



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 – IV

Comité Juridique Réunion du 4 juillet 2012

n° 12-050

LA NOMINATION DU COMMISSAIRE AUX APPORTS EN CAS DE FUSION APRES LA LOI DU 22 MARS 2012

La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 dite de simplification du droit a modifié le régime de désignation du commissaire aux apports. En cas d'apport en nature ou de stipulation d'avantages particuliers, à la constitution d'une SA (art. 7 de la loi modifiant l'art. L. 225-8) comme en cours de vie sociale (modif. art. L. 225-147), le commissaire aux apports peut désormais être désigné **à l'unanimité des fondateurs ou des actionnaires** et à défaut, comme auparavant, par décision du président du tribunal de commerce statuant sur requête (v. annexe). Cette modification est immédiatement applicable (faute d'effet différé prévue par la loi du 22 mars).

En cours de vie sociale et lorsque l'apporteur est également une personne morale, on peut penser que les associés visés (par la nomination d'un commissaire aux apports) sont uniquement ceux de la société bénéficiaire. Ce sont ces actionnaires qui ont besoin d'être informés sur la valeur des apports¹. Cette modification de l'article L 225-147 a également un effet indirect en matière de fusion, de scission et d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

En effet, l'article L 236-10 dernier alinéa précise qu'en présence d'apports en nature, un *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. 225-147²*.

¹ Art. R 225-8

Le rapport des commissaires aux apports décrit chacun des apports, indique quel mode d'évaluation a été adopté et pourquoi il a été retenu et affirme que la valeur des apports correspond au moins à la valeur nominale des actions à émettre, augmentée éventuellement de la prime d'émission.

² Article L236-10

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.

Ainsi, en cas de fusion, scission ou APA, la nomination d'un commissaire aux apports pourra être faite désormais à l'unanimité (rappel : à l'unanimité les actionnaires peuvent également décider de ne pas désigner de commissaire à la fusion).

Cette désignation d'un commissaire aux apports à l'unanimité signifie-t-elle unanimité de tous les actionnaires des sociétés participant à l'opération ?

Rien n'est précisé dans ce cas, à la différence des dispositions de l'article L 236-10-II applicable pour la dérogation à la nomination du commissaire à la fusion (« *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* »).

Contrairement à la procédure de l'apport en nature classique de l'article L 225-147, les opérations de fusions, scissions et APA impliquent la réunion de 2 AGE. La nomination d'un commissaire aux apports semble donc exiger, selon *une première interprétation*, l'unanimité des actionnaires dans toutes les sociétés concernées et pas uniquement dans la société bénéficiaire. Cette interprétation serait en outre conforme à la conception moderne de la fusion éloignée de celle des apports en nature.

Cela dit, on peut également s'en tenir à la conception classique de l'apport en nature, puisque l'article L 236-10-III y fait référence³, dans laquelle le commissaire aux apports est chargé spécialement d'informer les actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport. En effet, si une fusion ne se traduit pas nécessairement par un apport en nature (par exemple, il semble artificiel de parler d'apport en cas d'absence d'augmentation de capital, cf. art. L 236-11), une fusion peut néanmoins en comporter. C'est ce qui explique la rédaction de l'article L 236-10-III : « *Lorsque l'opération de fusion comporte des apports en nature...* »).

La mission du commissaire aux apports paraît au demeurant assez limitée et relativement secondaire, différente de celle du commissaire à la fusion qui vérifie « *que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable* », ce qui est essentiel pour les actionnaires des deux sociétés. Selon cette appréciation, seuls les actionnaires de la société absorbante seraient concernés par le choix du commissaire aux apports.

Réponse – Le *Comité juridique* s'en tient à la lettre des textes et aux rôles respectifs des deux commissaires. Il est expressément précisé que la dérogation à la nomination du *commissaire à la fusion* requiert le consentement des actionnaires *de toutes les sociétés participant à l'opération*, alors que pour le *commissaire aux apports*, il s'agit d'un renvoi au droit commun des apports en nature (art. L 225-8). Cette différence de rédaction a nécessairement une signification : l'application du régime de l'apport en nature. Dès lors, seuls les actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport – la société absorbante – sont compétents pour désigner le commissaire aux apports puisqu'eux seuls sont concernés par la vérification de l'évaluation des dits apports.

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.

³ Ce qui a été critiqué dans le cadre d'une fusion.

Annexe

Article L225-8

En cas d'apports en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par décision de justice, à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux. Ils sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11.

Les commissaires apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers. Le rapport déposé au greffe, avec le projet de statuts, est tenu à la disposition des souscripteurs, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat.

L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature et l'octroi d'avantages particuliers. Elle ne peut les réduire qu'à l'unanimité de tous les souscripteurs.

A défaut d'approbation expresse des apporteurs et des bénéficiaires d'avantages particuliers, mentionnée au procès-verbal, la société n'est pas constituée.

Article L225-147

En cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, par décision de justice. Ils sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11.

Ces commissaires apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers. Un décret en Conseil d'Etat fixe les mentions principales de leur rapport, le délai dans lequel il doit être remis et les conditions dans lesquelles il est mis à la disposition des actionnaires. Les dispositions de l'article L. 225-10 sont applicables à l'assemblée générale extraordinaire.

Si l'assemblée approuve l'évaluation des apports et l'octroi d'avantages particuliers, elle constate la réalisation de l'augmentation du capital.

Si l'assemblée réduit l'évaluation des apports ainsi que la rémunération d'avantages particuliers, l'approbation expresse des modifications par les apporteurs, les bénéficiaires ou leurs mandataires dûment autorisés à cet effet, est requise. A défaut, l'augmentation du capital n'est pas réalisée.

Les titres de capital émis en rémunération d'un apport en nature sont intégralement libérés dès leur émission.

L'assemblée générale extraordinaire d'une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé peut déléguer, pour une durée maximale de vingt-six mois, au conseil d'administration ou au directoire les pouvoirs nécessaires à l'effet de procéder à une augmentation de capital, dans la limite de 10 % de son capital social, en vue de rémunérer des apports en nature consentis à la société et constitués de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, lorsque les dispositions de l'article L. 225-148 ne sont pas applicables. Le conseil d'administration ou le directoire statue conformément au troisième ou quatrième alinéas ci-dessus, sur le rapport du ou des commissaires aux apports mentionnés aux premier et deuxième alinéas ci-dessus.

Art. R 225-7

Les commissaires aux apports sont choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article L. 822-1 ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et tribunaux.

Ils sont désignés par le président du tribunal de commerce, statuant sur requête.

Ils peuvent se faire assister, dans l'accomplissement de leur mission, par un ou plusieurs experts de leur choix. Les honoraires de ces experts sont à la charge de la société.

Art. R 225-9

Le rapport des commissaires aux apports est déposé huit jours au moins avant la date de l'assemblée générale constitutive à l'adresse prévue du siège social indiqué dans le bulletin de souscription et au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé ce siège.

Il est tenu à la disposition des souscripteurs qui peuvent en prendre connaissance ou obtenir la délivrance d'une copie intégrale ou partielle.

Art. R 225-136

En cas d'apports en nature ou de stipulation d'avantages particuliers, les commissaires aux apports sont désignés et accomplissent leur mission dans les conditions prévues à l'article R. 225-7. Les dispositions de l'article R. 225-8 sont applicables en cas d'apports en nature.

En cas d'émission d'actions de préférence au profit d'actionnaires désignés, les commissaires aux apports mentionnés à l'article L. 228-15 sont désignés et accomplissent leur mission dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article R. 225-7.

En cas de stipulation d'avantages particuliers ou d'émission d'actions de préférence donnant lieu à l'application de l'article L. 228-15, le rapport décrit et apprécie chacun des avantages particuliers ou des droits particuliers attachés aux actions de préférence. S'il y a lieu, il indique, pour ces droits particuliers, quel mode d'évaluation a été retenu et

pourquoi il a été retenu, et justifie que la valeur des droits particuliers correspond au moins à la valeur nominale des actions de préférence à émettre augmentée éventuellement de la prime d'émission.

Le rapport des commissaires aux apports est tenu, au siège social, à la disposition des actionnaires, huit jours au moins avant la date de l'assemblée générale extraordinaire ou avant la date de la réunion du conseil d'administration ou du directoire, en cas de délégation conformément au sixième alinéa de l'article L. 225-147. Dans ce cas, le rapport est porté à la connaissance des actionnaires à la prochaine assemblée générale.

En cas d'émission d'actions de préférence donnant lieu à l'application de l'article L. 228-15, ce délai peut être réduit si tous les actionnaires y consentent, par écrit, préalablement à la désignation du commissaire aux apports.
