

Réforme des fusions et transferts de siège au sein de l'UE : le nouveau passeport du greffe

Les fusions et les transferts de sociétés au sein de l'Union européenne se pratiquent depuis longtemps mais changent de cadre légal au 1^{er} juillet. Des garanties nouvelles sont prévues pour les associés et les salariés. La procédure qui était parfois floue est précisée, et fait place à une nouveauté importante : l'opération sera revue et autorisée par le greffe du siège de la société française impliquée, et ce contrôle portera non seulement sur la conformité aux lois, mais aussi sur d'éventuels abus de droit. Il faut s'attendre à ce qu'une telle opération prenne de six à douze mois pour être menée à bien...



Par Pierre-Louis Périn, associé,

Les opérations sociétaires transfrontalières au sein de l'Union européenne trouvent enfin leur cadre en droit français, en application de la directive (UE) n° 2019/2121 dont la transposition est réalisée par l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 et le décret n° 2023-430 du 2 juin 2023 modifiant le Code de commerce et le Code du travail. Ce nouveau dispositif est applicable dès le 1^{er} juillet 2023. Ce sont ainsi les fusions (C. com., art. L. 236-31 s.), les scissions (L. 236-46 s.), l'apport partiel d'actifs (L. 236-48 s.) et les transferts de siège valant transformation en société d'un autre Etat membre (L. 236-50 s.) dont le régime est défini ou redéfini, avec le mélange de permissivité et de contrôle propre à cette directive. En pratique, on doit s'attendre à un allongement et à un alourdissement des procédures.

Les règles transposées ont pour objectif de protéger les droits des parties prenantes aux opérations transfrontalières. C'est particulièrement le cas des associés, des créanciers et des salariés, mais il existe aussi un certain contrôle de l'intérêt public. Précisons que des modifications sont également apportées aux opérations de droit interne.

Le vote des opérations transfrontalières

La décision de fusion, scission, apport partiel ou transformation est en principe prise à la majorité prévue pour modifier les statuts. La loi est venue préciser les choses pour les sociétés dont les statuts disposent d'une certaine latitude en la matière. Pour les SARL, la majorité ne peut être supérieure à 90 % des voix dont disposent les associés présents ou représentés (L. 236-38, al. 1). Pour les SAS, la majorité qui sera requise ne pourra être inférieure aux deux tiers ni supérieure à 90 % (L. 236-38, al. 2) ; mais il faudra d'abord modifier les statuts pour prévoir cette modalité. Cela se fera à

la majorité prévue par les statuts pour des opérations de cette nature, ou si rien n'est prévu, à celle prévue pour toute modification des statuts.

Le droit de retrait des associés

Les associés d'une société absorbée, scindée ou transformée ayant voté contre l'approbation du projet, ce qui exclut les abstentionnistes ou les absents, ont le droit de demander le rachat de leurs parts ou actions par la société, si le projet aboutit à ce qu'ils se retrouvent associés d'une société régie par le droit d'un autre Etat membre (L. 236-40). La société absorbée, scindée ou transformée est alors tenue de formuler une offre de rachat, dont la méthode de fixation du prix est présentée dans le rapport des commissaires à la fusion (L. 236-37) et dont les modalités sont indiquées dans le projet d'opération et le rapport de l'organe d'administration (R. 236-21 et R. 236-24).

Pour être valable, le droit de retrait doit nécessairement porter sur l'ensemble des parts ou actions détenues par l'associé au jour de sa demande (R. 236-25) et être exercé dans un délai de 10 jours à compter de la décision collective des associés décidant l'opération (R. 236-26). L'offre de rachat est adressée par la société dans les 10 jours de cette demande. Les délais d'acceptation ou de contestation sont brefs. La contestation sur le prix est classiquement tranchée par un expert de l'article 1843-4 du Code civil (R. 236-28). Le prix est versé au plus tard deux mois après la date de prise d'effet de l'opération (R. 236-27).

Par ailleurs, les associés qui n'ont pas exercé leur droit de retrait ont le droit de contester le rapport d'échange et de réclamer le versement en espèces d'une soulte (L. 236-41). Le relèvement de la soulte semble, compte tenu de la rédaction de l'article R. 236-28, bénéficier à tous les associés qu'ils aient ou

non exercé un recours. Le droit de retrait s'applique uniquement aux apports partiels d'actifs transfrontaliers donnant lieu à l'attribution d'actions aux associés de la société apporteuse (L. 236-49).

Les droits des salariés

L'ordonnance instaure un mécanisme garantissant le droit des salariés à être informés et consultés en amont d'une opération transfrontalière. Notamment, il est désormais prévu que la procédure d'information et de consultation des salariés est réalisée préalablement à la publication du projet de l'opération (L. 236-34) et que chacune des sociétés participant à l'opération est tenue de publier un avis informant notamment les délégués du personnel ou, à défaut, les salariés eux-mêmes qu'ils peuvent formuler des observations concernant le projet (L. 236-35).

Le projet d'opération doit présenter les effets probables sur l'emploi et l'implication des travailleurs dans la société issue de l'opération (R. 236-21, 11° et 12°). Une section du rapport de l'organe d'administration est rédigée à l'intention des salariés et explique les implications sur les relations de travail et tout changement significatif dans les conditions d'emploi ou les lieux d'implantation (R. 236-24, III). Le nouveau texte ne pose pas de condition d'équivalence de fond entre la situation des salariés des sociétés françaises impliquées et celle résultant de l'opération. Mais le contrôle du greffe doit vérifier que l'opération n'est pas réalisée aux fins de priver les salariés de leurs droits en matière de participation (L. 236-42, II, 3°).

Le contrôle par les greffes

L'originalité du dispositif est d'imposer un contrôle formel et anti-abus réalisé par l'Etat membre de la société absorbée, scindée ou transférée. Pour la France, ce contrôle est confié aux greffes des tribunaux de commerce. Si le choix de ces derniers est logique, il leur confère une mission qui va bien au-delà du contrôle de conformité habituel. Les recours seront portés devant le juge chargé de la surveillance du registre, qui statue par ordonnance (R. 236-33) : lui aussi fera face à une extension de son domaine de compétence. On note en revanche qu'il n'a pas été prévu un droit d'opposition du procureur de la République, à l'inverse de ce qui existe pour le transfert du siège d'une SE (L. 229-4). Les sociétés concernées devront transmettre au greffier un dossier complet (R. 236-29), dont on comprend que toutes les pièces devront être en français ou traduites en français, aucune disposition ne venant apporter d'exception à ce principe.

Cela pourra nécessiter un travail préparatoire important. Le greffier disposera d'un délai de trois mois pouvant être étendu à six voire sept mois (R. 236-30). Ce délai court en principe à compter de la décision des assemblées décidant l'opération (R. 236-29, 6°). Le greffier pourra consulter toutes les autorités compétentes, faire appel à un expert indépendant (L. 236-42 II) et diligenter des enquêtes (R. 236-30). C'est à lui que revient de vérifier que l'opération n'est pas réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'UE ou au droit français ou à le contourner, ou à des fins criminelles, et que l'opération n'est pas réalisée aux fins de priver les salariés de leurs droits en matière de participation (L. 236-42 II, 2° et 3°). Signalons que la société française concernée devra fournir les informations relatives au respect des engagements de la société envers les organismes publics (R. 236-29, 9°) ou signaler si une mesure d'incitation ou une subvention a été reçue dans l'Etat membre de départ dans les cinq dernières années (R. 236-40 pour les transformations). La complexité de ces questions¹, que la loi de transposition n'éclaire pas, et l'inexpérience des greffiers en matière de contrôle de l'abus laissent de nombreuses interrogations sur la manière dont ces contrôles seront menés. Des rendez-vous de présentation des dossiers, mais aussi un dialogue ouvert et la publication de guides seront utiles pour concourir à la sécurité juridique.

A l'issue de cette procédure sera délivré un certificat de conformité. La réunion de tous les certificats de conformité et de légalité requis dans les Etats concernés permettra la prise d'effet de l'opération transfrontalière (L. 236-44), contrôlée par le greffier dans le ressort duquel la société issue de l'opération sera immatriculée (L. 236-44). Si l'on met bout à bout les délais de préparation de l'opération, d'information et de consultation préalable des instances représentatives du personnel, des rapports des commissaires à la fusion lorsqu'ils sont requis, de notification aux parties prenantes du rapport et du projet d'opération six semaines avant les assemblées générales (R. 236-24 IV), d'opposition des créanciers (R. 236-34) puis du contrôle par le greffe qui peut s'étendre jusqu'à sept mois, on voit que les opérations transfrontalières seront de longue haleine. Au moins ont-elles à présent un cadre légal établi. ■



et Pauline Darmon,
associée,
Bersay

1. Le rapport du HCJP sur la transposition de la directive « Fusions-Scissions » du 22 novembre 2022, p. 22 et s., apporte des précisions intéressantes sur ces notions.