la société destinée à être absorbée.³⁸

La présence d'une société à l'actif net négatif à la fusion peut donc constituer un obstacle juridique à la réalisation de l'opération, et la solution qui semble être la plus sûre pour se prémunir contre tout risque est l'assainissement de cette situation nette négative à travers la technique du coup d'accordéon de manière à assurer la faisabilité juridique de l'opération, et sa conformité avec le droit des sociétés.

III. L'absorption d'une société en liquidation

La société en liquidation amiable entre dans le champ de la « société en difficulté ». Il est nécessaire ici d'apprécier les caractéristiques d'une telle liquidation, et notamment de la distinguer de la procédure de liquidation judiciaire (A) avant d'analyser les possibilités de fusion qui peuvent être mises en œuvre en présence d'une société en liquidation amiable (B).

A) Les caractères de la liquidation au sens du droit des sociétés

La liquidation au sens du Livre II du Code de commerce est la procédure qui s'enclenche à la dissolution de la société, et qui accompagne celle-ci jusqu'à sa disparition totale. Elle intervient fréquemment en raison de difficultés diverses ; soit parce que les associés décident de mettre fin au contrat de société, conscients par exemple des obstacles insurmontables auxquels leur entreprise est confrontée, et souhaitent ainsi anticiper sur leur risque de faillite ; soit parce que le contrat de société a été annulé en raison des difficultés juridiques ; soit encore parce que les difficultés découlant d'une mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ou l'inexécution par un associé de ses obligations conduisent le tribunal à prononcer la dissolution anticipée à la demande d'un associé pour justes motifs³⁹.

³⁸ S. Sylvestre, *préc.*, n° 57 - 59

³⁹ Voir l'article 1844-7 C. civ. pour une énonciation des causes de dissolution de la société.

Le but de cette opération est de procéder au règlement des dettes de la société, mais aussi procéder au recouvrement des créances détenues par la société contre ses propres débiteurs. Il est souvent nécessaire de procéder à la liquidation des actifs. Une fois le patrimoine de la société liquidé, la clôture de la dissolution doit être prononcée. Les associés pourront alors se partager entre eux le boni de liquidation. Cette phase se traduit par le maintien de la personnalité morale de la société pour les besoins de sa liquidation.

On la nomme liquidation amiable pour la distinguer de la procédure collective qu'est la liquidation judiciaire, même si le terme « amiable » est inexact étant donné qu'il laisse à croire que cette liquidation serait nécessairement non contentieuse et non judiciaire. La liquidation au sens du droit des sociétés est conçue pour les seules personnes morales dissoutes, en vue de parvenir au partage de leurs actifs entre les associés, et se conçoit comme une conséquence de toute dissolution. La liquidation judiciaire du Livre VI, quant à elle, est applicable à toutes les personnes morales de droit privé et est destinée, selon l'article L. 640-1, à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens. Elle se distingue par son caractère d'ordre public et le fait que son cours est entièrement réglé par un tribunal.

La confusion est aisée car ces deux « liquidations » entretiennent des rapports étroits. Une société dissoute, en liquidation, peut faire l'objet d'une procédure collective au motif qu'elle a cessé ses paiements. Surtout, une société qui voit s'ouvrir contre elle une procédure de liquidation judiciaire est automatiquement dissoute selon l'article 1844-7 7° du code civil, de sorte qu'elle se trouve également en liquidation au sens du droit des sociétés simultanément⁴⁰. Une société en difficulté peut se trouver confronter à une liquidation amiable, ou à une liquidation judiciaire, sachant que dans cette dernière hypothèse, les deux liquidations se superposent. Le régime de la fusion sera différent en fonction de l'hypothèse visée, et il est nécessaire de bien savoir distinguer les problématiques pour apprécier le régime applicable à la société en difficulté en présence. Il sera ici question de la liquidation amiable uniquement.

⁴⁰ F.-X. Lucas, *Vade mecum de la liquidation dite « amiable » des sociétés*, Bull. Joly, 2009, p. 285 ; LPA 9 avr. 2009 (même thème)

B) Les interactions possibles entre liquidation amiable et fusion

Le législateur a souhaité se saisir de cette question et d'y apporter une réponse législative. Aux termes de l'article 1844-4 alinéa 1^{er} du Code civil, « Une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion ». Selon l'article L. 236-1 du Code de commerce, « Une ou plusieurs sociétés peuvent par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. [...] Ces possibilités sont ouvertes aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution ».

La solution ne fait donc aucun doute : une société en liquidation amiable peut être absorbée. La Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de se prononcer en ce sens en 1986⁴¹. Cette possibilité est une conséquence logique de la survie de la personnalité morale de la société pour les besoins de sa liquidation jusqu'à clôture de celle-ci, ou dans notre hypothèse, remplacement de la procédure de liquidation par celle de l'absorption. Pour que le liquidateur puisse procéder à la fusion, il faudra qu'il ait obtenu une autorisation des associés dans les conditions de l'article L. 237-8⁴², ce texte visant expressément l'hypothèse de la fusion, quelles que puissent être, pour les sociétés de personnes, les clauses statutaires à l'égard des fusions. Une condition existe cependant : la répartition des actifs entre les associés ne doit pas avoir fait l'objet d'un début d'exécution. Cette notion semble viser les opérations de partage après clôture de la liquidation mais aussi les distributions de fonds devenus disponibles en cours de liquidation. Cette condition doit vraisemblablement s'apprécier au moment de la transmission du patrimoine. Si une quelconque répartition a débuté, la fusion n'est pas possible, et la liquidation doit être menée à son terme⁴³.

⁴¹ CA Paris, 10 avril 1986 : Rev. Sociétés 1986, 428, note Daigre ; D. 1987. Somm. 391, obs. Bousquet ; Bull. Joly 1986. 691.

⁴² Article L. 237-8 C. com : « La cession globale de l'actif de la société ou l'apport de l'actif à une autre société notamment par voie de fusion, est autorisée :

1° Dans les sociétés en nom collectif, à l'unanimité des associés ;

2° Dans les sociétés en commandite simple, à l'unanimité des commandités et à la majorité en nombre et en capital des commanditaires ;

3° Dans les sociétés à responsabilité limitée, à la majorité exigée pour la modification des statuts ;

4° Dans les sociétés par actions, aux conditions de quorum et de majorité prévues pour les assemblées extraordinaires et, en outre, dans les sociétés en commandite par actions, avec l'accord unanime des commandités ».

⁴³ J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy, n° 1641 et n° 1899 ; A. Cathelineau-Roulaud, *LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS. – Mise en œuvre de la liquidation*, JurisClasseur

Cependant, il a été fait remarquer que dans l'hypothèse où la fusion a lieu malgré le fait que la répartition des actifs ait commencé, il ne pourrait y avoir de prononcé d'une nullité⁴⁴. En effet, le principe en droit des sociétés est qu'il ne peut y avoir de nullité sans texte. En matière de fusion, il n'y a que deux cas de nullité : la nullité de la délibération d'une des assemblées, et le défaut de dépôt de la déclaration de conformité. L'hypothèse susvisée n'entrant dans aucune de ces deux situations, il y aurait ici un vide juridique exploitable.

Enfin, il ne fait aucun doute que le sens de la fusion ne peut ici pas être inversé : la société en cours de liquidation ne peut être que l'absorbée. L'absorption d'une société prospère par une société en liquidation se traduirait par une mise en liquidation du patrimoine de la première. Si cette interdiction n'est pas expressément énoncée par la loi française, elle figure expressément dans les directives européennes (3e Dir. art 3.2 et 4.2, et 6e Dir. art 2.2 et 21.2)⁴⁵.

Le droit des sociétés institue donc quelques obstacles à la fusion impliquant une ou plusieurs sociétés en difficulté, même si l'on a pu constater qu'ils restent légers. Le droit des procédures collectives pour sa part, en ce qu'il s'adresse expressément aux entreprises en difficulté, a ici vocation à se montrer plus activiste dans l'encadrement de l'opération de fusion des sociétés en difficulté.

Sociétés Traité, Fasc. 31-20, n° 103 ; *Mémento Sociétés Commerciales 2012*, Editions Francis Lefebvre, n° 82662

⁴⁴ V. en ce sens : J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy, n° 1899

⁴⁵ V. en ce sens : *op. cit.*, n° 1641 ; A. Bonnasse, *FUSIONS-SCISSIONS. – Principes généraux*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 161-10, n° 63

SECTION 2 : LES OBSTACLES POSÉS PAR LE DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES

La problématique de la fusion des sociétés en difficulté opère une rencontre entre le Livre II du Code de commerce et le droit des sociétés d'un côté, et le Livre VI et le droit des procédures collectives de l'autre. A travers la législation sur la fusion, le droit opère comme un outil au service des décisions stratégiques des chefs d'entreprise, induites par un impératif de gestion. Il prend acte de la nécessité de permettre les transmissions d'entreprises et les restructurations, et il se synchronise sur la vie des affaires. Mais de l'autre côté, le législateur, opportunément, a décidé de ne pas rester passif face aux difficultés de l'entreprise. Un débiteur en difficulté est un débiteur qui est amené à manquer à ses engagements et perturber l'ordre juridique. Une entreprise en difficulté ne paie pas d'impôt sur les bénéfices car elle n'en réalise pas, elle risque de licencier ses salariés, et en outre, risque de propager ses difficultés comme un malade risque de propager son infection.

Préalablement à l'analyse de la fusion des sociétés en difficulté, un constat s'impose : ce sujet cristallise une tension qui existe entre deux droits aux finalités différentes. Le droit des sociétés permet de manière assez libérale, bien qu'encadrée, la transmission d'entreprise et les restructurations et a un caractère instrumental en ce qu'il accompagne la vie économique et financière. Le droit des procédures collectives neutralise assez substantiellement la marge de manœuvre du débiteur, de sorte qu'il n'est plus libre de ses choix, et donc n'est plus libre de procéder par les techniques offertes par le droit commun. Il s'oppose ainsi au cours logique du libéralisme économique en paralysant la chute de l'entreprise en difficulté pour lui donner les moyens de rebondir et organise en dernier recours la fin de la vie de celle-ci.

Les interactions entre droit des fusions et droit des procédures collectives sont amenées à varier selon les complications subies par la société. Une société en difficulté ayant cessé ses paiements mais n'ayant pas encore été l'objet d'un jugement d'ouverture d'une procédure collective (I) disposera de plus de liberté qu'une société sous le coup d'une procédure d'insolvabilité (II), de même que la société bénéficiaire d'un plan de continuation devra être traitée différemment (III).

I. La fusion des sociétés en cessation des paiements

Lorsque la cessation des paiements se déclare, et sauf si elle sollicite en temps utile l'ouverture d'une procédure de conciliation, la société en difficulté doit être soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Mais la société peut être en cessation des paiements sans qu'un jugement d'ouverture ne soit encore prononcé. La société en difficulté reste, dans cette hypothèse, encore en dehors du droit des procédures collectives, le tribunal n'ayant pas encore appréhendé la situation en prenant les mesures qui s'imposaient. Que se passerait-il alors si la société en cessation des paiements était absorbée et que l'ouverture d'une procédure collective était demandée postérieurement à cette absorption ?

La Cour de cassation en 2004⁴⁶ est venue consacrer la validité de la fusion, approuvant une solution déjà retenue par plusieurs cours d'appel⁴⁷. Aux termes de cet arrêt, la Haute juridiction a retenu qu'une procédure collective ne pouvait être ouverte à l'encontre de la société absorbée en cessation des paiements, sa personnalité morale ayant disparu suite à la fusion. Seule l'absorbante a la personnalité morale, donc seule celle-ci est susceptible d'être le sujet d'une procédure d'insolvabilité le cas échéant.

Ainsi, la dissolution de l'absorbée a entraîné sa disparition, ce qui rend sans objet l'assignation aux fins de déclaration de redressement judiciaire. S'il est possible, grâce à l'article L. 631-3, de saisir le tribunal dans le délai d'un an à compter de la date du décès d'une personne physique en cessation des paiements pour demander l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation, on ne saurait étendre ce texte au « décès » de la personne morale. La fusion a eu lieu valablement et la société absorbante devra prendre en charge le passif de l'absorbée en difficulté⁴⁸. Si elle tombe elle-même en cessation des paiements postérieurement à la fusion en raison de la transmission du passif de l'absorbée, alors il sera possible d'ouvrir une procédure contre elle. Hors de cette hypothèse, le droit des procédures collectives n'a pas à intervenir.

De même, une société en cessation des paiements *in bonis* peut absorber une société prospère, et il n'y aura pas lieu au prononcé d'un redressement et *a fortiori* d'une liquidation judiciaire si à la suite de l'absorption, la société en difficulté renforcée par l'opération peut

⁴⁶ Cass. com., 28 septembre 2004, n° 00-17.225 : Act. proc. coll. 2004, n° 227, obs. Rétif

⁴⁷ CA Chambéry, 22 janvier 1990 : Dr. sociétés 1992, n° 160, obs. Chaput ; CA Paris, 17 décembre 1993 : Rev. sociétés 1994. 106, note Chaput

⁴⁸ J.-L. Vallens, *Lamy Droit Commercial 2012*, Editions Lamy, n° 2941

faire face à son passif exigible avec son actif disponible. En effet, il est fermement établi en jurisprudence que la cessation des paiements est appréciée au jour où statue la juridiction, même en cause d'appel⁴⁹, de sorte qu'elle doit être évaluée postérieurement à la fusion.

La solution est juste et il convient de l'approuver en ce qu'elle ne réalise pas une fraude aux droits des créanciers. Ceux-ci bénéficient toujours du régime de la publicité. A défaut d'inscription modificative au RCS de l'absorbante et de l'absorbée, la fusion est inopposable aux tiers. A défaut de déclaration de conformité, la sanction est la nullité de la fusion. Et ils peuvent toujours saisir le juge dans les trente jours de la publicité du projet de fusion pour faire opposition.

Hors d'une procédure collective, la société en difficulté en cessation des paiements peut donc librement être absorbée et le droit des sociétés conserve sa prévalence, mais la situation diffère lorsqu'une procédure a été ouverte.

II. La fusion des sociétés en procédure collective

La problématique de la fusion des sociétés en procédure collective n'ayant pas été traitée explicitement par le législateur, la Cour de cassation a pris l'initiative de réagir et de se prononcer sur la question. S'exprimant en matière de dissolution-confusion, la Haute juridiction a estimé que l'ouverture d'une procédure collective faisait obstacle à la transmission universelle du patrimoine (A), solution qui est naturellement valable en cas de fusion (B).

A) La neutralisation de la dissolution-confusion par la procédure collective

La dissolution-confusion, c'est-à-dire la dissolution d'une société dont le capital est intégralement détenu par son associé unique, emporte en vertu de l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil la dévolution de l'ensemble du patrimoine social à l'associé unique à condition que celui-ci soit une personne morale puisque, depuis la loi NRE du 15 mai 2001, le dispositif de transmission universelle de patrimoine prévu par cet article ne peut jouer au bénéfice d'un associé unique personne physique. La société associée unique recevra la totalité du patrimoine de la société dissoute, ce qui produira le même effet qu'une fusion, le résultat étant en

⁴⁹ V. not. Cass. com., 9 mai 1987 : Rev. proc. coll. 1987, n° 4, p. 29, obs. Didier

définitive que l'associé unique aura absorbé la société. L'attrait de cette technique comparée à une fusion simplifiée est l'extrême simplicité de son formalisme. La dévolution universelle opère à l'expiration du délai de 30 jours qui suit la publication de la dissolution de la société unipersonnelle dans un journal d'annonces légales, délai durant lequel les créanciers peuvent faire opposition si cette opération menace leurs droits.

La question de la possibilité pour une filiale à 100% soumise à une procédure collective d'opérer une transmission à titre universel de patrimoine à sa société mère en cas de dissolution a été débattue dans une période récente. La Cour de cassation avait dans un premier temps affirmé la prévalence de la TUP, dans un *obiter dictum* en 1997⁵⁰, puis a confirmé cela dans un arrêt de rejet non publié au Bulletin en 2004 en estimant que le jugement de liquidation judiciaire d'une EURL entraîne transmission universelle du patrimoine à l'associé unique⁵¹. Pourtant, presque simultanément, une cour d'appel retenait que l'article 1844-5 n'ayant ni pour objet, ni pour effet de mettre à la charge d'un associé unique une obligation au paiement de l'insuffisance d'actif de sa filiale en liquidation judiciaire, les dispositions de ce texte étaient incompatibles avec les règles de la procédure collective⁵². Le Professeur F.-X. Lucas, commentateur de cette décision, prit le parti de la soutenir et appelait à une réponse tranchée par une intervention plus pertinente du législateur ou par un arrêt de principe plus explicite.

Raison lui fut donnée par deux décisions du 12 juillet 2005⁵³. Dans un premier arrêt, une EURL s'était trouvée dissoute en conséquence de la liquidation judiciaire prononcée à son encontre. Se posait la question de savoir si devait ou non s'opérer la transmission universelle de patrimoine à l'associé unique, ce qui aurait perturbé la mise en œuvre du droit des procédures collectives. Dans une seconde décision concernant une SCI dont toutes les parts avaient été réunies en une seule main, se posait la question de savoir si la dissolution volontaire, décidée alors que la société était soumise à une procédure de redressement judiciaire, emportait transmission universelle de patrimoine à l'associé unique.

⁵⁰ Cass. com., 3 juin 1997, n° 93-18.425 : Bull. Joly 1997, p. 768, § 284, note J.-M. Calendini

⁵¹ Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-10.044

⁵² CA Aix-en-Provence, 25 mai 2004, Bull. Joly 2005, § 131, p. 581, note F.-X. Lucas

⁵³ Cass. com., 12 juillet 2005, n° 02-19.860 et n° 03 -14.809 : D. 2005, p. 2002, obs. A. Lienhard, Dr. sociétés 2005, comm. 180, note J. Monet, JCP E. 2005, 1879, note J.-P. Legros, D. 2005, p. 2950, note J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles, Dr. & patr. 2005, n° 143, p. 85, chr. D. Poracchia, Rev. sociétés 2005, p. 913, note J.-P. Sortais, Bull. Joly 2006, p. 35, note P. Le Cannu

Visant l'article 1844-5, alinéa 3, et « les principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté », la Haute juridiction retient dans ces deux arrêts qu'à compter du jugement d'ouverture, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables au redressement ou à la liquidation judiciaire. Dans le premier, elle en déduit que la dissolution, par l'effet de la liquidation judiciaire, de la société dont les parts sociales sont réunies en une seule main, n'entraîne pas la dévolution universelle à l'associé unique. Dans la seconde décision, la Cour juge que la dissolution volontaire décidée alors que la société était soumise à un redressement judiciaire emportait transmission universelle de patrimoine à l'associé unique. Ces solutions, rendues en matière de dissolution d'une entreprise unipersonnelle, apparaissent transposables à l'hypothèse de fusion, le même mécanisme étant en jeu.

B) La neutralisation de la fusion par la procédure collective

Des deux arrêts susvisés s'émancipe un principe général d'impossibilité de toute dévolution universelle du patrimoine du débiteur objet d'une procédure collective (1) ce qui se justifie assez largement (2).

1) L'interdiction générale de toute transmission universelle de patrimoine en procédure collective

Si ces deux arrêts du 12 juillet 2005 sont rendus dans l'hypothèse particulière de la dissolution-confusion et visent l'article 1844-5 alinéa 3, la Haute juridiction répond d'une manière qui a tous les traits d'un arrêt de principe : visa, chapeau, syllogisme épuré, si bien que l'on est tenté d'appliquer cet arrêt à l'hypothèse d'une fusion. Le parallèle est d'autant plus aisé que la Cour vise également les principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté. Sans expliquer ce que sont ces principes, on y voit la volonté de la Cour d'englober toutes les hypothèses imaginables. Enfin, aucun doute ne saurait encore tenir lorsque les juges énoncent qu'« à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, le patrimoine du débiteur ne peut être cédé ou transmis que selon les règles d'ordre public applicables au redressement ou à la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté ». En effet, ce n'est pas la dissolution d'une société unipersonnelle qui, en elle-même, heurte les « principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté », mais la transmission unipersonnelle qu'elle emporte.

C'est donc bien cette dévolution patrimoniale qui heurte les principes et qui ne peut plus opérer après le jugement d'ouverture et tant que dure la procédure collective. La Cour empêche toute TUP dès l'ouverture d'une procédure collective, peu importe qu'elle soit le résultat d'une fusion, d'une scission, d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions ou encore d'une dissolution-confusion : aucun procédé emportant dévolution universelle de patrimoine ne peut plus opérer. Le droit des sociétés est ici vaincu par le droit des procédures collectives : dès lors qu'elle est l'objet d'une procédure collective, la société en difficulté ne peut plus être absorbée.

S'il est évident que les procédures de redressement et de liquidation judiciaires font obstacle à la TUP, reste à savoir si ces arrêts sont applicables à la sauvegarde. Tout d'abord, il convient de remarquer que les arrêts sont à vocation générale et visent « le jugement d'ouverture de la procédure collective ». Si la sauvegarde n'est pas visée, le redressement judiciaire l'est et la loi de sauvegarde précise que dans tous les textes législatifs ou réglementaires, la référence faite au redressement judiciaire doit être remplacée par une référence aux procédures de sauvegarde ou de redressement⁵⁴. S'il est ici question d'arrêts, et non de textes, la loi de sauvegarde nous fournit cependant un indice précieux. De plus, la sauvegarde fonctionne de la même manière qu'un redressement judiciaire à la différence qu'elle est anticipée et que le débiteur ne se trouve pas en état de cessation des paiements. La nature contractuelle de la sauvegarde est mineure comparée à sa nature judiciaire, ce qui fait d'elle une procédure collective à caractère judiciaire⁵⁵. Cela va dans le sens d'une impossibilité d'absorption d'une société en sauvegarde. Mais la solution apparaît pouvoir être nuancée en sauvegarde car le débiteur est toujours à la tête de son entreprise et continue à exercer sur son patrimoine les actes de dispositions et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur, celui-ci n'ayant qu'une simple mission d'assistance.

Cependant, dès lors qu'il n'existe aucune différence de nature entre le redressement judiciaire et la sauvegarde, qui sont deux procédures collectives emportant saisie collective du patrimoine du débiteur dans l'attente qu'il soit statué sur son sort, il faut semble-t-il en conclure que l'interdiction de réaliser une transmission universelle de patrimoine vaut

⁵⁴ Article 165 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁵⁵ M.-D. Douaoui, *A propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises*, LPA 8 janvier 2007, p. 4

également lorsque la société débitrice se trouve soumise à une procédure de sauvegarde. Un éclaircissement jurisprudentiel ou législatif serait cependant bienvenu pour ôter tout doute sur la question.

Enfin, il convient de se demander si une société en difficulté pourrait absorber une société *in bonis* alors qu'elle est en période d'observation. Si elle se contente de recueillir un actif, ce qui à première vue ne semble pas poser de problème, son patrimoine sera tout de même mouvementé. Vraisemblablement, on pourrait se fonder sur la règle de l'interdiction des actes étrangers à la gestion courante, mais il est imaginable d'envisager une autorisation du juge commissaire. Ce point n'est totalement ignoré et ne fait l'objet d'aucun débat, de sorte qu'on ne peut que poser une hypothèse ici.

2) *Les justifications de cette interdiction*

Préalablement à ce que la Cour de cassation se prononce sur l'impossibilité de toute transmission universelle de patrimoine d'une société en procédure collective, les auteurs partageaient déjà cette intuition. Les justifications variaient cependant.

Pour certains auteurs, l'impossibilité de réaliser une transmission universelle du patrimoine d'une société soumise à une procédure collective est commandée par le dessaisissement⁵⁶. Or ici, ce n'est pas la société débitrice qui décide l'opération débouchant sur la transmission de son patrimoine mais ses associés qui, eux, ne sont pas dessaisis. En outre, le dessaisissement n'est pas une obligation dirimante car le débiteur peut obtenir l'autorisation du juge-commissaire pour procéder à un acte de disposition étranger à la gestion courante. D'ailleurs, l'impossibilité de réaliser une transmission universelle de patrimoine vaut quelle que soit la procédure et quelles que soient les restrictions de pouvoir que subit la société en difficulté. Ce n'est donc pas son pouvoir de disposer de ses biens qui est en cause mais une objection bien plus prohibitive tenant à ce que la logique de la transmission universelle de patrimoine n'est pas compatible avec la procédure collective, celle-ci n'emporterait-elle qu'un dessaisissement très limité comme c'est le cas pour une procédure de sauvegarde.

⁵⁶ J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy, n° 1899

Cette solution se justifie plus vraisemblablement par l'effet réel qu'emporte le jugement d'ouverture d'une procédure collective : le patrimoine du débiteur fait l'objet dès l'ouverture d'une saisie collective par l'organe de la procédure au profit des créanciers⁵⁷. L'effet de toute procédure collective est de rendre le patrimoine du débiteur indisponible en le plaçant sous main de justice. Plus que l'idée de dessaisissement, c'est donc celle de saisie collective qui explique l'impossibilité de transmettre le patrimoine d'une société soumise à une procédure collective, même si ces deux idées entretiennent des liens étroits. Le patrimoine ne pourrait donc être transmis à titre universel à la lumière de cette saisie collective et c'est précisément la justification retenue par la Haute juridiction dans les deux arrêts susvisés.

Cette solution s'explique également par le caractère d'ordre public des règles du droit des procédures collectives. Celles-ci prévalent en cas de confrontation avec d'autres branches du droit, dès lors que l'articulation apporterait des résultats contraires aux impératifs du droit des faillites. L'adage *specialia generalibus derogant* trouve ici une belle application. L'évocation par la Haute juridiction des « principes gouvernant le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises en difficulté » donne encore plus de force à ce constat. En réalité, aucun texte du Livre VI ne semblait s'opposer frontalement à la TUP, alors même que le principe de cette transmission heurte et perturbe le droit des procédures collectives. Ce visa met donc en évidence la contrariété entre des objectifs tels que la sauvegarde de l'entreprise ou encore l'apurement du passif d'avec la TUP et donc la fusion, et c'est pourquoi ce type de transmission du patrimoine doit être mis de côté lorsque la société en difficulté est sujette d'une procédure collective⁵⁸.

⁵⁷ M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, 2002 ; Com. 16 mars 2010, n° 08-13.147, D. 2010. 825, obs. A. Lienhard, et 1110, chron. M.-L. Bélaval, I. Orsini et R. Salomon ; Act. proc. coll. 2010/8, n° 122, note J. Vallansan

⁵⁸ A. Lienhard, *Pas de transmission universelle de patrimoine à l'associé unique en cas de procédure collective*, D. 2005, p. 2002

III. La fusion des sociétés bénéficiaires d'un plan de sauvegarde ou de redressement

Hypothèse heureuse pour la société, un plan de sauvegarde ou de redressement peut être adopté à l'issue de la période d'observation. Cette possibilité, malheureusement trop rare, est la marque qu'une solution a été trouvée pour redresser la société, et un plan a été adopté en vue d'apurer le passif et restructurer les dettes ; le débiteur redevient *in bonis*. La société en difficulté poursuit l'exploitation en vue du rétablissement de sa situation à charge de régler le passif antérieur, le tout selon les modalités définies par le plan. Le plan, qui ne peut en principe excéder dix ans, est d'autant plus important qu'il bénéficie d'une opposabilité *erga omnes*.

En principe, à compter du jugement qui arrête le plan, il est mis fin à la période d'observation et le droit commun reprend son empire. Le débiteur retrouve ses pouvoirs et est libre de disposer de ses biens et de gérer l'entreprise à sa convenance. Une limite, et non des moindres, est cependant posée : il lui faudra respecter les mesures que le tribunal aura pris soin de lui imposer ou de lui interdire en les incorporant au plan⁵⁹. L'enjeu est ici de savoir si la société bénéficiaire d'un plan peut avoir recours à la fusion ainsi que les conditions dans l'hypothèse d'une réponse positive.

Il apparaît que la société bénéficiaire d'un plan peut absorber ou être absorbée (A), mais il est impératif que la fusion ait été autorisée, que ce soit dans le cadre de la fixation du plan (B) ou par une décision de justice autorisant une modification substantielle du plan (C).

A) La possibilité d'une fusion et la transmission du plan

Le ministre de la justice, saisi par un député du cas d'une société *in bonis* ayant absorbé sa filiale bénéficiaire d'un plan de continuation après autorisation du tribunal de commerce, a eu l'occasion d'apporter des réponses⁶⁰. En l'absence de jurisprudence relative à cette hypothèse, le ministre a indiqué que l'absorption d'une société bénéficiaire d'un plan transfère à la société absorbante les obligations résultant dudit plan mais ne la soumet pas

⁵⁹ F. Pérochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., n° 350 – 351-1

⁶⁰ *Rép. Montebourg* : AN 17 mai 2005, p. 5151 n° 52523

pour autant à une procédure collective. Le passif transmis n'est pas apuré du seul fait de l'absorption et les obligations du plan qui peuvent excéder le seul remboursement de ce passif subsistent. La mission du commissaire à l'exécution du plan dure alors aussi longtemps que celui-ci n'a pas été exécuté, la fusion ne mettant pas fin à sa mission.

Un tel résultat est parfaitement normal dès lors que le plan a une nature plus patrimoniale que personnelle. Il s'inscrit avant tout dans une logique patrimoniale en ce qu'il modifie le montant ou les modalités des dettes du débiteur. Les modalités prévues par le plan sont donc plus attachées au patrimoine qu'à la personne et il n'y a pas à s'émouvoir que le plan, survivant au débiteur auquel il a bénéficié, soit transmis à la personne qui recueille le patrimoine du débiteur.

Le défaut dans le respect des obligations qui subsistent ne peut donner lieu à une résolution du plan dans les conditions de droit commun des procédures collectives, le débiteur ayant disparu. Sauf à caractériser la cessation des paiements de la société absorbante, seuls des dommages et intérêts pourraient lui être demandés par le commissaire à l'exécution du plan.

Le ministre précise qu'il est impératif que toute opération de ce genre soit autorisée par le tribunal. L'autorisation peut être donnée de deux manières : la fusion peut être préalablement admise par le tribunal dans le cadre de la fixation du plan ou, à défaut, elle est conditionnée par une décision de justice autorisant une modification substantielle du plan.

B) La fusion prévue par le plan

L'absorption d'une société en difficulté bénéficiant d'un plan de sauvegarde ou de redressement peut avoir été prévue par le plan lui-même. En effet, celui-ci ne constitue pas uniquement une succession de moratoires imposés aux créanciers mais il comporte aussi un très important volet restructuration. La fusion ne pose alors aucune difficulté puisque l'on se trouve dans une situation expressément prévue par le code et qui s'inscrit parfaitement dans la logique de la procédure collective, celle-ci ayant pour objectif de faciliter la réorganisation de l'entreprise.

Un sens de fusion inversé est également envisageable. Le projet de plan peut prévoir, en vertu de l'article L. 626-15, une modification des statuts si cela est nécessaire à la réorganisation de l'entreprise. Cet article vise l'hypothèse de la reconstitution du capital

social avec de nouveaux associés et de la « reprise » de la société en difficulté⁶¹. Cette reprise pourrait très bien prendre la forme d'une fusion-absorption et une société bénéficiaire d'un plan de sauvegarde ou de redressement pourrait en théorie être absorbante.

Prévoir une fusion dans le cadre d'un plan peut être particulièrement opportun et s'imposer à l'esprit des stratèges du redressement d'entreprises dans l'hypothèse de plusieurs sociétés ayant bénéficié d'un plan unique après avoir été soumises à la même procédure par l'effet d'une décision d'extension pour cause de fictivité ou de confusion des patrimoines.

Le plan, qui doit mentionner les modifications des statuts nécessaires à la réorganisation de l'entreprise, peut donc prévoir que la société en difficulté en absorbera une autre ou sera absorbée par une autre. La fusion mentionnée dans le plan ne présente guère d'originalité. Elle supposera les mêmes conditions que dans le droit commun. Seule l'assemblée dotée du pouvoir de modifier les statuts sera habilitée à décider la modification projetée.

C) La fusion non prévue par le plan

Si la fusion n'a pas été prévue par le plan, il apparaît difficile de la réaliser, la réponse ministérielle ayant indiqué qu'une fusion non autorisée par le tribunal lors de la fixation du plan constitue une modification substantielle du plan qui doit être autorisée. Il va s'agir d'une modification substantielle nécessitant le respect de la procédure de l'article L. 626-26 et même précisément d'une modification portant sur les modalités d'apurement du passif soumise à un formalisme plus contraignant.

En effet, la modification substantielle ne pourra être décidée que par le tribunal, à la demande du débiteur et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan. Il doit recueillir préalablement l'avis du ministère public et avoir entendu et dûment appelé la société en difficulté, le commissaire à l'exécution du plan, les contrôleurs et les institutions représentatives du personnel⁶². Le greffier devra informer les créanciers intéressés, qui disposeront alors d'un délai de quinze jours pour faire valoir leurs observations⁶³, et on ignore dans quelle mesure le tribunal doit en tenir compte. Ce formalisme sera encore plus contraignant lorsque le plan aura été adopté par les comités puisque le parallélisme des formes

⁶¹ J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy, n° 2528

⁶² Article L. 626-26 C. com

⁶³ Article R. 626-45 C. com

devra alors être respecté et la modification sera subordonnée à un nouveau vote favorable des créanciers⁶⁴, ce qui rendra ces modifications délicates à obtenir, voire quasiment impossibles en pratique, étant donné qu'il faudra de nouveau réunir les comités et obtenir leur accord. Cela illustre l'importance de la planification d'un plan solide de manière à éviter toute modification substantielle.

En conclusion, cette décision, qu'elle soit prise dans le cadre du plan ou par une décision du tribunal suite à une modification substantielle, tiendra compte des capacités contributives de la société absorbante et permettra l'information préalable des créanciers et des salariés. Le caractère indispensable de l'autorisation judiciaire permet d'éviter tout risque de fraude qui serait recherchée à travers la figure de la fusion. On peut résumer le régime de la fusion d'une société bénéficiaire d'un plan en énonçant qu'elle est possible, sous réserve que les règles d'ordre public applicables aux procédures collectives continuent de gouverner la fusion⁶⁵.

⁶⁴ Article L. 626-31, alinéa 2, C. com

⁶⁵ J.-M. Moulin, *Fusion, scission et apport partiel d'actif*, Répertoire de droit des sociétés, n° 18

CHAPITRE 2 : LES OBSTACLES FISCAUX DE LA FUSION DES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ

Comme nous l'avons évoqué, l'opération de fusion est susceptible d'être soumise à un régime de droit commun, ou à un régime dit « de faveur », sensé permettre sa neutralité et ainsi que la continuation d'activité. Une bonne gestion fiscale des fusions suppose que les entreprises veillent à optimiser leurs décisions fiscales : la fiscalité est une donnée qui est omniprésente à l'esprit de tout stratège et son importance n'est pas remise en cause dans une opération de fusion impliquant une société en difficulté. La volonté de minimiser le coût d'une fusion amène nécessairement à prendre en considération le paramètre fiscal.

Une première spécificité que l'on peut évoquer est l'hypothèse où une mère absorbe sa filiale en difficulté. Une confusion des rôles apparaît, la mère étant partie à la fusion et associée de la société absorbée. Lorsque la société absorbée disparaît, les titres de celles-ci disparaîtront et la mère procèdera à une annulation des titres de l'absorbée dans son bilan. Cette annulation opère diminution de l'actif net. Mais la fusion transfère le patrimoine de la filiale vers la mère, celle-ci se voyant transférer un actif net qui est celui de la société absorbée. Ce jeu d'écriture peut faire apparaître, soit un boni de fusion, soit un mali de fusion.

Dans le cas d'absorption d'une société en difficulté, la fusion impliquant des sociétés sous contrôle commun d'une autre société devant se faire à la valeur comptable, il est par hypothèse probable qu'il y ait un écart négatif entre l'actif net reçu par la société absorbante, dans la proportion que représente sa participation dans la société absorbée, et la valeur comptable de cette participation. Or, cet appauvrissement peut n'être qu'une façade, car l'actif net transmis par la société en difficulté peut être en apparence très faible alors même qu'il est gorgé de plus-values latentes. Cela pourrait être de nature à permettre une optimisation fiscale à travers la fusion de sociétés en difficulté.

Face à ce constat, un correctif a été mis en place et impose de distinguer entre ce qui constitue un véritable appauvrissement, dénommé le « vrai mali », et ce qui constitue un appauvrissement seulement formel consécutif à l'adoption des règles de comptabilisation des apports dans les fusions, dénommé le « mali technique » ou le « faux mali ». Le vrai mali est traité par la loi comptable comme une charge, alors que le faux mali, qui n'est rien d'autre

qu'une conséquence de l'absence de constatation des plus-values latentes sur les actifs transférés, ne peut ouvrir droit à déduction fiscale⁶⁶.

Cette problématique peut prendre une deuxième forme dans le cas d'une fusion simplifiée. Nous avons en effet constaté que la société mère peut absorber une filiale en difficulté détenue à 100% ayant des dettes supérieures à ses actifs. Est alors transmis un actif net négatif à la société absorbante, le passif étant supérieur à la valeur réelle de l'actif transféré, et se pose la question du traitement de cette charge. Dans cette hypothèse, et en vertu de l'article 209 II bis du CGI, la charge correspondant au vrai mali pour actif net réel négatif n'est pas déductible, que l'opération soit placée ou non sous le régime fiscal de faveur des fusions⁶⁷.

Ces points éclairent le régime fiscal applicable à la fusion impliquant des sociétés en difficulté, dans l'hypothèse d'une absorption d'une filiale en difficulté par sa mère. Cependant, le principal enjeu fiscal de ce type de fusion se trouve au niveau du transfert des déficits.

En effet, la réalisation d'un déficit au cours d'une année fait naître, pour la société concernée, un droit d'imputer ledit déficit sur les résultats d'exercices ultérieurs. Un déficit constitue donc un moyen de diminuer la charge fiscale future. Les déficits subis au titre des exercices ouverts depuis le 1^{er} janvier 2004 par une société sont indéfiniment reportables en avant. Toutefois, pour les exercices clos depuis le 21 septembre 2011, la possibilité de reporter les déficits en avant est plafonnée à 1 million d'euros majoré de 60% du montant correspondant au bénéfice imposable dudit exercice excédant ce premier montant. Si ce bénéfice n'est pas suffisant pour que la déduction puisse être intégralement opérée, l'excédent du déficit est reporté dans les mêmes conditions sur les exercices suivants. Malgré la loi de finance rectificative pour 2011, les déficits constituent toujours des ressources précieuses.

Si l'on s'intéresse particulièrement aux déficits, c'est qu'ils sont par hypothèse la traduction fiscale de difficultés rencontrées par la société dans l'exploitation de son objet social. Parler de « sociétés en difficulté » induit l'existence même de déficits, les difficultés se

⁶⁶ Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, *Fusions, Apports partiels d'actif, scissions*, Editions Francis Lefebvre, n° 5540 – 5570 ; D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2^{ème} éd., Montchrestien, n° 865

⁶⁷ *Mémento Fiscal 2012*, Editions Francis Lefebvre, n° 39545 ; *Mémento Fusions et Acquisitions – Règles françaises et résultat fiscal*, Editions Francis Lefebvre, n° 12120

répercutant généralement au niveau du résultat. La fusion étant construite fiscalement pour permettre une continuité économique, le principe devrait être le transfert automatique des déficits de l'absorbée en difficulté à l'absorbante, permettant à cette dernière de bénéficier d'une richesse supplémentaire à travers l'économie d'impôt qui lui est accessible. Cependant, étant donné l'enjeu fiscal que constitue ce maintien des déficits reportables, le droit fiscal et l'administration ne sont pas restés placides. Un régime spécifique a été mis en œuvre pour encadrer ce transfert des déficits d'une société à une autre susceptible de se produire avec la fusion. Ainsi, des conditions existent pour permettre à la société absorbante de récupérer les déficits reportables de la société absorbée (Section 1), et en cas d'inversion du sens de la fusion, des règles viennent également encadrer cette problématique de manière à éviter un contournement du dispositif (Section 2).

SECTION 1 : L'ABSORPTION D'UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ

Si le transfert de la créance de carry back de l'absorbée à l'absorbante ne pose pas de difficulté (I), la question des déficits reportés en avant est plus problématique, le régime étant strictement encadré (II), et il rend parfois impossible le maintien des déficits de l'absorbée après l'absorption, ce qui conduit cette dernière à réévaluer librement ses éléments d'actif pour compenser la perte des déficits (III).

I. Le transfert de la créance de carry-back

Le report en arrière du déficit, codifié à l'article 220 *quinquies* du CGI, se traduit par l'attribution à la société déficitaire d'une créance contre l'État, dont le montant dépend d'une imputation fictive du déficit sur les bénéfices de l'exercice précédent. Le déficit est considéré comme une charge de l'exercice précédent, ce qui permet à la société de dégager un trop-payé d'impôt sur les sociétés pour l'exercice en question. L'option pour le report en arrière n'est admise qu'à la condition qu'elle porte sur le déficit constaté au titre de l'exercice, dans la limite du montant le plus faible entre le bénéfice déclaré au titre de l'exercice précédent et un montant de 1 million d'euros. Des conditions existent cependant : l'entreprise ne doit pas avoir distribué ses bénéfices antérieurs à la réalisation du déficit et elle ne doit pas avoir été exonérée d'impôt sur les sociétés à raison de ceux-ci.

Si d'après l'article 220 *quinquies* I du CGI, la créance sur le Trésor issue de l'option pour le report en arrière des déficits est en principe inaliénable et incessible, l'article 220 *quinquies* II dispose qu'elle est transférée de plein droit à la société absorbante, quel que soit le régime fiscal sous lequel la fusion est placée, de droit commun ou de faveur.

La créance de *carry-back* est donc un élément du patrimoine de la société absorbée compris dans la transmission universelle réalisée au profit de la société absorbante. Toutes les fusions qui répondent aux caractéristiques prévues à l'article 210-0A du CGI s'accompagnent du transfert automatique de la créance dont la société absorbée est titulaire.

Toutefois, l'article 220 *quinquies* II fixe une condition et une limite. La première concerne la valeur d'apport de la créance qui, dans tous les cas, doit correspondre à sa valeur

nominale. La seconde est que l'option ne peut être exercée au titre d'un exercice au cours duquel intervient une fusion de sociétés ou une opération assimilée. Il a été fait remarquer que la règle ne devrait *a priori* pas s'appliquer à l'exercice de la société absorbée clos par le bilan de fusion, du fait que l'opération n'intervient que pendant l'exercice suivant dont les résultats sont généralement compris dans ceux de la société absorbante, en application de la rétroactivité convenue⁶⁸.

La créance de *carry-back* de la société en difficulté pourra être utilisée immédiatement par l'absorbante pour le paiement de ses dettes d'IS devenues exigibles à compter de la réalisation définitive de la fusion, pourvu que ces dettes se rapportent à des exercices postérieurs à celui au titre duquel la créance est née. La fraction de la créance transférée non utilisée aux termes des cinq années suivant celle de la clôture de l'exercice au titre duquel l'option a été exercée est remboursée à la société absorbante, sachant qu'une exception existe pour les sociétés en procédure collective, celles-ci pouvant obtenir le remboursement des créances de report en arrière de déficit non utilisées à la date du jugement d'ouverture.⁶⁹

II. Le transfert des déficits reportés en avant

Lorsque la société en difficulté absorbée dispose de déficits antérieurs à la fusion, la cessation de sa personnalité fiscale entraîne la perte du droit au report en avant des déficits. Toutefois, l'article 209 II du CGI permet un transfert des déficits à la société absorbante, sous réserve d'obtention d'un agrément. Il existait une restriction quantitative au transfert, les déficits étant transmis dans la limite de la plus importante des valeurs suivantes appréciées à la date d'effet de l'opération : la valeur brute des éléments de l'actif immobilisé affectés à l'exploitation hors immobilisations financières ou la valeur d'apport de ces mêmes éléments. Depuis le 1^{er} janvier 2005, les déficits antérieurs non encore déduits par la société absorbée peuvent être transférés intégralement⁷⁰.

⁶⁸ P. Gastineau, *FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS APPORTS PARTIELS D'ACTIF. – Régime spécial des fusions*, JurisClasseur Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1130-30, n° 73

⁶⁹ V. sur le transfert de la créance de *carry-back* : J. Schmidt, C. Jue-Mohr, *Lamy Fiscal 2012*, Editions Lamy, n° 2199 ; *Mémento Fiscal 2012*, Editions Francis Lefebvre, n° 39570 ; Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, *Fusions, Apports partiels d'actif, scissions*, Editions Francis Lefebvre, n° 8300 - 8310

⁷⁰ Instr. 30 décembre 2005, BOI n° 4 I-1-05, n° 3 – 4

Cependant, le législateur ayant voulu éviter que se constitue un marché des déficits à travers des coquilles vides⁷¹, il a encadré dans l'article 209 II ce transfert des déficits à travers une exigence d'agrément, celui-ci pouvant être de droit.

A) L'agrément de droit

L'agrément pour le transfert des déficits de l'absorbée à l'absorbante, discrétionnaire jusqu'à 2002, est devenu de droit à partir de cette date, à la double condition que l'opération soit justifiée économiquement, et donc obéisse à des motivations principales autres que fiscales (2), et que l'activité à l'origine des déficits soit poursuivie pendant 3 ans au minimum (3). Bien sûr, il faut que l'opération soit placée sous le régime de l'article 210 A du CGI (1).

1) Une fusion placée sous le régime de l'article 210 A du CGI

Il va de soi que seules les fusions placées sous le régime de faveur peuvent ouvrir droit au transfert des déficits, ce qui se justifie par le caractère intercalaire de la fusion recherchée à travers ce régime, par opposition au régime de droit commun qui opère cessation d'entreprise. La fusion doit donc répondre à la définition énoncée à l'article 210-0A du CGI, envisagée en introduction.

Aucune condition n'est posée quant à la nationalité des sociétés fusionnantes, de sorte que l'agrément peut être accordé en cas de fusion de deux sociétés étrangères, lorsque l'établissement stable en France de la société absorbée dispose de reports déficitaires ou encore en cas d'absorption par une société étrangère de sa filiale française. Cependant, l'agrément étant réservé aux opérations placées sous le régime spécial prévu à l'article 210 A, il ne peut être sollicité lorsque le siège de l'une des sociétés participantes est localisé dans un Etat ou territoire n'ayant pas conclu avec la France de convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale⁷².

⁷¹ M. Marini (sénateur), Rapport n° 114 sur la loi de finances rectificative pour 2004, article 33

⁷² P. Gastineau, *FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS APPORTS PARTIELS D'ACTIF*. – Régime spécial des fusions, JurisClasseur Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1130-30, n° 76 – 77 ; Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, *Fusions, Apports partiels d'actif, scissions*, Editions Francis Lefebvre, n° 8060 - 8065

2) *Une fusion justifiée économiquement*

Aux termes de l'article 209 II, l'agrément est délivré lorsque l'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales. L'agrément doit donc être refusé si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie. La procédure d'agrément permet de vérifier la réalité économique de la restructuration présentée.

Le critère de la justification économique de l'opération et de l'absence de motivations fiscales à caractère principal conduit l'administration à refuser l'agrément à des opérations qui suscitent traditionnellement une certaine réticence de sa part. Elle a ainsi indiqué que le bénéfice de l'agrément sera refusé en présence d'une opération non critiquable sur le plan juridique mais qui apparaît principalement motivée par la volonté de l'absorbante d'appréhender les déficits de l'absorbée, d'une demande visant à transférer des déficits générés par une activité qui n'est plus exercée au jour de la fusion, ou d'une société cible qui absorbe la holding qui la détient, lorsque celle-ci s'est fortement endettée pour acquérir la cible. Elle a toutefois précisé que cette liste n'était pas limitative. De même, l'agrément ne sera pas délivré si les motivations principales de l'opération présentées sont la fraude ou l'évasion fiscale.⁷³

L'exigence de rationalité économique de la fusion apparaît comme une condition très floue. Il est paradoxal de dire qu'un agrément est de droit alors que l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation considérable. Cependant, dans l'hypothèse d'absorption d'une société en difficulté, il ne semble y avoir aucune raison de refus d'agrément sur ce fondement si une logique économique sous-jacente transparaît suffisamment de la stratégie du repreneur. En effet, l'esprit du texte est que l'absorption n'ait pas pour vocation de capter des déficits mais de relancer l'activité. Il a été mis en exergue les nombreux intérêts et finalités des fusions impliquant une société en difficulté, de sorte que les motivations principales de l'opération sont aisément autres que la captation des déficits. Dès lors, les justifications économiques apparaissent nombreuses et il est difficile d'imaginer l'administration refuser la reprise par fusion d'une société en difficulté lorsqu'une rationalité économique solide est dégagée par le contribuable.

⁷³ Instr. 21 août 2002, BOI n° 13 D-2-02

3) Une poursuite de l'activité à la source des déficits

a) Le principe

L'activité de la société absorbée à l'origine de ces déficits doit être poursuivie pendant au moins trois ans. L'administration précise que la notion de maintien de l'activité de la société absorbée n'est pas similaire à celle d'identité d'activité de l'article 221-5 du CGI. La poursuite de l'activité de la société absorbée suppose que l'absorbante n'y apporte pas de changement profond de nature à caractériser une perte d'identité de l'activité reprise. L'administration a précisé que cela s'appréciait en fonction de critères objectifs fondés sur la nature et l'importance des éléments repris, dans le contexte économique propre de l'opération⁷⁴. En pratique, elle admet que des mesures de réorganisation soient mises en œuvre lorsqu'elles visent à rationaliser la production et préserver la viabilité de l'activité transférée. Il est possible d'abandonner certains produits non rentables ou réaliser des économies d'échelles sans nuire au maintien de l'activité⁷⁵.

L'administration fait preuve de pragmatisme dans l'appréciation du respect de cette condition et n'hésite pas à faire de la casuistique. L'absorbante ne doit pas avoir maintenu l'activité à l'origine des déficits uniquement dans un cadre résiduel ou avoir envisagé, d'ores et déjà, de se défaire dans un délai de trois ans à compter de la réalisation de l'opération de l'activité à l'origine des déficits de l'absorbée. La condition de maintien de l'activité est appréciée avec une certaine souplesse, sous réserve que l'entreprise apporte les éléments de nature à justifier au plan économique les modalités suivant lesquelles sa poursuite est envisagée⁷⁶.

La condition apparaît ici aussi paradoxale. Si une société est en difficulté et dégage des déficits, c'est précisément parce que son activité n'est pas rentable et que la vocation de celle-ci serait de disparaître. Or, la condition posée par l'administration est la poursuite de cette activité, pourtant non rentable, pendant trois ans. Néanmoins, cela illustre aussi que ce qui est recherché à travers l'absorption c'est la relance de l'activité de la société en difficulté et le maintien des emplois, ce qui met en évidence la raison d'être de cette disposition du

⁷⁴ Instr. 21 août 2002, BOI n° 13 D-2-02

⁷⁵ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2^{ème} éd., Montchrestien, n° 855

⁷⁶ Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, *Fusions, Apports partiels d'actif, scissions*, Editions Francis Lefebvre, n° 8100 - 8130

CGI, qui est de permettre la reprise de sociétés en difficulté à travers la fusion avec comme finalité le redressement de l'activité. Le CGI n'est pas insensible aux difficultés des entreprises, qu'il souhaite corriger tout en maintenant la structure de l'absorbée. Au fond, le Code a eu pour spécimen l'absorption d'une société en difficulté et il a voulu assurer que l'absorbante, plutôt que de se décharger des activités non rentables, cherche à les redresser.

b) Le cas de l'absorption d'une société holding

Le Ministre de l'économie a estimé, dans une réponse ministérielle, qu'une société holding pure ne peut être regardée comme exerçant une activité au sens de l'article 209 II du CGI et donc que la simple détention de titres ne constitue pas une activité au sens dudit article. Dès lors, les déficits d'une holding ne peuvent être transférés sur le fondement de ces dispositions⁷⁷.

Cette indication de l'administration a été vivement critiquée. Il a été fait remarquer que cette position constituerait une entrave notable à la restructuration des groupes dès lors que les holdings disposent couramment de reports déficitaires substantiels⁷⁸, que la solution était contraire à l'esprit de la loi et qu'elle reposait sur une analyse inexacte de la nature d'une société holding pure⁷⁹. Mais cette conception semble avoir emporté l'adhésion des juges. Bien qu'un tribunal administratif ait pu retenir une décision inverse⁸⁰, la Cour administrative d'appel de Douai a décidé qu'une société holding, dont l'objet est limité à la détention de titres de participation, qui ne réalise aucun chiffre d'affaires, n'emploie aucun salarié et ne constate aucun produit ou charge d'exploitation, n'exerce pas une activité au sens de l'article 209 du CGI susceptible, en cas de fusion, d'être poursuivie par la société absorbante⁸¹.

Une distinction doit donc être faite. D'un côté, les holdings pures ne peuvent être regardées comme exerçant une activité au sens de l'article 209 II, et, en conséquence, il n'est pas possible d'honorer la condition de maintien d'activité. De l'autre, les sociétés holdings animatrices, qui réalisent des prestations de services internes au groupe et sont dotées de moyens en personnels et matériels. Elles exercent une activité économique et l'administration accepte d'accorder son agrément pour le transfert des déficits subis à raison de cette activité,

⁷⁷ *Rép. De Richemont* : Sén. 30 mars 2006, p. 923 n° 17801

⁷⁸ BF 6/06 – n° 630 – Informations du mois – Impôt sur les sociétés, Editions Francis Lefebvre

⁷⁹ J.-L. Pierre, *Transfert des déficits de la société absorbée*, Dr. sociétés, 2006, n° 7, comm.118

⁸⁰ TA Rennes, 26 février 2009, n° 06-1980

⁸¹ CAA Douai, 8 mars 2011, n° 09-967 : RJF 7/11 n° 792

sous réserve que la société absorbante rende elle-même des prestations de même nature au profit de ses filiales.

Bien que de nombreux arguments existent aujourd'hui pour dire qu'une société holding non-animatrice exerce une activité économique⁸², celle-ci ne peut, en l'état actuel du droit, transférer ses déficits suite à son absorption. Pourtant, une société holding peut parfaitement être en difficulté et sa réhabilitation ou sa réorganisation pourrait se réaliser très efficacement à travers une absorption. Cependant, en présence de cette conception administrative et de cette jurisprudence, une telle opération se traduirait par la perte des déficits, et donc elle perd tout attrait dans sa réalisation.

B) La délivrance de l'agrément

Les demandes se réalisent simplement : elles doivent être conformes à un modèle. L'agrément est délivré par le ministre chargé du budget, dans les hypothèses où un important transfert de déficits est demandé, et par le directeur des services fiscaux du département au chef-lieu duquel est localisée la direction de contrôle fiscal dans le ressort de laquelle l'entreprise a son siège, dans les autres cas.

La demande d'agrément doit être préalable à l'opération qui la motive. La forclusion ne pourra être opposée que lorsque la demande est tardive. Rien ne s'oppose en revanche à ce que l'opération soit déjà réalisée à la date à laquelle intervient la décision administrative, ce qui est favorable aux demandeurs qui ne sont pas obligés de retarder la restructuration jusqu'à la délivrance de l'agrément.

La délivrance de l'agrément constitue un droit pour les sociétés qui remplissent les conditions fixées par la loi. Lorsque les conditions de l'agrément de droit ne sont pas remplies, il est toujours possible de demander un agrément à l'administration. Les décisions de refus sont motivées et peuvent être contestées devant la juridiction administrative dans le délai de droit commun. Cependant, la décision qui annule le refus ne vaut pas agrément.

⁸² R. Poirier, *Refus d'agrément pour le transfert des déficits de holdings pures*, Dr. fiscal, 2011, n° 37, comm. 503

III. La réévaluation libre des éléments d'actif

En l'absence de la réunion des conditions pour voir délivrer l'agrément de droit, et en cas de refus de l'administration, les déficits ne pourront pas être transférés de la société en difficulté à l'absorbante, alors même que le régime de faveur est adopté pour la fusion. Et il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école, car une grande place est laissée à l'appréciation administrative des faits, malgré ce système de l'agrément de droit en vigueur depuis 2002. Cette relative incertitude juridique entourant les conditions de délivrance de l'agrément se traduit par une certaine réticence, certaines sociétés tentent d'éviter d'y recourir⁸³. L'une des solutions envisagée à cet obstacle peut être de pratiquer une fusion selon le régime de droit commun. Pour la société absorbée, les plus-values constatées lors de la dissolution, ainsi que les bénéfices en sursis d'imposition, deviennent imposables. Les déficits en report peuvent ainsi se compenser avec les plus-values et bénéfices, ce qui aura pour effet de réduire la charge fiscale liée à la dissolution de la société absorbée. *In fine*, les reports déficitaires ne tombent ainsi pas en non valeur. Mais cette technique revient à renoncer au bénéfice du régime de faveur. Un résultat similaire peut être atteint sans pour autant renoncer à ce régime, à travers la réévaluation libre préalablement à la fusion, ce qui vise à profiter de l'imputation des déficits sur les plus-values dégagées à l'occasion de la réévaluation.

En principe, les plus-values latentes n'ont aucune incidence fiscale, le principe de prudence en comptabilité s'opposant à la constatation d'une plus-value lorsque la valeur réelle d'une immobilisation est supérieure à sa valeur comptable. L'entreprise peut toutefois procéder elle-même à la réévaluation de ses éléments d'actifs afin d'aligner les valeurs comptables sur les valeurs réelles, cette réévaluation produisant une augmentation d'actif net méritant à ce titre d'être imposée. La réévaluation doit porter sur l'ensemble des immobilisations corporelles et financières, à l'exclusion des immobilisations incorporelles et des stocks.

La réalisation de cette réévaluation libre des immobilisations permet d'extérioriser les plus-values latentes afférentes à celles-ci. La plus-value de réévaluation concourant à l'établissement du résultat d'exploitation soumis à l'impôt dans les conditions de droit commun, une compensation peut donc être opérée avec les déficits en instance de report. Ce

⁸³ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2^{ème} éd., Montchrestien, n° 865

montage permet à la société absorbante d'échapper à l'imposition sur les plus-values. Cette réévaluation des actifs de la société appelée à être absorbée supprime, ou atténue donc, les inconvénients résultant de la non-transmission de plein droit à la société absorbante des déficits de l'absorbée.

Le risque de remise en cause de l'opération pour abus de droit n'est pas absent. Interrogé sur la réévaluation libre au bilan des éléments d'actifs, le ministre avait donné une réponse réservée, estimant qu'une telle procédure ne serait admissible que s'il était établi que la réévaluation effectuée avant la fusion est régulière sur le plan juridique et répond à un intérêt économique réel et non à des considérations fiscales prédominantes⁸⁴.

Ainsi, dès lors que l'entreprise est en mesure d'établir ses motivations économiques et financières ayant conduit à réévaluer l'actif immobilisé, ses conséquences fiscales ne devraient pas pouvoir être contestées. De plus, la remise en cause par l'administration d'une réévaluation libre réalisée préalablement à une fusion paraît d'autant plus incertaine que la nouvelle définition de l'abus de droit oblige l'administration à démontrer, non seulement le but exclusivement fiscal de l'acte en cause, mais également la contrariété entre l'application littérale des textes à l'opération concernée et les objectifs poursuivis par le législateur⁸⁵.

En outre, la jurisprudence semble particulièrement favorable à la réalisation d'un tel montage. Une Cour administrative d'appel a ainsi considéré qu'une société qui procède, à la clôture de l'exercice précédant son absorption, à la réévaluation libre de son bilan et compense les plus-values constatées par l'utilisation de déficits reportables de telle façon que la société absorbante ne devra s'acquitter d'aucune imposition sur les plus-values, n'a pas procédé à un montage dont le but exclusif aurait été d'éluder ses propres impositions. L'opération ne pouvait donc constituer un abus de droit⁸⁶.

La méthode de la réévaluation apparaît donc comme une option intéressante en l'absence de la possibilité de bénéficier d'un agrément. Une alternative au même effet peut être imaginée : la cession, préalablement à l'absorption, des actifs porteurs de plus-values latentes, ce qui permet de dégager un résultat taxable chez la future absorbée. Mais ces solutions

⁸⁴ *Rép. Poncelet* : Sén. 12 mai 1982, p. 1897 n° 2059

⁸⁵ V. sur l'abus de droit, *infra*

⁸⁶ CAA Douai, 22 mai 2001, n° 96-2857 : RJF 11/01 n° 1425 ; Dr. fiscal, 2002, n°8, comm. 182, concl. G. Mulsant

supposent, bien entendu, des plus-values latentes du côté des actifs immobilisés de la société en difficulté de manière à ce que la réévaluation constitue un profit imposable compensable avec ses déficits. Si la société dispose à son bilan d'actifs sous évalués, la réévaluation sera une opportunité intéressante. Toutefois, il n'est pas évident qu'une société en difficulté au sens où nous l'entendons dispose de tels actifs à réévaluer, ou du moins, qu'elle en dispose de suffisamment pour imputer l'ensemble de son déficit. Par conséquent, en l'absence d'agrément, une possibilité intéressante s'ouvre aux acteurs de l'opération pour conserver l'intégralité du déficit reportable, le contournement de l'agrément par l'inversion du sens de la fusion.⁸⁷

⁸⁷ V. sur la réévaluation libre des éléments d'actif préalablement à une fusion : D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2^{ème} éd., Montchrestien, n° 719 ; P. Gastineau, *FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS APPORTS PARTIELS D'ACTIF. – Régime spécial des fusions*, JurisClasseur Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1130-30, n° 74 ; Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, *Fusions, Apports partiels d'actif, scissions*, Editions Francis Lefebvre, n° 7700 - 7740

SECTION 2 : L'ABSORPTION D'UNE SOCIÉTÉ PROSPÈRE PAR UNE SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ

La difficulté d'obtenir un agrément lors d'une opération de fusion impliquant une société en difficulté déficitaire pousse les parties à vouloir trouver un moyen de contourner cette exigence d'agrément. La réévaluation libre peut constituer une réponse, mais il est fréquent que ce montage ne suffise pas à bénéficier de l'ensemble des déficits reportables. Certains imaginent alors une inversion du sens logique de la fusion, par l'absorption de la société bénéficiaire par la société déficitaire. Cela ne pose pas de problème au niveau juridique, le sens de la fusion étant libre. Dans cette hypothèse d'inversion du sens de l'opération, la société absorbante en difficulté conserve sa personnalité morale et n'est pas impactée structurellement par l'opération, ne constatant qu'une augmentation de capital.

Pour les déficits reportés en arrière, il faut distinguer le régime de l'option pour ce report et le régime de la créance née avant la fusion.

En ce qui concerne le régime de l'option pour le report en arrière des déficits, l'administration admet que la réalisation d'une fusion n'affecte pas la possibilité pour la société absorbante d'exercer l'option pour le report en arrière des déficits subis à compter de la clôture de l'exercice de réalisation de l'opération. Toutefois, l'option ne peut porter sur les déficits subis par la société absorbée qui ont été transférés à l'absorbante dans le cadre de la procédure d'agrément prévue à l'article 209 II. L'option ne peut bien évidemment pas être exercée au titre d'un exercice au cours duquel l'entreprise a procédé à une opération de fusion. Lorsqu'une société absorbante opte pour le report en arrière d'un déficit réalisé au cours de l'exercice suivant celui au cours duquel est intervenue la fusion, elle n'a pas la possibilité de calculer la créance liée au report en arrière à partir des bénéfices antérieurs des sociétés absorbées. De même, elle ne peut imputer en arrière le déficit subi au cours de l'exercice suivant la fusion que sur les seuls bénéfices réalisés par elle-même.

En ce qui concerne le régime de la créance née avant la fusion, la réalisation de l'opération n'est pas susceptible d'affecter la créance dont la société absorbante est titulaire à raison d'une option pour le report des déficits exercée avant l'opération. Celle-ci peut être utilisée pour le paiement de l'impôt sur les sociétés dont elle est redevable ultérieurement, peu importe que la fusion entraîne changement d'activité ou non.

Plus problématique apparaît la question du report en avant des déficits. Certes, aucun agrément n'est alors à demander puisque les déficits de la société absorbante sont de plein droit reportables en avant sur les résultats futurs, ce qui est la conséquence logique du maintien de la personnalité juridique de la société en difficulté. L'inversion du sens de la fusion apparaît une solution opportune pour le transfert des déficits sans exigence d'agrément. Cependant, il existe des limites qu'il est possible de présenter comme un double-risque : d'un côté, le transfert des déficits peut être remis en cause en raison des conséquences du changement d'activité réelle susceptible d'affecter la société en difficulté absorbante (I), et d'autre part, l'administration se réserve le droit de remettre en cause la fusion sur le fondement de l'abus de droit (II).

I. Le changement d'objet social ou d'activité de l'absorbante

« Le changement de l'objet social ou de l'activité réelle d'une société emporte cessation d'entreprise », énonce l'article 221, 5 du CGI. Les conséquences d'une cessation d'entreprise ont déjà été envisagées dans le cadre du régime de droit commun de la fusion. Elles sont fiscalement très gênantes, ce qui a conduit certains à parler de suicide fiscal. Et en ce qui concerne la problématique des sociétés en difficulté, par hypothèse déficitaires, une cessation d'entreprise entraîne notamment la perte des déficits reportables⁸⁸.

La société absorbante pouvant, en principe, déduire de ses résultats postérieurs à la fusion les déficits qu'elle a elle-même subis antérieurement à cette opération en l'absence de changement d'objet ou d'activité, il convient, dans l'hypothèse où une société en difficulté déficitaire envisage d'absorber une société bénéficiaire, d'examiner les conséquences que l'opération est susceptible d'entraîner au regard de la nature de son activité.

Il faut tout d'abord signaler que l'administration a considéré que le changement d'objet social ou d'activité suppose un « changement d'activité profond »⁸⁹. Ainsi, si la société en difficulté devait constater, après la fusion, un accroissement, même majeur, du volume des opérations réalisées, il n'y aurait pas changement d'activité. Il en va de même en cas de développement ou d'abandon d'un secteur qui revêtait une importance moindre que les autres secteurs d'activité de la société, ce dont on peut déduire *a contrario* qu'il ne faudrait pas qu'un secteur important soit délaissé. Une similitude apparaît avec l'exigence de maintien

⁸⁸ D. adm, 9 mars 2001, 4 A-6123, n° 38

⁸⁹ D. adm, 9 mars 2001, 4 A-6123, n° 29 – 30

de l'activité pour délivrance d'un agrément, ce qui illustre la volonté de l'administration d'éviter tout contournement. Le Conseil d'Etat a par ailleurs confirmé que le changement de l'activité exercée devait être profond pour que l'on puisse tirer les conséquences d'une cessation d'entreprise⁹⁰.

La jurisprudence permet d'obtenir des précisions sur la définition du changement d'activité. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que l'adjonction d'un important secteur de commercialisation à une société de gestion de titres dans des conditions telles que cette dernière activité est devenue marginale devait être considérée comme une cessation d'entreprise⁹¹. Par contre, une société qui exerçait deux activités différentes et qui décide d'abandonner l'une d'entre elles ne change pas d'identité si l'activité poursuivie ne revêtait pas « un caractère marginal dans l'ensemble de son activité initiale »⁹². Une question reste encore non tranchée en ce qui concerne l'absorption par une société holding de ses filiales industrielles ou commerciales. Si l'administration estime qu'il y a changement d'activité, la jurisprudence ne semble pas encore fixée et il faut alors dans cette hypothèse tomber dans la casuistique. Il a été décidé qu'une société qui gère des participations puis se met à exercer l'activité commerciale d'une de ses filiales n'a pas changé d'activité réelle⁹³. En sens inverse, il a été jugé qu'il y avait changement d'activité lorsqu'une société qui se borne initialement à des activités purement administratives exerce après l'absorption une activité industrielle⁹⁴ ou lorsqu'une société exerçant une activité exclusive de holding absorbe ses filiales et se met à exercer à titre principal les activités opérationnelles précédemment exploitées par celles-ci, l'activité de gestion de titres devenant marginale⁹⁵. Il ne fait par contre aucun doute que l'absorption par une société holding d'une sous-holding pure n'est pas constitutive d'un changement d'activité.

La problématique du changement d'objet social ou d'activité est donc nécessairement un facteur à prendre en considération dans l'hypothèse d'une absorption d'une société bénéficiaire par une société en difficulté. Il apparaît en effet logique que, de par l'intégration d'une entité en bonne santé au sein d'une structure moins vigoureuse, il existe un risque de

⁹⁰ CE, 18 mai 2005, n° 259275 : RJF 8-9/05 n° 834

⁹¹ CE, 10 juillet 2007, n° 288484 : RJF 11/07 n° 1219

⁹² CE, 30 novembre 2007, n° 284621 : Dr. fiscal, 2007, n° 49, comm. 1125

⁹³ CCA Nantes, 5 février 2003, n° 99-1086 : RJF 6/03 n° 695

⁹⁴ CAA Douai, 18 mars 2004, n° 01-1065 : RJF 3/05 n°226

⁹⁵ CAA Lyon, 19 juin 2008, n° 04-106 : RJF 1/09 n° 12

métamorphose de l'absorbante elle-même. Il est donc extrêmement important d'envisager les conséquences de l'absorption de manière à s'assurer que l'adaptation de la structure absorbante et l'éventuelle diversification des activités ne se traduisent pas par un changement d'activité au sens du CGI. Le cas échéant, les sociétés qui entendraient se prémunir contre toute contestation ultérieure de leur imputation peuvent adresser une demande de rescrit auprès du Bureau des agréments et rescrits de la Direction générale des finances publiques.

II. L'obstacle de l'abus de droit

L'abus de droit est de l'artillerie lourde au service de l'administration fiscale. Si elle met en œuvre la procédure de répression des abus de droit, celle-ci est fondée à exiger l'impôt éludé, les intérêts de retard et une pénalité pouvant aller jusqu'à 80% des droits réclamés. L'administration s'est réservée la possibilité de poursuivre la fusion à l'envers motivée par l'optimisation fiscale à travers le transfert des déficits sur le terrain de l'abus de droit (A), même si la menace semble généralement difficile à mettre en œuvre (B).

A) Le risque d'abus de droit lors d'une fusion à l'envers

La jurisprudence du Conseil d'Etat a été fixée par son arrêt *Auriège* de 1986 (1) puis confirmée en 2007 par une cour administrative d'appel malgré le doute de certains auteurs sur son interprétation (2).

1) L'arrêt « Auriège » de 1986 et la position du Conseil d'Etat

L'administration fiscale a dégainé son arme de prédilection qu'est l'abus de droit et l'article L. 64 du LPF, ce qui a donné lieu au célèbre arrêt de 1986, dit *Auriège*⁹⁶. Dans cette affaire, il s'agissait de l'absorption d'une société bénéficiaire par une société déficitaire au chiffre d'affaires cinq fois inférieur à celui de la bénéficiaire. Le Conseil d'Etat a décidé, dans le cas de deux sociétés filiales exerçant la même activité, que l'absorption par la filiale détenant des déficits reportables de l'autre filiale n'en détenant pas ne pouvait pas être constitutive d'un abus de droit, l'opération répondant à un intérêt économique et n'ayant pas eu de caractère fictif. La Haute juridiction ne s'est pas du tout arrêtée sur la divergence des chiffres d'affaires. Elle a précisé par ailleurs que les dispositions de l'article 209 II du CGI,

⁹⁶ CE, 21 mars 1986, n° 53002 : Dr. fiscal, 1986, n° 31, comm. 1446 ; RJF 1986, n°470, concl. O. Fouquet, p. 267

qui prévoient dans leur rédaction alors en vigueur, avant le 1^{er} janvier 2002, que le ministre pouvait délivrer discrétionnairement un agrément, n'impliquaient aucune interdiction d'opérer la fusion en sens inverse. Le Conseil d'Etat s'est borné à vérifier que la société absorbante avait conservé son identité après l'absorption, ce qui allait de soi en l'espèce puisque les deux sociétés fusionnées exerçaient la même activité.

Cet arrêt « *Auriège* » a été interprété par la grande majorité des praticiens comme énonçant que les parties à la fusion avaient une liberté absolue quant au choix du sens de la fusion. Cependant, ce n'est pas exactement ce qu'énonçait la décision. Celle-ci considérait qu'il n'y a pas abus de droit sous réserve que le but poursuivi par la fusion ne soit pas fictif et réponde à un intérêt économique, car la théorie de l'abus de droit supposait que l'objectif poursuivi soit exclusivement fiscal. Il est donc plus juste de dire que le sens de la fusion est libre en fiscalité sous réserve que ce choix ne soit pas motivé exclusivement par des raisons fiscales. Il ne faut pas que les conditions de l'abus de droit soient réunies. D'ailleurs, l'administration a exprimé par la suite ses réserves à l'égard des fusions à l'envers et a rappelé qu'elle s'estime fondée à contester le report des déficits en invoquant les dispositions de l'article L. 64 du LPF relatives à l'abus de droit si, la société absorbante étant déficitaire et la société absorbée bénéficiaire, l'opération de fusion ou assimilée apparaissait comme 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 apporteuse⁹⁷. Il fallut attendre 2007 pour qu'un nouvel arrêt vienne de nouveau s'intéresser à cette question.

2) *La confirmation ambiguë par l'arrêt d'appel « SA Décorative ouest » de 2007*

Dans cette affaire⁹⁸, il s'agissait de deux filiales appartenant à un groupe. La première, SA Décorative Ouest, société absorbante, exploitait dans un département des enseignes tandis que la seconde, société absorbée, exploitait dans un département voisin des magasins d'une spécialité identique. S'agissant de deux sociétés se livrant à des activités commerciales identiques dans des départements voisins, leur fusion présentait un intérêt économique évident à travers la rationalisation qu'elle permettait. Toutefois, la société absorbante était titulaire

⁹⁷ D. adm. 30 octobre 1996, 4 H-2211, n° 30 ;

⁹⁸ CAA Paris, 18 juin 2007, n° 06PA01941 : Dr. fiscal, 2007, n° 52, com. 1085, note O. Fouquet ; Dr. sociétés, 2007, com. 190 ; Bull. Joly, 2007, p. 1329, § 349, note A. Couret

d'un important report déficitaire contrairement à la société absorbée, bénéficiaire, et le chiffre d'affaires de cette dernière était deux fois supérieur à celui de l'absorbante.

L'administration a refusé à la société absorbante le droit d'imputer ses reports déficitaires au motif que le sens de la fusion avait été choisi dans un but exclusivement fiscal et le tribunal administratif lui donna raison par un jugement. La Cour d'appel de Paris ne fut pas de cet avis. Celle-ci relève que la fusion avait pour objet une restructuration permettant de rationaliser et simplifier les structures en présence, en améliorant le réseau de vente et donc la rentabilité. Elle constate ensuite que la société absorbante n'avait pas changé d'activité. Puis elle remarque que, grâce à l'apport à la société absorbante, concomitant au traité de fusion, de quatre nouvelles enseignes, le chiffre d'affaires et le personnel de la société absorbante étaient devenus similaires à ceux de la société absorbée. Enfin, elle conclut que la fusion-absorption n'avait pas de caractère fictif et répondait à un réel intérêt économique et, par conséquent, elle ne pouvait pas être réputée faite dans un but exclusivement fiscal.

Cette apparente confirmation de la jurisprudence *Auriège* a tout de suite semé le doute⁹⁹, en raison de la précision apportée pour se justifier par la cour administrative d'appel. En effet, la cour constate que le chiffre d'affaires de la société absorbante équivaut après l'opération à celui de l'absorbée compte tenu de l'apport concomitant à la fusion d'autres enseignes au profit de la société absorbante. En justifiant ce point, elle laisse supposer que la décision n'aurait peut-être pas été la même si le chiffre d'affaires de la société absorbante n'avait pas évolué, et donc s'il était resté inférieur de moitié à celui de l'absorbée. Il s'agit d'une distinction qui n'avait nullement été introduite par le Conseil d'Etat dans sa décision de 1986.

Des craintes ont donc été émises suite à cette décision : en répondant aux arguments de l'administration sur les tailles respectives des acteurs, la cour d'appel inviterait les vérificateurs à tenter de remettre en cause le sens des fusions sur le fondement d'un déséquilibre économique des sociétés. Cependant, il semble qu'il ne faille pas surestimer ces quelques lignes factuelles. Premièrement, au-delà de celles-ci, la cour met l'accent sur le fait que l'opération avait pour objet une restructuration interne destinée à rationaliser et simplifier les structures du pôle d'activités. Deuxièmement, lorsque la cour écarte l'existence d'un abus de droit, elle le fait sans évoquer le poids des chiffre d'affaires respectifs des sociétés, mais en

⁹⁹ V. par exemple : F. Perrotin, *Prudence sur les fusions à l'envers*, La Tribune, 2 octobre 2007, p. 14 ; F. Perrotin, *Le juge administratif rend une décision troublante en matière de fusion à l'envers*, LPA 25 septembre 2007, p. 4 ; Alain Couret, *La fusion à l'envers à l'épreuve d'un attendu de trop*, Bull. Joly, précité.

disant simplement qu'il n'est démontré ni que l'opération concernée aurait présenté un caractère fictif, ni qu'elle ne répondrait pas à un réel intérêt économique. Enfin, il a été fait remarquer que l'idée selon laquelle la cour aurait pu être sensible à l'existence des apports réalisés concomitamment à l'opération de fusion ne serait pas convaincante. En effet, s'agissant d'une opération globale, les apports auraient pu tout à fait être effectués au profit de l'une ou l'autre des sociétés selon le sens retenu par la fusion¹⁰⁰.

Il convient de conclure par conséquent que la décision rendue par la cour administrative d'appel ne remet pas en cause la solution retenue par le Conseil d'Etat en 1986 : le sens de la fusion est libre, sous réserve de ne pas tomber dans le champ de l'abus de droit.

B) Les limites de la menace de l'abus de droit

Le principe est donc posé : la liberté règne mais est encadrée par l'abus de droit. Pour saisir véritablement les limites de la liberté de sens de la fusion, il faut analyser la virulence de cet abus de droit et les propensions qu'il a à venir contrarier des opérations de fusion-absorption.

L'abus de droit peut prendre deux formes. D'un côté, il y a l'abus de droit pour fictivité. La fictivité est constituée par la différence objective existant entre l'apparence juridique créée par l'acte en cause et la réalité, en particulier économique, sous-jacente à l'acte¹⁰¹. Dans l'hypothèse d'une fusion impliquant une société en difficulté, il n'y a aucun problème de simulation, l'enjeu n'étant pas la distorsion entre l'apparence et la réalité. Comme l'illustre la jurisprudence, il est plus logique d'invoquer la deuxième forme de l'abus de droit, l'abus de droit par recherche d'un but exclusivement fiscal. Lorsque les arrêts *Auriège* et *SA Décorative Ouest* ont été rendus, les juridictions ont retenu, pour rejeter l'abus de droit, que les opérations répondaient à un intérêt économique réel, et il n'y avait pas, en somme, de recherche d'un but exclusivement fiscal. Or, la loi de finance pour 2008 est venue réécrire l'article L. 64 du LPF et modifier la définition de l'abus de droit¹⁰².

¹⁰⁰ V. en ce sens : Ph. Grousset et P. Carcelero, *Sens des fusions : quelles limites à la liberté des parties ?*, Option Finance, 5 novembre 2007, p. 24 - 26

¹⁰¹ D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2^{ème} éd., Montchrestien, n° 1207

¹⁰² Article L. 64 du LPF, 1^{er} alinéa : « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un

Désormais, cette deuxième branche de l'abus de droit ne peut être poursuivie qu'à deux conditions cumulatives : le contribuable poursuit un but exclusivement fiscal d'un côté et fait une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs. Il faut aujourd'hui démontrer que le sens de la fusion n'a pas de réalité économique et prouver qu'il est contraire à la volonté du législateur. Or d'une part, l'identification des objectifs poursuivis par les auteurs des textes est assez complexe d'une manière générale. Pour la loi, il faut par exemple explorer les débats parlementaires, souvent peu éclairants pour autant qu'il y en ait, et pour les textes réglementaires cela devient pratiquement impossible. En outre, dans notre cas précis de la fusion à l'envers, la volonté du législateur est muette.

L'invocation d'un abus de droit pour recherche d'un but exclusivement fiscal, déjà difficile par le passé, semble s'être compliquée avec la réforme, de sorte que, dans les faits, on pourrait presque en tirer comme conclusion que la liberté du sens de la fusion est totale. La société en difficulté qui souhaiterait absorber une société bénéficiaire avec pour unique motivation de profiter du report des déficits pourrait le faire en l'absence d'indices sur les objectifs des auteurs des textes. La charge de la preuve, en cas de remise en cause d'une fusion à l'envers motivée uniquement par le bénéfice du report des déficits, reposerait sur l'administration. Or une telle preuve semble extrêmement compliquée à apporter.

Finalement, comme l'ont souligné plusieurs commentateurs, le changement d'activité est le seul vrai risque des fusions à l'envers. L'enjeu est de maintenir l'identité de la société absorbante, à défaut de quoi il y aura cessation d'activité, et donc perte du report déficitaire. Si les deux sociétés exercent la même activité, la différence de taille n'est pas décisive puisque l'entité issue de la fusion continuera d'exercer la même activité. Par contre, si les deux sociétés exercent des activités différentes, il peut exister un risque de changement d'identité, et il faut alors se reporter aux développements précédents. La reprise par une petite société déficitaire d'une plus grosse société bénéficiaire exerçant une activité différente est risquée lorsque l'activité initiale de la société absorbante décline. Le véritable risque pour une société en difficulté déficitaire absorbant une société bénéficiaire se situe au niveau du

caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

maintien de l'activité plus qu'à une requalification sur le fondement de l'abus de droit : elle doit veiller à maintenir son identité¹⁰³.

En conclusion sur ce point, nous reprendrons les termes d'Olivier Fouquet : « la jurisprudence sur le sens des fusions, si favorable soit-elle aux opérations de restructuration, n'est pas pour autant un chèque en blanc ».

¹⁰³ V. en ce sens : J.-L. Pierre, *Fusion à l'envers*, Dr. sociétés, 2007, n° 10, comm. 190 ; O. Fouquet, *Le sens des fusions : du nouveau ?*, Dr. fiscal, 2007, n°52, comm. 1085

CONCLUSION

Au terme de cette étude, une remarque confirmative s'impose : les conditions pour procéder à une fusion impliquant une société en difficulté se révèlent relativement complexes. Toutefois, un point positif se dégage de cette affirmation. Parler de complexité au sujet de cette opération, c'est faire le postulat qu'elle est réalisable, sinon le terme adéquat serait impossibilité.

En effet, en matière de fusion de sociétés en difficulté, l'impossibilité est présente mais minoritaire. Ainsi, lorsqu'il est envisagé de procéder à cette opération, seuls certains obstacles se montrent incontournables. Il n'est ainsi pas imaginable de procéder à une fusion lorsqu'une société est en procédure collective et il n'est pas possible d'absorber une société à l'actif net négatif ou une société en phase liquidative lorsque la répartition des actifs entre les associés a fait l'objet d'un début d'exécution.

En dehors de ces obstacles incontournables, le principe est la libre réalisation de la fusion, avec néanmoins un encadrement plus ou moins important selon les difficultés de la société. L'optimisme est de mise, car toute opération juridiquement réalisable et structurée d'une manière correcte n'a aucune raison de ne pas aboutir.

Cependant, si l'optimisme est notre attitude envers la figure de la fusion des sociétés en difficulté en elle-même, celui-ci ne saurait occulter le défi que constitue l'accomplissement de l'opération sur le long terme. La réussite d'une fusion implique non seulement de la mener à bien lors de sa réalisation mais aussi sur le long terme de permettre à la société issue de l'opération d'être profitable et de s'épanouir dans son environnement concurrentiel. Pour cela, les impératifs sont nombreux : il faut intégrer les nouveaux actifs au sein de la structure unique issue de la fusion, rationaliser les activités, mettre en œuvre de nouvelles stratégies de développement...

La réalisation de la fusion à travers le dépassement des obstacles techniques juridiques et fiscaux que nous avons identifiés n'est donc qu'une première étape d'une mission de plus grande envergure qui consiste à assurer la rentabilité et la réussite de l'entreprise dans le futur. Et cette tâche est des plus complexes car, l'opération intégrant au moins une société non prospère par hypothèse, le fossé n'est que plus grand à combler pour atteindre la rentabilité

souhaitée. On pourrait craindre que le jeu n'en vaille pas la chandelle et que la figure de la fusion soit dès lors délaissée en matière de sociétés en difficulté.

Toutefois, il est une loi omniprésente du capitalisme qui énonce que le profit est la rançon du risque. Le stratège, menant une fusion intégrant une société en difficulté et assurant par la suite la rentabilité de l'entreprise, pourrait bénéficier d'une récompense substantielle pour sa réussite à travers le chiffre d'affaires que sont susceptibles de dégager la ou les activités nouvelles consolidées post-fusion.

Il n'y a donc pas à craindre que la technique de la fusion de sociétés en difficulté soit délaissée, dès lors qu'elle est susceptible d'être profitable à quiconque prend le risque s'y confronter et de la mener à son terme. Les opérations risquées et profitables attirent toujours des investisseurs et des entrepreneurs.

BIBLIOGRAPHIE

Textes législatifs ou réglementaires

- Code civil
- Code de commerce
- Code général des impôts
- Livre des procédures fiscales
- Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

Manuels, encyclopédies et thèses

Ouvrages généraux :

- M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés : régime juridique et fiscal*, 6^{ème} éd., Groupe Revue Fiduciaire
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF
- B. Colasse, *Introduction à la Comptabilité*, 11^{ème} éd., Economica
- Lexique de finance Vernimmen, 2012

Aspects juridiques :

- A. Bonnasse, *FUSIONS-SCISSIONS. – Principes généraux*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 161-10
- A. Bonnasse, *FUSIONS-SCISSIONS. – Réalisation des fusions et scissions*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 162-10
- M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 24^{ème} éd., LexisNexis
- A. Cathelineau-Roulaud, *LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS. – Mise en œuvre de la liquidation*, JurisClasseur Sociétés Traité, Fasc. 31-20
- P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien
- *Mémento Sociétés Commerciales 2012*, Editions Francis Lefebvre
- J. Mestre, D. Velardocchio, *Lamy Sociétés Commerciales 2012*, Editions Lamy

- J.-M. Moulin, *Fusion, scission et apport partiel d'actif*, Répertoire de droit des sociétés
- F. Pérochon, R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, 8^{ème} éd., L.G.D.J
- M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, 2002
- J.-L. Vallens, *Lamy Droit Commercial 2012*, Editions Lamy

Aspects fiscaux :

- P. Gastineau, *FUSIONS ET SCISSIONS DE SOCIÉTÉS APPORTS PARTIELS D'ACTIF. – Régime spécial des fusions*, JurisClasseur Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 1130-30
- D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2^{ème} éd., Montchrestien
- Dossiers Pratiques Francis Lefebvre, *Fusions, Apports partiels d'actif, scissions*, Editions Francis Lefebvre
- *Mémento Fiscal 2012*, Editions Francis Lefebvre
- *Mémento Fusions et Acquisitions – Règles françaises et résultat fiscal*, Editions Francis Lefebvre
- J. Schmidt, C. Jue-Mohr, *Lamy Fiscal 2012*, Editions Lamy

Jurisprudence – Notes sous arrêts

Judiciaire :

- CA Paris, 28 décembre 1992, Juris-Data n°1992-024250 ; Bull. Joly 1993, p. 437, § 124, note Paul Le Cannu
- Cass. com., 9 novembre 2010, n° 09-70726 : Bull. Joly 2011 n°2, 122, note P. Le Cannu ; JCP E. 2011 n°5, 1073, note M.-L. Coquelet
- CA Paris, 10 avril 1986 : Rev. sociétés 1986, 428, note Daigre ; D. 1987. Somm. 391, obs. Bousquet ; Bull. Joly 1986. 691.
- Cass. com., 28 septembre 2004, n° 00-17.225 : Act. proc. coll. 2004, n° 227, obs. Rétif
- CA Chambéry, 22 janvier 1990 : Dr. sociétés 1992, n° 160, obs. Chaput

- Cass. com., 9 mai 1987 : Rev. proc. coll. 1987, n° 4, p. 29, obs. Didier
- CA Paris, 17 décembre 1993 : Rev. sociétés 1994. 106, note Chaput
- Cass. com., 3 juin 1997, n° 93-18.425 : Bull. Joly 1997, p. 768, § 284, note J.-M. Calendini
- Cass. com., 7 juillet 2004, n° 03-10.044
- CA Aix-en-Provence, 25 mai 2004, Bull. Joly 2005, § 131, p. 581, note F.-X. Lucas
- Cass. com., 12 juillet 2005, n° 02-19.860 et n° 03 -14.809 : D. 2005, p. 2002, obs. A. Lienhard, Dr. sociétés 2005, comm. 180, note J. Monet, JCP E. 2005, 1879, note J.-P. Legros, D. 2005, p. 2950, note J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles, Dr. & patr. 2005, n° 143, p. 85, chr. D. Poracchia, Rev. sociétés 2005, p. 913, note J.-P.. Sortais, Bull. Joly 2006, p. 35, note P. Le Cannu
- Com. 16 mars 2010, n° 08-13.147, D. 2010. 825, obs. A. Lienhard, et 1110, chron. M.-L. Bélaival, I. Orsini et R. Salomon ; Act. proc. coll. 2010/8, n° 122, note J. Vallansan

Administrative :

- TA Rennes, 26 février 2009, n° 06-1980
- CAA Douai, 8 mars 2011, n° 09-967 : RJF 7/11 n° 792
- CAA Douai, 22 mai 2001, n° 96-2857 : RJF 11/01 n° 1425 ; Dr. fiscal, 2002, n°8, comm. 182, concl. G. Mulsant
- CE, 18 mai 2005, n° 259275 : RJF 8-9/05 n° 834
- CE, 10 juillet 2007, n° 288484 : RJF 11/07 n° 1219
- CE, 30 novembre 2007, n° 284621 : Dr. fiscal, 2007, n° 49, comm. 1125
- CCA Nantes, 5 février 2003, n° 99-1086 : RJF 6/03 n° 695
- CAA Douai, 18 mars 2004, n° 01-1065 : RJF 3/05 n°226
- CAA Lyon, 19 juin 2008, n° 04-106 : RJF 1/09 n° 12
- CE, 21 mars 1986, n° 53002 : Dr. fiscal, 1986, n° 31, comm. 1446 ; RJF 1986, n°470, concl. O. Fouquet, p. 267
- CAA Paris, 18 juin 2007, n° 06PA01941 : Dr. fiscal, 2007, n° 52, com. 1085, note O. Fouquet ; Dr. sociétés, 2007, com. 190 ; Bull. Joly, 2007, p. 1329, § 349, note A. Couret

Documentation de l'administration

- Instr. 30 décembre 2005, BOI n° 4 1-1-05
- Instr. 21 août 2002, BOI n° 13 D-2-02
- D. adm. 9 mars 2001, 4 A-6123
- D. adm. 30 octobre 1996, 4 H-2211

Articles de doctrine

Aspects juridiques :

- B. Caillaud et A. Bonnasse, *Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la portée des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes*, Bull. Joly 1994, p. 733, § 204
- S. Dana-Demaret et Y. Reinhard, *Lexique de droit des sociétés et des groupements d'affaires*, Dalloz, 1993, p. 42
- J-J. Daigre, *Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?*, JCP E. n°31, 30 juillet 1992, 165
- M.-D. Douaoui, *A propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises*, LPA 8 janvier 2007, p. 4
- A. Lienhard, *Pas de transmission universelle de patrimoine à l'associé unique en cas de procédure collective*, D. 2005
- F.-X. Lucas, *Vade mecum de la liquidation dite « amiable » des sociétés*, Bull. Joly, 2009, p. 285
- G.-J. Martin, *La notion de fusion*, RTD com. 1978, p. 271
- T. Massart, *Panorama de l'environnement juridique de la restructuration*, Revue Lamy Droit des Affaires – 201054

Aspects fiscaux :

- BF 6/06 – n° 630 – Informations du mois – Impôt sur les sociétés, Editions Francis Lefebvre

- Ph. Grousset et P. Carcelero, *Sens des fusions : quelles limites à la liberté des parties ?*, Option Finance, 5 novembre 2007, p. 24 – 26
- Alain Couret, *La fusion à l'envers à l'épreuve d'un attendu de trop*, Bull. Joly, 2007, p. 1329
- G. Damy, *La fiscalité des fusions et acquisitions de sociétés : étude synthétique pour une stratégie efficiente*, Dr. fiscal, 2005 n°14, 7 avril 2005, Etudes 13
- O. Fouquet, *Le sens des fusions : du nouveau ?*, Dr. fiscal, 2007, n°52, comm. 1085
- J.-L. Pierre, *Transfert des déficits de la société absorbée*, Dr. sociétés, 2006, n° 7, comm.118
- F. Perrotin, *Le juge administratif rend une décision troublante en matière de fusion à l'envers*, LPA 25 septembre 2007, p. 4
- F. Perrotin, *Prudence sur les fusions à l'envers*, La Tribune, 2 octobre 2007, p. 14
- J.-L. Pierre, *Fusion à l'envers*, Dr. sociétés, 2007, n° 10, comm. 190
- R. Poirier, *Refus d'agrément pour le transfert des déficits de holdings pures*, Dr. fiscal, 2011, n° 37, comm. 503

Autres

- Bull. CNCC 1991
- Bull. CNCC 1994
- Bull. CNCC 2000
- CRC, règlement n°2004-01
- M. Marini (sénateur), Rapport n° 114 sur la loi de finances rectificatives pour 2004
- *Rép. Montebourg* : AN 17 mai 2005, p. 5151 n° 52523
- *Rép. De Richemont* : Sén. 30 mars 2006, p. 923 n° 17801
- *Rép. Poncelet* : Sén. 12 mai 1982, p. 1897 n° 2059