

Ordonnance n°2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières de sociétés commerciales : brève présentation des principaux aspects concernant les opérations transfrontalières.

Par Jean-Pierre VIENNOIS, Professeur à la faculté de droit de Lyon, Avocat associé, BREMENS.

L'ordonnance n°2023-393 du 24 mai 2023 vient d'être adoptée comme prévu par la loi n°2023-171 du 9 mars 2023, dont l'article 13 habilitait le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de trois mois à compter de sa promulgation (donc avant le 10 juin 2023), toutes les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour réformer les régimes des fusions, des scissions, des apports partiels d'actifs et des transferts de siège des sociétés commerciales afin notamment de transposer la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières et de prendre les mesures de coordination et d'adaptation de la législation liées à cette transposition.

On rappelle que la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 réforme le droit de l'UE applicable aux fusions et aux scissions transfrontalières et instaure un régime pour les transformations transfrontalières¹. Pour se limiter ici au strict minimum, souvenons-nous que ce texte européen énonce des règles communes aux trois opérations transfrontalières : tout d'abord affirmation ou réaffirmation de l'effet de ces opérations (transmission active et passive du patrimoine de la société absorbée, scindée ou transformée malgré la rupture du lien avec l'Etat d'origine), ensuite règles de protection des associés, des salariés et des créanciers et enfin, règles de procédure (contrôle préalable dans chaque état concerné, puis contrôle de légalité dans l'état de destination).

En laissant une large marge de manœuvre aux Etats tout en instaurant des instruments de contrôle pouvant s'avérer restrictifs de liberté voire dissuasifs d'une part et en s'abstenant de donner des définitions précises d'autre part, le texte de la directive soulevait plusieurs motifs de préoccupation. L'ordonnance apporte une clarification de nature à favoriser en France, une mise en œuvre de la directive conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE. Elle modifie à cette occasion de manière significative le droit national des scissions, pour importer en droit français, le mécanisme retenu en droit des scissions transfrontalières.

On se concentrera ici sur quelques aspects notables du texte, relatifs aux opérations transfrontalières.

Certains concernent les trois opérations transfrontalières (I) d'autres sont propres à l'une des trois opérations (II).

¹ Sur ce texte, voir notamment : M. Menjuq (sous la direction scientifique de) Harmonisation des opérations de transfert de siège et de scission transfrontalières : enfin l'aboutissement, dossier, Bulletin Joly Sociétés, Juillet-Aout 2020 ; B. Lecourt, Evènement historique en droit européen des sociétés : adoption de la directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés, Revue des sociétés, 2019, p. 360 ; La réforme du régime des fusions transfrontalières, Revue des sociétés 2019, p. 24 ; Enfin une directive sur la mobilité transfrontalière des sociétés I, Revue des sociétés 2020, p. 338 ; J-P Viennois, L'actualité du droit des fusions transfrontalières, Actes du colloque « Les restructurations transfrontalières », Lyon 2022, Fiscalité internationale, I-2022, p. 126 ; L'adoption d'un droit dérivé favorisant la circulation des sociétés, Actes du colloque « La circulation des sociétés dans l'Union Européenne, Lyon et Saint-Etienne, 11 et 12 mai 2023, à paraître.

I – Règles communes aux trois opérations transfrontalières

A) Clarification du champ d'application du droit européen des opérations transfrontalières.

Qu'il s'agisse de fusions, de scissions ou de transformations, l'ordonnance confirme² que le droit européen des opérations transfrontalières ne s'applique que si toutes les sociétés parties aux opérations sont des sociétés de capitaux au sens de l'annexe II à la directive 2017/1132 du 14 juin 2017. En France, ne sont concernées que les sociétés par action et les SARL. Les opérations hors du champ d'application continueront de relever du droit international privé et du droit matériel français pour ce qui est des opérations qui concernent une société dont le siège est en France, le juge devant interpréter le droit français à la lumière du droit d'établissement tel qu'il découle de la jurisprudence de la CJUE, lorsque le franchissement de frontières demeure interne à l'Union.

B) Précisions relatives au droit de retrait de certains associés.

Rappelons que la directive compense l'interdiction pour les Etats de subordonner l'opération transfrontalière à une décision des associés relevant d'une majorité supérieure à 90% des droits de vote, par l'instauration impérative d'un droit de retrait des associés qui ont voté contre l'opération.

D'une part, l'ordonnance saisit la possibilité ouverte par la directive d'élargir le droit de retrait à d'autres associés que ceux qui ont voté contre le projet d'opération transfrontalière : en droit français, seront bénéficiaires du droit les porteurs d'actions sans droit de vote et les associés dont les droits de vote sont temporairement suspendus. D'autre part, l'ordonnance précise, par les prescriptions concernant le rapport des experts indépendants, la manière dont il est logique de valoriser les titres concernés : doit être considéré le prix du marché, mais avant l'annonce du projet d'opération et sans tenir compte de l'effet de l'opération envisagée. Un décret en Conseil d'Etat doit préciser davantage les modalités du rachat par la société concernée, celle-ci devant en tout état de cause formuler une offre de rachat.

C) Désignation d'une autorité unique en charge des contrôles de conformité et de légalité des opérations transfrontalières : le greffier du tribunal de commerce.

Il revenait aux Etats de désigner la ou les autorités compétentes pour exécuter tant le contrôle dit préalable (devant déboucher sur la délivrance d'un Certificat préalable), que le contrôle dit de légalité de l'opération (devant déboucher sur l'approbation de l'opération, rendant celle-ci effective). L'article 13 de la loi d'habilitation prescrivait que l'autorité compétente chargée du contrôle de légalité de l'opération (étape 2) serait nécessairement le greffier du tribunal de commerce. L'ordonnance complète la règle en énonçant que le greffier effectue le contrôle de la conformité et la délivrance éventuelle du certificat de conformité (étape 1).

En France, une autorité unique est donc compétente pour l'ensemble des contrôles, ce qui est gage de simplicité et d'efficacité. Le greffier aura notamment la tâche de mener à bien le nouveau contrôle préalable anti-abus : « vérifier que l'opération ne soit pas menée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union Européenne ou au droit français ou à le contourner, ou à des fins criminelles ». A cette fin, il pourra notamment solliciter des autorités compétentes les informations qu'il estimera nécessaire et faire appel à un expert indépendant qu'il désignera et dont la rémunération sera prise en charge par la société. Ce dernier dispositif est original et l'on espère que les greffiers n'en abuseront pas. Il leur revient la tâche difficile de mener à bien les contrôles administratifs dans le respect de la loi mais aussi dans le respect de la jurisprudence de la CJUE.

² J-P Viennois, L'actualité du droit des fusions transfrontalières, Actes du colloque « Les restructurations transfrontalières », précité, p. 127, n°6.

II – Règles spécifiques à une opération

A) Fusions : assouplissement de la notion de fusion...lorsque la fusion est transfrontalière.

Même si l'apport est rémunéré par une soulte supérieure à 10% de la valeur nominale des titres attribués, le régime des fusions s'applique si au moins l'un des Etats concernés par la fusion l'admet. Dans le cas des fusions relevant du seul droit français, la définition classique est maintenue.

B) Scissions : consécration de l'attribution directe à l'associé de la société apporteuse, de titres de la société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif...y compris pour les opérations purement internes.

L'ordonnance consacre dans le cas des opérations transfrontalières et étend aux opérations purement internes, un mécanisme bien commode et efficace dans le cas des apports partiels d'actifs : les parts ou actions de la société qui apporte, celles de la société bénéficiaire ou les deux, peuvent être attribuées directement aux associés de la société qui apporte. Le tout dans les conditions à préciser par décret en Conseil d'Etat. On ne peut que se réjouir de l'introduction de cette mesure en droit français et de cette influence indirecte du droit de l'UE sur le droit national.

C) Affirmation de la conservation de la personnalité juridique de la société transformée.

Tout en sécurisant les effets de l'opération de transformation internationale, par leur consécration claire et précise, la directive 2019-2121 n'affirmait pas expressément le maintien de la personnalité morale de la société transformée. L'ordonnance va donc plus loin. Après avoir réitéré l'énoncé des effets consacrés par la directive, le texte fait expressément de la conservation de la personnalité juridique de la société transformée un élément de la définition de la transformation transfrontalière. La continuation de la personne étant un concept classique du droit français, cette précision constitue un effort louable pour la bonne compréhension de ce mécanisme nouveau dans l'ordre international. On peut toutefois douter de la portée de cette déclaration lorsque le droit national de l'état d'accueil retient une solution distincte. Au demeurant, l'essentiel des effets attachés au maintien de la personnalité étant clairement prévus par la directive, la préoccupation devient essentiellement théorique.