



Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris

Tél. 01 47 63 66 41 Fax 01 42 27 13 58 - <http://www.ansa.fr> - ansa@ansa.asso.fr

2011 – V

Comité juridique Réunion du 12 octobre 2011

n° 11-057

Nouveau régime des fusions après la loi de simplification du 17 mai 2011 : questions diverses

L'article 64 de la loi n° 2011-525 du 17/05/2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* transpose les dispositions d'allègements du régime des fusions et scissions des sociétés par actions prévues dans la directive n° 2009/109 du 16 septembre 2009, qui a modifié les directives antérieures correspondantes¹.

Ces dispositions sont entrées en vigueur le 31 août 2011 (art. 64-VI), à l'exception des modalités d'information concernant les éventuelles modifications du patrimoine intervenant avant les AGE, qui doivent être précisées dans un futur décret (art. L 236-9, dernier al.)².

1). Formes de la consultation des actionnaires sur la dispense de rapport du conseil d'administration (toute opération de fusion)

Il est notamment prévu une faculté pour les actionnaires de décider à l'unanimité qu'il n'y a pas lieu pour le conseil d'administration d'établir le rapport d'information normalement exigé en application de l'article L 236-9 du code de commerce³. Cette décision unanime doit se conformer aux

¹ Directives 78/755 du 9 octobre 1978 et 82/891 du 17 décembre 1982, codifiées par la dir. n° 2011/35 du 5/04/2011, JOUE du 29/04. Cette transposition devait intervenir au plus tard le 30 juin 2011.

² Note d'actualisation : décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011, JO du 10/11, *relatif aux formalités de communication en matière de droit des sociétés*, v. ce texte en annexe.

³ **Article L 236-9**

La fusion est décidée par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés qui participent à l'opération.

La fusion est soumise, le cas échéant, dans chacune des sociétés qui participent à l'opération, à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-15.

Le projet de fusion est soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que la société absorbante n'acquière ces titres sur simple demande de leur part, dans les conditions de publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat, et que cette acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. Tout porteur de certificats d'investissement qui n'a pas cédé ses titres dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat le demeure dans la société absorbante aux conditions fixées par le contrat de fusion, sous réserve des dispositions du dernier alinéa de l'article L. 228-30.

Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions prévues au II de l'article L. 236-10, le conseil d'administration ou le directoire de chaque société participant à l'opération établit un rapport écrit qui est mis à la disposition des actionnaires.

Les conseils d'administration ou les directoires des sociétés participant à l'opération informent leurs actionnaires respectifs, avant la date de l'assemblée générale prévue au premier alinéa, de toute modification importante de leur actif et de leur passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date de la réunion des assemblées générales mentionnées au même alinéa.

Ils en avisent également les conseils d'administration ou les directoires des autres sociétés participant à l'opération afin que ceux-ci informent leurs actionnaires de ces modifications.

dispositions concernant la dispense de rapport du commissaire à la fusion, qui existaient déjà (Art. L 236-10-II)⁴.

Selon le II de l'article L 236-10, « *La décision de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion est prise, à l'unanimité, par les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération. A cette fin, les actionnaires sont consultés avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise de ce rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion* ».

Le délai de communication préalable de ce rapport est de J-30 (J étant la date de l'AGE) (le décret du 9/11 a remplacé le délai d'un mois par celui de trente jours)⁵.

Cet article n'oblige pas à réunir les actionnaires en AGE, la consultation pourrait donc prendre n'importe qu'elle forme, sous réserve de la question de la preuve du libre consentement de chaque actionnaire (vote par correspondance, signature d'un acte...).

Même dans les sociétés par actions, l'exigence de l'unanimité, qui est par exception prévue par la loi, ne suppose pas nécessairement la réunion d'une AGE en l'absence de disposition en ce sens (Comité juridique du 8/01/2003, *Transformation de SA en SAS : l'accord unanime des actionnaires peut-il être recueilli lorsque des actionnaires sont privés du droit de vote ou du droit d'accès aux assemblées générales ?*, V. Com. ANSA n° 3219).

Réponse – Pour le *Comité juridique*, l'unanimité des actionnaires (représentant la totalité du capital), qui est exigée en vue de la dispense du rapport du conseil d'administration, peut être

Les modalités de mise en œuvre de ces informations sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

⁴ **Article L 236-10**

I.-Sauf si les actionnaires des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions prévues au II du présent article, un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par décision de justice et soumis à l'égard des sociétés participantes aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11, établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion.

Les commissaires à la fusion vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable. Ils peuvent obtenir à cette fin, auprès de chaque société, communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires.

Le ou les rapports des commissaires à la fusion sont mis à la disposition des actionnaires. Ils indiquent :

1° La ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ;

2° Le caractère adéquat de cette ou ces méthodes en l'espèce ainsi que les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue;

3° Les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

II.-La décision de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion est prise, à l'unanimité, par les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération. A cette fin, les actionnaires sont consultés avant que ne commence à courir le délai exigé pour la remise de ce rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion.

III.-Lorsque l'opération de fusion comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, le commissaire à la fusion ou, s'il n'en a pas été désigné en application du II, un commissaire aux apports désigné dans les conditions prévues à l'article L. 225-8 établit le rapport prévu à l'article L. 225-147.

⁵ **Art. R 236-3 (Extr. avant le D. du 9/11/11)**

Toute société par actions participant à une opération de fusion ou de scission met à la disposition de ses actionnaires, au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet, les documents suivants :

1° Le projet de fusion ou de scission ;

2° Les rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 lorsque l'opération est réalisée entre sociétés anonymes ;

.....

Tout actionnaire peut obtenir sur simple demande et sans frais copie totale ou partielle des documents susmentionnés.

En outre, toute société à responsabilité limitée à laquelle l'article L. 236-10 est applicable met à la disposition de ses associés, dans les conditions prévues ci-dessus, le rapport prévu à cet article. En cas de consultation par écrit, ce rapport est adressé aux associés avec le projet de résolution qui leur est soumis.

constatée par n'importe quel moyen permettant d'en assurer la preuve (par exemple, la signature d'un acte), le texte n'imposant aucun formalisme (il n'est donc pas nécessaire de réunir les actionnaires en AGE). Il est par ailleurs supposé que les actionnaires ont reçu l'information nécessaire sur l'opération.

2). Information préalable des actionnaires sur les modifications importantes du projet de fusion

L'article L 236-9 comporte un nouvel alinéa ainsi rédigé :

Les conseils d'administration ou les directoires des sociétés participant à l'opération informent leurs actionnaires respectifs, avant la date de l'assemblée générale prévue au premier alinéa, de toute modification importante de leur actif et de leur passif intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date de la réunion des assemblées générales mentionnées au même alinéa.

Ils en avisent également les conseils d'administration ou les directoires des autres sociétés participant à l'opération afin que ceux-ci informent leurs actionnaires de ces modifications.

[Ce texte est complété comme on l'a vu par la précision suivante : « *Les modalités de mise en œuvre de ces informations sont déterminées par décret en Conseil d'Etat* ».]

Cette nouvelle obligation s'inspire en partie de la directive européenne n° 2009/109 (modifiant notamment la 3^e dir. de 1978 sur les fusions) mais en allant au-delà puisqu'est imposée **une information des actionnaires avant l'AGE**.

Le texte communautaire prévoit au contraire une information (sur les modifications importantes intervenues post projet de fusion) qui doit être transmise uniquement aux organes d'administration de l'autre société et **à l'assemblée générale** (article 2, 4), modifiant l'article 9 de la dir. n° 78/855)⁶.

On peut rappeler d'ailleurs que dès 1992, le *Comité juridique*, avait recommandé que les actionnaires réunis en assemblée soient tenus informés des modifications importantes intervenues dans le patrimoine de chaque société par rapport au projet de fusion (Comité juridique du 8/01/1992, Com. n° 2584, *Rétroactivité des fusions et traitement des pertes intercalaires*).

L'obligation de révéler les évolutions importantes du patrimoine dès avant les AGE semble contestable pour les entreprises non cotées : qu'est-ce qu'une modification importante de l'actif et du passif? et dans ces sociétés, l'AG est normalement le lieu unique de l'information des actionnaires.

⁶ Dir. n° 2009/109, Art. 2 : Modifications apportées à la directive n° 78/855

...

4) L'article 9 est remplacé par le texte suivant:

«Article 9

1. Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés qui fusionnent établissent un rapport écrit détaillé expliquant et justifiant du point de vue juridique et économique le projet de fusion et, en particulier, le rapport d'échange des actions.

Ce rapport indique, en outre, les difficultés particulières d'évaluation, s'il en existe.

2. Les organes d'administration ou de direction de chacune des sociétés concernées **informent leur assemblée générale** respective, ainsi que les organes d'administration ou de direction des autres sociétés concernées pour qu'ils puissent informer leur assemblée générale respective, de toute modification importante de l'actif et du passif qui a eu lieu entre la date de l'établissement du projet de fusion et la date de réunion des assemblées générales appelées à se prononcer sur le projet de fusion.

Réponse – Le *Comité juridique* regrette que les pouvoirs publics n'aient pas transposé exactement la directive en permettant, au moins dans les sociétés non cotées, que l'information sur la mise à jour du projet de fusion (événement important survenu après), soit donnée en AGE. Il observe en outre que le texte visant les modifications pouvant intervenir jusqu'à la date de cette AGE, il convient de ne pas informer trop tôt les actionnaires avant celle-ci.

Pour le *Comité juridique*, la loi peut s'appliquer immédiatement (son application n'est pas suspendue à la publication du décret), la société pouvant informer ses actionnaires dans les formes les plus pertinentes selon la nature de son actionnariat (communiqué, courrier les informant d'un document de mise à jour déposé au siège...)⁷.

3). Modification du régime de la fusion simplifiée (filiale contrôlée à 100 %, art. L 236-11)

La loi du 17/05/2011 a allégé le régime des fusions dites simplifiées – absorption des filiales à 100 % : suppression de l'obligation de réunir l'AGE de la société absorbante, sauf demande d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital et d'établir les rapports du conseil d'administration et du commissaire à la fusion⁸.

Toutefois, l'article L 236-6 imposant le dépôt au greffe du projet de fusion reste applicable⁹. Il en va de même apparemment des textes d'application (art. R 236-1 et R 236-2). A compter de cette publicité court le délai d'opposition des créanciers de 30 jours (art. L 236-14 et R 236-8)¹⁰.

⁷ Le décret du 9/11/11 renvoie aux modalités d'information prévues aux articles R 236-2 et R 236-2-1 : dépôt au greffe, BODACC ou site internet (nouvel art. R 236-5-1).

⁸ Article L 236-11

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 détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération ni à l'établissement des rapports mentionnés au quatrième alinéa de l'article L. 236-9, et à l'article L. 236-10.

Toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion.

⁹Art. L 236-6

Toutes les sociétés qui participent à l'une des opérations mentionnées à l'article L. 236-1 établissent un projet de fusion ou de scission.

Ce projet est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège des dites sociétés et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

A peine de nullité, les sociétés participant à l'une des opérations mentionnées au premier et au deuxième alinéa de l'article L. 236-1 sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité des lois et règlements. Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la conformité de la déclaration aux dispositions du présent article.

Art. R 236-2 (Extr. Texte antérieur au D. du 9/11/11)

Le projet de fusion ou de scission fait l'objet d'un avis inséré, par chacune des sociétés participant à l'opération, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales du département du siège social. Au cas où les actions de l'une au moins de ces sociétés 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 inséré au Bulletin des annonces légales obligatoires.

Cet avis contient les indications suivantes :

1°

.....

6° La date du projet ainsi que les date et lieu des dépôts prescrits par le premier alinéa de l'article L. 236-6.

Le dépôt au greffe prévu à l'article L. 236-6 et la publicité prévue au présent article ont lieu un mois au moins avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération.

¹⁰ Art. L 236-14

La société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard.

L'article R 236-3 (communication au siège de divers documents) est-il applicable ?¹¹

Bien que l'on puisse considérer que sans AGE, l'information des actionnaires puisse être moins formalisée, l'article R 236-3 semble applicable en l'occurrence, ne serait-ce pour éclairer les éventuels 5 % d'actionnaires pouvant exiger une AGE.

Réponse – Le *Comité juridique* confirme que même en l'absence de convocation de l'AGE de la société absorbante, les documents d'information énumérés par l'article R 236-3 (à l'exception des rapports du conseil d'administration, du commissaire à la fusion ou du commissaire aux apports) doivent être déposés au siège un mois avant la date de réalisation de la fusion (Rappel : la communication du projet de fusion s'effectue conformément au droit commun de l'article L 236-6)¹².

4). Comment les 5% d'actionnaires sont préalablement informés du projet de fusion (fusion d'une filiale à 100 % ou à 90 %)

La loi ne précise pas comment les actionnaires seront en pratique informés du projet de fusion. Dans les sociétés non cotées, en l'absence d'une information nominative, on ne voit pas concrètement comment ils pourront être informés (dépôt au greffe, communication au siège ?).

Dans les sociétés cotées, il faudrait prévoir la transmission d'attestations d'inscription en compte pour démontrer la réalité des 5 % (le futur décret apportera-t-il des précisions ?).

Réponse – En l'absence d'indication légale, le *Comité juridique* estime que le futur décret devrait apporter des précisions sur ce point¹³.

5). Délai pour demander la convocation d'une AGE (art. L 236-11 et L 236-11-1)

« Un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion » (art. L 236-11)

Les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes.

A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier.

¹¹ Art. R 236-3 (Extr.)

Toute société par actions participant à une opération de fusion ou de scission met à la disposition de ses actionnaires, au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet, les documents suivants :

1° Le projet de fusion ou de scission ;

2° Les rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 lorsque l'opération est réalisée entre sociétés anonymes ;

.....

¹² Selon le décret du 9 novembre 2011, le neuvième alinéa de l'article R 236-2 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Le dépôt au greffe prévu à l'article L. 236-6 et la publicité prévue au présent article ont lieu trente jours au moins avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération ou, le cas échéant, pour les opérations mentionnées à l'article L. 236-11, **trente jours au moins avant que l'opération ne prenne effet.** »

¹³ Le décret du 9/11/11 n'a pas prévu d'information spécifique ; conformément au droit commun des fusions, les actionnaires sont informés du projet de fusion par le dépôt au greffe, la publication au BODACC ou le site internet (Art. 236-2 et R 236-2-1).

Evidemment, la démarche normale est d'abord (pour les actionnaires à 5 %) de demander la convocation d'une AGE à la direction générale (et ce n'est qu'en cas de refus que la voie judiciaire serait empruntée).

Au demeurant, on peut estimer que la société absorbante peut toujours convoquer spontanément une telle assemblée, l'existence d'un recours ouvert aux minoritaires pour la demande de réunion d'une AGE (art. L 236-11 et art. L 236-11-1) confirme s'il en était besoin une telle faculté.

S'agissant de la demande en justice, ces articles (L 236-11 et L 236-11-1) ne précisent pas de date limite. A partir du dépôt au greffe du projet de fusion, jusqu'à quelle date la demande peut-elle être faite ?

Apparemment, il semble qu'en l'absence de disposition contraire, la demande de convocation d'une AGE pourrait être présentée jusqu'à la date de réalisation de la fusion.

En cas d'une telle demande, le mandataire chargé de convoquer l'AGE aurait-il toute liberté pour fixer la date de cette AG, la société absorbante disposerait-elle d'un recours pour repousser l'opération jusqu'à la prochaine assemblée annuelle ?

L'article R 236-2 dispose que le dépôt du projet de fusion simplifiée au greffe du tribunal de commerce et l'avis de fusion à publier au JAL/BALO doivent avoir lieu un mois au moins avant la date de la première assemblée à statuer sur l'opération.

Dans la mesure où aucune assemblée générale n'est requise pour statuer sur la fusion, on pourrait comprendre que la date à retenir (afin de computer ce délai d'un mois) sera la date d'effet juridique de la fusion simplifiée indiquée comme telle dans le traité de fusion (transfert de propriété du patrimoine et naturellement pas la date d'effet rétroactif comptable et fiscal qui ne concerne que les parties à la fusion), sauf précision contraire éventuelle dans un futur décret¹⁴.

Réponse – Le *Comité juridique* constate que la loi n'impose aucun délai particulier ni aux actionnaires pour faire la demande de convocation d'une assemblée générale, ni au mandataire pour fixer la date de réunion de celle-ci. Pour les projets de fusion signés au cours de second semestre, le risque est donc que la tenue de cette AGE intervienne au-delà de la clôture de l'exercice (ce qui est notamment gênant pour l'établissement de nouveaux documents d'information, voire ce qui pourrait remettre en cause l'opération).

Au demeurant, il est toujours possible pour la société absorbante de convoquer une assemblée.

6). Nouveau régime de la fusion d'une filiale contrôlée à 90 % (art. L 236-11-1)¹⁵

Lorsque, depuis le dépôt au greffe du projet de fusion, la société absorbante détient en permanence au moins 90 % des droits de vote des sociétés absorbées, sans en détenir la totalité, deux allègements sont introduits par rapport au régime de droit commun¹⁶ :

- Absence de réunion de l'AGE de la **société absorbante**, sauf demande d'actionnaires représentant au moins 5 % du capital (l'AGE de la société absorbée doit être convoquée)¹⁷ ;

¹⁴ « ... trente jours au moins avant que l'opération ne prenne effet. » Nouvel art. R 236-2

¹⁵ Ne s'applique qu'aux fusions réalisées entre sociétés par actions (l'article L 236-23 relatif aux SARL n'ayant pas été modifié).

¹⁶ Rappel, la directive du 9/10/1978 concernant les fusions des SA autorisait déjà dès l'origine, dans ce cas de figure, les Etats membres à ne pas imposer l'approbation de la fusion par l'AGE de la société absorbante (art. 27, v. annexe).

- Non établissement des rapports d'information du conseil d'administration et du commissaire à la fusion à condition de proposer, avant l'opération, aux actionnaires minoritaires de la société absorbée le rachat de leurs titres (par l'absorbante), dans les conditions suivantes :

- a) *Dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil, si les actions de la société absorbée ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ;*
- b) *Dans le cadre d'une offre publique initiée dans les conditions et selon les modalités fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé ;*
- c) *Dans le cadre d'une offre répondant aux conditions des a ou b, si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations.*

Il convient de remarquer qu'il ne s'agit pas d'un rachat obligatoire, les minoritaires restant libres d'accepter l'offre ou non.

Le renvoi à l'article 1843-4 du code civil semble signifier qu'un expert doit être désigné uniquement en cas de contestation de la part d'au moins l'un des actionnaires de la société absorbée et non systématiquement¹⁸. Autrement dit, une proposition d'achat directe par la société absorbante pourrait suffire si elle est acceptée.

En effet, selon le droit commun, un accord portant sur le rachat de tous les titres (sans évaluation par un tiers) avant la fusion reste valable a priori.

Au demeurant, en vertu de l'article 1843-4, la contestation envisagée ne peut provenir que de l'une des parties (société absorbante ou actionnaires de la société absorbée), les actionnaires de la société absorbante ne semblent pas visés.

¹⁷ **Art. L 236-11-1**

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 détient en permanence au moins 90 % des droits de vote des sociétés absorbées, sans en détenir la totalité :

1° Il n'y a pas lieu à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante. Toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion ;

2° Il n'y a pas lieu à l'établissement des rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 lorsque les actionnaires minoritaires de la société absorbée se sont vu proposer, préalablement à la fusion, le rachat de leurs actions par la société absorbante à un prix correspondant à la valeur de celles-ci, déterminé, selon le cas :

a). Dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil, si les actions de la société absorbée ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ;

b). Dans le cadre d'une offre publique initiée dans les conditions et selon les modalités fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé ;

c). Dans le cadre d'une offre répondant aux conditions des a ou b, si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations.

¹⁸ **Art. 1843-4 du code civil**

Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

Dans l'hypothèse où seulement une partie des minoritaires contesterait (les autres acceptant le prix proposé), un expert serait également désigné et les rachats suspendus.

Selon une *autre interprétation*, la nomination d'un expert devrait, au moins par prudence, intervenir a priori (sans attendre une éventuelle contestation).

Par ailleurs, les propositions d'achat devraient intervenir suffisamment tôt, bien que le texte ne donne aucune précision (« *avant la fusion* »). Peut-on recommander un calendrier ? Devrait-on transmettre le projet de fusion ?

Réponse – Pour le *Comité juridique*, l'article 1843-4 du code civil suppose une contestation et il n'est pas possible d'en faire une application *a priori* (avant cette contestation). Mais cela n'empêche pas la société de faire à ses actionnaires minoritaires une proposition de rachat, éventuellement assortie d'une expertise libre (hors application de l'article 1843-4). Tout ou partie des actionnaires minoritaires peuvent donc répondre favorablement à cette proposition selon le droit commun.

Les éventuelles contestations de certains actionnaires ne remettent pas en cause les acceptations antérieures faites à l'offre de rachat faite par la société (à condition que l'offre soit précise et certaine et que l'acceptation ait été faite sans condition).

7) Augmentation de capital sans AGE de la société bénéficiaire (société contrôlée à 90 %)

En l'absence d'une demande de désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'AGE de la société absorbante (actionnaire(s) réunissant au moins 5 % du capital), la fusion est soumise à l'approbation de la seule assemblée de la société absorbée.

Or, il se peut que tout ou partie des minoritaires de la société absorbée ne répondent pas favorablement à l'offre de rachat et conserve leurs titres. En application de l'article L 236-3, un échange de titres résiduel devrait intervenir¹⁹ ainsi qu'en principe une augmentation de capital²⁰. Ainsi, il n'y a ni rapport d'un commissaire à la fusion (pour le contrôle de la valorisation des titres lors de l'échange), ni apparemment AGE de la société absorbante qui augmente son capital.

Selon certains, cette absence d'AGE est critiquable car des actions seraient émises au profit de tiers (par hypothèse) sans consultation des actionnaires et, *a fortiori*, (par exemple) en cas de stock options sur la société absorbée et transmises (échangées) par voix de fusion. Mais il ne semble pas possible d'opposer l'approbation de la fusion (sans AGE) et l'approbation de l'augmentation de capital qui en résulte et pour laquelle l'article L 236-11-1 ne dirait rien (donc a contrario avec AGE ?). En réalité, les deux opérations sont étroitement liées, l'approbation de la fusion conduisant

¹⁹ Art. L 236-3

I. - La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Elle entraîne simultanément l'acquisition, par les associés des sociétés qui disparaissent, de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires, dans les conditions déterminées par le contrat de fusion ou de scission.

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 ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société ;

2° Soit par la société qui disparaît ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société.

²⁰ L'échange de titres, exigé par l'article L 236-3, peut s'effectuer au moyen de titres autodétenus.

inévitamment à l'échange de titres donc à l'émission d'actions nouvelles (voire de droits nouveaux), dans la plupart des cas.

De plus, le projet de fusion qui mentionne cette augmentation de capital est communiqué largement avant l'opération et l'absence de demande de réunion de l'assemblée manifeste a priori l'accord des actionnaires.

Certes, cette modification des statuts sans AGE heurte le droit commun, mais c'est justement l'objet d'une dérogation et la loi peut aller loin dans ce domaine (à défaut, le texte n'aurait pratiquement aucune portée).

Réponse – Le *Comité juridique* estime que si les conditions de l'article L 236-11-1 sont remplies, une augmentation de capital (résiduelle) peut intervenir en l'absence de réunion de l'AGE de la société absorbante. En effet, les actionnaires ont, par hypothèse, été suffisamment informés (dépôt préalable du projet de fusion) et ils ne sont pas opposés à cette procédure. Il est inutile de prévoir par avance une délégation par l'AGE d'augmenter le capital dans le cas éventuel d'une fusion avec une filiale contrôlée à 90 %.

En pratique, la direction générale constatera le montant de l'émission des actions nouvelles, qui sera d'ailleurs acté dans la déclaration de conformité prévue à l'article L 236-6²¹.

8). Valeurs mobilières donnant accès au capital émises par la société absorbée et AGE de la société absorbante (SO et AGA soulevant les mêmes difficultés)²²

Lorsque l'émetteur de valeurs mobilières donnant accès au capital vient à être absorbé par une autre société, les droits des porteurs de ces titres, ainsi que ceux des actionnaires de la société absorbante font l'objet des dispositions de l'article L 228-101 (qui reprend les enseignements de la pratique).

En substance, ce texte pose le principe de la transmission de l'exercice des droits au sein de la société absorbante, compte tenu des effets du rapport d'échange sur le nombre d'actions à attribuer²³.

²¹ **Art. L 236-6**

Toutes les sociétés qui participent à l'une des opérations mentionnées à l'article L. 236-1 établissent un projet de fusion ou de scission.

Ce projet est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège desdites sociétés et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

A peine de nullité, les sociétés participant à l'une des opérations mentionnées au premier et au deuxième alinéa de l'article L. 236-1 sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité des lois et règlements. Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la conformité de la déclaration aux dispositions du présent article.

²² Pour mémoire, Art. L 225-197-1-III

« En cas d'échange sans soule d'actions résultant d'une opération de fusion ou de scission réalisée conformément à la réglementation en vigueur pendant les périodes d'acquisition ou de conservation prévues au I, les dispositions du présent article et, notamment, les périodes précitées, pour leur durée restant à courir à la date de l'échange, restent applicables aux droits à attribution et aux actions reçus en échange. Il en est de même de l'échange résultant d'une opération d'offre publique, de division ou de regroupement réalisée conformément à la réglementation en vigueur qui intervient pendant la période de conservation ».

²³ **Art. L 228-101**

Si la société appelée à émettre les titres de capital est absorbée par une autre société ou fusionne avec une ou plusieurs autres sociétés pour former une société nouvelle, ou procède à une scission, les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital exercent leurs droits dans la ou les sociétés bénéficiaires des apports. L'article L. 228-65 n'est pas applicable, sauf stipulations contraires du contrat d'émission.

Lorsqu'il s'agit de titres à émettre, se pose le problème du DPS des actionnaires de la société absorbante, qui est réglé en principe sans difficulté par l'approbation en AGE du traité de fusion.

L'article L 228-101, 3^{ème} al., précise d'ailleurs nettement :

L'approbation du projet de fusion ou de scission par les actionnaires de la ou des sociétés bénéficiaires des apports ou de la ou des sociétés nouvelles emporte renonciation par les actionnaires et, le cas échéant, par les titulaires de certificats d'investissement de ces sociétés, au droit préférentiel de souscription mentionné à l'article L. 228-35 ou, au deuxième alinéa de l'article L. 228-91, au profit des titulaires de valeurs mobilières donnant accès de manière différée au capital.

Dans un tel cas de figure, *selon une interprétation*, la réunion de l'AGE de la société absorbante serait en principe indispensable y compris lorsqu'elle détient 90 % et plus du capital de la société absorbée, l'article L 228-101 dérogeant aux dispositions des articles L 236-11 et L 236-11-1. Pour *une autre thèse*, cet article L 228-101 ne concernerait que les cas où l'AGE de l'absorbante est obligatoirement convoquée.

Réponse – Le *Comité juridique* considère que les articles L 236-11 et L 236-11-1 dérogent au régime de l'article L 228-101 qui suppose nécessairement la réunion d'une AGE. En l'absence de celle-ci, le projet de fusion doit mentionner les droits auxquels peuvent prétendre les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital de la société absorbante – une sorte de rapport d'échange est donc à cet égard proposé dans le projet de fusion -. L'acceptation tacite de ce projet de fusion par les actionnaires de la société absorbante emporte automatiquement renonciation de ces actionnaires à leur DPS sur les actions qui seront émises en contrepartie de l'exercice futur des droits de ces valeurs mobilières (*idem* en cas de SO ou d'AGA).

9). Application aux scissions et aux apports partiel d'actifs du régime de la fusion simplifiée

Le régime de la fusion simplifiée est désormais applicable en cas de scission (modification de l'article L 236-16 : ajout du renvoi à l'article L 236-11)²⁴.

Le nombre de titres de capital de la ou des sociétés absorbantes ou nouvelles auquel ils peuvent prétendre est déterminé en corrigeant le nombre de titres qu'il est prévu d'émettre ou d'attribuer au contrat d'émission en fonction du nombre d'actions à créer par la ou les sociétés bénéficiaires des apports. Le commissaire aux apports émet un avis sur le nombre de titres ainsi déterminé.

L'approbation du projet de fusion ou de scission par les actionnaires de la ou des sociétés bénéficiaires des apports ou de la ou des sociétés nouvelles emporte renonciation par les actionnaires et, le cas échéant, par les titulaires de certificats d'investissement de ces sociétés, au droit préférentiel de souscription mentionné à l'article L. 228-35 ou, au deuxième alinéa de l'article L. 228-91, au profit des titulaires de valeurs mobilières donnant accès de manière différée au capital.

La ou les sociétés bénéficiaires des apports ou la ou les nouvelles sociétés sont substituées de plein droit à la société émettrice dans ses obligations envers les titulaires desdites valeurs mobilières.

²⁴ **Art. L 236-16**

Les articles L. 236-9, L. 236-10 et L. 236-11 sont applicables à la scission.

Art. L 236-1

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 existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles.

Ces possibilités sont ouvertes aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution.

Ainsi, serait visé le cas de la détention conjointe par les sociétés bénéficiaires (existantes) de la scission de 100 % de la société scindée (suppression d'une filiale commune par exemple).

Dans ce cas, aucune AGE ne serait convoquée et en conséquence il n'y aurait pas non plus de rapport d'un commissaire à la scission (sauf demande d'un ou de plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % du capital des sociétés bénéficiaires).

On peut se demander comment calculer ces 5% s'agissant de plusieurs sociétés (a priori, le cas de chaque société serait indépendante : une demande dans l'une n'aurait pas nécessairement d'effet dans l'autre).

En revanche, le régime (allégé) dit de la fusion à 90 % n'est pas applicable en l'absence d'un renvoi à l'article L 236-11-1.

En raison du double renvoi aux articles L 236-16 à L 236-21 (art. L 236-22)²⁵ et aux articles L 236-9, L 236-10 et L 236-11 (art. L 236-16), certains considèrent que le régime de la fusion simplifiée pourrait être applicable en cas **d'apport partiel d'actif** soumis au régime des scissions, lorsque la société bénéficiaire détient 100 % de la société apporteuse.

Ainsi, en raison de ce renvoi à l'article L 236-11, il n'y aurait ni rapport d'un commissaire aux apports, ni AGE, sauf demande d'actionnaires de la société bénéficiaire représentant au moins 5 % du capital.

Réponse – Le *Comité juridique* observe que rien ne permet de limiter la portée des renvois successifs (L 236-22 à L 236-16 et L 236-16 à L 236-11). Ainsi, une filiale contrôlée à 100 % peut désormais faire remonter un actif à sa société mère selon le régime de l'apport partiel d'actif. Dans ce cas, il n'y aura aucune augmentation de capital dans la société mère en application des articles L 236-11 et L 236-3-II²⁶ (La question de l'interdiction des participations réciproques directes de l'article L 233-29 –lorsqu'une filiale souscrit à des actions de sa société mère – ne se pose donc pas).

Par ailleurs, s'agissant du calcul des 5% en cas de scission (plusieurs sociétés bénéficiaires), le *Comité juridique* estime qu'il est préférable d'apprécier le seuil société par société (une AGE serait donc réunie le cas échéant dans les seules sociétés qui en auraient fait la demande).

Les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre des opérations mentionnées aux trois alinéas précédents reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées.

²⁵ **Art. L 236-22**

La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21.

²⁶ Art. L 236-3

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 ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société ;

2° Soit par la société qui disparaît ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société.

Annexe

Décret n° 2011-1473 du 9/11/2011, Extr.
Chap. II, *Dispositions relatives aux fusions et scissions*

Art. 9. – L'article R. 236-1 est complété par un alinéa ainsi rédigé :
« *Pour les opérations mentionnées à l'article L. 236-11, le projet de fusion ne mentionne ni les modalités de remise des parts ou actions, ni la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéficiaires, ni aucune modalité particulière relative à ce droit, ni aucune des indications prévues 6o et 7o du présent article.* »

Art. 10. – L'article R. 236-2 est ainsi modifié :

1o Au premier alinéa, les mots : « dans un journal habilité à recevoir des annonces légales du département du siège social » sont remplacés par les mots : « au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* » ;

2o Le neuvième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Le dépôt au greffe prévu à l'article L. 236-6 et la publicité prévue au présent article ont lieu trente jours au moins avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération ou, le cas échéant, pour les opérations mentionnées à l'article L. 236-11, trente jours au moins avant que l'opération ne prenne effet.* »

Art. 11. – Après l'article R. 236-2, est inséré un article R. 236-2-1 ainsi rédigé :

« *Art. R. 236-2-1. – L'insertion prévue à l'article R. 236-2 n'est pas requise lorsque, pendant une période ininterrompue commençant au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ou de scission, la société publie sur son site internet le projet de fusion ou de scission, dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents.*

« *Cet avis contient les mêmes mentions que pour celui prévu à l'article R. 236-2 et peut être consulté sans frais.*

« *Lorsque le site internet n'est plus accessible pendant une période ininterrompue d'au moins vingt-quatre heures, le projet de fusion ou de scission fait l'objet d'un avis publié, sans délai, selon les modalités de l'article R. 236-2. Dans ce cas, le délai mentionné au neuvième alinéa de l'article L. 236-2 est suspendu jusqu'à cette publication.* »

Art. 12. – L'article R. 236-3 est ainsi modifié :

1o Au premier alinéa, les mots : « un mois » sont remplacés par les mots : « *trente jours* » ;

2o Le 2o est ainsi rédigé :

« *2o Le cas échéant, les rapports mentionnés aux articles L. 236-9 et L. 236-10 lorsque l'opération est réalisée entre sociétés anonymes ;* »

3o A la première phrase du cinquième alinéa, après les mots : « à la date de ce projet », sont ajoutés les mots : « *ou, le cas échéant, le rapport financier semestriel prévu à l'article L. 451-1-2 du code monétaire et financier, lorsque celui-ci est publié* » ;

4o Au sixième alinéa, les mots : « un mois » sont remplacés par les mots : « *trente jours* ».

Art. 13. – Après l'article R. 236-3, est inséré un article R. 236-3-1 ainsi rédigé :

« *Art. R. 236-3-1. – La mise à disposition au siège social des documents prévue à l'article R. 236-3 n'est pas requise lorsque, pendant une période ininterrompue commençant au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion ou de scission et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, la société les publie sur son site internet, dans des conditions de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents.*

« *Lorsque le site internet n'est plus accessible pendant une durée ininterrompue d'au moins vingt-quatre heures, les dispositions de l'article R. 236-3 sont applicables. Dans ce cas, le délai mentionné au premier alinéa de l'article L. 236-3 est suspendu jusqu'à cette mise à disposition.*

« *Aucune copie des documents mentionnés à l'article R. 236-3 ne peut être obtenue lorsque le site internet des sociétés participant à l'opération de fusion ou de scission permet sans frais aux actionnaires de les télécharger et de les imprimer.* »

Art. 14. – Après l'article R. 236-5, est inséré un article R. 236-5-1 ainsi rédigé :

« *Art. R. 236-5-1. – Sauf si les actionnaires de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions prévues au II de l'article L. 236-10, l'information des actionnaires prévue au cinquième alinéa de l'article L. 236-9 leur est communiquée selon les formes prévues à l'article R. 236-2 ou, le cas échéant, à l'article R. 236-2-1, à compter du jour où les conseils d'administration ou les directeurs des sociétés participant à l'opération en ont eu connaissance.*

« Cette information est en outre transmise, sans délai, aux conseils d'administration ou aux directoires des autres sociétés participant à l'opération, par tous moyens contre accusé de réception. Ceux-ci en informent leurs actionnaires selon les formes prévues à l'alinéa premier.

« Cette modification fait également l'objet d'une information lors des assemblées générales de chacune des sociétés participant à l'opération. »

Art. 15. – L'article R. 236-8 est ainsi modifié :

1o Dans la phrase du premier alinéa, après les mots : « à compter de la dernière insertion », sont ajoutés les mots : « ou de la mise à disposition du public du projet de fusion ou de scission sur le site internet de chacune des sociétés » ;

2o Dans la phrase du premier alinéa, le mot : « prescrite » est remplacé par le mot : « prescrites » ;

3o Dans la phrase du premier alinéa, après les mots : « l'article R. 236-2 », sont ajoutés les mots : « ou, le cas échéant, par l'article R. 236-2-1 ».

CHAPITRE III

Dispositions finales

Art. 16. – Les dispositions du présent décret sont applicables en Nouvelle-Calédonie et dans les îles Wallis et Futuna.

Art. 17. – Les dispositions des articles 2 à 4 et 6 à 8 du présent décret entrent en vigueur le premier jour du quatrième mois suivant sa publication.

Art. 18. – Le garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, et le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait le 9 novembre 2011.
