
Rédaction des traités de fusion, formalisme, comment être efficace ?

Olivier Sanviti, Avocat, membre de l'ACE-Avocats
Conseils d'Entreprises

Christophe Velut, Membre de la Commission
évaluation de la CNCC



Avocats Conseils d'Entreprises

Atelier 5



COMPAGNIE
NATIONALE DES
COMMISSAIRES AUX
COMPTES

Sommaire

- Dispositions générales applicables au projet de traité
- Points d'attention liés aux projets de traité
- Les diligences du commissaire à la fusion et des commissaires aux comptes des sociétés absorbante et absorbée(s) sur le projet de traité
- Quelles diligences à mettre en œuvre en cas d'erreurs identifiées lors du contrôle du projet de traité ?

Partie 1 :

Les dispositions générales liées aux traités de fusion



Partie 1 : sommaire

I. Dispositions générales applicables au projet de traité

- Règlementation applicable
- Etablissement et approbation du projet de traité
- Contenu du projet de traité
- Planning d'établissement du projet de traité
- Publicité et communication du projet de traité avant la fusion
- Publicité et communication du projet de traité après la fusion

I- Règlementation applicable

Règlementation applicable

- **Article 1844-4 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. Elle peut aussi transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles.”*
- **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. Une société peut aussi par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés nouvelles.”*
- **Article L.236-3 du Code de commerce** : *“la fusion [...] entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires...”*
- **Article 210 du CGI** : report d'imposition des plus-values latentes de la société absorbée (régime de faveur).
- **Article 816 du CGI** : droits d'enregistrement des actes de fusion.

I- Etablissement et approbation du traité

Qui arrête le projet de traité ?

L'organe en charge d'arrêter le traité de fusion dans la société absorbante et dans la société absorbée dépend du type de société concernée :

- SARL : le Gérant
- SAS : le Président
- SA : l'AG ou le CA selon les dispositions des statuts. Ces organes peuvent donner pouvoir au Président ou à un autre membre pour arrêter et signer le projet de traité.

NB : pensez toujours à poser la question à vos clients de l'existence d'un **pacte d'associés ou d'actionnaires**. Dans l'immense majorité des cas, la fusion entre sociétés est soumise à l'autorisation des investisseurs financiers. Il est à noter que ces derniers disposent souvent d'un droit de **veto** sur cette question.

Qui approuve le projet de traité ?

L'AGE de la société absorbée et l'AGE de la société absorbante.

I- Etablissement et approbation du traité

Quand le projet de traité devient-il définitif ?

Date d'effet

L'article L.236-4 du Code de commerce prévoit deux hypothèses :

« La **fusion** ou la scission prend effet :

1° en cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, **à la date d'immatriculation, au registre du commerce et des sociétés, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles ;**

2° dans les autres cas, **à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération sauf si le contrat prévoit que l'opération prend effet à une autre date,** laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine ».

I- Etablissement et approbation du traité

Quand le projet de traité devient-il définitif ?

Date d'effet

Dans l'hypothèse où l'opération envisagée entraîne la **création d'une société nouvelle**, la **date d'immatriculation** au registre du commerce et des sociétés est **impérative**.

En revanche, **lorsque la ou les sociétés bénéficiaires des apports sont des sociétés préexistantes**, la loi fixe une date correspondant à la **dernière assemblée générale tenue**, mais admet la possibilité d'un report contractuel des effets de l'opération soit à une date antérieure à celle de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération, que l'on peut considérer comme la date de sa réalisation définitive (**effet rétroactif**), soit à une date postérieure (**effet différé**).

I. Contenu du projet de traité

8 mentions obligatoires prévues par l'article L.236-1 du Code de commerce :

1. La forme,
2. la dénomination,
3. le siège social de toutes les sociétés participantes,
4. Les motifs,
5. Les buts,
6. Les conditions de la fusion ou de la scission ;
7. La désignation, et
8. L'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue. En pratique, il conviendra d'adopter une présentation par grandes masses. Quid des annexes ?

I- Contenu du projet de traité

Informations à donner en annexe au projet de traité

- Quelles informations donner en annexe ?
- Quel niveau de détail donner ?
- Doit-on déposer au greffe les annexes (cf. infra) ?

I- Contenu du projet de traité

Informations à fournir en annexe au projet de traité

En pratique, il est cependant fortement recommandé d'enrichir les rubriques obligatoires par les informations suivantes :

- méthodes d'évaluation utilisées et motifs du choix du rapport d'échange des droits sociaux (éventuellement le montant de la soulte)
- montant prévu de la prime de fusion
- comptes de la société absorbée et de la société absorbante (+ dates d'arrêtés des comptes)

I- Contenu du projet de traité

Informations à fournir en annexe au projet de traité

En pratique, il est cependant fortement recommandé d'enrichir les rubriques obligatoires par les informations suivantes (suite) :

- descriptif des éléments d'actif et de passif transférés, essentiellement pour ceux dont une identification précise est nécessaire pour effectuer le transfert au nom de la société absorbante (droits de propriété intellectuelle et industrielle, biens et droits immobiliers, contrats de travail)
- liste des litiges éventuels de l'Absorbée
- états des engagements hors bilan transmis. Rque : juridiquement, aucune disposition n'impose d'annexer les méthodes d'évaluation utilisées et les motifs du choix du rapport d'échange des titres. Cf commentaires infra

I- Les grandes étapes d'une opération de fusion

1. Rédaction du projet de fusion
2. Convocation et réunion des conseils d'administration ou des directoires des sociétés intéressées de forme anonyme afin d'**arrêter le projet de traité** et, le plus souvent, de donner pouvoir au président ou à un membre pour signer ledit traité.

Dans les SARL, le projet de fusion sera arrêté et signé par le gérant.

Dans les SAS, la signature du président sera souvent requise mais les statuts peuvent prévoir la compétence d'un autre organe de direction pour arrêter les termes de ce projet et sa signature.

3. **Dépôt d'une requête conjointe auprès du tribunal de commerce pour la nomination d'un commissaire aux apports** sauf décision unanime contraire ;

Les commissaires vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable.

4. **Dépôt du projet de traité au greffe** du tribunal de commerce du siège social de chacune des sociétés concernées.

I- Les grande étapes d'une opération de fusion

5. **Publication du projet de fusion au Bodacc** (sauf publication sur les sites internet des deux sociétés cf. slide 19) pour la société absorbée et la société absorbante
6. **Approbation par l'assemblée générale extraordinaire** de chacune des sociétés qui participent à l'opération
7. Etablissement par les sociétés anonymes, les sociétés européennes et les sociétés participant à une fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne d'une **déclaration de conformité** relatant tous les actes effectués en vue de procéder à la fusion
8. **Enregistrement** du projet de traité
9. **Publication** dans un journal d'annonces légales de la dissolution de la société absorbée
10. **Dépôt au greffe du tribunal de commerce** dont dépend la société absorbante des documents relatifs à la fusion
11. **Demande de radiation** de la société absorbée

I. Planning : fusion entre 2 SA

DATE	OPERATION
J-90	Mise au point de la fusion : modalités financières de l'opération d'apport (évaluations, rémunération de l'apport)
Si l'intervention d'un Commissaire à la fusion n'est pas écartée par les associés des sociétés participantes	
J-80	Dépôt d'une requête conjointe par les représentants des sociétés absorbante et absorbée auprès du greffe du tribunal de commerce en vue de la désignation du Commissaire à la fusion chargés d'établir deux rapports : l'un sur les modalités de la fusion et l'autre sur la valeur des apports et des avantages particuliers
J-80	Si les pouvoirs du Gérant de la <u>société absorbante</u> sont limités et qu'une autorisation est requise , réunion du CA de la société absorbante afin de: <ol style="list-style-type: none">1) Si l'autorisation doit être donnée par le CA, afin d'autoriser le dirigeant à arrêter les conditions de la fusion et à établir le projet de traité de fusion2) Si l'autorisation doit être donnée par les actionnaires, afin de convoquer l'AG en vue d'autoriser le dirigeant à arrêter les conditions de la fusion et à établir le projet de traité de fusion3) Si la date retenue pour arrêter les conditions de l'opération se situe en cours d'exercice, afin d'arrêter une situation comptable à la date retenue (en général celle de la clôture du dernier exercice social)

I- Planning : fusion entre 2 SA

DATE	OPERATION
J-80	Si les pouvoirs du Gérant de la <u>société absorbée</u> sont limités et qu'une autorisation est requise , réunion du CA de la société absorbée afin de : 1) Si l'autorisation doit être donnée par le CA, afin d'autoriser le dirigeant à arrêter les conditions de la fusion et à établir le projet de traité de fusion. 2) Si l'autorisation doit être donnée par les actionnaires, afin de convoquer l'AG en vue d'autoriser le dirigeant à arrêter les conditions de la fusion et à établir le projet de traité de fusion. 3) Si la date retenue pour arrêter les conditions de l'opération se situe en cours d'exercice, afin d'arrêter une situation comptable à la date retenue (en général celle de la clôture du dernier exercice social).
J-60	Si les pouvoirs du dirigeant de la <u>société absorbante</u> sont limités et qu'une autorisation des actionnaires est requise , réunion de l'AG des actionnaires de la société absorbante autorisant le dirigeant à arrêter définitivement les conditions de l'opération et à établir le projet de traité de fusion.
J-60	Si les pouvoirs du dirigeant de la <u>société absorbée</u> sont limités et qu'une autorisation des actionnaires est requise , réunion de l'AG des actionnaires de la société absorbée autorisant le dirigeant à arrêter définitivement les conditions de l'opération et à établir le projet de traité de fusion.
J-60	Notification de l'opération envisagée à l'Autorité de la Concurrence lorsque l'opération est soumise au contrôle des concentrations économiques.
J- 60	Consultation du comité d'entreprise de la société absorbante et/ou de la société absorbée si elles disposent d'un tel comité.

I- Planning: fusion entre 2 SA

DATE	OPERATION
J-55 à J-35	Mise au point du projet de traité
J-35	Réunion du CA de la <u>société absorbée</u> approuvant le projet de traité de fusion.
J-35	Réunion du CA de la <u>société absorbante</u> approuvant le projet de traité de fusion.
J-35	Signature du projet de traité de fusion par les Gérants des sociétés absorbée et absorbante.
J-35	Mise à disposition des actionnaires de chacune des sociétés participantes au siège social du rapport du Commissaire à la fusion, du rapport du CA, des comptes annuels approuvés par les actionnaires ainsi que des rapports de gestion des 3 derniers exercices.
J-35	<ul style="list-style-type: none">- Dépôt du projet de fusion au greffe du tribunal de commerce du siège social de chacune des sociétés participant à l'opération.- Insertion contenant les mentions visées aux articles L.236-6, alinéa 2 et R.236-2, alinéa 2 et suivants du Code de commerce au Bodacc pour chacune des sociétés participant à l'opération.
J-35	S'il existe des obligataires dans la société absorbée, réunion de l'assemblée générale des obligataires de la société absorbée à l'effet de statuer sur le projet de traité.

I- Planning: fusion entre 2 SA

DATE	OPERATION
De J-30 à J	Délai d'opposition des créanciers (droit d'opposition ouvert à tous les créanciers, tant de la société absorbante que de la société absorbée).
J-20	Convocation en AG des associés de la société absorbée afin d'approuver la fusion et de décider la dissolution sans liquidation de la société absorbée.
J-20	Convocation en AG des associés de la société absorbante afin d'approuver la fusion et l'augmentation de capital en résultant.
J	AG extraordinaire des associés de la société absorbée approuvant la fusion et la dissolution sans liquidation de la société absorbée.
J	AG extraordinaire des associés de la société absorbante approuvant la fusion et l'augmentation de capital en résultant.
J+30	<ul style="list-style-type: none">- Enregistrement fiscal ;- Avis au journal d'annonces légales ;- Dépôt au greffe du tribunal de commerce et inscription modificative au RCS accompagnée de la déclaration de régularité et de conformité (rendant la fusion opposable aux tiers) ;- Déclaration auprès des administrations fiscales et des organismes sociaux ;- Si l'apport de la société absorbée comprend des immeubles : dépôt du projet de traité au rang des minutes d'un notaire en vue de l'exécution des formalités de publicité foncière ;- Autres formalités spécifiques, le cas échéant, en fonction de la nature des biens apportés (formalités auprès de l'INPI en cas d'apport de marques ou brevets, par exemple).

I- Publicité et communication du projet de traité avant la fusion

Au moins 30 jours avant la date de la première AG appelée à statuer sur l'opération, ce projet, signé par le Président du conseil d'administration, le Gérant ou le Président de la SAS (ou l'organe statutaire habilité) :

- sera **déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social des sociétés absorbantes et absorbées**
- et fera l'objet d'un **avis**, pour chacune des sociétés participant à la fusion ou à la scission, **inséré au BODACC**

Cette publication au BODACC est essentielle dans la mesure où **elle fait courir le délai d'opposition des créanciers de la société absorbée** dont la créance est antérieure à cette publicité

L'opposition des créanciers doit être formée dans le délai de **30 jours** de la dernière des insertions au BODACC

Le non-respect de ce délai d'opposition des créanciers ne remet pas en cause la fusion, mais il fait peser sur la société absorbante le **risque de devoir désintéresser un créancier** ayant fait opposition alors que les opérations sont déjà réalisées

I- Publicité et communication du projet de traité avant la fusion

Mentions de l'avis au BODACC

1. Pour chacune des sociétés participant à l'opération : sa dénomination sociale, suivie, le cas échéant, de son sigle, sa forme, l'adresse de son siège, la mention de son capital, le numéro unique d'identification de la société ainsi que la mention RCS, suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où la société est immatriculée
2. En cas de création de société nouvelle : la raison sociale ou la dénomination, suivie, le cas échéant de son sigle, la forme, l'adresse de son siège, le montant du capital des sociétés nouvelles qui résultent de l'opération
3. Pour les fusions-absorptions : le montant de l'augmentation de capital des sociétés existantes
4. L'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue
5. Le rapport d'échange des droits sociaux
6. Le montant prévu de la prime de fusion ou de scission
7. La date du projet ainsi que les dates et lieu des dépôts de ce projet au greffe du tribunal de commerce

I- Publicité et communication du projet de traité avant la fusion

L'insertion au *BODACC* n'est pas requise lorsque, pendant une période ininterrompue commençant au plus tard 30 jours avant la date fixée pour l'AG ou la décision des associés appelée à se prononcer sur le projet de **traité**, la société publie sur son site internet le projet de **traité**. Cette publication contient les mêmes mentions que l'avis publié au *BODACC* et peut être consultée sans frais

Lorsque le site internet n'est plus accessible pendant une période ininterrompue d'au moins 24h, le projet de **traité** fait l'objet d'un avis publié, sans délai, par insertion au *BODACC*. Dans ce cas, le délai de 30 jours prévu entre la publicité du projet de **traité** et la réunion de l'AG ou la décision des associés est suspendu jusqu'à cette publication

Lorsque les actions de l'une au moins des sociétés **fusionnantes** sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou si toutes les actions de l'une d'entre elles au moins ne revêtent pas la forme nominative, un avis est en outre publié au *BALO*

I- Publicité et communication du projet de traité après la fusion

- Avis de réalisation de la fusion et d'augmentation du capital de la société absorbante dans un JAL
- Avis de dissolution de la société absorbée dans un JAL
- Dépôt au greffe du Tribunal de commerce dont dépend la société absorbante des documents relatifs à la fusion
- Déclaration auprès des administrations fiscales et des organismes sociaux
- Si l'apport à la société absorbée comprend des immeubles : dépôt du projet de fusion au rang des minutes d'un notaire en vue de l'exécution des formalités de publicité foncière
- Autres formalités en fonction de la nature des biens apportées (e.g. formalités auprès de l'INPI en cas d'apport de marques ou de brevets)

Partie 2 : Les points d'attention liés aux projets de traité



Partie 2 : sommaire

II. Points d'attention liés aux projets de traité

Liés au contenu

- ✓ Motifs de la fusion
- ✓ Régimes fiscaux
- ✓ Effets de la fusion
- ✓ Valeur comptable d'apport
- ✓ Parité

Liés aux opérations

- ✓ Fusions à 100%
- ✓ Fusions de plusieurs sociétés
- ✓ Fusions réduction
- ✓ Fusions à effet différé
- ✓ TUP

Liés aux modifications du projet de fusion

II- Points d'attention : motifs de la fusion

Généralités

La description des motifs de la fusion est importante, à plusieurs titres (vis à des vis des associés, de l'administration fiscale - le motif ne doit pas être but exclusivement fiscal-,...), cependant, les textes n'indiquent pas le niveau d'informations à donner.

II- Points d'attention : motifs de la fusion

Exemples de motifs

- Économie d'échelles
- Économie d'intégration verticale
- Synergies de croissance
- Raisons fiscales
- Réduire la concurrence
- Éliminer les inefficiences
- Intégrer un nouveau marché

(a) prudence dans la présentation de ce motif (cf supra)

II- Points d'attention : régimes fiscaux

Régimes fiscaux / projet de traité

- En l'absence de mention dans le projet de traité, le régime de droit commun est applicable.
- Les options pour les régimes de faveur doivent être mentionnées dans le projet de traité.
- Attention: il n'existe pas de régime de faveur applicable à tous les types d'impôts.
- Rappel : le régime de faveur n'est pas toujours plus favorable que le régime de droit commun

II- Points d'attention : régimes fiscaux

Régimes fiscaux / projet de traité

- Le projet de traité doit mentionner la reprise des engagements en cas de plus values en sursis d'imposition résultant d'opérations précédentes.
- La simple référence à un texte fiscal ne suffit pas, il faut reprendre dans le projet de traité l'ensemble des engagements (concernant la société absorbée et l'absorbante).
- La date d'effet retenue sur le plan fiscal doit être mentionnée.

II- Points d'attention : effets de la fusion

Transfert de plein droit des actifs

La fusion entraîne la **transmission universelle du patrimoine** de la société qui disparaît au profit de la société bénéficiaire dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération

La société absorbante devient l'ayant cause à titre universel des sociétés absorbées, tenue de toutes les obligations de ces dernières, non réservées lors de la fusion

Si des biens ne doivent pas être transmis, il convient de le préciser expressément dans le projet de traité ; à défaut, c'est le principe de la transmission universelle qui l'emportera, sauf si le bien n'est pas transmissible

Cette transmission est indissociable de la dissolution de la personne morale absorbée et ne peut se réaliser tant que cette dernière n'est pas dissoute

Les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil en matière de transport de créances ou de droits ne sont pas requises en cas de fusion, seul un droit d'opposition étant ouvert aux créanciers des sociétés participant à l'opération de fusion

II- Points d'attention : effets de la fusion

Éléments non transmissibles

La transmission universelle de patrimoine qu'entraîne la fusion de sociétés **ne peut porter sur les conventions conclues *intuitu personae***

La jurisprudence a eu à se prononcer sur l'absence de transmission de contrats conclus en considération de la personne qui s'oblige à exécuter la prestation prévue ou de contrats qualifiés par les parties d'intransmissible. Ainsi, la fusion-absorption n'entraîne pas le transfert d'un contrat :

- de mandat de syndic ; admettre ce transfert entraînerait dessaisissement du pouvoir exclusif des copropriétaires de désignation du syndic (cass. com. 30 mai 2000, n° 97-18457)
- de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur qui ne peut être transmis qu'avec l'accord du franchiseur (cass. com. 3 juin 2008, n° 06-18007 ; cass. com. 24 novembre 2009, n° 08-16428, à propos d'un apport partiel d'actif)
- conclu par la société absorbée et prévoyant que les droits et obligations dévolus ne sont pas cessibles ou transférables sans accord préalable du cocontractant (cass. com. 13 décembre 2005, n° 03-16878)
- prévoyant une impossibilité de transfert du droit d'usage d'une marque d'ailleurs, à compter de l'absorption de la personnalité morale de la société cessionnaire de la marque, celle-ci avait disparu (cass.com. 18 février 1997, n° 95-10015)

II- Points d'attention : effets de la fusion

Reprise du passif et des obligations de la société absorbée

- La société absorbante devient de plein droit débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée et elle reprend les obligations pesant sur cette dernière. Ainsi, l'obligation de non-concurrence souscrite par l'absorbée se transmet de plein droit à la société absorbante (cass. com. 13 février 1963).
- La société absorbante reprend de plein droit le passif de la société absorbée existant au jour de la réalisation définitive de la fusion ; cet effet substitutif global porte sur le passif décrit dans le projet de traité **mais aussi sur celui omis dans ce document**. Ainsi, une société est responsable des conséquences de la faute inexcusable commise par les dirigeants d'une société qu'elle avait absorbée (cass. soc. 29 avril 1980, n° 79-11496).
- Il existe toutefois une **limite** à cette transmission universelle **pour les infractions pénales**.

II- Points d'attention : effets de la fusion

Impacts sur les organes de direction et de contrôle

Les organes de direction ou de surveillance de la société absorbée cessent leur fonction au jour de la réalisation définitive de la fusion et donc de la dernière des assemblées approuvant le projet de traité. Très souvent, l'AGE ou la décision collective de la société absorbée donnera quitus au conseil d'administration, au Gérant ou au Président pour les opérations effectuées

Transmission des contrats de travail en cours

Les contrats de travail en cours au jour de la fusion conclus par la société absorbée subsistent entre la société absorbante et le personnel de l'entreprise (Art. L.1224-1 du Code du travail). Ce dispositif de maintien des contrats de travail est d'ordre public et s'impose aux salariés comme à la société absorbante devenu chef d'entreprise

II- Points d'attention : effets de la fusion

Date d'effet / projet de traité

- La date d'effet et la date de réalisation doivent être mentionnées dans le projet de traité
- La **date de réalisation** est la date de l'AGE qui approuve la fusion
- La **date d'effet** est :
 1. en cas de création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, **à la date d'immatriculation, au registre du commerce et des sociétés, de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles**
 2. dans les autres cas, **à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération sauf si le projet de traité prévoit que l'opération prend effet à une autre date**, laquelle ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transmettent leur patrimoine

II- Points d'attention : date d'effet

Date d'effet / généralités

La rétroactivité n'a d'effet qu'entre les sociétés absorbées et absorbante

Les tiers ne peuvent s'en prévaloir et ils doivent s'en tenir à la date de la réalisation définitive de l'opération

Cette rétroactivité ne modifie pas la règle fixée à l'article L.236-3 du Code de commerce selon laquelle l'opération entraîne la transmission universelle du patrimoine **dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive** de l'opération : il est alors impossible d'effacer rétroactivement des changements intervenus dans le patrimoine de la société qui disparaît, tel que l'acquisition d'un immeuble et les formalités de publicité foncière subséquentes

La rétroactivité permet avant tout de figer la parité d'échange à une date déterminée sans avoir à modifier les évaluations en fonction des opérations réalisées au cours de la période « intercalaire »

II- Points d'attention : valeurs comptables d'apport

Généralités

Le règlement n°2004-01 du 4 mai 2004 impose des règles d'évaluation des apports suivant la situation de contrôle au moment de l'opération et suivant le sens de l'opération

En principe, les biens apportés sont **évalués à la valeur comptable** lorsque :

- les opérations concernent **des sociétés sous contrôle commun**, quel que soit le sens de l'opération. Les sociétés sont considérées sous contrôle commun lorsqu'une des sociétés participant à l'opération contrôle préalablement l'autre ou lorsque les deux sociétés sont préalablement sous le contrôle d'une même société mère
- les opérations concernent **des sociétés sous contrôle distinct** lorsque l'opération est réalisée **à l'envers**

La fusion est dite réalisée à l'envers lorsque, après la fusion, l'actionnaire principal de la société absorbée prend le contrôle de la société absorbante

II- Points d'attention : valeurs comptables d'apport

Par dérogation au principe d'évaluation à la valeur comptable, les biens apportés sont **évalués à la valeur réelle** lorsque les opérations concernent :

- des sociétés sous contrôle distinct et qu'elles sont réalisées à l'endroit, c'est-à-dire lorsque l'actionnaire principal de la société absorbante conserve son contrôle sur celle-ci
- la filialisation d'une branche d'activité destinée à être cédée ; l'engagement de cession ou d'introduction en bourse doit figurer dans le traité d'apport et conduit à une perte de contrôle de la filiale bénéficiaire de l'apport
- des situations normalement soumises à l'évaluation à la valeur comptable mais que l'insuffisance d'actif net apporté ne permet pas la libération du capital de la société bénéficiaire de l'apport
- des sociétés contrôlées par la même personne physique

Les dispositions du règlement n° 2004-01 du 4 mai 2004 ne sont pas applicables aux opérations réalisées entre une société française et une société étrangère que cette dernière dispose ou non d'un établissement stable en France

II- Points d'attention : valeurs comptables d'apport

Valeurs comptables d'apports / projet de traité

- Mention dans le projet de traité de la méthode retenue (valeur réelle ou comptable), en fonction de la situation de contrôle
- Mention du détail des valeurs apportées à la date d'effet retenue par les parties (et non la date de réalisation)
- Dans la cas de fusion aux valeurs comptables :
 - Détail des valeurs brutes et amortissements à mentionner dans le projet de traité
 - Engagement de la société absorbante de reconstituer les valeurs brutes et amortissements / dépréciations

II- Points d'attention : valeurs comptables d'apport

Valeurs comptables d'apports / projet de traité

- Mention dans le traité des éléments qui devront être reconstitués par imputation sur la prime de fusion, le cas échéant (amortissements dérogatoires, subventions d'investissement,
- Détail du calcul du mali / boni de fusion, le cas échéant,
- Option retenue pour le traitement comptable des frais de fusion,
- Points particuliers à mentionner dans le projet de traité, le cas échéant : pertes intercalaires,....

II- Points d'attention : parité

Calcul de la rémunération / généralités

- Il faut bien distinguer les valeurs utilisées pour le calcul de la parité et les valeurs d'apport,
- La parité est toujours calculée par rapport aux valeurs réelles, sauf dans certains cas d'apports (conditions définies par l'administration fiscale pour autoriser le calcul de la parité aux valeurs comptables),
- Les valeurs réelles sont des valeurs économiques, qui peuvent être globales et déterminées indépendamment des contraintes comptables (approche différente de la valeur réelle d'apport),
- La parité est déterminée en tenant comptes des valeurs à la date de réalisation de la fusion, et non à la date d'effet.

II- Points d'attention : parité

Calcul de la rémunération / projet de traité

- Le projet de traité doit mentionner dans le corps du traité ou en annexe les comptes utilisés pour les valeurs, les méthodes utilisées, les valeurs induites globales et par action, et le calcul de la parité
- En pratique, les textes n'indiquent pas le niveau de détail du calcul de valeurs réelles qui doit être indiqué dans le projet de traité
- Le détail donné dans le projet de traité doit être suffisant pour que les associés des sociétés absorbantes et absorbées puissent se prononcer sur l'opération, ..., ainsi que le commissaire à la fusion

Partie 2 : sommaire

II. POINTS D'ATTENTION LIES AU PROJET DE TRAITE

Liés aux opérations

- Fusions à 100%
- Fusions de plusieurs sociétés
- Fusions réduction
- Fusions à effet différé
- TUP

II- Points d'attention : fusion à 100%

Fusion à 100 % ou fusion simplifiée

Lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de **fusion** et jusqu'à la réalisation de l'opération, la société absorbante (SA, SCA ou SAS) détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital de la société absorbée, la **fusion** est soumise à un régime simplifié

Sous ce régime, la **fusion** est décidée par les conseils d'administration ou les directoires des sociétés participant à l'opération. Il n'y a pas lieu :

- d'établir dans les deux sociétés concernées de rapports des dirigeants
- de faire intervenir un commissaire à la **fusion** ou aux apports
- de faire approuver la **fusion** par l'assemblée générale ou par une décision collective des associés de la société absorbée et de la société absorbante

II- Points d'attention : fusion à 100%

Fusion à 100 % ou fusion simplifiée / généralités

Toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital peuvent demander la désignation d'un mandataire afin de convoquer une assemblée ou une décision collective des associés appelée à se prononcer sur l'approbation de la **fusion**

Pour que ce régime puisse être retenu, il faut que la société mère absorbante détienne en permanence la totalité des actions ou des parts représentant l'entier capital de la filiale absorbée pendant le laps de temps s'écoulant entre :

- le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion
- et la réalisation de l'opération (c. com. [art. L. 236-11](#))

L'opportunité de préférer une fusion simplifiée - malgré un formalisme plus lourd - à une TUP apparaît surtout lorsque la société qui doit être dissoute ou absorbée, selon le cas, comprend dans son actif social des immeubles

II- Points d'attention : fusion à 100%

Fusion à 100 % ou fusion simplifiée / projet de traité

- Un projet de traité est obligatoire dans le cas d'une fusion simplifiée (cf. infra particularités des TUP)
- Le projet de traité doit indiquer le respect de la condition de détention à 100% (cf. supra)
- Le projet de traité doit explicitement indiquer le régime retenu par les sociétés (fusions simplifiées / TUP)
- Particularités : calcul du boni / mali de fusion à indiquer dans le traité de fusion

II- Points d'attention : fusions de plusieurs sociétés

Fusion de plusieurs sociétés / généralités

Aux termes de 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

Les sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre [d'une fusion] reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires et éventuellement une soulte en espèces dont le montant ne peut excéder 10 % de la valeur nominale des parts ou actions attribuées. »

Plus concrètement, une fusion est une opération par laquelle deux sociétés préexistantes se réunissent :

- a) soit **l'une des sociétés absorbe l'autre** (fusion absorption)
- b) soit **les deux sociétés se confondent en participant à la constitution d'une nouvelle société**

Les associés de la société absorbée (celle qui "disparaît") reçoivent, en échange des titres qu'ils détenaient dans cette société, des titres de la société absorbante

Cette opération entraîne une augmentation de capital de la société absorbante et la dissolution sans liquidation de la société absorbée

II- Points d'attention: fusion de plusieurs sociétés

Fusion de plusieurs sociétés / projet de traité

Lorsqu'une société absorbée absorbe plusieurs sociétés, il peut y avoir un seul projet de traité, si les parties sont d'accord, mais :

- il doit y avoir une partie par société absorbée,
- chaque partie doit être complète (régimes fiscaux, valeur comptable d'apport, date d'effet,...). Il ne peut y avoir un calcul global de certains éléments (ex. : mali de fusion).
- Il y aura une résolution par apport dans les textes de résolution.

II- Points d'attention : fusion réduction

Fusion-réduction / généralités

Sauf recours au régime de faveur de l'article L 225-213 permettant aux sociétés par actions de conserver momentanément leurs propres actions, dans le cas où les sociétés absorbée et absorbante détiennent des participations réciproques, il est souvent fait appel à une **fusion-réduction** et une **réduction de capital** pour éviter que la société absorbante ne devienne propriétaire de ses propres actions ou parts.

Attention aux impacts significatifs sur les capitaux propres dans le cas de fusions à l'envers de la société mère par sa fille.

II- Points d'attention : fusion réduction

Fusion réduction / projet de traité

- Le traité doit explicitement mentionner la réduction de capital (réduction totale, ventilation de la réduction entre capital et primes,...),
- Le rapport du commissaire aux comptes de la société absorbante devra établir un rapport distinct sur la réduction de capital,
- La parité est déterminée avant impact de la réduction de capital,
- La valeur d'apport sur laquelle se prononce le commissaire aux apports est avant réduction de capital.

II- Points d'attention : fusion à effet différé

Fusion à effet différé / généralités

Dans le cas d'une fusion à effet différé, le traité d'apport est établi pour les besoins de l'assemblée générale (date de réalisation de l'opération) sur la base des valeurs d'apport estimées à la date d'effet différé.

C'est pourquoi il convient de préciser que l'évaluation à cette date différée des valeurs d'apport est faite sous la condition résolutoire des valeurs comptables définitives telles qu'elles seront fixées à la date d'effet.

Cela permettra de corriger si nécessaire les valeurs définitives d'apport à la date d'effet de l'opération en contrepartie de la modification de la prime de fusion ou d'apport.

Attention aux risques liés aux opérations à effet différé (risque de surévaluation des apports).

II- Points d'attention : TUP

Transmission universelle du patrimoine (TUP) ou dissolution-confusion / généralités

- Elle est prévue à l'article 1844-5 du Code civil.
- Elle s'applique lorsqu'une société détient 100 % du capital d'une autre société. Dans ce cas, la société mère peut dissoudre sa filiale et il s'opère alors une transmission universelle du patrimoine vers la société mère sans liquidation de la filiale.
- Dans la TUP, il n'y a pas de traité de fusion, contrairement à une fusion mais une simple déclaration au greffe qui est le fait générateur de la transmission du patrimoine, celle-ci n'étant effective qu'après l'expiration du délai de 30 jours d'opposition des créanciers.
 - Cette déclaration doit comporter un certain nombre de mentions (détail de l'actif apporté, date d'effet, mali / boni de fusion,...),
 - En pratique, certaines sociétés établissent souvent des annexes à cette déclaration proches des traités de fusion.

II- Points d'attention : TUP

Transmission universelle du patrimoine (TUP) ou dissolution-confusion / généralités

- La TUP est à distinguer de la fusion dite simplifiée. En effet une TUP opère tout d'abord la dissolution de la société détenue à 100 % puis la transmission universelle du patrimoine. Dans une fusion-simplifiée, la dissolution de la société absorbée n'est qu'une conséquence de la ratification du projet de traité. Contrairement à la fusion, il n'y a pas d'échange de titres dans le cadre d'une TUP.
- Comme les fusions, elle peut bénéficier du régime fiscal de faveur des fusions.
- La TUP permet en outre d'absorber une société avec un actif net négatif.
- La TUP est particulièrement choisie pour sa simplicité et sa rapidité.

II- Points d'attention : TUP

Analyse comparative des régimes juridiques TUP/ Fusion simplifiée

	TUP	Fusion simplifiée
Rétroactivité/date d'effet		
Sur le plan juridique	<p>Expiration du délai d'opposition des créanciers.</p> <ul style="list-style-type: none"> - En cas d'opposition des créanciers, la date d'effet juridique sera : - la date de jugement de rejet de l'opposition ; - la date de remboursement des créanciers ; - la date de constitution de garanties. 	<p>Prise d'effet à la date d'approbation de la réalisation de la fusion sauf si le projet de traité prévoit une date d'effet différente, laquelle ne peut être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de l'absorbante ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de l'absorbée.</p>
Sur le plan fiscal	Rétroactivité fiscale.	<p>La date d'effet comptable et fiscale peut être rétroactive ou différée ; dans tous les cas, la date d'effet ne doit être ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de l'absorbante, ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de l'absorbée.</p>
Sur le plan comptable	Absence de rétroactivité comptable.	
Effet différé	Absence d'effet différé sur tous les plans.	<p>Effet différé dans le respect des dispositions de l'article L.236-4 du Code de commerce.</p>

II- Points d'attention : TUP

Analyse comparative des régimes juridiques TUP/ Fusion simplifiée

	TUP	Fusion simplifiée
Ouverture du délai d'opposition des créanciers	30 jours à compter de la publication au Journal d'annonces légales (JAL).	30 jours à compter de l'insertion d'un avis par chacune des sociétés parties à l'opération au Bodacc. La publicité au Bodacc peut toutefois être remplacée par une publicité sur le site internet de chaque société partie à l'opération
Traitement des oppositions des créanciers sociaux	En cas d'opposition de créanciers, la réalisation définitive de la TUP interviendra à : <ul style="list-style-type: none"> - La date de jugement de rejet de l'opposition ; - La date de remboursement des créanciers ; - La date de constitution de garanties avalisée par le Tribunal. 	En cas d'opposition de créanciers, l'absorbante est libre de : <ul style="list-style-type: none"> - Reporter la date de réalisation de l'opération au paiement des créances dues ; - Rejeter la réalisation de l'opération ; - Décider la réalisation de l'opération, le créancier conservant un droit préférentiel sur le patrimoine transmis.

II- Points d'attention : TUP

Analyse comparative des régimes juridiques TUP/ Fusion simplifiée

	TUP	Fusion simplifiée
Traitement fiscal		
En matière d'impôt sur les sociétés	Pas de distinction entre les deux régimes	
Droit d'enregistrement sur l'opération	Pas de distinction entre les deux régimes	
TVA	Pas de distinction majeure entre les deux régimes	
Transfert de biens immobiliers	Taxe de publicité foncière éligible au taux de 0,70 %. Dépôt au rang des minutes d'un notaire.	Dépôt au rang des minutes d'un notaire.
Décision sur la réalisation de l'opération	Décision irrévocable	Maitrise para l'absorbante de la réalisation ou non de l'opération à l'issue du délai d'opposition des créanciers.

II- Points d'attention : modifications du projet de traité

La modification du projet de fusion en l'absence d'AGE constitue un avenant à un contrat qui, normalement, implique un nouveau dépôt et un nouveau délai. En effet, les actionnaires minoritaires de la société absorbante (5 % au moins) doivent pouvoir bénéficier d'un délai d'au moins un mois pour pouvoir faire la demande de convocation d'une assemblée.

Toutefois, ce principe ne concerne que les **modifications substantielles**.

Pour des **modifications peu significatives**, il n'y a pas d'intérêt de refaire courir le délai de un mois. Il en est ainsi, par exemple, en cas de nouvelle écriture comptable à caractère purement technique ou de l'imputation des frais de l'opération sur le compte prime de fusion ou de l'affectation de celle-ci sur le compte réserve légale.

Ni les créanciers ni les actionnaires ne peuvent en effet se plaindre de ces opérations (ANSA, n° 11-070).

Par ailleurs, l'Association nationale des sociétés par actions a rappelé qu'en présence d'une fusion à 100 %, le conseil pourrait, par dérogation à la règle selon laquelle c'est l'AGE qui décide de l'utilisation de la prime de fusion, décider de modifier l'affectation de la prime telle qu'elle est prévue dans le projet de fusion déposé.

Partie 3 :
Les diligences des commissaires à la
fusion et du commissaire aux comptes
des sociétés qui fusionnent



III- 1 Préliminaire

L'environnement de risque lie au process d'établissement du projet de traite de fusion par les sociétés.

Exemples d'éléments à prendre en compte

Éléments généraux: environnement général de contrôle, certification des comptes des sociétés qui font partie du périmètre, organisation générale des services comptables (comptabilité générale, analytique,...), juridiques, sociaux, fiscaux, expérience interne des opérations de fusions en général

Éléments liés à l'opération envisagée: contexte économique et juridique général de l'opération, situations de risques spécifiques (fusion inamicale,...), expérience spécifique, en cas d'opérations complexes (apports partiels, scissions, effets différés,...), compétences spécifiques internes (juridiques, fiscales, en matière d'évaluations, assistance externe (recommandée généralement)

Délai de réalisation

III-2 CADRE GENERAL DU CONTROLE :

Absence de normes professionnelles,....., mais une doctrine professionnelle de la CNCC qui repose sur

- **2 avis techniques de la CNCC** relatifs aux missions de commissariat à la fusion et aux apports publiés en janvier 2011,
- **Le guide professionnel de la CNCC** « Commissariat aux apports et à la fusion mis à jour en juin 2012, qui précise les modalités pratiques de mise en œuvre des 2 avis techniques mentionnés ci-dessus, et propose des supports opérationnels susceptibles d'être utilisés.

III-2 CADRE GENERAL DES CONTROLES POUR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS :

- Pour le commissaire à la fusion / aux apports,
- Pour les commissaires aux comptes de la société absorbante et absorbée,

III-2 CADRE GENERAL DES CONTROLES POUR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS :

Les contrôles à effectuer par le commissaire à la fusion / aux apports tels que proposés par la doctrine professionnels s'apprécient au regard des objectifs propres à chaque mission. **La mission consiste, conformément à la doctrine professionnelle de la CNCC relative à cette mission**

- **Pour la rémunération des apports** : en la mise en œuvre de diligences destinées d'une part, à vérifier que les valeurs relatives attribuées aux titres des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et, d'autre part, à analyser le positionnement du rapport d'échange par rapport aux valeurs relatives jugées pertinentes,

III-2 PRESENTATION DES CONTROLES A EFFECTUER PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX APPORTS :

Pour la valeur des apports : en la mise en œuvre de diligences destinées à apprécier la valeur des apports et à vérifier que celle-ci n'est pas surévaluée et qu'elle correspond au moins à la valeur au nominal des titres à émettre par la société absorbée augmentée de la prime d'émission. Pour répondre à cet objectif, le commissaire aux apports mettra en œuvre les diligences qu'il estimera nécessaires en vue

- De contrôler la valeur des apports pris individuellement (réalité des apports, bilan d'apport, exhaustivité des apports, analyse des valeurs individuelles **proposées dans le traité**, examen de la période de rétroactivité),
- De vérifier que la valeur réelle des apports, pris dans leur ensemble, est au moins égale à la valeur des **apports proposée dans le traité** (approche directe de la valeur des apports).

III-2 CADRE GENERAL DES CONTROLES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX APPORTS :

Le projet de traité de fusion est un élément central dans le processus de contrôle tel que défini par la doctrine professionnelle

- **Connaissance préalable de l'opération :**
- «Dans ce cadre, il rencontre notamment les dirigeants, et obtient **le projet de traité de fusion**, le rapport des organes de direction, les notes internes présentant l'opération, les consultations externes (avocats,...),

III- 2 CADRE GENERAL DES CONTROLES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX APPORTS

Les modèles de rapport font explicitement référence au projet de traité de fusion / d'apport

- **Rapport du commissaire à la fusion sur la rémunération des apports :**
 - «la rémunération des apports résulte **du rapport d'échange qui a été arrêté dans le projet de traité de fusion** signé par les représentants des sociétés en date du XX. Il nous appartient d'émettre un avis sur le caractère équitable du rapport d'échange.»
- **Rapport du commissaire à la fusion sur la valeur des apports :**
 - «l'actif net apporté a été arrêté **dans le projet de traité de fusion** signé par les représentants des sociétés en date du XX. Il nous appartient d'émettre une conclusion sur le fait que la valeur des apports n'est pas surévaluée (le cas échéant : et d'apprécier les avantages particuliers).

III- 2 CADRE GENERAL DU CONTRÔLE DU COMMISSAIRE AUX APPORT / A LA FUSION

Les modèles de rapport font explicitement référence au projet de traité de fusion / d'apport (suite)

- Chapitre sur la description des opérations :
 - **Les détails donnés dans la partie du rapport liée à la présentation et la description des opérations** « se réfèrent de façon générale, aux informations contenues dans le projet de traité et/ou dans le rapport de l'organe compétent, dès lors que le commissaire aux apports / à la fusion estime que celles-ci sont suffisantes pour informer les actionnaires ».
- Chapitre sur les vérifications effectuées :
 - La vérification de la pertinence des valeurs attribuées aux actions et la vérification de la valeur d'apport dont effectuées sur la base des critères et méthodes présentes **dans le projet de traité.**

III- 2 CADRE GENERAL DU CONTRÔLE DU COMMISSAIRE AUX APPORTS / A LA FUSION

Il ne rentre pas dans la mission du commissaire à la fusion / aux apports (guide professionnel, par 2.15, et par 3.16 pour le commissaire à la fusion)

- De contrôler les écritures comptables qui résulteront des décisions de l'assemblée ayant statué sur l'opération
- De procéder à des vérifications spécifiques au regard des textes légaux et réglementaires se rapportant par exemple à la régularité de convocations, aux obligations de publicité ou de dépôts légaux (y compris de ses rapports), ou à tout élément qui n'aurait pas d'incidence sur sa mission (valeur d'apport / rémunération)
- De révéler au Procureur de la République les faits délictueux dont il aurait eu connaissance dans le cadre de sa mission (par. 2.142)

III- 2 CADRE GENERAL DU CONTRÔLE DU COMMISSAIRE AUX APPORTS / A LA FUSION

(suite)

- D'évaluer la société : sa responsabilité relève d'une autre nature que celle d'un évaluateur contractuel (a)
- De vérifier les choix fiscaux et le respect des obligations liées,..., sauf à ce que cela ait un impact sur la valeur d'apport / la rémunération des actions
- De se prononcer ni sur l'opportunité économique des opérations d'apports ou de fusion, ni sur les stratégies de groupe qui sous-entendent de telles opérations

(a) En tant que commissaire aux apports, il donne en effet un avis sur la libération du capital qui sera constatée chez la société absorbante / bénéficiaire. A ce titre, il se prononce sur une absence de surévaluation des apports (principe de prudence).

III- 2 CADRE GENERAL DU CONTRÔLE DU COMMISSAIRE AUX APPORTS / A LA FUSION

Il est important de noter que :

- La mission du commissaire à la fusion / aux apports est ponctuelle et se termine à la date de signature du rapport.
- Il n'a donc pas à contrôler les éventuelles modifications apportées après la date d'émission de son rapport (... et notamment les modifications éventuelles du projet de traité de fusion,...).

III- 2 CADRE GENERAL DU CONTRÔLE POUR LES COMMISSAIRES AUX COMPTES DES SOCIETES ABSORBEE(S) ET ABSORBANTE

Rappels des généralités :

Le code de commerce ne prévoit pas d'intervention spécifique des commissaires aux comptes des sociétés absorbante et absorbée dans le cadre d'une fusion ou opération assimilée (code de commerce art. l236-10), ils n'ont donc pas de rapports spécifiques à établir. cf. infra.

Toutefois

- Ils peuvent effectuer à la demande de l'entité dont ils sont commissaires aux comptes des diligences directement liées à leur mission,
- Ils conservent leur responsabilité propre quant aux irrégularités qu'ils seraient amenés à constater lors du déroulement de leur mission générale (exemples : inégalité entre actionnaires, faits délictueux – non libération du capital, majoration des apports,...)
- Si des irrégularités sont relevées, ils doivent les porter à la connaissance des dirigeants, et le cas échéant, du comité d'audit
- A défaut de régularisation, ils devront faire mention des irrégularités relevées dans un rapport ad-hoc à l'AGE devant statuer sur l'opération

III- 2 CADRE GENERAL DU CONTRÔLE POUR LES COMMISSAIRES AUX COMPTES DES SOCIETES ABSORBEE(S) ET ABSORBANTE

Commissaire aux comptes de la société absorbante

- Pas de cadre spécifique, le contrôle de l'opération s'inscrit dans le cadre de sa mission générale de toute opération intervenue au cours de l'exercice sur lequel porte sa certification....
- L'intervention d'un commissaire à la fusion / aux apports ne dispense pas le commissaire aux comptes d'effectuer des contrôles sur l'opération,
- Sauf situations particulières :
 - DDL (ex : projet de fusion, situation intermédiaire),
 - Rapport particuliers à émettre (ex: fusion réduction).

III- 2 CADRE GENERAL DU CONTRÔLE POUR LES COMMISSAIRES AUX COMPTES DES SOCIETES ABSORBEE(S) ET ABSORBANTE

Commissaire aux comptes de la société absorbée

- La mission du commissaire aux comptes de la société absorbée cesse de plein droit à la date de réalisation de l'opération.
- Pas d'intervention spécifique,
- Sauf situations particulières :
 - DDL

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER SUR LE PROJET DE TRAITE DE FUSION ?

- Par le commissaire à la fusion / aux apports,
- Par le commissaire aux comptes de la société absorbante,
- Par le commissaire aux comptes de la société absorbée.

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER SUR LE PROJET DE TRAITE DE FUSION ?

- Pas d'obligation « en théorie » de contrôler le traité de fusion avant sa signature. Cependant, lorsqu'il est nommé assez tôt, il peut, en fonction de son jugement professionnel, formuler, le cas échéant, les observations qu'il estime nécessaires sur le contenu du traité (par/ 1.121). Cf. infra.
- Le commissaire à la fusion / aux apports n'est pas responsable du projet de traité de fusion et des options retenues par les parties. Il n'a pas à se substituer aux parties pour communiquer une information qui devrait être mentionnée dans le projet de traité de fusion.

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER SUR LE PROJET DE TRAITE DE FUSION ?

Rappels

- ...Cependant, le projet de traité de fusion ayant vocation à être approuvé par les actionnaires des parties, le commissaire à la fusion devra faire dans son rapport toute observation qu'il jugera utile au regard des objectifs de sa mission.
- Les commissaires aux comptes des sociétés absorbée et absorbante sont tenus au secret professionnel vis-à-vis du commissaire à la fusion / aux apports (au-delà des informations intégrées dans les rapports émis) : avis technique sur les fusions (par. 2.4) : « en vertu de l'article 226-13 du code pénal, le secret professionnel du commissaire aux comptes est absolu ».

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX OPERATIONS ASSIMILEES SUR LE PROJET DE TRAITE

Présentation du guide de contrôle de la CNCC / annexes du guide professionnel

Annexe 4 / supports opérationnels :

Guide professionnel :

Annexe 4.7 : liste aide-mémoire des documents a obtenir des entités parties a l'opération (à titre indicatif)

- Cette liste ne revêt aucun caractère obligatoire, elle peut être fournie aux entités afin de permettre au commissariat aux apports et/ou à la fusion de disposer d'une information minimale et de documenter son dossier de travail
- Partie 1.b. : documents généraux liés à l'opération : **le projet traité / apport / ou scission**

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX OPERATIONS ASSIMILEES SUR LE PROJET DE TRAITE

Annexe 4.8 : fusions et apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions : contrôles possibles des aspects formels

- Contrôles proposés ni obligatoires, ni exhaustifs.
- Ils ont pour objectif de permettre aux commissaires à la fusion ou à la scission, s'ils interviennent suffisamment en amont de l'opération, de suggérer les améliorations qui leur semblent utiles à son bon déroulement.
- Ce questionnaire aborde :
 - Les dispositions d'ordre général sur les fusions ou apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions,
 - **Le contenu du projet de traité, y compris les aspects fiscaux,**
 - Le contenu des rapports des conseils d'administration ou des directoires aux assemblées générales extraordinaires des sociétés en présence,
 - Les formalités de publicité.

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX OPERATIONS ASSIMILEES SUR LE PROJET DE TRAITE

Annexe 4.8 : fusions et apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions : contrôles possibles des aspects formels (suite)

Le chapitre 2 « projet de traité de fusion ou apport partiel d'actif » comprend les parties suivantes :

- 2.1. : le projet de traité de fusion ou d'apport contient-il les informations suivantes (art R.236-1 alinéa 2 du code de commerce) ?
- 2.2. : les mentions suivantes figurent-elles également dans le projet de fusion ou apport partie d'actif ?
- 2.3. : valeur des apports
- 2.4. : rémunération des apports
- 2.5. : date d'effet de l'opération
- 2.6. : fiscalité
- 2.7. : annexes au projet de traité
- 2.8. : signature du projet de fusion ou d'apport partiel d'actif

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX OPERATIONS ASSIMILEES SUR LE PROJET DE TRAITE

Annexe 4.11 du questionnaire de fin de mission / chapitre : « diligences spécifiques a l'opération »

- La conformité du traité a-t-elle été vérifiée ?
- Les annexes du traité sont-elles correctement renseignées ?
- La régularité de signature du traité est-elle suivie ?
- Le rapport de l'organe de direction à l'assemblée générale est-il examiné ?
- L'information à l'assemblée extraordinaire est-elle vérifiée ?
- Les formalités de publicité sont-elles effectuées ?
- Les aspects fiscaux ont-ils été examinés par des tiers et/ou des spécialistes ?
- Les diligences relatives à l'appréciation des avantages particuliers stipulés ont-elles été réalisées ?

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION ET AUX OPERATIONS ASSIMILEES SUR LE PROJET DE TRAITE

Point particulier

Le commissaire aux apports vérifie la conformité avec les règles comptables de la détermination des valeurs d'apports, y compris le cas échéant les options retenues dans le traité d'apport.

Exemples :

- Choix de la méthode en fonction de la situation de contrôle,
- Correcte reprise du bilan de la société absorbée en cas de fusion aux valeurs comptables,
- Exemples d'options retenues : date d'effet, filialisation de branche d'activité, actif net insuffisant, frais de fusion,
-

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LES COMMISSAIRES AUX COMPTES DES SOCIETES ABSORBANTE ET ABSORBEE(S) SUR LE PROJET DE TRAITE DE FUSION

Commissaire aux comptes de la société absorbante

- En théorie, pas de contrôles en amont, sauf situations spécifiques (cf. supra: DDL,...),
- En pratique, il est vivement recommandé qu'il puisse intervenir en amont, car c'est lui qui émettra une opinion sur les comptes de l'exercice pendant lequel l'opération est réalisé,
- Contrôles à effectuer après la réalisation de la fusion dans le cadre de sa mission générale de certification des comptes.

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LES COMMISSAIRES AUX COMPTES DES SOCIETES ABSORBANTE ET ABSORBEE(S) SUR LE PROJET DE TRAITE DE FUSION

Commissaire aux comptes de la société absorbante (suite)

- Il devra prendre connaissance des rapports des commissaires à la fusion / aux apports, et des différents documents liés à la fusion (projet de traité, rapports du Président, procès-verbaux de l'AG,...),
- Remarque : il n'existe pas de questionnaire de contrôle spécifique de l'opération par le commissaire aux comptes.

III- 3 QUELS CONTROLES A EFFECTUER PAR LES COMMISSAIRES AUX COMPTES DES SOCIETES ABSORBANTE ET ABSORBEE(S) SUR LE PROJET DE TRAITE DE FUSION

Commissaire aux comptes de la société absorbée

- En théorie, pas de contrôles en amont, sauf situations spécifiques (cf. supra: DDL,...),
- Attention au risque lié aux « revues rapides des documents » : dès lors qu'il effectue des diligences et notamment qu'il regarde le projet de traité. Il est en effet tenu de faire les communications et le cas échéant les révélations, en cas d'erreurs / irrégularités identifiées.

Partie 4 :
Typologie des erreurs / omissions liées au
projet de fusion : les types d'erreurs
potentielles sont nombreuses - Exemples



IV - QUE FAIRE EN CAS D'ERREURS IDENTIFIEES SUR LE PROJET DE TRAITE ?

- Par le commissaire à la fusion / aux apports,
- Par le commissaire aux comptes de la société absorbée,
- Par le commissaire aux comptes de la société absorbante.

IV - 1 TYPOLOGIE DES ERREURS / OMISSIONS

Les types d'erreurs potentielles sont nombreuses

Exemples :

- Erreurs / omissions non matérielles (coquilles,...),
- Erreur / omissions matérielles :
 - Erreur ayant un impact sur la parité, ou sur le montant de l'augmentation de capital ,
 - Erreur ayant un impact sur la valeur d'apport,
 - Non respect du formalisme lie a une option (fiscale, juridique,...),
 - Autres erreurs.

Non respect du process d'établissement et de publication du projet de traité.

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

- Comme indiqué ci-dessus, même si « en théorie », le commissaire à la fusion / aux apports n'est pas tenu de vérifier en amont le projet de traité, en pratique, il est vivement recommandé qu'il intervienne très en amont avant la signature par les organes de direction,
- En intervenant en amont, il peut communiquer ses constatations à ces organes quand il le juge utile, et notamment en fonction des diligences mises en œuvre, et des résultats obtenus.
- Sur invitation, il peut assister à l'assemblée (rappel : il n'a pas à vérifier les évènements entre la date de son rapport et la date de l'AGE).

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

L'attitude du commissaire à la fusion / aux apports par rapport aux erreurs / omissions identifiées dans le projet de traite de fusion est à apprécier au regard de sa mission, en fonction de la nature des erreurs / omissions, et de la date a laquelle l'erreur a été identifiée

- Soit l'erreur / omission a pu être identifiée avant que le projet ne soit signé par les organes de direction
- Soit l'erreur / omission a pu être identifiée entre la date de signature du traité par les organes de direction et la date de signature des rapports du commissaire à la fusion / aux apports
- Soit l'erreur / omission à être identifiée après la date de signature des rapports du commissaire à la fusion / aux apports

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 1 : l'erreur / omission a pu être identifiée avant que le projet ne soit signé par les organes de direction

- Dans ce cas, le commissaire à la fusion a informé la société de telle sorte que l'erreur a pu être corrigée. Afin que cela soit possible, il est donc souhaitable que le commissaire à la fusion puisse démarrer sa mission le plus en amont possible.

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2 : l'erreur / omission a été identifiée entre la date de signature du projet par les organes de direction et la date de signature du rapport du commissaire à la fusion / aux apports :

- Soit l'impact est non significatif,
- Soit l'impact est significatif, mais sans impact sur sa conclusion,
- Soit l'impact est significatif, avec impact sur sa conclusion.

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2 :

- **Si l'impact est non significatif et a pu être identifié lors des contrôles et notamment de l'utilisation des guides de contrôles** (coquilles, oublis de notes obligatoires, mais sans impact sur sa mission)

→ il informe le cas échéant les sociétés, et apprécie l'utilité de faire une observation dans son rapport. Selon le cas, les sociétés peuvent constater les modifications le jour de l'AGE (rappel : les modifications doivent être approuvées par les AGE des sociétés absorbantes et absorbée(s))

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2, suite : si l'impact est significatif, mais sans remise en cause de ses conclusions.

Exemples :

- Erreurs dans l'affectation des valeurs d'apports, mais sans impact sur la valeur nette,
- Sous-évaluation de l'apport au regard de son rapport sur les apports (attention cependant aux impacts sur la parité et aux risques fiscaux),
- Erreurs dans les valeurs utilisées pour la parité, mais sans impact sur la parité,
- Absence de mention en annexe du projet de traité des valeurs nettes comptables dans le cadre de la filialisation d'une branche d'activité destinée à être cédée,
- Information insuffisante (voire absence) dans le projet de fusion sur la justification des méthodes d'évaluation retenues / absence de détail dans le projet de fusion sur les valeurs retenues.

IV- 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2, suite : si l'impact est significatif, mais sans remise en cause de ses conclusions.

Conséquence sur son rapport

→ Il mentionne le(s) point(s) identifié(s) dans son rapport sous forme de commentaires et / ou observations,

- L'exercice peut être difficile, notamment en cas d'omission volontaire d'informations par les parties (notamment pour des raisons fiscales,...), compte tenu de son devoir d'informations des associés / son devoir de faire toute observation significative au regard des objectifs de sa mission (susceptible d'avoir un impact sur les valeurs relatives / la parité d'une part, et la valeur d'apport d'autre part).
- D'où l'importance de transmettre un projet de rapport à la société. Rappel: si les sociétés ne sont pas cotées, le rapport sur la rémunération n'est pas connu des tiers non associés.

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2, suite : si l'impact est significatif, mais sans remise en cause de ses conclusions.

Conséquences sur le rapport

- Rémunération des apports : guide professionnel, par. 3.355 (avis technique par. 3.7.3) :
 - **Chapitre 2** du rapport sur la pertinence des valeurs relatives attribuées aux sociétés participant à l'opération / partie 2.4 Commentaires et/ou observations du commissaire à la fusion sur les évaluations proposées dans le projet de traité,
 - **Chapitre 3** du rapport sur l'appréciation du caractère équitable du rapport d'échange proposé / 3.3 appréciation et positionnement du rapport d'échange, commentaires et/ou observations éventuels,
 - **Chapitre 4** du rapport sur la synthèse (partie facultative proposée par l'avis technique). Chapitre dans ce cas situé avant la conclusion.

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2, suite : si l'impact est significatif, mais sans remise en cause de ses conclusions.

Conséquence sur le rapport

- Appréciation des valeurs d'apports : guide professionnel, par. 2.365 (avis technique par. 3.8.3) :
 - **Chapitre 2** du rapport sur les diligences et appréciations des valeurs d'apports :
 - 2.2 : appréciation de la méthode de valorisation des apports et de sa conformité à la réglementation comptable,
 - 2.3.2 : appréciation de la valeur globale des apports,
 - Chapitre facultatif sur la synthèse. Chapitre dans ce cas situé avant la conclusion.

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2, suite : impact significatif sur ses conclusions.

Exemples

- Erreurs dans l'affectation des valeurs d'apports, avec un impact significatif sur la valeur nette / Surévaluation des apports,
- Erreur dans le choix des valeurs comptables : réalisation de la fusion aux valeurs réelles et non aux valeurs comptables / valeurs retenues très différentes de celles existant à la date d'effet / erreur dans le choix de la date d'effet (date d'effet retenue non possible),
- Erreurs dans les valeurs utilisées pour la parité, avec un impact significatif sur la parité,
- Non prise en compte des pertes intercalaires significatives pour une fusion aux valeurs comptables, dans le contexte où les valeurs réelles sont inférieures aux valeurs comptables,
- Option pour le régime fiscal de faveur, alors que la société ne respecte pas les conditions (avec impact élevé sur la valeur d'apport).

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 2, suite : si l'impact est significatif, avec impact sur ses conclusions. Impact sur sa conclusion

- Il mentionne l'anomalie dans son rapport sous forme de commentaires et/ou observations (cf supra),
- Il en tire les conséquences dans sa conclusion, si l'ensemble de ses remarques ont un impact significatif au regard de des objectifs de sa mission (rémunération / apports,...).

Remarque idem supra : il est d'une manière générale préférable que le commissaire à la fusion / aux apports transmette un projet de son rapport à la société.

IV - 2 ERREURS / OMISSIONS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE A LA FUSION / AUX APPORTS

Situation 3 : erreurs / omissions identifiées après l'émission de son rapport, ou après la date de réalisation de la fusion

Rappel : la mission du commissaire à la fusion / aux apports se termine à la date d'émission de son rapport. **Ainsi, il ne peut établir de rapport complémentaire :**

- En cas d'erreur identifiée après la date d'établissement de son rapport, et/ou après la date de réalisation de la fusion,
- En cas de modification décidée le jour de la fusion par les AGE.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBEE

Il existe 2 situations distinctes

- Soit le commissaire aux comptes de la société absorbée n'a pas réalisé de diligences, et dans ce cas, il n'est par définition pas en mesure d'identifier des erreurs / omissions / irrégularités,
- Soit le commissaire aux comptes de la société absorbée a réalisé des diligences, et dans ce cas, la communication dépend de la nature des erreurs / irrégularités :
 - Communication aux dirigeants,
 - Rapport ad-hoc à l'assemblée qui approuve l'opération (en l'absence de régularisation),
 - Révélation.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBEE

Dans un contexte où :

- La mission du commissaire aux comptes de la société absorbée se termine de plein droit à la date de réalisation de l'opération (date AGE), et non à la date d'effet si celle-ci est différente (effet rétroactif ou différé),
- Le commissaire à la fusion et le commissaire aux comptes de la société absorbante sont tenus au secret professionnel vis-à-vis du commissaire aux comptes de la société absorbée.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBANTE

Avant l'opération

- En théorie : le commissaire aux comptes de la société absorbante n'a pas à réaliser de travaux spécifiques sur une opération de fusion / d'apport, sauf dans certains cas (ex : rapport sur la réduction de capital en cas de fusion réduction)
- En pratique, il doit intervenir en amont pour que les éventuelles erreurs / omissions soient prises en compte avant la réalisation de l'opération de fusion.

Après l'opération

- Le commissaire aux comptes de la société absorbante doit vérifier l'opération dans le cadre de sa mission générale de certification des comptes de l'exercice au cours duquel intervient l'opération.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBANTE

Après l'opération (suite) : ses vérifications portent notamment sur :

- La régularité de la traduction comptable de la fusion **telle que mentionnée dans le projet de traité/ d'apport** approuvé par les AGE (choix de la méthode comptable, affectation de la valeur d'apport, options retenues –date d'effet-,...). il doit informer les dirigeants et les actionnaires de la société absorbante en cas de surévaluation des apports et de la libération fictive de l'augmentation de capital liée à la fusion. (Bull. CNCC n° 104, décembre 1996).
- La comptabilisation des apports chez la société absorbante, à la date d'effet de l'opération, **conformément au projet de traité/ d'apport**, y compris les éléments à imputer sur la prime de fusion (ex : frais de fusion,...
- Le traitement comptable approprié des événements de la période intercalaire (perte éventuelle de rétroactivité, opérations réciproques,...), en tenant compte de la date d'effet définie par les parties dans le traité de fusion.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBANTE

- L'affectation extracomptable du mali de fusion, le cas échéant, conformément aux **dispositions du projet de traité/ d'apport(a)**,
- Que les informations mentionnées en annexe des comptes annuels et dans le rapport de gestion sont appropriées et **conformes au projet de traité d'apport (a)**.
- La comptabilisation de provisions, si la valeur d'inventaire à la date de clôture est supérieure à la valeur d'apport, pour certains biens apportés.

Le projet de traité est donc un document essentiel.

Les vérifications indiquées ci-dessus sont effectuées au regard des informations données dans le traité de fusion.

(a) Bull. CNCC n° 135, septembre 2004.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBANTE

Communication des erreurs :

Situation 1 : le commissaire aux comptes a identifié des points significatifs avant la tenue de l'AGE de l'absorbante qui approuve la fusion,

Situation 2 : le commissaire aux comptes a identifié des points significatifs après la tenue de l'AGE de l'absorbante qui approuve la fusion.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBANTE

Situation 1 : le commissaire aux comptes a identifié des points significatifs avant la tenue de l'AGE de la société absorbante qui approuve l'opération : selon le cas :

- Rapport aux organes de direction,
- Rapport ad-hoc à l'AGE (si non régularisation),
- Révélation, le cas échéant.

Il est souhaitable qu'il soit présent à l'AGE pour présenter son rapport ad hoc.

IV - 3 ERREURS IDENTIFIEES PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES DE LA SOCIETE ABSORBANTE

Situation 2 : le commissaire aux comptes a identifié des points significatifs après l'approbation de l'opération par l'AGE de la société absorbante qui approuve l'opération : selon le cas :

- Rapport aux organes de direction,
- Modification des comptes, si c'est possible (ex: oubli d'affectation de certains éléments sur la prime de fusion). Attention, certaines modifications ne peuvent être effectuées que par une AGE. Cf chapitre 2 sur le process de traitement de certaines modifications significatives (traité de fusion rectificatif, nouveau dépôt,...),
- Rapport ad-hoc à l'AGO, le cas échéant,
- Révélation, le cas échéant,
- Impact sur l'opinion si les modifications sont impossibles ou refusées par la direction: observations, réserves, refus de certifier.

IV - AUX

AIRE

Situ
point
soci

-
-

UNE AGE.

Questions ?