

## FUSION ABSORPTION – FUSION INVERSEE

**Société absorbante et société absorbée ayant des associés distincts – Actif net négatif – Possibilité de réaliser une fusion sans échange de titres en application du 2° du II de l'article L. 236-3 C. com. (non) – Possibilité d'apporter un actif net négatif (non, sauf recours à la dérogation prévue à l'article 743-3 PCG)**

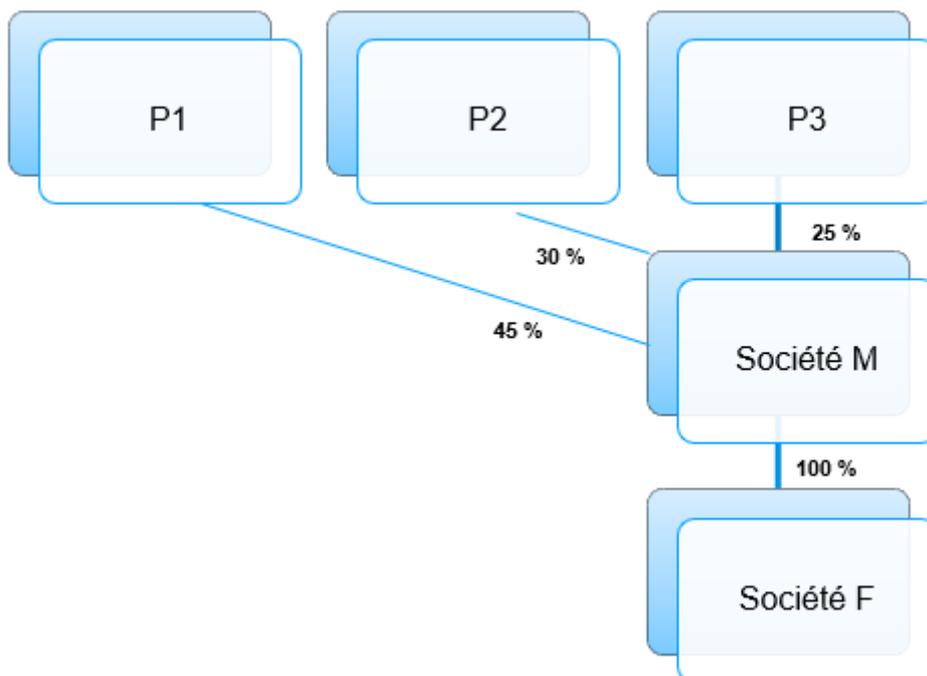
*Les dispositions prévues au 2° du II de l'article L. 236-3 du code de commerce (possibilité de ne pas procéder à l'échange de titres de la société absorbante contre des titres de l'absorbée) ne sont pas applicables lorsque les sociétés absorbantes et absorbées ont des associés distincts. Ainsi, la société absorbante doit procéder à une augmentation de son capital et remettre les actions correspondantes aux actionnaires de la société absorbée qui disparaît.*

*L'augmentation de capital de la société absorbante, rémunérant un apport en nature, doit être intégralement et immédiatement libérée ce que ne permet pas l'apport d'un actif net négatif. Les sociétés peuvent toutefois envisager de recourir à la dérogation prévue à l'article 743-3 du plan comptable général.*

### (EJ 2024-57)

Le capital d'une société M est détenu par trois personnes physiques, P1, P2, P3, à hauteur respectivement de 45 %, 30 % et 25 %.

La société M détient 100 % du capital d'une société F. Il est envisagé de procéder à une fusion où la société absorbante serait la société F et la société absorbée la société M.



Questions :

La société absorbante F peut-elle être dispensée de procéder à l'échange de titres lors de la fusion absorption de la société M en application du II de l'article L. 236-3 du code de commerce (I.) ?

La société M peut-elle apporter à la société F, un actif net comptable négatif (II.) ?

\*\*\*

\*

**I. Application des dispositions du 2° du II de l'article L. 236-3 du code de commerce**

La Commission des études juridiques rappelle que le II de l'article L. 236-3 du code de commerce est ainsi rédigé :

*« II. - Toutefois, il n'est pas procédé à l'échange de parts ou d'actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions des sociétés qui disparaissent lorsque ces parts ou actions sont détenues :*

*1° Soit par la société bénéficiaire (...)*

*2° Soit par la société qui disparaît (...)*

*3° Soit (...)*

*4° Soit (...)* ».

La Commission considère qu'il se déduit de la combinaison de la première phrase du II de l'article L. 236-3 précité et du 2° de ce même II qu'il n'est pas procédé à un échange de parts ou actions de la société bénéficiaire (la société absorbante) contre les parts ou actions de la société qui disparaît (la société absorbée) qui sont, le cas échéant, détenues par ladite société absorbée.

En d'autres termes, si la société absorbée détient une partie de ses propres parts ou actions, ces parts ou actions ne peuvent pas être échangées contre des parts ou actions de la société absorbante.

Dans une telle situation, la société absorbante limite son augmentation de capital pour ne remettre des titres qu'aux « vrais » associés de l'absorbée. Les actions ou parts auto-détenues par l'absorbée ne donnent pas lieu à un échange avec des parts ou actions émises par l'absorbante à l'occasion de la fusion.

La situation ainsi visée au 2° du II de l'article L. 236-3 ne correspond pas au cas d'espèce puisque la société absorbée M ne détient pas une partie de ses propres actions. En conséquence, les dispositions prévues au 2° du II de l'article L. 236-3 ne sont pas applicables et il convient que la société absorbante F procède à une augmentation de son capital et remette les actions correspondantes aux actionnaires P1, P2 et P3, de la société absorbée M qui disparaît.

D'ailleurs, l'absence d'augmentation du capital de F lors de la réalisation de la fusion poserait une sérieuse difficulté. En effet, si l'absorbante F ne procédait pas à une augmentation de son capital, les associés P1, P2 et P3 de l'absorbée M ne recevraient pas de titres de la société F en échange des actions qu'ils détiennent dans le capital de la société M qui disparaît. De la sorte, les actionnaires P1, P2 et P3, qui ne possèdent aucune action de la société F avant la fusion, ne détiendraient aucune action dans le capital de F après la fusion, et donc aucun droit dans l'ensemble composé des sociétés M et F après l'opération de fusion.

La Commission comprend que le demandeur a imaginé que les dispositions du 2° du II de l'article L. 236-3 étaient susceptibles de s'appliquer dans la situation exposée (absorbante détenue à 100 % par l'absorbée) dans la mesure où les parts et actions dans l'expression « **lorsque ces parts ou actions sont détenues<sup>1</sup>** » figurant dans le II précité ainsi rédigé « *Toutefois, il n'est pas procédé à l'échange de parts ou d'actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions des sociétés qui disparaissent*

---

<sup>1</sup> Mis en gras pour les besoins de la réponse.

***lorsque ces parts ou actions sont détenues<sup>1</sup> (...) par la société qui disparaît*** » pouvaient qualifier les parts ou actions du capital de l'absorbante.

Comme il a été expliqué ci-dessus, la Commission considère que les parts ou actions sont celles du capital de l'absorbée et non celles du capital de l'absorbante.

A cet égard, la Commission rappelle les éléments suivants :

Le II et les 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> de l'actuel article L. 236-33 du code de commerce résultent de la codification, dans une rédaction identique, des 2<sup>ème</sup>, 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> alinéas de l'article 372-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales<sup>2</sup>.

L'article 372-1 de la loi précitée a été créé par l'article 2 de la loi n° 88-17 du 15 janvier 1988<sup>3</sup>.

La loi n° 88-17 du 15 janvier 1988 a eu pour objet de mettre le droit français des fusions en harmonie avec les directives européennes et notamment avec la directive 78/855/CEE du 9 octobre 1978<sup>4</sup>, souvent appelée « troisième directive ».

S'agissant plus précisément de la création de l'article 372-1 dans la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, l'objectif était d'introduire en droit français les dispositions figurant à l'article 19 de la directive précitée et notamment celles figurant au point 2 dudit article 19, relatives à l'absence d'échange d'actions de l'absorbante contre les actions de l'absorbée, sujet faisant l'objet de votre question.

Le 2 de l'article 19 de la directive 78/855/CEE précitée est ainsi rédigé :

**« Aucune action de la société absorbante n'est échangée contre les actions de la société absorbée détenues<sup>1</sup> :**

*a) soit par la société absorbante elle-même ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ;*

*b) soit par la société absorbée elle-même<sup>1</sup> ou par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ».*

Ainsi, cet article dispose-t-il en son 2 b) qu'il n'y a pas de remise d'actions de l'absorbante contre les actions de l'absorbée lorsque les actions de l'absorbée sont détenues par la société absorbée elle-même.

La Commission relève que le 2<sup>o</sup> du II de l'article L. 236-3 du code de commerce étant, après la codification de l'article 372-1 de la loi n° 66-537 à l'article L. 236-3 du code de commerce, la transposition en droit français du 2 b) de l'article 19 de la directive 78/855/CEE<sup>5</sup>, il en résulte que l'absence de remise de titres de l'absorbante en échange des titres de l'absorbée, visée à ce 2<sup>o</sup> du II de l'article L. 236-3, concerne les titres de l'absorbée qui sont détenues par l'absorbée elle-même.

---

<sup>2</sup> Art 372-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : « La fusion ou la scission prend effet :

*1<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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 ».*

<sup>3</sup> Loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales et modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

<sup>4</sup> Troisième directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes.

<sup>5</sup> L'article 19 de la directive 78/755/CEE, après avoir été codifié à l'article 19 de la directive 2011/35/UE, est actuellement codifié à l'article 105 de la directive UE 2017/1132.

Cette lecture des textes a d'ailleurs été très clairement exposée par le sénateur Etienne Dailly dans son rapport<sup>6</sup> établi au nom de la Commission des lois du Sénat relatif au projet de loi devenu la loi n° 88-17 :

*« Les trois derniers alinéas du texte proposé pour l'article 372-1 prévoient (...) qu'il n'est pas procédé à l'échange d'actions de la société bénéficiaire contre les actions de la société qui disparaît, **lorsque les actions de cette dernière sont détenues soit par elle-même<sup>1</sup>, soit par la société bénéficiaire (...)**».*

## **II. Apport d'un actif net comptable négatif par la société absorbée**

Comme il a été exposé précédemment, la fusion qui est envisagée (absorption de la société M par sa filiale F détenue à 100%) implique que l'absorbante F réalise une augmentation de son capital pour laquelle les actions émises seront échangées avec les actions de l'absorbée M détenues par les associés de M : P1, P2 et P3.

L'augmentation de capital de la société F, rémunérant un apport en nature constituant une branche d'activité, doit être intégralement et immédiatement libérée. Or, l'apport de l'actif net négatif de la société M à la société F ne permet pas la libération de l'augmentation du capital de F. L'existence d'un actif net comptable négatif de la société M ne permet donc pas la réalisation de la fusion envisagée.

Les sociétés pourraient toutefois envisager de recourir à la dérogation prévue à l'article 743-3 du plan comptable général<sup>7</sup>, qui permet de valoriser les apports à leur valeur réelle lorsque la valeur nette comptable desdits apports, qui devrait être retenue en application des règles comptables, ne permet pas la libération du capital. Toutefois, faudrait-il encore que les valeurs réelles des éléments apportés par la société M permettent la libération de l'augmentation du capital de la société F.

En effet, pour que la fusion soit réalisable, il est nécessaire que soient positives à la fois la valeur réelle de la société absorbée et celle de la société absorbante pour que cette dernière puisse émettre des actions d'une valeur qui ne seraient pas négative.

En pratique, en contrepartie de l'apport de ses propres titres, l'absorbante augmente d'abord ses capitaux propres pour rémunérer cet apport, puis elle les réduit dans les mêmes proportions pour constater l'annulation des titres apportés devenus des actions propres.

---

<sup>6</sup> Rapport n° 82, Sénat, première session ordinaire de 1987-1988, RAPPORT FAIT au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de Législation, du Suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale (1) sur le projet de loi, relatif aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales et modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, p.37.

<sup>7</sup> Recueil des normes comptables françaises, commentaire IR 3, art. 743-3, pages 386 et 387 : « Par dérogation, lorsque les apports doivent être évalués à la valeur nette comptable en application des règles prévues par les articles 743-1 et 743-2, et que l'actif net comptable apporté est insuffisant pour permettre la libération du capital, les valeurs réelles des éléments apportés doivent être retenues. Si l'actif net comptable apporté est insuffisant mais néanmoins positif, cette dérogation ne s'applique qu'au seul cas d'apport à une entité ayant une activité préexistante, et ne peut pas s'appliquer en cas de création ex-nihilo d'une entité ni en cas d'aménagement d'une entité préexistante. Par ailleurs, cette dérogation ne peut s'appliquer ni aux opérations de dissolution par confusion de patrimoine ni aux fusions et scissions sans échange de titres ».

Sur ce sujet, la Commission vous invite à vous reporter au commentaire IR 3 relatif à l'actif net comptable négatif ou insuffisant figurant sous l'article 743-3 du plan comptable général<sup>8</sup> de l'Autorité des normes comptables ainsi qu'au guide professionnel relatif au commissariat aux apports et commissariat à la fusion de la CNCC<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Recueil des normes comptables françaises, IR 3 : "Actif net comptable négatif ou insuffisant," art. 743-3, pages 386 et 387 :  
« L'article 743-3 prévoit une dérogation aux principes généraux de valorisation des apports dans le cas où l'actif net comptable apporté est insuffisant pour permettre la libération du capital.

*En effet, le montant de l'augmentation de capital de l'entité bénéficiaire des apports est déterminé en fonction du rapport d'échange retenu, lui-même calculé sur la base de la valeur globale de chaque entité à la date de réalisation juridique de l'opération.*

*Or, les actions d'apport doivent être intégralement libérées dès leur émission. Le respect de cette obligation requiert que le montant des apports effectués au profit de l'entité bénéficiaire soit au moins égal à l'augmentation de capital de cette entité augmentée éventuellement de la prime de fusion ou d'apport, conformément à l'article R 225-8 du code de commerce.*

*Lorsque l'apport est réalisé sous contrôle commun, les actifs et passifs apportés sont évalués à la valeur comptable.*

*Dans ce cas, la libération du capital n'est pas possible si :*

- la valeur comptable des actifs et passifs apportée est négative ;
- la valeur comptable des actifs et passifs apportés est positive mais inférieure à l'augmentation de capital plus la prime.

*Pour ne pas bloquer la réalisation des opérations dans ces deux cas, et sous réserve que la valeur réelle des apports soit supérieure à l'augmentation de capital plus la prime, il est précisé par dérogation aux principes généraux, que les actifs et passifs apportés puissent être évalués à leur valeur réelle dans le traité d'apport.*

*Toutefois, l'application de cette dérogation est restreinte lorsque les valeurs nettes comptables apportées sont positives mais insuffisantes pour permettre la libération du capital. Dans ce seul cas, la dérogation ne s'applique qu'aux apports à une entité ayant une activité préexistante et ne s'applique pas en cas de création ex-nihilo d'une entité ni en cas d'aménagement d'une entité préexistante.*

*Il est rappelé que, s'agissant d'opérations sous contrôle commun, l'entité absorbante ou bénéficiaire des apports peut, pour permettre la faisabilité juridique de l'apport aux valeurs comptables, notamment :*

- soit réduire le montant du nominal des actions de l'entité bénéficiaire des apports ou absorbante. Le montant de la réduction de capital social a pour contrepartie une augmentation de la prime d'émission ;
- soit, sous certaines conditions, déterminer un rapport d'échange à partir des seules valeurs comptables ».

<sup>9</sup> § 1.172, guide professionnel « Commissariat aux apports et commissariat à la fusion », pages 50 et 51 : « En règle générale, la valeur des apports doit correspondre au moins au montant de l'augmentation du capital augmenté de la prime de fusion. Dans le cas de l'apport d'un actif net comptable négatif, le commissaire aux apports formule une appréciation défavorable dans son rapport. La faisabilité juridique de l'opération est rétablie en partie en recourant à la dérogation introduite au § 4.3. du règlement CRC

*n° 2004-01 qui prévoit de retenir les valeurs réelles des éléments apportés en lieu et place des valeurs comptables. Le recours à cette dérogation est possible sous les réserves exprimées dans l'avis du Comité d'urgence du CNC n° 2005-C à la question 22 (33).*

*En effet le Comité d'urgence du CNC estime que cette dérogation ne peut s'appliquer ni en cas de création d'une société ex nihilo ni en cas d'aménagement d'une société préexistante pour bénéficier de manière abusive de cette dérogation.*

*Il convient de préciser que la problématique liée à un apport d'un actif net comptable négatif existant à la date d'effet comptable subsiste même si l'actif net comptable est devenu positif, à la date d'effet juridique, du fait des opérations d'exploitation qui ont eu lieu pendant la période intercalaire et ont eu un effet positif sur l'évaluation de l'actif net comptable. En revanche, il convient de tenir compte des opérations affectant les capitaux propres intervenues pendant la période intercalaire qui conduiraient à rendre positif, à la date d'effet juridique, l'actif net apporté. Dans le cas d'une fusion simplifiée rien ne s'oppose à ce que la société absorbante reçoive un apport en nature dont la valeur comptable ou même réelle est négative, dans la mesure où il n'y a pas d'augmentation du capital (34). Le § 4.3 du règlement CRC n° 2004-01 précise d'ailleurs que « par définition cette dérogation ne peut s'appliquer ni aux opérations de dissolution par confusion du patrimoine ni aux fusions simplifiées ».*