

COMITE DE COORDINATION DU REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES (CCRCS)

(Art. R. 123-81 du code de commerce)

AVIS N° 2015-022

Question : Une fusion transfrontalière de sociétés commerciales peut-elle être soumise au régime des fusions simplifiées ? Dans l'affirmative les missions du greffier en sont-elles modifiées ?

Demande d'avis d'un éditeur de journal d'annonces légales, mandataire en formalités

(Sociétés commerciales – Fusions transfrontalières – Régime dit des « fusions simplifiées » - Incidence sur les contrôles incombant au greffier)

1.- Le code de commerce consacre un chapitre particulier aux fusions et scissions de sociétés commerciales, divisé en 4 sections : section I « *Dispositions générales* » (art. L. 236-1 à L. 236-7) ; section II « *Dispositions particulières aux sociétés anonymes* » (art. L. 236-8 à L. 236-22) ; section III « *Dispositions particulières aux sociétés à responsabilité limitées* » (art. L. 236-23 à L. 236-24) ; section IV « *Dispositions particulières aux fusions transfrontalières* » (art. L. 236-25 à L. 236-32).

Le régime dit des « *fusions simplifiées* » résulte de deux articles des dispositions particulières aux sociétés anonymes (section II) prévoyant : le premier (art. L. 236-11), des modalités simplifiées de fusion lorsque la société absorbante détient la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées ; le second (art. L. 236-11-1), des modalités simplifiées lorsque la société absorbante en détient au moins 90 % sans en détenir la totalité.

Ces articles, comme l'ensemble de la section II, sont en principe applicables aux opérations « *réalisées uniquement entre sociétés anonymes* » (art. L. 236-8). Toutefois, par le jeu de renvois, le premier (art. L. 236-11), c'est-à-dire celui propre aux opérations dans lesquelles la société absorbante détient la totalité de la société absorbée, voit son application étendue :

- « *aux fusions de société à responsabilité limitée au profit de sociétés de même forme* » (art. L. 236-23, figurant dans la section III) ;
- aux opérations qui « *comportent la participation de sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée* » (art. L. 236-2 al. 4 modifié, figurant dans la section I).

Les simplifications opérées par ces textes portent sur la dispense

- pour les opérations d'absorption de « *filiales à 100 %* » : d'approbation de l'opération par l'assemblée générale de l'absorbante et de l'absorbée, sauf demande d'actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social ; des rapports des organes de direction de chacune des sociétés participantes ; de rapport d'un commissaire à la fusion ;
- pour les opérations d'absorption de « *filiales à 90 %* » : d'approbation de l'opération par l'assemblée générale de la société absorbante, sous réserve d'une demande d'actionnaires réunissant au moins 5 % du capital social ; des rapports des organes de direction et du commissaire à la fusion, sous réserve qu'ait été proposé aux associés minoritaires de la société absorbée le rachat de leurs actions dans des conditions déterminées.

2.- Le régime des fusions transfrontalières, objet de la section IV, résulte quant à lui de la transposition en droit français des dispositions de la Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 *sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux*. C'est la loi 2008-649 du 3 juillet 2008 *portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire*

qui a procédé à cette transposition par création de cette section IV (art. nouveaux L. 236-25 à L. 236-32).

D'une manière générale, le caractère transfrontalier de l'opération résulte de l'implication d'au moins deux sociétés qui relèvent de la législation d'Etats membres différents. Une opération de fusion transfrontalière, au sens du droit français, met ainsi nécessairement en cause au moins une société de droit étranger.

Or, les régimes simplifiés vu précédemment sont réservés par la loi aux seules opérations impliquant des sociétés anonymes et/ou des sociétés à responsabilité limitée au sens du code de commerce. Par conséquent, les dispositions des sections I à III, dont les articles L.236-11 et L.236-11-1, pourraient être considérés comme étant inapplicables aux fusions transfrontalières.

Toutefois, l'article L.236-25, qui fixe le champ d'application du régime des fusions transfrontalières, précise que les dispositions non contraires desdites sections I à III sont applicables à ces opérations.

Par ailleurs, la directive prévoit, en son article 15, des régimes simplifiés de fusions. Elle allège en effet les procédures selon que la société absorbante détient tous les titres conférant un droit de vote aux assemblées des sociétés absorbées, ou qu'elle détient 90 % ou plus, mais pas la totalité, des parts et des autres titres conférant un droit de vote aux assemblées générales des sociétés absorbées.

L'interprétation du droit national devant être faite au regard des objectifs de la Directive et l'article L.236-25 précité renvoyant expressément aux dispositions non contraires des sections I à III, il ne saurait être considéré que, par principe, les régimes des fusions simplifiées sont inapplicables aux opérations de fusions transfrontalières.

3.- Il convient donc de rechercher si, au regard des diligences particulières à la charge du greffier à l'occasion de fusions simplifiées et de fusions transfrontalières, les dispositions applicables aux secondes sont contredites par celles applicables aux premières.

Deux interventions successives du greffier sont propres au régime français des fusions transfrontalières.

- La première résulte des dispositions des articles L.236-29 et R.236-17. Il s'agit de la délivrance d'une attestation de conformité des actes et des formalités préalables à la fusion. Cette attestation est délivrée par le greffier après qu'il a procédé aux vérifications prévues par les dispositions générales de l'article L.236-6 applicables à toutes les opérations, y compris celles soumises aux régimes simplifiés des articles L.236-11 et L.236-11-1. Par conséquent, aucune contrariété ne peut être relevée à ce stade.

- La seconde diligence éventuellement à la charge du greffier à l'occasion d'une fusion transfrontalière est le contrôle de légalité de l'opération. Elle résulte des dispositions de l'article L.236-30 dont le premier alinéa dispose que :

« ... le greffier du tribunal dans le ressort duquel la société issue de la fusion sera immatriculée contrôle, dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, la légalité de la réalisation de la fusion et de la constitution de la société nouvelle issue de la fusion. »

Il pourrait être déduit de la rédaction de cet alinéa qu'il ne trouve à s'appliquer qu'aux seules opérations de fusions par création de société nouvelle. En effet, il vise le greffier dans le ressort duquel la société issue de la fusion « sera » immatriculée et le contrôle de la constitution de la « société nouvelle » issue de la fusion. Une telle lecture exclurait du champ du contrôle de légalité les fusions simplifiées, lesquelles sont nécessairement des opérations de fusions par absorption d'une société par sa mère et, par conséquent, sans création de société nouvelle.

Toutefois, cette interprétation serait contraire tant au champ d'application de la Directive tel que fixé aux a) et b) de son article 2 qui visent le transfert de patrimoine à une société préexistante ou à une société nouvellement constituée, qu'à l'objectif fixé par son article 11 selon lequel chaque Etat membre désigne une autorité pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière et, « le cas échéant », à la constitution d'une société nouvelle issue de la fusion transfrontalière.



4.- Par conséquent, l'article L.236-30 du code de commerce doit être interprété comme n'excluant pas, par principe, le contrôle des opérations de fusions simplifiées. Ses dispositions doivent s'entendre : en ce qu'elles visent le « tribunal dans le ressort duquel la société issue de la fusion sera immatriculée », du tribunal dans le ressort duquel la société absorbante est immatriculée ou la société nouvelle le sera ; le contrôle incombant au greffier, du contrôle de la légalité de la réalisation de la fusion et, le cas échéant, de la constitution de la société nouvelle

Dès lors, il convient de s'attacher à l'éventuelle contrariété entre la procédure de contrôle de légalité et celle applicable aux fusions simplifiées.

Il résulte des dispositions de l'article R.236-19 du code de commerce que chaque société participant à la fusion transfrontalière remet au greffier chargé du contrôle de légalité un dossier contenant : le projet commun de fusion transfrontalière ; les statuts de la société issue de la fusion transfrontalière ; une copie des avis relatifs aux publicités légales ; une copie du procès-verbal des assemblées mentionnées aux articles L. 236-9 et L. 236-13 ; un document attestant que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet de fusion dans les mêmes termes et que les modalités relatives à la participation des salariés ont été fixées conformément au titre VII du livre III de la deuxième partie du code du travail.

Or, les régimes simplifiés de fusion ne contrarient pas l'établissement de ces cinq actes. En effet : le projet commun de fusion, les statuts de la société issue de la fusion et les publicités doivent être réalisés dans tous les cas ; les assemblées générales décidant des opérations de fusion lorsqu'elles sont requises ; le document attestant que les sociétés ont approuvé le projet de fusion n'a pas à être une approbation par les assemblées générales des sociétés, modalité d'approbation dont dispensent les régimes simplifiés, mais peut résulter de tout autre acte tel une attestation des organes dirigeants.

EN CONSEQUENCE, LE COMITE DE COORDINATION EST D'AVIS QUE :

L'application des régimes de fusions simplifiées aux opérations de fusions transfrontalières est sans incidence sur les opérations de contrôle de conformité et de légalité réalisées par le greffier.

Délibération du 10 novembre 2015

Membres du CCRCS ayant délibéré : Jacques DRAGNE (président),
Jean-Paul TEBoul (rapporteur), Jean Marc BAHANS, Livia DAZZI
Yves PARENT

Secrétaire générale : Mariette SERRES
A publier (site Internet : <www.justice.gouv.fr> - accès :
« Textes et Réforme »)

Le Président,



Secrétariat CCRCS : DACS - Bureau du droit commercial
Ministère de la Justice - 13, place Vendôme - 75042 Paris Cedex
Tél. 01 44 77 61 90 et 01 44 77 63 98 - Courriel : CCRCS.DACS@justice.gouv.fr