

3 De nouvelles opportunités pour les fusions transeuropéennes de banques

André PRÜM,

Professeur à la Faculté de droit de Nancy,
Directeur du Centre de recherche de droit privé

Les ressources indispensables à l'exercice rentable qu'une activité bancaire autant que les exigences d'une saine gestion et d'une dispersion adéquate des risques que comporte cette activité sont de moins en moins à la portée de banques de taille modeste ou moyenne. Nombreuses sont celles, qui au cours des dernières années ont dû se résoudre à se regrouper ou se fondre dans des groupes plus importants pour atteindre la taille critique requise. En même temps, des acteurs plus puissants tirent avantage de la tendance au regroupement pour consolider, par la voie de croissances externes, leurs positions concurrentielles.

Perceptibles à travers toute l'Europe, le mouvement de concentration a touché tout particulièrement les banques des nouveaux États membres¹. On estime que les fusions de banques ont eu globalement un impact positif sur leur performance², contrastant, avec celles réalisées dans d'autres secteurs d'activité, souvent sources de déceptions. Pour l'instant, ces regroupements ont eu lieu principalement sur un plan national. Mais il ne s'agit là que d'une première étape préparant des concentrations à l'échelle européenne. Depuis le début de l'année, de nouveaux projets ont d'ailleurs été annoncés. À terme, ce mouvement devrait conduire à l'émergence d'un nombre limité de groupes bancaires européens qui pourront se mesurer à leurs concurrents nord-américains ou asiatiques.

Si les intentions de fusions transfrontières de banques se sont faites jour, hormis quelques exceptions, relativement récemment, l'on doit reconnaître que les voies offertes en droit pour les réaliser n'étaient guère pour encourager les intéressés. Faute de solution commune au niveau européen et face à des régimes nationaux divergents ainsi qu'à des traitements fiscaux prohibitifs, de tels projets restaient tout simplement le plus souvent irréalisables. Certains acteurs ont pu se contenter de solutions de substitution, mais nombreux sont certainement ceux qui ont renoncé jusqu'à présent à leurs velléités de fusionner avec des partenaires d'autres États membres.

Ses insuffisances juridiques et fiscales sont heureusement sur le point d'être réparées.

Longtemps attendue, l'avènement de la Société Européenne offre une première solution bientôt disponible dans l'ensemble des États

membres. Le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société Européenne est certes en vigueur depuis le 8 octobre 2004, mais tous les États membres n'ont pas encore transposé, quoique le délai ait expiré depuis cette date, la directive n° 2001/86/CE du Conseil complétant le statut de la Société Européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

Au moins un groupe bancaire – à savoir le groupe Nordea – a déjà manifesté son intention de se transformer en Société Européenne³. L'avantage essentiel qu'apporte ce nouveau statut aux projets de concentration est de permettre des fusions transfrontalières dans des conditions similaires à une fusion purement interne⁴ faisant fi ainsi de l'exigence d'unanimité auxquelles les fusions internationales se trouvent subordonnées dans de nombreux droits nationaux. Pour le surplus, le règlement organise l'opération de fusion, dans le respect des intérêts des créanciers, règle la question de son opposabilité à ces derniers ainsi qu'à tous les autres tiers et précise les conséquences de la transmission universelle de patrimoines à laquelle elle aboutit⁵. Des règles de conflit complètent utilement le régime matériel en distribuant la compétence pour régir les actes conduisant à la fusion entre les États membres dont relèvent les différentes sociétés participant à celle-ci⁶. La directive apporte pour sa part un cadre pour arrêter, autant que possible de manière consensuelle, les modalités de participation des travailleurs dans la nouvelle Société Européenne. Ses solutions sont le fruit du délicat accord politique sur les garanties minimales de participation qui a finalement été trouvé entre les pays qui connaissent depuis longtemps un système dit de « cogestion » et soûcieux, par conséquent, de veiller à ce qu'il ne puisse être contourné par la création d'une Société Européenne, et les pays moins enthousiastes à cette idée. Lorsque celle-ci est constituée par voie de fusion, le compromis atteint consiste, en définitive, à ne rendre obligatoire la participation des travailleurs au sein des organes de direction ou de surveillance qu'à condition qu'au moins un quart du nombre total des travailleurs employés par les sociétés participantes bénéficiaient déjà d'un tel régime.

Les principaux avantages attendus de la création d'une Société Européenne sont la simplification

« L'avantage de la SE est de permettre une fusion transfrontière dans des conditions similaires à une fusion purement interne »

1. *Banking Structures in New EU Member States* : European Central Bank, January, 2005.

2. Y. Allinbas et D. M. Ibanez, *Mergers and Acquisitions and Bank Performance in Europe. The Role of Strategic Similarities*, European Central Bank : Working Paper n° 398, October, 2004.

3. www.nordea.com, Press release 23 June, 2004 : *Pioneering the move towards a European Company*.

4. Règl. SE, art. 17.

5. Règl. SE, art. 29.

6. Règl. SE, art. 18 et 25.

du mode d'organisation et de fonctionnement d'un groupe international et l'effet d'image auprès des clients autant que des investisseurs. La faculté dont disposent les Sociétés Européennes de déplacer leur siège au sein de l'Union Européenne constitue un autre atout appréciable. En revanche, la transformation en succursales d'une Société Européenne de banques auparavant autonomes risque de poser difficulté en ce qui concerne leur affiliation obligatoire à un système de garantie des déposants. Elle implique, en effet, que les banques absorbées quittent le système auquel elles sont liées dans leur pays d'origine pour rejoindre celui de l'État du siège de la nouvelle Société Européenne. Ce changement pourrait inquiéter les clients et est en tout cas considéré comme inopportun par certaines banques qui envisagent d'adopter le statut de Société Européenne⁷.

L'autre voie qui pourrait se dégager à brève échéance pour encourager les rapprochements européens de banques est l'adoption de la 10^e directive sur les fusions transfrontalières de sociétés anonymes⁸. Bloquée depuis plus de vingt ans – la première proposition de la Commission européenne remontant à décembre 1984 – cette directive pourrait, en effet, voir le jour avant l'été. L'obstacle qui l'a si longtemps empêchée, à savoir les modalités de détermination de la participation des travailleurs, ayant été levé avec l'accord trouvé pour la Société Européenne, la Commission avait l'horizon libre pour déposer une nouvelle proposition de directive, le 26 novembre 2003⁹. Celle-ci a recueilli un accord politique au sein du Conseil le 25 novembre 2004¹⁰ et n'attend plus qu'à être acceptée par le Parlement. L'avis favorable qu'a rendu la Commission juridique de ce dernier (*Dir. n° 2005-19/CE, 17 févr. 2005* ; JOUE n° L 58, 4 mars 2005, p. 19 ; *Communiqué Comm. Bruxelles, 17 févr. 2005*) laisse cependant présager que cette dernière étape de la procédure de codécision ne devrait plus poser difficulté.

Le régime des fusions internes ayant déjà été harmonisé sur un plan européen, la future direc-

tive s'occupe logiquement essentiellement à renvoyer à ces dispositions en donnant compétence au droit de chaque État membre dans lequel se trouvent les sociétés concernées et à celui où se trouvera la société issue de la fusion pour régir distributivement les aspects de l'opération internationale. Pour garantir cependant une certaine unité à l'opération, elle prend soin de définir le contenu du projet de fusion, soumis à l'accord majoritaire des assemblées des sociétés participantes, et de centraliser dans l'État de la société absorbante ou nouvellement créée le contrôle de légalité de la fusion. S'agissant de la question cruciale des droits de participation des travailleurs, la future directive reconnaît que le droit normalement compétent est celui du pays où se trouvera la société issue de la fusion. Pour éviter tout dumping social, cette compétence de principe est assortie toutefois d'importantes exceptions. Les règles fixées en matière de sociétés européennes trouvent ainsi application dès lors que l'une des sociétés participant à la fusion emploie plus de 500 personnes ou si la législation applicable à la société issue de la fusion n'offre pas le même niveau de participation aux travailleurs que celui dont ils bénéficiaient au sein des sociétés participantes. Le dernier point d'achoppement devant être résolu selon ce système était celui du seuil des travailleurs bénéficiant avant la fusion d'un régime de participation nécessaire pour que les dispositions de référence en matière de participation s'appliquent obligatoirement à défaut d'accord entre partenaires sociaux. Fixé à 25 % du nombre total des travailleurs par la directive sur la Société Européenne¹¹, le Conseil s'est entendu pour porter ce seuil à 33 % en cas de fusion transfrontalière. Ces solutions sont de nature à faciliter grandement les fusions transfrontalières et cela d'autant plus que la directive d'accompagnement¹² de la troisième directive sur les fusions internes de sociétés anonymes garantit à ces opérations un régime fiscal convenable en évitant l'imposition immédiate des plus-values tout en limitant les droits d'enregistrement susceptible d'être levés.

Engagées dans un mouvement de concentration inéluctable, les banques seront sans doute parmi les premiers et principaux bénéficiaires de ces solutions.

« L'avantage de la SE est de permettre une fusion transfrontière dans des conditions similaires à une fusion purement interne »

7. www.nordea.com, Press release 23 June, 2004 : *Pioneering the move towards a European Company*.

8. J. Beguin, *La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières*, Mélanges en l'honneur de Christian Cavaldà : Dalloz 2001, p. 19.

9. Dossier interinstitutionnel 2003/0277 (COD).

10. 2624^e session du Conseil, Bruxelles 25 et 26 nov. 2004.

11. Dir. SE, art. 7.2, V. *supra*.

12. Dir. n° 90/424, 23 juill. 1990.