



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

2012 – I
Février 2012

n° 12-007

Réforme du régime national des fusions intervenue en 2011

Synthèse

I – Régime général

a/ Dispositions législatives

La loi dite Warsmann de simplification du droit n° 2011-525 du 17 mai 2011 a allégé les obligations d'informations pesant sur les sociétés en matière de fusions (*art. L. 236-9 C. com.*) et a simplifié la procédure d'approbation de l'opération dans certaines situations dérogatoires.

Ces dispositions nouvelles (*art. 64* de la loi, modifiant l'*art. commenté* et les suivants) constituent la transposition de la directive CE 2009/109 du 16 septembre 2009, qui a modifié les directives relatives aux fusions de SA (directives 78/755 du 9 octobre 1978 et 82/891 du 17 décembre 1982). Cette transposition devait intervenir au plus tard le 30 juin 2011

Ces dispositions s'appliquent aux sociétés anonymes, aux commandites par actions et aux SAS.

L'obligation pour le conseil d'administration ou le directoire de chaque société participant à l'opération d'établir un rapport écrit mis à la disposition des actionnaires peut désormais être écartée par une décision prise à l'unanimité des actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération (*al. 4 mod. de l'art. L. 236-9 C. com.*).

Qu'il y ait ou non rapport écrit, les conseils d'administration ou les directoires (ou les gérants ou les dirigeants dans la SAS) des sociétés participant à l'opération doivent informer leurs actionnaires respectifs, avant la date de leurs assemblées générales appelées à décider l'opération, 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 (*al. 5 nouveau de l'art. L. 236-9 C. com.*). Ils en avisent également les conseils d'administration ou les directoires (ou les gérants ou dirigeants) des autres sociétés participant à l'opération, afin que ceux-ci informent leurs actionnaires de ces modifications (*al. 6 nouveau de l'art. L. 236-9 C. com.*).

Les modalités de ces informations ont été précisées par un décret du 9 novembre 2011 (*cf art. R. 236-1 et s. C.com.*).

b/ Dispositions réglementaires

En vertu du décret du 9 novembre 2011 modifiant l'article R. 236-2, la publication de l'avis concernant le projet de fusion (ou de scission), est faite au Bodacc, et non plus dans un JAL, ce qui signifie que cette publication dépend désormais du greffe du tribunal de commerce responsable du RCS. Or aucun texte n'impose au greffier un délai pour la transmission de cet avis au greffier (pas plus qu'un délai ne s'impose au Bodacc pour la publication effective de l'avis). On pourrait imaginer que le délai de 8 jours prévu à l'article R. 123-161 est applicable en l'occurrence à un avis relatif à un projet de fusion ; à notre avis, ce n'est pas le cas ; ce n'est qu'après la fusion que ce dernier texte est applicable, lors de la modification des statuts (art. R. 123-159).

L'insertion au Bodacc n'est pas requise (art. R. 236-2-1) si la société publie le projet de fusion sur son site Internet pendant une période ininterrompue de 30 jours avant l'assemblée générale appelée à statuer sur ce projet. Chaque société concernée par l'opération doit individuellement disposer d'un site Internet propre, comportant au moins une page d'accueil présentant une rubrique dédiée ou renvoyant par un lien automatique à un autre site Internet du groupe plus spécialisé (dans ce sens, *avis du Comité juridique de l'ANSA du 7 déc. 2011* ; cf *comm. n° 11-055*, lettre commune AFEP-ANSA-MEDEF au Ministère de la Justice du 18 nov. 2011 et réponse du Directeur des Affaires civiles et du Sceau au Président de l'ANSA du 25 nov. 2011). Si le site n'est pas accessible pendant 24 heures, ce délai d'un mois est « suspendu », sans que soit remis en cause le délai déjà écoulé avant que ne se produise l'incident sur le site ; ce délai écoulé doit donc être pris en compte dans le calcul de la période d'un mois fixée à l'article commenté ; en outre, si plusieurs sociétés sont concernées par l'opération, une suspension pour incident dans l'une d'entre elles vaut pour toutes les autres, de façon qu'en tout état de cause le délai d'un mois complet bénéficie globalement aux créanciers (dans ce sens, *avis du Comité juridique de l'ANSA du 7 déc. 2011*). Malgré l'ambiguïté du texte (le 1^{er} al. de l'art. R.236-2-1 vise le « projet de fusion », le 2^e al. vise l'« avis »), on peut estimer que c'est le projet lui-même de fusion et non seulement l'avis qu'il faut publier sur le site Internet pour bénéficier de la dérogation relative à la publicité au Bodacc : au demeurant, la directive européenne – qui certes accorde globalement un dérogation pour le dépôt au registre national comme pour la publicité - ne mentionne que le *projet de fusion* : il est prudent de suivre une lecture stricte de la directive (cf le débat sur ce sujet dans *avis du Comité juridique de l'ANSA du 7 déc. 2011*).

II – Fusions simplifiées (*absorption de filiales à 100 %*)

En vertu de la loi dite Warsmann de simplification du droit du 17 mai 2011 (*art. 64-II ayant modifié l'art. L. 236-11 C.com.*), 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 l'établissement des rapports du conseil d'administration et commissaire à la fusion (depuis 2008), ni à l'approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire, non seulement de la société absorbée, mais désormais, également de la société absorbante. En l'état antérieur du droit, la dispense d'approbation de l'opération ne concernait que la société absorbée.

Toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut désormais 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 (al. 2 nouveau de l'art. L. 236-11). On peut regretter à cet égard que le décret du 9 novembre 2011 pris pour l'application de cette loi du 17 mai 2011 n'ait prévu aucune procédure spéciale d'information des actionnaires, notamment pour imposer un délai limite en vue de l'exercice de droit, qui pourrait donc l'être jusqu'à la réalisation de la fusion.

Ces dispositions nouvelles s'appliquent aux opérations intervenant entre sociétés par actions, mais également à celles qui sont réalisées entre SARL ou entre une société par actions et une SARL (renvoi des articles L. 236-2, al. 4 et L. 236-23, al. 1 du Code de commerce à l'article L. 236-11).

L'absence de tenue d'une assemblée générale de la société absorbante soulève, en l'état, des difficultés pratiques (*cf comm. ANSA n° 11-034*)¹.

En effet, on sait que, dans le régime général, le projet de fusion doit être déposé au greffe du tribunal de commerce un mois au moins avant la date de la première assemblée générale appelée à statuer sur l'opération, faisant courir le délai d'opposition des créanciers (C. com., art. L. 236-6, al. 2 et R. 236-2 dern. al.). Faute d'assemblée, cette référence dans le temps disparaît. Le décret du 9 novembre 2011 règle cette question pour les fusions simplifiées, en prévoyant que, dans ce cas, le dépôt au greffe et la publicité au Bodacc ont lieu 30 jours au moins avant que l'opération ne prenne effet (art. R.236-2 der. al. mod.).

Par ailleurs, en application de l'alinéa 1^{er} de l'article R. 236-3, certains documents doivent être mis à la disposition des actionnaires un mois au moins avant l'assemblée générale appelée à approuver l'opération. Faute d'assemblée en l'occurrence, et en l'absence de précision du décret du 9 novembre 2011 sur ce point, on peut s'interroger sur la solution à adopter. On peut s'inspirer en pratique de la solution prévue par ce décret pour les obligations de publicité au Bodacc ou sur le site Internet : comme on vient de le voir, cette publicité doit en effet intervenir, en cas de fusion simplifiée, trente jours avant la date d'effet de la fusion²(*cf art. R. 236-2*).

Autre mesure prévue par le décret du 9 novembre 2011 modifiant l'article R.236-1, découlant de l'absence d'augmentation de capital ³ : le projet de fusion, établi par les conseils d'administration ou le directoire des sociétés participant une opération de fusion simplifiée soumise à l'article L. 236-11, 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 le rapport d'échange des droits sociaux, ni le montant de la prime de fusion.

A notre avis, bien que le texte de l'article R. 236-2-1 ne le mentionne pas, la dérogation relative à la publication sur un site Internet (*cf supra, I*) est également applicable aux fusions simplifiées (absorption d'une filiale à 100%). En effet, la disposition de fond établissant la

¹ - S. Robineau et S. Viller, « Du nouveau du côté des restructurations et de la vie des sociétés », *Option Fin.*, n°1127, 30 mai 2011, p. 40

² - Dans ce sens, A. Maître et C. Boillot, « Fusions ... et confusions, à propos du décret du 9 novembre 2011 », in *JCP éd E*, n° 49, 8 déc. 2011, p. 9.

³ - Et qui est en fait largement calquée sur la pratique.

règle et le délai de la publicité du projet de fusion (9° al. de l'art. R. 236-2) mentionne expressément les opérations visées à l'article L. 236-11, donc les fusions simplifiées intervenant sans assemblée (dans ce sens, *avis du Comité juridique de l'ANSA du 7 déc. 2011*).

III – Fusions absorption de filiales à 90 %

La France n'avait pas cru, jusque là, devoir retenir la possibilité offerte par la directive européenne sur les fusions d'utiliser le régime simplifié lorsque la société absorbante détient 90 % du capital de la société absorbée. La transposition de la directive 2009/109 du 16 septembre 2009 rendait obligatoire ce régime : la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 précitée a réalisé cette transposition (*art. 64-III, ayant inséré un nouvel art. 236-11-1 dans le code de commerce*).

Ainsi, 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 peuvent 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, autrement dit pour l'essentiel sur *Alternext*.

Faute de renvoi par les articles L. 236-2 et 236-23 au nouvel article L. 236-11-1, ce nouveau régime ne pourra s'appliquer qu'aux seules sociétés par actions et non aux fusions réalisées entre SARL ou entre une société par actions et une SARL. A notre sens, il s'agit d'une malencontreuse façon regrettable : il aurait été en effet opportun d'ajouter aux renvois opérés dans les L. 236-2 et 236-23, un renvoi au nouvel article L. 236-11-1 (*cf comm. ANSA n° 11-034*).

IV – Cas de la scission

En cas de scission d'une société par actions détenue à 100% par les sociétés bénéficiaires de la scission, il n'y aura pas lieu à intervention d'un commissaire à la scission et, sauf demande des minoritaires des sociétés bénéficiaires formée dans les mêmes conditions qu'en cas de fusion (*cf supra*), il ne sera pas nécessaire non plus de réunir les assemblées des sociétés participant à l'opération (renvoi de L. 236-16 mod. par la loi du 17 mai 2011 à l' art. L. 236-11).

Par l'effet du renvoi à l'article L. 236-16 opéré par l'article L. 236-22, ces dispositions seront applicables aux opérations d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.
