

FUSIONS & ACQUISITIONS

La première revue des rapprochements d'entreprises

DEPUIS 1987



DOSSIER : INVESTIR EN ALLEMAGNE

DEPUIS 1987 : PANORAMA COMPLET DE L'ACTUALITÉ
DES RAPPROCHEMENTS D'ENTREPRISES

N°303 MAI-JUIN 2019

INVESTIR EN ALLEMAGNE

*par Matthias Krämer, avocat associé en droit fiscal,
Dr. Steffen Paulmann, avocat associé en droit social,
et Ina von Raven, avocat conseil en M&A,
LPA-GGV Allemagne*



Matthias Krämer



Dr. Steffen Paulmann



Ina von Raven

Il existe de nombreuses raisons d'investir dans des entreprises allemandes.

En effet, hormis les motivations habituelles d'un acquéreur (croissance, réalisation de synergies, présence à l'étranger, diversification et extension de la gamme de produits, accès à de nouvelles technologies, à du savoir-faire et à des ressources de gestion etc.), un investisseur profite, lors de l'acquisition d'une entreprise au sein du marché unique européen, de certaines libertés telles que la libre circulation des marchandises ainsi que la libre circulation des travailleurs.

Par ailleurs, le niveau élevé de qualification de la main d'œuvre allemande, la bonne infrastructure des transports, ainsi que l'environnement politique et légal stable, font de l'Allemagne un lieu d'investissement intéressant.

Après avoir exposé une vue d'ensemble des structures d'investissement transactionnelles en droit allemand, nous nous attacherons à analyser les paramètres ju-

ridiques, en particulier fiscaux et résultant du droit social allemand.

SUR LA STRUCTURE TRANSACTIONNELLE

L'acquéreur dispose en principe de trois possibilités pour investir en Allemagne :

- Dans le cadre de *share deal*, l'investisseur acquiert la société cible par l'ensemble des parts.

La transaction n'affecte pas en principe la substance juridique de l'entreprise cible. Ainsi ses actifs ne sont pas directement vendus et le statut juridique de la société cible n'est pas touché par le changement d'associés.

Des exceptions peuvent toutefois résulter d'une part des clauses de changement de contrôle (« *change of control* ») - autrement dit des stipulations qui prévoient une certaine conséquence juridique, telle que la fin d'un contrat ou la constitution d'un motif de résiliation extraordinaire, d'un changement obligatoire de majorité.

D'autre part des exceptions peuvent provenir d'autorisations de droit public.

■ Dans le cadre de l'*asset deal*, l'investisseur acquiert l'entreprise cible par la vente et le transfert des actifs par la société cible à l'acquéreur.

Le prix d'achat est perçu par la société cible elle-même. L'objet de la transaction n'est pas constitué par des parts de la société cible, mais par ses actifs et passifs, droits et obligations ainsi que tous les autres éléments d'actifs.

La société cible demeure elle-même une « coquille » vide auprès de ses associés. A noter que le droit allemand ne connaît toutefois pas la notion de cession de fonds de commerce.

■ Pour le transfert partiel de l'entreprise cible ou de ses actifs, il est également possible d'utiliser d'autres structures relevant du droit des sociétés.

En effet, l'acquéreur peut accéder à la société cible comme associé supplémentaire par le biais d'une augmentation en capital, pratique habituelle notamment pour les investissements dans les start-ups.

En outre, la société cible peut être fusionnée avec une entreprise de l'acquéreur.

Concernant les sociétés de personnes, il existe le principe selon lequel l'acquisition peut être utilisée pour le transfert des actifs de la société cible à l'acquéreur, si celui-ci accède à la société de personnes et les autres associés se retirent par la suite. En cas de fusion et d'accession, les actifs de la société passent entièrement à l'acquéreur par le biais de la transmission universelle de patrimoine avec l'ensemble des droits et obligations, et ce indépendamment des obligations de consentements contractuels préalables.

PARAMÈTRES JURIDIQUES

Généralités

En principe, la structure contractuelle du *share deal* est plus simple que celle de l'*asset deal* : l'objet de l'acquisition comprend seulement les parts de la société cible.

En revanche, l'*asset deal* repose, concernant le régime des biens, sur le principe de la précision qui exige la désignation d'une manière définie ou définissable de tous les actifs à transférer. En cas de manquement au principe de la précision, le transfert est nul.

Comme dans le cas du *share deal*, la société cible est transférée dans son intégralité à l'acquéreur, les obligations financières et les risques de responsabilité pour la société

cible passent également économiquement à l'acquéreur en tant que nouveau détenteur de parts.

Pour l'*asset deal* en revanche, seulement les obligations financières et les risques de responsabilité, pour lesquels le transfert a été convenu, sont en principe transférés à l'acquéreur.

L'acquéreur a une possibilité de « *cherry picking* ». Exceptionnellement l'acquéreur est cependant responsable – indépendamment de la structure contractuelle – de certains risques dans le cadre de l'*asset deal*, en application des dispositions légales.

Ces dispositions de transfert de responsabilité existent notamment en droit du travail et droit fiscal (voir ci-après), mais également en droit commercial et en droit environnemental.

Dans la continuité de la société, l'acquéreur est par exemple tenu à toutes les obligations financières qui sont nées des activités commerciales de l'ancien propriétaire.

Si les actifs, acquis par le biais d'un *asset deal*, comprennent un bien foncier, il est toutefois toujours possible de se retourner contre l'acquéreur en tant que nouveau propriétaire et soi-disant perturbateur de situation, afin de se défendre par exemple des modifications néfastes émanant de son terrain.

Dans le cadre de l'*asset deal*, la possibilité de « laisser » des obligations au vendeur peut être mobilisée dans le domaine du *distressed M&A* via l'assainissement par cession. L'acquéreur acquiert les actifs de l'entreprise insolvable et l'entreprise est assainie (le support de l'entreprise est liquidé).

Dans le cas d'une telle acquisition auprès du liquidateur judiciaire (« *in-court sale* »), les faits engageant la responsabilité susmentionnée - hormis la responsabilité environnementale - ne s'appliquent pas ou seulement de manière restrictive.

Aspects de droit fiscal

Responsabilité

Du point de vue fiscal, il est intéressant d'examiner les différences entre le *share deal* et l'*asset deal*, notamment au regard de la continuité des risques fiscaux pour l'acquéreur. Bien que pour l'administration fiscale le critère décisif soit le contribuable et non pas le type de cession, il existe néanmoins un rapport important entre les deux.

Dans le cas d'un *share deal*, l'entreprise est maintenue en tant que telle et doit pour cette raison répondre aux dettes

fiscales qui résultent de la période d'imposition préalable au *share deal*.

Le cas le plus fréquent est celui d'un contrôle fiscal qui peut remonter à des périodes allant jusqu'à sept ans et comprend donc toujours des exercices qui étaient encore sous la responsabilité du vendeur.

Néanmoins, la direction actuelle de la société sera la seule interlocutrice de l'administration fiscale, et cela même, si elle a été remplacée par le nouveau propriétaire.

Ainsi il est très important, aussi bien pour le vendeur que pour l'acquéreur, de prévoir des dispositions précises concernant le traitement de demandes et la façon de mener les négociations avec l'administration fiscale en cas de contrôle fiscal.

Pour l'acquéreur, il faudra également réfléchir à la manière de garantir ses droits à dédommagement sur une période aussi longue. Il est effectivement possible qu'une année voire trois années (aucune restriction de temps), s'ajoute à la période susmentionnée de sept années en cas de procédure.

Dans le cas d'un *asset deal*, l'entité imposable reste le vendeur, ce qui implique que ce dernier doit continuer à assumer les risques du passé.

Il faut cependant tenir compte d'une exception : si une exploitation ou une partie d'exploitation est acquise – ce qui est toujours le cas pour les acquisitions d'entreprise –, il existera alors également une responsabilité de l'acquéreur.

Contrairement au *share deal*, la responsabilité de l'acquéreur est cependant limitée à plusieurs égards. En raison de son objet, elle concerne seulement certains types d'impôts (taxe professionnelle, taxe sur la valeur ajoutée, retenue à la source concernant les salaires).

En revanche, il n'existe aucune responsabilité en matière d'impôt sur les sociétés et d'impôt sur le revenu.

De plus, la responsabilité ne jouera que pour les impôts de l'exercice en cours et pour ceux de l'exercice précédant le Closing. Par conséquent, la période de responsabilité se limite à un maximum de 24 mois.

Et – à nouveau contrairement au *share deal* – la détermination de l'impôt ne peut pas être effectuée tardivement après le Closing. L'administration fiscale dispose en effet seulement d'un an, à partir de la notification de la reprise de l'exploitation par l'acquéreur à l'administration fiscale ; l'envoi de la notification dans les meilleurs délais est donc particulièrement important pour l'acquéreur.

Traitement du prix d'achat

Une deuxième différence importante concerne la prise en compte comptable et fiscale du prix d'achat et des frais de conseils.

En effet pour le *share deal*, il convient de faire une distinction supplémentaire : si l'entreprise cible est une société de capitaux (société par actions, société à responsabilité limitée), alors ces montants seront toujours considérés comme des coûts d'acquisition de la prise de participation.

Par conséquent, ils ne sont pas déductibles et il n'existe pas d'amortissement.

Cela ne vaut pas seulement pour le prix d'achat proprement dit. Tous les coûts de consultants M&A, conseils juridiques et fiscaux, frais de notaire etc. doivent être portés à l'actif. De nombreuses entreprises en Allemagne sont cependant organisées comme sociétés de personnes (société en commandite simple, société en nom collectif). Dans ce cas, un *share deal* est traité d'un point de vue fiscal comme un *asset deal*.

Pour ce dernier, le prix d'achat -et tous les frais accessoires tels que les frais de conseils- sont attribués aux différents biens économiques. Cela nécessite leurs évaluations.

La répartition du prix d'achat et des frais accessoires est effectuée suivant leur rapport de valeur. L'augmentation des coûts d'acquisition résulte en un amortissement plus élevé pendant les exercices suivants. Pour les discussions avec le fisc sur cette répartition du prix d'achat, il est opportun de prévoir de telles stipulations dans le contrat d'achat.

Même si les administrations fiscales ne sont pas tenues d'appliquer ces valeurs, il leur devient plus difficile de procéder à d'autres attributions, de prolonger ou d'exclure des durées d'amortissement, notamment par l'attribution à une propriété foncière.

Dans la plupart des cas, les vendeurs préfèrent le *share deal* au *asset deal*, surtout si l'entreprise cible est une société de capitaux, dans laquelle ils détiennent une participation de plus de 10%.

Tandis que le bénéfice d'un *asset deal* est soumis à une imposition non-atténuée en ce qui concerne l'impôt sur les sociétés et la taxe professionnelle, le bénéfice d'un *share deal* peut être exonéré d'impôts, à condition que l'entité cédante soit elle-même une société de capitaux. Dans une telle configuration, il existe donc un conflit d'intérêts entre les deux parties contractuelles.

Aspects de droit du travail

Est essentiel à la décision portant sur l'acquisition d'une entreprise, le personnel de l'entreprise, ainsi que les coûts associés.

Transfert d'entreprise

Un *share deal* a pour conséquence le changement d'actionnaire de la société avec une reprise de l'intégralité des salariés.

Dans le cadre d'un *asset deal*, il convient d'identifier les salariés qui sont attachés à l'actif cédé. En effet, le personnel relevant de l'actif cédé sont transférés de plein droit à l'entreprise cessionnaire.

La notion de transfert d'entreprise (Betriebsübergang) est connue en Allemagne comme en France. En cas d'acquisition d'une entité économique autonome, les salariés affectés à cette entité sont transférés de plein droit à l'acquéreur.

Cela peut surprendre dans les cas où le cessionnaire ne souhaite pas acquérir l'entreprise cible en totalité, mais seulement des actifs individuels.

Souvent l'acquéreur souhaite uniquement bénéficier de la clientèle et reprendre certains équipements ou salariés détenteurs de savoir-faire.

Il est également envisageable qu'un cessionnaire cherche seulement à fournir des services externalisés en tant que fournisseur, et remplace un ancien prestataire.

Dans ces hypothèses, il faut examiner si tous les actifs à acquérir représentent une entité économique autonome et s'il y a, par conséquent, un transfert légal des contrats de travail.

Ceci peut être le cas pour une simple succession de prestations de service, si le nouveau fournisseur continue essentiellement la structure d'exploitation existante.

Requalification de personnel externe (sous-traitants et relations de travail intérimaires)

Lors d'une acquisition d'entreprise, dans le cadre d'un *share deal* ou d'un *asset deal*, il faut toujours vérifier si et dans quelle mesure l'entreprise cible a recours à du personnel externe. Ainsi il faut tenir compte des relations de travail d'une part intérimaires et d'autre part du déploiement du personnel externe sur la base de contrats avec des sous-traitants.

En général, l'acquéreur assume la flexibilité du personnel externe, pour lequel il peut résilier ces contrats librement à tout moment.

Cependant, cela peut être problématique si le déploiement de ce personnel externe n'a pas été conçu correctement avec les sous-traitants respectifs. Ceci peut être le cas si des relations de travail dites « intérimaires » ne sont pas déclarées et si les dispositions régissant ces relations de travail ne sont pas respectées. Dans ce cas, le travailleur, ayant

comme employeur officiel le sous-traitant, peut être requalifié comme salarié de l'entreprise cible. Il sera alors également transféré à l'acquéreur dans le cadre de l'acquisition de l'entreprise. Il est beaucoup plus difficile de rompre ces relations de travail que de résilier les contrats avec les sous-traitants. Par conséquent, cela entraîne des coûts beaucoup plus élevés, qu'un acquéreur ne prend pourtant pas en considération s'il n'a pas remarqué l'existence de relations de travail intérimaires cachées au préalable.

Cogestion au conseil de surveillance

Les formes de représentation des salariés diffèrent nettement en Allemagne de celles qui existent en France.

Dans les entreprises avec plus de 500 ou plus de 2.000 salariés, il faut constituer des conseils de surveillance, dans lesquels les salariés peuvent désigner soit un tiers des membres (seuil de 500 salariés) soit la moitié (seuil de 2.000 salariés) des membres du conseil de surveillance.

Les salariés de plusieurs sociétés sont additionnés dans certains cas, notamment si le contrôle de toutes les sociétés est réuni dans une direction nationale du groupe (voir notre article dans Fusions & Acquisitions, Investir en Allemagne sept/oct 2016 p. 73 et s.).

Bien que le conseil de surveillance soit en premier lieu seulement un organe de consultation et de contrôle de la gestion, certaines décisions de principe, comme la fermeture ou la délocalisation d'entreprises, sont souvent soumises à l'approbation du conseil de surveillance.

Par ailleurs, les représentants du personnel ont un accès privilégié aux documents portant sur la gestion de l'entreprise.

Avant toute acquisition, il y a donc lieu de vérifier si l'entreprise cible atteint les seuils d'effectifs susmentionnés et si de tels conseils de surveillance avec cogestion existent déjà ou risquent d'être constitués.

De même, il faut toujours vérifier si des seuils d'effectifs sont dépassés dans le cadre de mesures post-acquisition, par exemple lors de la fusion de sociétés après l'acquisition d'un groupe. Les seuils dépendent en partie de la forme juridique.

En outre, il y a la possibilité de geler la cogestion sur un niveau existant avant une restructuration. Cela est notamment possible lors de la constitution d'une société européenne. (Voir à ce sujet Fusions & Acquisitions *supra.*)