

PROPOSITION MODIFICATIVE DE LA DIRECTIVE (UE) N° 2017/1132 : LE DROIT DES SOCIÉTÉS EUROPÉEN À L'HEURE DE LA MOBILITÉ TRANSFRONTALIÈRE ET DU NUMÉRIQUE

118s4

M. MENJUCQ Propos introductifs	p. 449
M. MENJUCQ Les transformations transfrontalières	p. 450
T. MASTRULLO Les scissions transfrontalières	p. 456
E. SCHLUMBERGER Les fusions transfrontalières	p. 463
K. LUCIANO L'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés	p. 470

Propos introductifs 118t1

Michel MENJUCQ

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

C'est un véritable coup de tonnerre dans l'horizon du droit des sociétés européen qui résulte des deux propositions de directive publiées le 25 avril 2018 modifiant la directive n° 2017/1132/UE du 14 juin 2017 d'une part, en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières¹ et d'autre part, en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés².

Ces propositions font effectivement entrer le droit européen des sociétés dans une nouvelle ère de la mobilité transfrontalière et du numérique.

L'une des deux propositions se rapporte ainsi à l'institution d'un droit harmonisé de la mobilité transfrontalière des sociétés de capitaux, caractérisé par un corps de règles commun aux différentes modalités de mobilité : transformation, fusion ou scission transfrontalières. Il est vrai que l'inspiration est commune puisque la proposition de directive s'inscrit dans

le sillon de la société européenne³ et de la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, recodifiée par la directive n° 2017/1132/UE.

On relève en ce sens que l'harmonisation du processus décisionnel et de la protection des « parties prenantes » que sont les associés minoritaires, les créanciers et les salariés est, *mutatis mutandis*, organisée similairement quel que soit le mode de mobilité transfrontalière mis en œuvre, sous réserve de la procédure « d'appréciation approfondie » permettant à l'autorité nationale compétente en charge du contrôle préalable de faire des investigations étendues en cas de « suspicion réelle de fraude » qui, assez étonnamment, est proposée pour la transformation et la scission transfrontalières mais pas pour la fusion transfrontalière.

Par l'instauration d'un régime harmonisé de la mobilité transfrontalière sous réserve des spécificités propres à chaque modalité, la proposition de modification de la directive n° 2017/1132/UE réalise une avancée

1 Prop. dir. PE et Cons. UE, 24 avr. 2018, COM (2018) 241 final, en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières.

2 Prop. dir. PE et Cons. UE, 24 avr. 2018, COM (2018) 239 final, en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés.

3 Règl. n° 2157/2001, 8 oct. 2001 portant statut de la SE et directive n° 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le règlement n° 2157/2001 sur l'implication des travailleurs.

juridique majeure que la pratique attendait depuis longtemps en faveur tant du transfert de siège d'un État membre vers un autre, qualifié de transformation transfrontalière⁴, que de la scission transfrontalière comme il ressort des études successives de Michel Menjucq et de Thomas Mastrullo⁵. Elle apporte aussi des modifications aux dispositions déjà en vigueur sur la fusion transfrontalière, afin de rapprocher encore le régime des fusions transfrontalières de celui proposé pour les transformations et les scissions transfrontalières ainsi que le démontre Edmond Schlumberger⁶. Mais, la perspective d'une telle avancée juridique sur le plan de la mobilité transfrontalière des sociétés de capitaux ne pouvait se concevoir sans un approfondissement, analysé par Kevin Luciano⁷, de l'harmonisation de l'utilisation des outils et processus numériques

se rapportant à l'immatriculation et à la publicité des sociétés et des opérations sociétaires sur les registres nationaux qui est l'objet de l'autre proposition de directive publiée le même jour.

En définitive, si l'on ne peut que se féliciter de l'initiative de la Commission européenne qui marque une étape importante de la modernisation du droit européen des sociétés, on observe, pour le déplorer, le recul de l'usage du français comme langue de travail de la Commission européenne, manifesté par la piètre qualité de la version française des propositions de directives dans lesquelles les mots manquants et les imprécisions terminologiques sont légion, obligeant les commentateurs francophones à se reporter, de temps à autre, à la version anglaise publiée en premier pour trouver les précisions nécessaires.

4 Sur la notion de transformation transfrontalière, v. Menjucq M., « Les transformations transfrontalières », BJS juill. 2018, n° 118s7, spéc. n° 3 et s.

5 Mastrullo T., « Les scissions transfrontalières », BJS juill. 2018, n° 118t0.

6 Schlumberger E., « Les fusions transfrontalières », BJS juill. 2018, n° 118t6.

7 Luciano K., « L'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés », BJS juill. 2018, n° 118t2.

Les transformations transfrontalières 118s7

Michel MENJUCQ

Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

La proposition de directive modifiée institue un régime harmonisé de transformation transfrontalière combinant les dispositions des textes européens sur le transfert de siège de la société européenne et sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. Sous réserve des corrections des maladresses rédactionnelles existant dans la version française, cette proposition devrait pouvoir être adoptée sans subir de profondes modifications.

Prop. dir. du PE et du Cons. UE, 25 avr. 2018, COM (2018) 241 final, modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières

1. C'est peu dire que l'initiative d'un texte européen d'harmonisation sur le transfert de siège d'un État membre vers un autre État membre était attendue¹ tant cette opération demeure d'une réalisation difficile et source d'insécurité juridique en l'absence d'harmonisation des droits nationaux². Et ce malgré la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle le transfert de siège qui s'accompagne du changement de la loi applicable relève de la liberté

d'établissement³. À cet égard, le transfert de siège n'avait pas connu jusqu'à présent une évolution favorable semblable à celle des fusions transfrontalières⁴ en dépit d'un projet de 14^e directive sur le transfert de siège⁵ datant des années 1990, abandonné en 2007.

2. Certes, pendant cette période d'inertie législative, la Cour de justice a fait œuvre jurisprudentielle en cher-

1 V. les demandes réitérées du Parlement européen : résolution du Parlement européen du 10 mars 2009, 2008/2196(INI) ; résolution du Parlement européen du 2 février 2012, 2011//2046(INI) ; résolution du Parlement européen du 13 juin 2017, [2016/2065(INI)]. Dans le même sens, rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés, printemps 2011.

2 Sur les contraintes, conditions et risques du transfert de siège en l'absence d'harmonisation des droits nationaux, v. Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, 5^e éd., 2018, Précis Domat, n° 483 et s.

3 CJCE, 16 déc. 2008, n° C-210/06, Cartesio : BJS juin 2009, n° 121, p. 593, note Dammann R. ; Gaz. Pal. 24 mars 2009, n° H3644, p. 12 et s., note Mastrullo T. ; JCP G 2009, II, 10027, note Menjucq M. ; JCP E 2009, 1208, note Mélin F. ; D. 2009, p. 574 et s., point de vue, Dammann R., Wynaendts L. et Nader R. ; D. 2009, p. 465 et s., note Kovar R. ; Europe 2009, comm. n° 82, obs. Idot L. ; RJDA 2009, n° 218. V. *supra* n° 143.

4 V. Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, *op. cit.*, n° 333 et s.

5 Menjucq M., « Réflexion critique sur la proposition de 14^e directive relative au transfert intra-communautaire de siège social », BJS févr. 2000, n° 026, p. 137.

chant à concrétiser la réalisation du transfert de siège avec l'arrêt *Vale Építési*⁶, et a en libéralisé le principe par l'arrêt *Polbud*⁷ qui permet le transfert de siège statutaire sans transfert de siège réel et même sans exercice de l'activité sociale dans l'État d'accueil. Pour autant, il était impossible à la Cour de justice d'instituer par voie jurisprudentielle un régime complet du transfert de siège social⁸. C'est tout l'apport de la proposition de directive modifiée que d'instituer un tel régime en introduisant dans la directive (UE) n° 2017/1132 un chapitre I, intitulé « Transformations transfrontalières » contenant les articles 86 bis à 86 duovicies.

3. Cette terminologie est directement empruntée aux arrêts *Vale* et *Polbud* précités. Par l'expression « transformation transfrontalière », la proposition désigne l'opération « par laquelle une société, sans être dissoute, liquidée ou mise en liquidation, transforme la forme juridique sous laquelle elle est immatriculée dans un État membre de départ en une forme juridique d'une société d'un État membre de destination et transfère au moins son siège social dans l'État membre de destination tout en conservant sa personnalité juridique »⁹. Cette terminologie identifie donc une notion juridique précise.

4. Le recours à cette notion mérite d'être approuvé car le transfert de siège social d'un État membre, qualifié, dans la proposition de directive modifiée, d'État de départ¹⁰, vers un autre État membre, qualifié d'État de destination¹¹, conduit nécessairement à la transformation de la société en cause afin d'adopter l'une des formes sociales connues du droit de l'État de destination.

5. Cette notion a aussi l'avantage de parfaitement situer la discussion juridique au regard de la qualification de siège social dont on remarque qu'elle n'est nulle part caractérisée dans la proposition de directive modifiée. En effet, en recourant à la notion de transformation transfrontalière, la proposition de directive modifiée s'inscrit dans le droit fil de l'arrêt *Polbud* qui a défini cette notion comme « le transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, aux fins de sa transformation, en conformité

avec les conditions imposées par la législation de cet autre État membre, en une société relevant du droit de ce dernier, sans déplacement du siège réel de ladite société »¹².

6. Il en résulte que, même si la proposition de directive modifiée ne l'énonce pas (on pourrait suggérer d'ailleurs que la version définitive apporte cette précision), son objet est la mise en œuvre du transfert du siège statutaire, avec ou sans transfert de siège réel conformément à la jurisprudence européenne précitée en matière de liberté d'établissement (articles 49 et 54 TFUE).

7. Les sociétés concernées par la proposition de directive sont, selon l'article 86 bis dont la rédaction dans la version française est imparfaite¹³, les sociétés de capitaux mentionnées à l'annexe II de la directive n° 2017/1132¹⁴ qui vérifient les conditions de l'article 54 TFUE (constitution conformément à la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement à l'intérieur de l'Union) et se transforment en une société d'un autre État membre. Les États membres ont la faculté d'exclure du champ d'application les sociétés coopératives. En revanche, sont exclues obligatoirement du champ d'application de la proposition de directive modifiée, les sociétés dont l'objet est le placement collectif des capitaux auprès du public dont le fonctionnement est soumis au principe de répartition des risques et dont les parts sont rachetées ou remboursées à charge des actifs de cette société¹⁵.

8. Pour élaborer le contenu de la proposition de directive modifiée, la Commission européenne est partie du constat que les droits nationaux des États membres sont lacunaires, en matière de transformations transfrontalières, notamment à l'égard de la protection des associés minoritaires, des créanciers et salariés. Ils sont en outre difficilement conciliables entre eux¹⁶. Il en résulte que l'opération de transformation transfrontalière ne peut actuellement se réaliser sur le fondement des droits des États membres dans des conditions satisfaisantes de sécurité juridique tant pour la société que pour les « parties prenantes »¹⁷ que sont ses associés, ses créanciers et ses salariés.

9. Il s'en déduit que pour permettre la réalisation des opérations de transformation transfrontalière, l'harmonisation doit porter sur l'institution d'une procédure précise et détaillée de transformation transfron-

6 CJUE, 12 juill. 2012, n° C- 378/10 : JCP E 2012, 1547, note Mastrullo T. ; Rev. sociétés 2012, p. 645, note Parléani G. ; JCP G 2012, 1089, note Menjucq M. ; BJS oct. 2012, n° 404, p. 735, note Dammann R., Wynaendts L. et Marion L.

7 CJUE, 25 oct. 2017, n° C-106/16, Sté Polbud : BJS janv. 2018, n° 117d8, p. 19, note Mastrullo T. ; D. 2017, p. 2512, note d'Avout L. ; JCP E 2018, 1014, note Menjucq M. ; JCP G 2017, 1352, note Combet M. ; Rev. sociétés janv. 2018, p. 47 et s., note Parléani G.

8 Prop. dir., p. 3.

9 Art. 86 ter, 2.

10 Art. 86, 3 qui définit l'État membre de départ comme celui où « la société est immatriculée avant la transformation transfrontalière ».

11 Art. 86, 4 qui définit l'État membre de destination comme celui où « la société est immatriculée à l'issue de la transformation transfrontalière ».

12 CJUE, 25 oct. 2017, n° C-106/16, pt 44.

13 L'imperfection de la rédaction de la version française de la proposition de directive modifiée sera relevée à plusieurs reprises.

14 Art. 86 ter, 1.

15 Art. 86 ter, 4.

16 Prop. dir. mod., Exposé des motifs p. 3.

17 Exposé des motifs, *loc. cit.*

talière d'une part (I), et sur l'élaboration d'un régime de protection des parties prenantes d'autre part (II).

I. Harmonisation de la procédure de transformation transfrontalière

10. L'institution d'une procédure de transformation transfrontalière par la proposition de directive modifiée vise à garantir à la société procédant à cette opération la conservation de sa personnalité morale durant tout le processus sans dissolution et liquidation dans l'État membre de départ ni constitution d'une nouvelle entité dans l'État membre de destination. Pour ce faire, la proposition de directive modifiée encadre précisément le processus décisionnel jusqu'au vote de l'assemblée générale (A) et prévoit un contrôle étroit à différents stades de l'opération (B).

11. Il faut remarquer que le processus décisionnel aussi bien que le contrôle de la transformation transfrontalière combinent des dispositions existant dans la directive n° 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux¹⁸ et dans le règlement n° 2001/2157 portant statut de la société européenne relativement au transfert de son siège social¹⁹, de sorte que l'on peut se demander pourquoi il a fallu autant de temps pour aboutir à une proposition de directive aussi peu originale. On constate ainsi que la proposition de directive modifiée réalise une unification du processus décisionnel des opérations de transformation transfrontalière, de fusion transfrontalière et de scission transfrontalière.

A. L'encadrement du processus décisionnel de la transformation transfrontalière

12. Comme le transfert de siège de la société européenne, ou la fusion transfrontalière de sociétés de capitaux, le processus décisionnel de transformation transfrontalière débute par un projet élaboré par l'organe de direction ou d'administration de la société qui envisage une telle opération.

13. Les éléments que doit, *a minima*, comporter ce projet de transformation transfrontalière sont énumérés par l'article 86 quinquiés de la proposition de directive modifiée. Outre la forme juridique de la société avant et après la transformation transfrontalière ce projet doit mentionner le calendrier proposé pour l'opération, les droits accordés par la société à l'issue de l'opération aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions, les détails

des garanties offertes aux créanciers, la date d'effet de l'opération de transformation transfrontalière, les avantages particuliers attribués aux associés de l'organe d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle de la société à l'issue de l'opération, les modalités d'attribution d'une soulte en espèces aux associés opposés à l'opération, les effets probables de l'opération sur l'emploi et enfin les informations sur les procédures fixant les modalités relatives à l'implication des salariés dans la société transformée.

14. Ce projet peut non seulement être établi dans la langue officielle des États membres de départ et de destination mais aussi dans « une langue usuelle dans le domaine des affaires des finances internationales », à savoir l'anglais. Les États membres doivent prévoir dans ce cas quelle est la langue qui fait foi en cas de divergences entre les différentes versions linguistiques.

15. Ce projet doit être complété, selon l'article 86 sexies, par un rapport établi par l'organe de direction ou d'administration de la société expliquant les aspects juridiques et économiques de l'opération et particulièrement ses conséquences sur les activités futures de l'entreprise et sur le plan stratégique de la direction ainsi qu'à l'égard des associés. Ce rapport doit aussi expliquer les droits et les recours dont bénéficient les associés opposés à la transformation transfrontalière. Il doit être mis à disposition des associés, au moins par voie électronique, deux mois au moins avant la date de l'assemblée décidant de la transformation transfrontalière. Il doit être aussi mis à disposition des représentants du personnel de la société ou, à défaut, des salariés eux-mêmes. Par mesure de simplification, les associés peuvent renoncer à cette exigence et, dans ce cas, le rapport n'est pas requis.

16. Un deuxième rapport doit être établi par l'organe de direction ou d'administration de la société à destination des salariés de celle-ci²⁰. Ce rapport doit expliquer les conséquences de la transformation transfrontalière à l'égard des activités futures de l'entreprise et du plan stratégique de la direction, de la sauvegarde des relations de travail, des conditions d'emploi et des lieux d'implantation des entreprises, enfin de l'impact à l'égard des filiales de la société. Ce rapport est mis à disposition des représentants du personnel ou, à défaut, des salariés eux-mêmes dans les mêmes conditions et délais que le rapport à l'égard des associés. Il n'est pas requis lorsque la société en cause et ses filiales n'emploient pas de salariés autres que ceux qui font partie de l'organe de direction d'administration. Ce rapport s'ajoute aux droits que les salariés retirent de l'application des directives n° 2002/14/CE ou n° 2009/38/CE.

18 Remplacée par la directive (UE) n° 2017/1132 du 14 juin 2017 qui réalise une codification de plusieurs directives.

19 Article 8 du règlement (CE) n° 2001/2157 du 8 octobre 2001.

20 Art. 86 septies.

17. L'article 86 octies prévoit que les deux rapports précités font l'objet d'un examen et d'une évaluation par un expert indépendant sauf si la société candidate à la transformation transfrontalière est une micro ou une petite entreprise au sens de la recommandation n° 2003/361/CE du 6 mai 2003 de la Commission européenne. L'article 86 octies ne manque pas d'étonner concernant la désignation dudit expert. En effet celui-ci n'est pas choisi par les dirigeants de la société mais il est désigné par l'autorité compétente chargée d'établir le certificat préalable à la transformation²¹ à laquelle la société doit s'adresser au moins deux mois avant la date de l'assemblée générale décidant de la transformation transfrontalière. On rappellera que pour les sociétés européennes (SE) immatriculées en France procédant au transfert de leur siège social dans un autre État membre, l'autorité compétente pour établir le certificat préalable est un notaire²².

18. L'autorité compétente dispose de 5 jours ouvrables à compter de la demande et de la réception du projet et du rapport pour désigner l'expert indépendant soumis, dans le cadre de cette mission, au régime de responsabilité civile pour faute professionnelle prévue par le droit de l'État membre de départ²³. Le caractère indépendant de l'expert par rapport à la société candidate à la transformation transfrontalière est apprécié au regard des articles 22 et 22 ter de la directive n° 2006/43/CE.

19. Le rapport de l'expert, obligatoirement écrit, est important car il doit faire non seulement une évaluation détaillée de l'exactitude des informations fournies dans le projet de transformation et dans les deux rapports explicatifs mais aussi une description de tous les éléments factuels permettant à l'autorité compétente en charge de l'établissement du certificat préalable de faire une évaluation approfondie pour déterminer si la transformation transfrontalière envisagée constitue un montage artificiel.

20. Une fois ce dernier rapport établi, est effectuée une publicité²⁴, dans un registre public national un mois au moins avant la date de l'assemblée générale, du projet de transformation transfrontalière, du rapport de l'expert indépendant et d'un avis informant les associés, les créanciers et les salariés de la société qu'ils peuvent présenter à la société et à l'autorité chargée d'établir le certificat préalable des observations sur ces deux documents avant la date de l'assemblée générale statuant sur l'opération.

21. Cependant les États membres peuvent dispenser la société de l'obligation de publicité si, pendant une

période continue débutant un mois au moins avant la date fixée pour l'assemblée générale, la société met gratuitement à la disposition du public les documents visés sur son site internet. Dans ce cas, la société a seulement l'obligation de publier au registre national en cause, au moins un mois avant l'assemblée générale, les informations concernant sa forme juridique avant et après la transformation transfrontalière, le registre où ont été déposés les documents précités, une indication des dispositions prises en faveur des droits des créanciers, des salariés et des associés ainsi que des informations sur le site internet sur lequel il est possible d'obtenir gratuitement le projet de transformation transfrontalière, le rapport d'experts et l'avis informant les associés, les créanciers et les salariés de la possibilité de présenter des observations.

22. À l'issue de la publicité, l'assemblée générale de la société se prononce sur l'opération de transformation transfrontalière. Aucun quorum ni majorité ne sont prévus à l'article 86 decies pour l'approbation du projet de transformation transfrontalière. Il faudra donc se reporter aux conditions du droit national prévues pour les modifications statutaires. L'article 86 decies prévoit seulement que l'assemblée générale peut subordonner la réalisation de la transformation transfrontalière à la condition qu'elle entérine expressément les modalités de l'implication des salariés. Il prévoit aussi que toute modification du projet de transformation transfrontalière établi par les organes d'administration ou de direction de la société ne peut être décidée qu'à une majorité comprise entre 2/3 et 90 % des voix des associés présents et représentés, sans que ce pourcentage ne puisse être supérieur à celui prévu par le droit national applicable à la société en cause pour l'approbation d'une fusion transfrontalière. Enfin, le paragraphe 5 du même article prévoit de manière utile que la décision de l'assemblée générale ne peut pas être contestée pour le seul motif tenant à la fixation de la soulte en espèces allouée aux associés minoritaires.

B. Le contrôle de la transformation transfrontalière

23. Sur le modèle des contrôles existant dans la directive n° 2017/1132 actuellement applicable aux fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, la proposition de directive modifiée prévoit un contrôle préalable réalisé par une autorité compétente de l'État membre de départ (1) et un contrôle de la légalité par une autorité compétente de l'État membre de destination (2). Les modalités de ces contrôles sont néanmoins très renforcées par rapport au droit en vigueur.

21 Art. 86 quaterdecies.

22 V. C. com., art. L. 229-2, dernier al.

23 Art. 86 unvicies.

24 Art. 86 nonies.

1. Le contrôle préalable

24. Le contrôle préalable est effectué, en vertu de l'article 86 quaterdecies, par une autorité désignée par l'État membre de départ. En matière de fusion transfrontalière des sociétés de capitaux, cette vérification préalable a été confiée en France au greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le siège de la société participant à l'opération²⁵. Il est probable que cette même autorité serait désignée si la proposition de directive modifiée devait être transposée en droit français.

25. Le contrôle porte sur l'accomplissement des formalités requises par la législation de l'État membre de départ et le respect des conditions posées par cette même législation nationale pour procéder à l'opération de transformation transfrontalière. Le contrôle doit être effectué dans un délai d'un mois à compter de la réception des documents attestant de l'approbation de l'assemblée générale. À l'issue de ce contrôle, l'autorité compétente délivre un certificat préalable à la transformation transfrontalière attestant du respect de l'ensemble des conditions et formalités requises par le droit de l'État membre de départ. Dans une formulation assez maladroite, les paragraphes 3 et 4 de l'article 86 quaterdecies disposent que la présence physique d'un représentant de la société n'est pas nécessaire sauf en cas de suspicion réelle de fraude, fondée sur des motifs raisonnables puisque dans ce cas les États membres peuvent exiger la « présence physique devant l'autorité compétente ».

26. La préoccupation de la lutte contre la fraude est assez présente dans la proposition de directive modifiée puisque si l'autorité compétente suspecte que la transformation « constitue un montage artificiel », elle peut décider de procéder à une « appréciation approfondie », conformément à l'article 86 quindecies, qui consiste à prendre en compte, dans le cadre d'une appréciation globale, les éléments énumérés par ledit article (caractéristiques de l'établissement dans l'État de destination, investissement, localisation des actifs, nombre de salariés...) au regard des faits et circonstances de l'espèce pour déterminer si l'opération ne vise pas à obtenir des avantages fiscaux indus ou porte atteinte au droit légal ou contractuel des salariés, des créanciers ou des associés minoritaires²⁶.

27. Dans le cadre de cette procédure d'appréciation approfondie, l'autorité compétente peut entendre les représentants de la société ainsi que les personnes (associés, créanciers, salariés) ayant présenté des observations concernant le projet de transformation transfrontalière ou le rapport d'experts indépendants au

titre de l'article 86 nonies, paragraphe 1, c. L'autorité compétente dispose alors de deux mois à compter du début de l'appréciation approfondie pour statuer sur la délivrance du certificat préalable à la transformation. Cette procédure se substitue au droit d'opposition pour des motifs d'intérêt que les États membres peuvent instituer au profit d'une autorité nationale publique qui existe à l'encontre du transfert de siège de la SE²⁷.

28. La décision de délivrer un certificat préalable ou de le refuser doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel si l'autorité compétente n'est pas un tribunal²⁸. En outre, les États membres doivent laisser un certain délai pour permettre aux parties (sans préciser lesquelles) d'exercer une action en justice devant un tribunal compétent afin d'obtenir éventuellement des mesures provisoires. Enfin, cette décision doit être disponible au moyen d'un système d'interconnexion des registres.

2. Le contrôle de la légalité

29. Le contrôle de légalité²⁹ réalisé par une autorité compétente désignée par l'État membre de destination porte sur la partie de la procédure régie par le droit de cet État membre, à savoir sur tout ce qui se rapporte à l'accueil de la société dans l'État membre de destination, notamment l'adaptation des statuts à la forme juridique choisie et les exigences liées au rattachement de la société à la loi de cet État membre³⁰. Il vise à vérifier que la société transformée respecte les dispositions du droit de l'État d'accueil sur la constitution des sociétés et, le cas échéant, sur les modalités relatives à la participation des travailleurs de ce même État membre. Ce contrôle s'effectue à partir du projet de transformation transfrontalière sauf en cas de suspicion réelle de fraude fondée sur des motifs raisonnables qui permet d'exiger la présence physique d'un représentant de la société devant l'autorité compétente. Pour rendre sa décision l'autorité compétente doit aussi accuser réception du certificat préalable précédemment envisagé.

30. À l'issue de ce contrôle de légalité, l'immatriculation de la société transformée peut intervenir dans le registre national de l'État membre de destination selon les modalités prévues par la loi de cet État membre. La transformation transfrontalière prend effet à compter de la date de l'immatriculation³¹. La

25 V. C. com., art. L. 236-29.

26 Art. 86 quater, 4.

27 V. C. com., art. L. 229-4.

28 Art. 86 sexdecies.

29 Art. 86 septdecies.

30 Si le droit de l'État membre de destination exige que la société ait son siège statutaire et son administration centrale sur son territoire, celle-ci devra s'y soumettre. Sur la question du rattachement des sociétés à un État membre, voir notre commentaire sous l'arrêt *Polbud* précité.

31 Art. 86 novodecies.

nullité de la transformation transfrontalière ne peut pas être prononcée à l'issue de l'immatriculation³².

31. La radiation de la société dans le registre de l'État membre de départ n'a lieu qu'à réception, par l'autorité tenant ce registre, de la notification de la nouvelle immatriculation. Tant que cette radiation n'est pas intervenue, les tiers peuvent invoquer le lieu du siège social d'origine sauf à ce qu'il soit démontré qu'ils connaissaient ou auraient dû connaître le nouveau siège social³³.

32. Fort maladroitement, l'article 86 viciés prévoit que tout le patrimoine, en ce compris les contrats dont les contrats de travail, droits et obligations, « est transféré » à la société transformée à la date de l'immatriculation et que les associés « deviennent » associés de la société transformée. Comme la société transformée est la même personne morale, il faudrait plutôt affirmer d'une part que la société a conservé son patrimoine et qu'elle continue à être liée par les contrats, droits et obligations conclus avant la transformation transfrontalière, et d'autre part que ses associés ont conservé leur qualité à l'issue de l'opération.

II. Harmonisation de la protection des « parties prenantes »

33. La proposition de directive modifiée comporte des dispositions relatives à la protection des différentes « parties prenantes » que sont les associés (A) et les tiers (B).

34. Avant de traiter de ces régimes spécifiques, il faut rappeler que la proposition institue une protection générale résultant de l'interdiction faite à une société d'effectuer une transformation transfrontalière dans les cas prévus par l'article 86 quater. Ainsi, ne peut pas procéder à une transformation transfrontalière une société qui fait l'objet d'une dissolution ou d'une liquidation au sens du droit des sociétés ou qui est soumise à une procédure d'insolvabilité ou de suspension des paiements. Il en est de même en cas de procédure de restructuration préventive en raison d'une probable insolvabilité, ce qui vise indéniablement la proposition de directive (UE) n° 2016/0359 du 22 novembre 2016. Une société ne pourrait pas davantage envisager une transformation transfrontalière si elle est soumise au mécanisme de résolution prévu au titre IV de la directive n° 2014/59/UE.

A. Le régime spécifique de protection des associés

35. La protection des associés est assurée par l'article 86 undecies. Sont protégés les associés détenant des actions avec droit de vote qui n'ont pas voté en faveur du projet de transformation transfrontalière ainsi que les associés qui ont des actions sans droit de vote. Tous ces associés doivent pouvoir obtenir le versement d'une soulte en espèces correspondant à la valeur de leurs titres. C'est donc un droit de retrait qui est institué par la proposition de directive modifiée.

36. L'offre de rachat des droits sociaux à un prix adéquat doit être formulée dans le projet de transformation transfrontalière. L'offre doit être acceptée par les associés désirant se retirer de la société dans un délai qui ne peut être supérieur à un mois après l'assemblée générale ayant approuvé la transformation transfrontalière. Cette offre est subordonnée à la prise d'effet de la transformation transfrontalière et doit être payée dans un délai fixé par chaque État membre qui ne doit pas dépasser un mois après la date de prise d'effet. Le texte prévoit néanmoins que l'acceptation par un associé de cette offre ne lui interdit pas d'engager ou de s'associer à des procédures judiciaires visant à contester l'offre qui lui a été faite.

B. Les régimes spécifiques de protection des tiers

37. Deux régimes distincts protègent les créanciers (1) et la participation des salariés (2) de la société.

1. La protection des créanciers

38. L'article 86 duodecies ne distingue pas selon qu'il s'agit des créanciers obligataires ou des créanciers non obligataires. Le régime de protection est donc commun sans préjudice des garanties de paiements bénéficiant aux organismes publics. Il accorde aux États membres la faculté d'exiger que l'organe d'administration ou de direction de la société en cause fournisse une déclaration reflétant fidèlement la situation financière de la société. Cette déclaration doit attester que l'organe de direction ou d'administration n'a connaissance d'aucune raison (mot manquant dans la version française) pour laquelle la société ne serait pas en mesure de s'acquitter à l'échéance de ses engagements, à l'issue de la prise d'effet de la transformation transfrontalière. Cette déclaration doit être faite un mois au plus tôt avant la publication du projet de transformation transfrontalière.

39. À cet égard l'article précité prévoit que les États membres doivent permettre aux créanciers qui ne seraient pas satisfaits de pouvoir solliciter d'une autorité administrative ou judiciaire l'attribution de garan-

32 Art. 86 duovicies.

33 Art. 86 viciés, 1, k.

tie adéquate dans le mois qui suit la publication du projet de transformation transfrontalière. Cependant, ils « sont présumés ne pas être lésés » par l'opération, lorsqu'il ressort du rapport de l'expert indépendant « qu'il n'existe aucune probabilité raisonnable que les droits des créanciers soient indûment lésés » ou lorsque les créanciers se voient offrir un droit de paiement d'une valeur au moins équivalente à leur créance initiale à l'encontre d'un tiers garant ou de la société et que ce droit de paiement relève de la même juridiction que la créance initiale et qu'il est doté d'une qualité de crédit au moins comparable à la créance initiale immédiatement après la fin de la transformation.

2. La protection des droits de participation des salariés

40. Ce régime de protection concerne exclusivement la participation des salariés au sein des organes de la société procédant à la transformation transfrontalière. Ces règles n'ont rien d'original et constituent un « copier-coller » de celles applicables en matière de fusion transfrontalière³⁴. Elles visent seulement à protéger les droits acquis des salariés à un régime de participation. Le principe est qu'après la transformation transfrontalière, la société est soumise aux règles relatives à la participation des salariés éventuellement en vigueur dans l'État membre de destination.

34 V. l'article 16 de la directive (UE) n° 2005/56/CE, devenu article 133 de la directive (UE) n° 1132/2017.

41. Cependant, pour éviter que les salariés ne perdent le bénéfice d'un régime de participation dont ils profitaient avant l'opération, le principe précité ne s'applique pas lorsque la société en cause employait dans les 6 mois précédant la publication du projet de transformation un nombre moyen de travailleurs équivalents aux 4/5 du seuil fixé par la législation de l'État membre départ pour rendre applicable un régime de participation des travailleurs. Le principe ne s'applique pas non plus si la législation de l'État membre de destination ne prévoit pas au moins le même niveau de participation que celui qui s'appliquait à la société avant la transformation ou ne prévoit pas que les salariés des établissements de la société située dans d'autres états membres peuvent exercer les mêmes droits de participation que les salariés employés dans l'État membre de destination.

42. Lorsque le principe est écarté dans les cas précités, la participation des salariés dans la société transformée doit être établie conformément aux principes et modalités prévues par la directive n° 2001/86/CE à l'égard de la société européenne. La proposition de directive modifiée aligne donc la protection relative à la participation des salariés en matière de transformations transfrontalières sur celle qui existe déjà en matière de fusions transfrontalières³⁵.

35 V. Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, op. cit., n° 369 et s.

Les scissions transfrontalières 118t0

Thomas MASTRULLO

Maître de conférences à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

La proposition de directive modifiée instituant un régime des scissions transfrontalières doit être saluée car une telle initiative était attendue depuis longtemps. Le texte se caractérise par l'inspiration puisée dans la réglementation relative aux fusions transfrontalières et la volonté de favoriser la restructuration et la mobilité des sociétés tout en luttant contre l'usage abusif ou frauduleux du droit de l'Union.

Prop. dir. du PE et du Cons. UE, 25 avr. 2018, COM[2018] 241 final, modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières

1. La scission transfrontalière est l'opération par laquelle une société se dissout sans liquidation en transférant son patrimoine à des sociétés bénéficiaires dont l'une au moins relève d'un droit national différent de celui qui gouvernait la société scindée.

Si la construction du droit européen des sociétés s'est appuyée sur la promotion des opérations transfrontalières, la scission a longtemps paru laissée de côté.

Certes, le droit de l'Union a connu des avancées appréciables en matière de scission : la directive n° 82/891/CEE qui régit les scissions internes, codifiée au sein de la directive n° 2017/1132/UE ; la directive n° 90/434/CEE, remplacée par la directive n° 2009/133/CE, qui a prévu la neutralité fiscale de la scission transfrontalière, levant ainsi un obstacle considérable à la réalisation de l'opération.

Depuis ces textes, cependant, il ne s'est pas passé grand-chose pour la concrétisation de scissions

transfrontalières dans l'espace régional européen, si l'on excepte un arrêt *Sévic* de 2005¹ dont on peut déduire, de manière incidente, que cette opération est une modalité d'exercice de la liberté d'établissement². L'inertie concernant les scissions transfrontalières tranche avec les progrès accomplis en faveur des fusions transfrontalières, marqués par le règlement (CE) n° 2157/2001 portant statut de la société européenne (SE) et surtout par la directive n° 2005/56/CE relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, ou même en faveur de la transformation transfrontalière qui, au-delà du projet abandonné de 14^e directive et du transfert de siège statutaire de la SE, a été expressément consacrée par la Cour de justice comme un droit conféré par l'ordre juridique de l'UE³.

La scission est pourtant susceptible de revêtir des enjeux dignes de considération. Ainsi, en 2017, les seules scissions de sociétés cotées réalisées en Europe ont représenté 37,5 milliards d'euros, et ont impliqué des entreprises aussi importantes que l'allemand Métro qui s'est divisé en une branche spécialisée dans l'alimentaire et une autre dans l'électronique⁴.

L'inexistence de texte sur la scission transfrontalière apparaît donc comme une anomalie du droit européen des sociétés... Et une proposition de directive sur ce sujet était attendue depuis l'adoption de la directive sur les fusions transfrontalières⁵.

2. Comme le rappelle la proposition commentée, les scissions font partie « du cycle de vie des sociétés ». En lui permettant de se déconcentrer, la scission confère à la société la possibilité de simplifier sa structure organisationnelle, la séparation d'activités jusque-là réunies au sein d'une seule entité servant la croissance de l'entreprise qui voit renforcer sa réactivité face à la concurrence et son adaptabilité aux évolutions du marché. La scission peut aussi avoir un fort impact en matière de rendement financier. Et, dans le cadre d'une opération transfrontalière, s'ajoute un avantage juridique consistant en la faculté de choisir la loi nationale applicable aux sociétés issues de la scission.

Dans ces conditions, une communication de 2015 de la Commission européenne a mis en exergue l'absence de réglementation sur les scissions transfrontalières parmi les obstacles à l'activité des sociétés au sein du marché unique⁶. Une consultation publique a également été publiée la même année⁷, dont il ressortait que 72 % des participants estimaient que l'harmonisation des exigences légales concernant les scissions aiderait les entreprises et faciliterait les activités transfrontalières en réduisant les coûts liés à l'opération. Dans une résolution du 13 juin 2017, le Parlement européen s'est fait l'écho de cette consultation et s'est prononcé à son tour pour l'adoption d'un texte sur les scissions transfrontalières⁸.

Ces initiatives mettent en lumière que la réalisation de la scission transfrontalière reste confrontée à des entraves significatives dans l'Union. D'une part, malgré sa neutralité fiscale, l'opération s'accompagne de coûts variés et élevés. Et ce d'autant plus que, à défaut d'instrument européen, l'accomplissement de la scission transfrontalière se révèle très complexe puisqu'il s'effectue généralement par l'intermédiaire d'une scission interne suivie d'une fusion transfrontalière⁹. D'autre part, l'absence de cadre européen nuit à la sécurité juridique puisqu'elle favorise les risques d'abus et de dumping social ou fiscal. Les législations des États membres sont effectivement très différentes dans ce domaine : moins de la moitié des États de l'UE sont dotés de règles relatives aux scissions transfrontalières et, lorsque de telles règles existent, les solutions retenues sont divergentes voire incompatibles, en particulier en ce qui concerne la protection des « parties prenantes », c'est-à-dire les associés, les créanciers, et les travailleurs, qui doivent faire face à un changement de loi applicable.

En conséquence, l'opération ne peut être réalisée qu'avec beaucoup de difficultés et un risque non négligeable d'usage abusif ou frauduleux de la liberté d'établissement.

3. C'est ce qui conduit la Commission à affirmer qu'il est « crucial de créer un cadre juridique qui garantisse un juste équilibre entre la nécessité d'offrir aux entreprises un environnement opérationnel favorable dans l'UE et la nécessité de protéger dans le même temps les intérêts légitimes des parties prenantes ». L'objectif est donc double : prévoir une procédure efficiente et

1 CJCE, 13 déc. 2005, n° C-411/03, *Sévic* : BJS juin 2006, n° 161, p. 771, note Baranger G. ; D. 2006, p. 451, note Luby M. ; JCP G 2006, II, 10077, note Dammann R ; Rev. crit. DIP 2006, p. 662, note Heymann J.

2 Le Nabasque H., « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », Rev. sociétés 2008, p. 493 et s., spéc. p. 503.

3 En dernier lieu : CJUE, 25 oct. 2017, n° C-106/16, *Polbud* : D. 2017, p. 2512, note D'avout L. ; BJS janv. 2018, n° 117d8, p. 19, note Mastrullo T. ; JCP E 2018, 1014, note Menjucq M.

4 www.lesechos.fr/14/11/2017/lesechos.fr/030853723319_la-vague-des-scissions-de-societes-touche-l-europe.htm

5 Mastrullo T., « La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets », Europe 2009, étude 8, spéc. n° 11. V. aussi : Lencou D. et Menjucq M., « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes ! », D. 2009, Chron., p. 886 et s.

6 Commission européenne, communication, 28 oct. 2015, n° COM(2015) 550 final.

7 Lecourt B., « Fusions et scissions transfrontalières : publication des réponses à la consultation publique », Rev. sociétés 2015, p. 687.

8 2016/2065(INI) : Lecourt B., « Mobilité transfrontalière des sociétés : le Parlement européen appelle à une révision de la directive « fusions transfrontalières » et à un texte sur les scissions transfrontalières », Rev. sociétés 2017, p. 664.

9 Lecourt B., « Fusions et scissions transfrontalières : publication des réponses à la consultation publique », art. préc.

spécifique pour les scissions transfrontalières – procédure que les États membres devront intégrer dans leur droit national si la proposition est adoptée¹⁰ – tout en offrant une protection adéquate aux associés, aux créanciers, et aux travailleurs.

Ces objectifs rejoignent ceux de la réglementation sur les fusions transfrontalières dans laquelle la proposition sur les scissions transfrontalières trouve son inspiration, ce qui est logique dès lors que les deux opérations organisent un transfert universel et international de patrimoine d'une société vers une autre¹¹.

La proposition du 25 avril 2018 prévoit de modifier la directive n° 2017/1132/UE en y insérant un chapitre IV intitulé « Scissions transfrontalières de sociétés de capitaux ». L'analyse du texte proposé passe par l'étude de son champ d'application (I) et des règles relatives à la réalisation (II) et aux effets (III) des scissions.

I. Le champ d'application de la proposition de directive modifiée sur les scissions transfrontalières

4. Les groupements concernés (A) seront envisagés avant les opérations visées (B).

A. Les groupements concernés

5. La proposition de directive modifiée concerne la scission transfrontalière des seules sociétés de capitaux¹² – énumérées à l'annexe 2 de la directive n° 2017/1132/UE¹³. Une telle restriction est cohérente avec la proposition sur les transformations transfrontalières qui mentionne les mêmes groupements¹⁴. Il faut dire que les opérations de restructuration intéressent dans la très grande majorité des cas des sociétés de capitaux, lesquelles ont été de surcroît les principales destinataires de l'harmonisation européenne en matière de droit des sociétés et de comptabilité. La proposition se montre en revanche réservée à l'égard des sociétés coopératives, auxquelles les États membres peuvent refuser le bénéfice des dispositions du chapitre IV, même lorsqu'elles entrent dans la définition de société de capitaux¹⁵. Et, plus radicalement, sont exclues du régime proposé les sociétés dont

l'objet est le placement collectif des capitaux recueillis auprès du public dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques et dont les parts sont rachetées ou remboursées à charge des actifs de cette société¹⁶. Quant aux sociétés de personnes, elles ne peuvent recourir à la scission transfrontalière qu'en se prévalant de l'arrêt *Sevic*¹⁷.

La société faisant l'objet de l'opération doit aussi répondre aux critères posés par l'article 54 TFUE pour accéder à la liberté d'établissement, à savoir être « constituée conformément à la législation d'un État membre » et posséder son siège social (la version française est approximative puisqu'elle aurait dû viser le siège statutaire, la version anglaise utilisant plus justement l'expression « registered office »), son administration centrale ou son principal établissement sur le territoire de l'Union.

6. Par ailleurs, la scission « transfrontalière » au sens de la proposition exige qu'au moins deux des sociétés impliquées dans l'opération soient gouvernées par les législations d'États membres différents.

B. Les opérations visées

7. Deux opérations sont envisagées par l'article 160 ter, 3, de la proposition de directive modifiée : la scission complète et la scission partielle.

La première consiste en la dissolution sans liquidation d'une société qui transfère tous ses actifs et passifs à deux ou plusieurs sociétés bénéficiaires nouvellement créées, moyennant l'attribution aux associés de la société scindée de titres ou d'actions dans les sociétés bénéficiaires et, éventuellement, d'une soulte en espèce ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale des titres ou actions attribués ou, à défaut de valeur nominale, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de leur pair comptable. La scission complète répond à la définition classique de la scission.

Par une scission partielle, la société scindée transfère une partie seulement de ses actifs et passifs à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires nouvellement créées moyennant l'attribution aux associés de titres ou d'actions dans les sociétés bénéficiaires, ou dans la société scindée, ou à la fois dans les sociétés bénéficiaires et dans la société scindée, et éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres ou actions attribués. En l'occurrence, l'opération n'entraîne pas la disparition de la société scindée puisque seule une partie de son patrimoine est transférée. La scission partielle se rapproche donc d'un apport partiel d'actif (qui n'est malheureusement

10 Art. 160 bis, 2.

11 Pour une étude consacrée aux deux opérations : Le Nabasque H., « Les fusions et les scissions transfrontalières », in « Dossier, Réflexions collectives sur le nouveau plan d'action en droit européen des sociétés », Urbain-Parleani I. et Lecourt B. (dir.), Rev. sociétés 2013, p. 391.

12 Art. 160 bis.

13 Pour la France : la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société par actions simplifiée.

14 V. BJS juill. 2018, n° 118s7, spéc. n° 7, note Menjucq M.

15 Art. 160 quater, 2.

16 Art. 160 quater, 3.

17 V. *supra* n° 1.

pas visé par la proposition), à cette différence près que, dans le cadre de la dernière opération, c'est la société apporteuse et non ses associés qui reçoit les titres ou actions de la société bénéficiaire.

Dans les deux cas, la directive s'applique aussi, par dérogation à l'article 160 ter, 3, lorsque la législation d'au moins l'un des États membres concernés autorise (le mot manque dans la version française) que le versement de la soulte en espèces dépasse 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable des titres ou actions représentant le capital des sociétés bénéficiaires¹⁸.

8. Signalons que seules des sociétés nouvellement créées peuvent être bénéficiaires : les scissions transfrontalières par acquisition, qui opèrent le transfert du patrimoine de la société scindée à des sociétés existantes implantées dans des États membres différents, sont exclues du champ d'application de la proposition de directive modifiée. La complexité de la gestion des risques d'abus dans une telle situation a effectivement paru trop importante, eu égard aux divergences existant entre les législations étatiques – spécialement en ce qui concerne la protection des parties prenantes.

L'exclusion de la scission transfrontalière par acquisition – qui contraste avec l'admission de la scission par absorption dans la directive n° 82/891/CEE – tend à restreindre le nombre de scissions soumises à la réglementation européenne. Il est cependant difficile de reprocher à la Commission de faire preuve de prudence pour éviter que le droit de l'Union soit invoqué aux fins d'abus.

II. La réalisation des scissions transfrontalières

9. L'emprunt à la réglementation sur les fusions transfrontalières est manifeste au stade de la réalisation des scissions transfrontalières, lorsqu'on examine les conditions préalables (A), le processus décisionnel (B), la protection des parties prenantes (C) ainsi que les contrôles et l'immatriculation de l'opération (D).

A. Les conditions préalables

10. Préalablement à la réalisation de la scission transfrontalière, les États membres concernés sont tenus de vérifier que l'opération satisfait à plusieurs conditions¹⁹.

Ainsi, une société n'est pas autorisée à effectuer une scission transfrontalière lorsqu'elle est soumise à une procédure de dissolution ou de liquidation, à une procédure initiée en raison de son insolvabilité, à

une procédure de restructuration préventive (terminologie qui renvoie à la proposition de directive n° 2016/0359/UE), à une suspension des paiements ou à la résolution prévue au titre IV de la directive n° 2014/59/UE. Il en résulte, en particulier, que la scission ne peut être utilisée pour soustraire les actifs d'une société en difficulté à la procédure d'insolvabilité dont elle fait l'objet, ni pour échapper à la compétence du juge ayant ouvert ladite procédure ou au droit qui lui est applicable.

La proposition s'efforce aussi d'empêcher la mise en œuvre abusive ou frauduleuse du droit de l'Union en faisant défense à l'autorité désignée par l'État membre de la société procédant à la scission d'autoriser l'opération si elle constate que celle-ci constitue « un montage artificiel visant à obtenir des avantages fiscaux indus ou à porter indûment atteinte aux droits légaux ou contractuels des travailleurs, des créanciers ou des associés ». La protection des parties prenantes et la lutte contre l'évasion fiscale pointent clairement ici.

Le texte organise enfin une répartition des compétences législatives : le droit national applicable à la société scindée régit la partie de la procédure à respecter en vue de l'obtention du certificat préalable à la scission ; le droit des États membres des sociétés bénéficiaires gouverne la partie de la procédure à suivre après la réception dudit certificat²⁰.

B. Le processus décisionnel

11. Le processus décisionnel de la scission suppose l'accomplissement de plusieurs formalités classiques en droit européen des opérations transfrontalières.

12. La première d'entre elles est l'élaboration par l'organe de direction ou d'administration de la société scindée d'un projet de scission transfrontalière, clé de voûte de l'opération²¹.

Ce document doit contenir des indications dont la plupart sont comparables à celles du projet de fusion. Outre les éléments caractéristiques des sociétés résultant de l'opération (forme juridique, dénomination, siège), doivent par exemple être mentionnés le rapport d'échange des titres représentatifs du capital social et, le cas échéant, le montant de toute soulte en espèces, les conditions d'attribution de titres de la société scindée, le calendrier de la scission, les effets probables de l'opération sur l'emploi, la description précise des actifs et passifs attribués aux sociétés bénéficiaires ou retenus par la société scindée en cas de scission partielle, les avantages particuliers accordés aux associés de l'organe d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle de la société scindée et aux

18 Art. 160 quater, 1.

19 Art. 160 quinquies.

20 V. *infra* n° 21 et 22.

21 Art. 160 sexies.

experts qui examinent le projet, ou encore les modalités de protection des parties prenantes.

Le texte proposé favorise l'efficacité du projet de scission en remédiant par anticipation à certaines difficultés qui pourraient naître de son ambiguïté, sur le modèle de la directive n° 82/891/CEE²². Ainsi, lorsqu'un actif de la société scindée n'est pas explicitement attribué dans le projet, et que l'interprétation de ce document ne permet pas de décider de la répartition, l'élément en question (ou sa contre-valeur) est réparti entre toutes les sociétés bénéficiaires ou, dans le cas d'une scission partielle (ce que la version française ne précise pas), entre les sociétés bénéficiaires et la société scindée, de manière proportionnelle à l'actif net attribué à chacune dans le projet de scission. Et une solution comparable est posée pour l'attribution d'un élément passif, toute responsabilité solidaire étant alors limitée à la valeur de l'actif net attribué à chaque société à la date de la scission.

La rédaction et l'interprétation du projet sont également facilitées par la faculté laissée à la société d'élaborer ce document en utilisant, outre les langues officielles des États membres intéressés, une « langue usuelle dans le domaine des affaires et des finances internationales » (on peut supposer que la langue choisie sera souvent l'anglais), les États membres devant préciser quelle langue prévaudra en cas de divergences entre les différentes versions linguistiques.

Autre règle propice à la réalisation de la scission : la ou les date(s) comptable(s) peu(ven)t être arrêtée(s) dans le projet²³. La date comptable figurant dans le projet correspond en principe à la date à laquelle l'opération prend effet au sens de l'article 160 univices²⁴... sauf si la société fixe d'autres dates afin de faciliter le processus de scission. Dans ce cas, chaque date comptable ne peut être antérieure à la date du bilan des derniers états financiers annuels établis et publiés par la société scindée et, pour chaque société bénéficiaire, à la date à laquelle la société a été constituée, ces dates devant permettre aux sociétés bénéficiaires, et en cas de scission partielle à la société scindée, d'établir leurs états financiers annuels en incluant les effets de la scission.

13. L'approbation de la scission suppose l'information des parties prenantes par l'intermédiaire de rapports établis par la direction de la société scindée. Un premier rapport destiné aux associés – et communiqué aux travailleurs – explique le but de l'opération, les projets de la société, les conséquences pour les associés et les droits et recours dont ils disposent²⁵ ; par souci de simplification, les associés peuvent renoncer à ce

rapport à l'unanimité. Un second rapport, rédigé sans préjudice des procédures d'information et de consultation de l'acquis européen, est mis à la disposition des travailleurs et leur explique les conséquences de la scission à leur égard ; ce rapport est communiqué aux associés²⁶. Les deux rapports sont mis à la disposition des intéressés, au moins par voie électronique, au plus tard deux mois avant la date de l'assemblée générale.

14. C'est aussi à ce moment qu'un expert indépendant doit être contacté pour examiner et évaluer le projet et les rapports susvisés²⁷. Le rapport de l'expert contient notamment la mention de la méthode utilisée pour déterminer le ratio d'échange des actions proposé, une déclaration indiquant le caractère adéquat de cette méthode et l'évaluation du caractère équitable et raisonnable dudit ratio ; sont en outre décrits les éléments factuels nécessaires à déterminer si la scission envisagée constitue un montage artificiel. Toujours dans un but de simplification, les micro et petites entreprises, au sens de la recommandation n° 2003/361/CE, sont exemptées de cette formalité.

15. Le projet et le rapport de l'expert sont publiés dans le registre de l'État membre de la société scindée, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale, accompagnés d'une note invitant les associés, les créanciers et les travailleurs à soumettre des commentaires²⁸.

Afin de faciliter l'information, la documentation doit être accessible gratuitement au public. Les États membres peuvent du reste dispenser la société procédant à la scission de l'obligation de publicité si, pendant une période continue débutant au moins un mois avant la tenue de l'assemblée générale et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée, lesdits documents sont mis gratuitement en ligne sur le site internet de la société ; mais certaines informations importantes (comme la forme juridique, la dénomination et le siège de la société scindée et des sociétés bénéficiaires) n'en doivent pas moins être publiées au registre.

16. Une fois l'ensemble de ces formalités accomplies, le projet doit être approuvé par l'assemblée générale de la société scindée²⁹. En l'absence de précisions de la proposition, il conviendra de respecter les conditions de majorité et de quorum prévues en matière de modification statutaire par le droit national applicable à la société, par analogie au régime des fusions transfrontalières³⁰. L'obstacle traditionnel de l'accord unanime

22 Dir. n° 82/891/CEE, 17 déc. 1982, art. 3, 3.

23 Art. 160 septies.

24 V. *infra* n° 24.

25 Art. 160 octies.

26 Art. 160 nonies.

27 Art. 160 decies. Les États membres sont invités à établir des règles de responsabilité civile concernant ces experts (art. 160 terdecies).

28 Art. 160 undecies.

29 Art. 160 duodecies.

30 En droit français : C. com., art. L. 236-25.

des associés tend ainsi à être levé. Ceci est confirmé par la règle selon laquelle la modification du projet de scission requiert une majorité comprise entre les deux tiers et 90 % des voix afférentes aux titres ou au capital souscrit représenté, le seuil des votes ne devant pas être supérieur à celui prévu par la législation nationale pour l'approbation des fusions transfrontalières. La réalisation de l'opération peut être subordonnée à la ratification expresse par l'assemblée générale des dispositions relatives à la participation des travailleurs. L'approbation de l'assemblée générale ne peut être contestée si le ratio d'échange des actions ou la soulte en espèces n'ont pas été correctement fixés ou si la valeur totale des participations attribuées à un membre n'est pas équivalente à la valeur des actions détenues par celui-ci dans la société scindée, ce qui est de nature à favoriser l'accomplissement de la scission.

C. La protection des parties prenantes

17. Répétons que la scission transfrontalière ne saurait être un instrument d'abus ou de fraude : la protection des parties prenantes se présente donc comme un élément essentiel du régime proposé.

18. S'agissant des associés, la proposition organise de manière opportune un droit de retrait pour ceux qui se sont opposés à la scission ou qui détiennent des actions sans droit de vote³¹. Les titres des associés exerçant leur droit de sortie sont acquis en contrepartie d'une soulte en espèces adéquate. L'offre de soulte figure dans le projet de scission et les associés doivent l'accepter dans un délai maximum d'un mois après l'assemblée générale. L'offre est subordonnée à la prise d'effet de la scission, la soulte en espèces étant payée dans un délai déterminé par les États membres qui ne peut dépasser un mois après l'entrée en vigueur de l'opération. À noter que l'associé dispose d'un délai d'un mois à compter de son acceptation pour solliciter en justice un nouveau calcul de la soulte.

La protection s'adresse aussi aux associés qui ne s'opposent pas à la scission. Dans un délai d'un mois après l'entrée en vigueur de l'opération, ceux-ci peuvent contester devant un tribunal national le ratio d'échange des titres figurant dans le projet.

19. La protection des créanciers réside d'abord dans la faculté pour les États membres d'exiger de la direction de la société scindée une déclaration reflétant fidèlement la situation financière de la société, déclaration faite un mois au plus tôt avant la publication du projet de scission³².

S'ils s'estiment lésés par l'opération, les créanciers ont ensuite la possibilité de demander à l'autorité com-

pétente, dans le mois qui suit la publication du projet, l'octroi de garanties adéquates. Une présomption (simple) d'absence de lésion est néanmoins posée dans deux hypothèses. Tel est le cas lorsqu'un rapport d'expert indépendant conclut à l'inexistence d'une probabilité raisonnable de lésion. Et la même présomption s'applique quand la société procédant à la scission offre aux créanciers un droit de paiement d'une valeur au moins équivalente à leur créance initiale à l'encontre d'un tiers garant, des sociétés bénéficiaires ou, en cas de scission partielle, de la société bénéficiaire et de la société scindée, à la condition que ce droit relève de la même juridiction que leur créance initiale et soit d'une qualité de crédit au moins comparable à ladite créance immédiatement après la réalisation de la scission.

Un créancier insatisfait dont la créance a été transférée à une société bénéficiaire peut enfin engager la responsabilité conjointe et solidaire des sociétés participant à l'opération, responsabilité limitée à la valeur, à la date de prise d'effet de la scission, des actifs nets attribués à chaque société.

Cette protection est sans préjudice des garanties de paiements dues aux organismes publics.

20. S'agissant des travailleurs, le recours au régime des fusions transfrontalières est flagrant. S'appliquent en principe les règles relatives à la participation des travailleurs éventuellement en vigueur dans l'État membre du siège statutaire de la société bénéficiaire³³. Ces règles sont toutefois écartées lorsque la société scindée emploie, pendant les six mois précédant la publication du projet de scission, un nombre moyen de travailleurs équivalent aux quatre cinquièmes du seuil fixé par la législation de l'État membre de la société scindée pour déclencher la participation. Il en est de même lorsque la loi nationale applicable à chacune des sociétés bénéficiaires ne prévoit pas au moins le même niveau de participation des salariés que celui qui s'appliquait avant l'opération à la société scindée (principe avant-après) ou ne prévoit pas que les travailleurs des établissements des sociétés bénéficiaires situés dans d'autres États membres bénéficient des mêmes droits de participation que ceux qui sont employés dans l'État membre du siège statutaire de la société bénéficiaire. Une période de négociation doit alors s'ouvrir, laquelle aboutit soit à un accord réglant la participation des salariés dans la société bénéficiaire, soit à l'application des dispositions de référence conformément au règlement (CE) n° 2157/2001 et à la directive n° 2001/86/CE pour la SE. Une telle négociation, qui peut durer jusqu'à un an, n'est guère

31 Art. 160 terdecies.

32 Art. 160 quaterdecies.

33 Art. 160 quindecies.

compatible avec le calendrier de la fusion³⁴ ; le même constat vaut selon toute vraisemblance pour la scission.

D. Les contrôles et l'immatriculation

21. La scission transfrontalière est soumise à des contrôles similaires à ceux qui sont organisés pour les fusions.

D'abord, un contrôle de la conformité est réalisé par une autorité nationale³⁵ qui évalue la légalité de la scission pour la partie de la procédure et des formalités régies par la législation de l'État membre de la société scindée.

Ce premier contrôle, effectué dans un délai d'un mois à compter de la date de réception des informations concernant l'approbation de l'opération, a vocation à déboucher sur la délivrance d'un certificat préalable à la scission attestant du respect des conditions nécessaires à sa validité³⁶.

Afin de lutter contre la fraude, une appréciation approfondie est prévue si l'autorité compétente nourrit de « graves préoccupations quant au fait que la scission transfrontalière constitue un montage artificiel », appréciation qui tient compte de « tous les faits et circonstances pertinents »³⁷. Doivent être entendues la société et les parties prenantes ayant présenté des observations sur le projet de scission ou le rapport de l'expert indépendant³⁸. L'autorité compétente se prononce sur la délivrance du certificat préalable dans un délai de deux mois à compter du début de l'appréciation approfondie.

La décision d'accorder ou non le certificat préalable, disponible au moyen du système d'interconnexion des registres, doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel³⁹.

22. Un contrôle de la légalité intervient ensuite : le certificat préalable est adressé aux autorités nationales compétentes⁴⁰ qui en accusent réception et contrôlent, aux fins d'approbation de la scission, la légalité de l'opération pour la partie de la procédure gouvernée par le droit des États membres des sociétés bénéficiaires⁴¹. Sont notamment vérifiés, au vu du projet approuvé par l'assemblée générale, le respect des règles nationales relatives à la constitution de

sociétés et, le cas échéant, les résultats des négociations concernant la participation des travailleurs. La communication des informations et documents s'effectue en principe en ligne, mais une présence physique peut être exigée en cas « de suspicion réelle de fraude fondée sur des motifs raisonnables ».

23. Ces contrôles accomplis, la réalisation de l'opération donne lieu à une publicité déterminée par la législation de chacun des États membres concernés⁴². En particulier, les États membres des sociétés bénéficiaires inscrivent dans leurs registres respectifs, rendus accessibles au public, les informations (numéro, date) relatives à l'immatriculation desdites sociétés. Dans l'hypothèse d'une scission complète, la radiation du registre de la société scindée produit effet dès que l'État membre de cette société reçoit, grâce au système de l'interconnexion des registres, la notification de l'immatriculation des sociétés bénéficiaires.

III. Les effets des scissions transfrontalières

24. La scission transfrontalière prend effet à une date qui est déterminée par la loi nationale applicable à la société scindée, date forcément postérieure à l'accomplissement des contrôles et des notifications évoqués ci-dessus⁴³. Comme pour les fusions transfrontalières, une règle matérielle vient ici encadrer la solution conflictuelle.

25. Concernant les effets proprement dits, ils sont dominés par le principe du transfert universel de patrimoine. Il convient cependant de distinguer selon que l'on est présence d'une scission complète ou d'une scission partielle⁴⁴.

La scission complète emporte transfert de l'intégralité du patrimoine de la société scindée – qui cesse d'exister – aux sociétés bénéficiaires, « y compris tous les contrats, crédits, droits et obligations », conformément à la répartition prévue dans le projet de scission transfrontalière. C'est aussi suivant la répartition organisée par le projet que les associés de la société qui fait l'objet de l'opération deviennent associés des sociétés bénéficiaires, lesquelles se voient encore transférer respectivement les droits et obligations résultant des contrats de travail existant à la date de prise d'effet de la scission. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire (plus précise que la version française qui vise « le siège social », la version anglaise se réfère au « registered office ») de la société scindée jusqu'à sa radiation au registre, sauf à ce que la preuve soit apportée qu'un tiers connaissait ou aurait dû connaître le siège sta-

34 Mastrullo T., art. préc., spéc. n° 22.

35 Pour la France, il s'agira certainement du greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège, si l'on se réfère à la règle relative aux fusions (C. com., art. L. 236-29).

36 Art. 160 sexdecies.

37 Art. 160 septdecies.

38 V. *supra* n° 15.

39 Art. 160 octodecies.

40 En France, probablement le greffier du tribunal de commerce ou un notaire suivant la règle applicable aux fusions (C. com., art. L. 236-30).

41 Art. 160 novodecies.

42 Art. 160 vicies.

43 Art. 160 univicies.

44 Art. 160 duovicies.

tutaire des sociétés bénéficiaires. Toute activité de la société procédant à la scission accomplie après l'immatriculation des sociétés bénéficiaires mais avant la radiation de la société scindée est considérée comme une activité de cette dernière ; celle-ci supporte aussi toute perte résultant des différences entre les systèmes juridiques nationaux de son État membre et des États membres des sociétés bénéficiaires à l'égard de tout cocontractant qu'elle n'aurait pas informé de l'opération avant la conclusion du contrat.

Avec la scission partielle, une partie seulement du patrimoine de la société faisant l'objet de l'opération est transféré aux sociétés bénéficiaires quand l'autre partie est conservée par la société scindée, selon la

répartition prévue dans le projet. Les titres sont également répartis suivant les indications de ce document : certains associés deviennent associés des sociétés bénéficiaires, d'autres restent dans la société scindée ou deviennent associés des deux. Les conditions des relations d'emploi qui existaient dans la société scindée à la date de l'opération doivent être respectées par toutes les sociétés participantes.

26. La proposition de directive favorise enfin la validité et l'efficacité de la scission transfrontalière en énonçant que sa nullité ne peut être prononcée lorsqu'elle a pris effet conformément aux procédures de transposition⁴⁵.

⁴⁵ Art. 160 quatervicies.

Les fusions transfrontalières 118t6

Edmond SCHLUMBERGER

Professeur à l'université Vincennes - Saint-Denis (Paris 8)

La proposition de directive modifiée envisage un certain nombre de retouches concernant les dispositions régissant les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux à l'échelle européenne. Loin de procéder à une refonte d'ensemble de leur régime, ces modifications entendent plutôt le parfaire par l'adoption de nouvelles règles matérielles, aux fins de faciliter la réalisation de ce type d'opérations dans l'espace européen.

Prop. dir. du PE et du Cons., 25 avr. 2018, COM(2018) 241 final, modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières

1. Par comparaison avec les initiatives lancées par la Commission européenne en matière de transformations et de scissions transfrontalières¹, celle afférente aux fusions transfrontalières apparaît par essence moins remarquable. Nul n'a en effet oublié qu'en ce domaine, et à l'inverse des deux autres opérations citées, l'œuvre législative est d'ores et déjà consistante à l'échelle européenne. Rappelons ainsi qu'après avoir fait l'objet d'une harmonisation lorsqu'elles sont opérées dans un cadre purement interne², les fusions transfrontalières ont également donné lieu à une directive européenne voilà plus de 10 ans³. Largement saluée⁴, cette intervention du législateur européen s'engouffrait en réalité dans la brèche ouverte par la consécration de la société européenne (SE) en 2001. De fait,

l'un des modes de constitution d'une SE étant précisément celui de la fusion de deux sociétés relevant de deux États membres distincts⁵, il n'existait plus d'obstacle de principe à l'admission de la fusion transfrontalière – tout du moins dans un contexte européen – par lesdits États membres. Or, certains d'entre eux, et non des moindres, étaient jusqu'alors réticents – sinon résolument hostiles – à une telle admission, soit qu'ils érigeaient des obstacles rendant particulièrement délicate la mise en œuvre de l'opération, soit qu'ils en refusaient purement et simplement la possibilité, de telle sorte que les efforts de la Commission pour élaborer un projet de directive s'étaient avérés vains depuis le milieu des années 1980⁶. L'entrée en vigueur en 2004 des textes intéressant la SE eut dès lors pour effet de consacrer le caractère définitivement obsolète de ces entraves, et d'ouvrir la voie à l'adoption rapide d'une directive sur les fusions transfrontalières, ce qui

1 Sur les transformations transfrontalières, v. BJS juill. 2018, n° 118s7, note Menjucq M. et sur les scissions transfrontalières, v. BJS juill. 2018, n° 118t0, note Mastrullo T.

2 V. à l'origine Dir. n° 78/855/CE sur les fusions internes de sociétés anonymes, dont on retrouve aujourd'hui les dispositions, moyennant diverses retouches apportées au fil du temps, aux articles 87 à 117 de la directive n° 2017/1132/UE.

3 V. dir. n° 2005/56/CE, 26 oct. 2005.

4 Sur la directive elle-même, v. surtout Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, 2016, 4^e éd., LGDJ-Lextenso, spéc. n° 350 et s. ; et Lecourt B., « Adoption de la directive sur les fusions transcommunautaires », *Rev. sociétés* 2005, p. 923.

5 V. Règl. (CE) n° 2157/2001 du Cons., 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), art. 2, 1 et art. 17 et s.

6 Pour un rappel de ces efforts et des difficultés rencontrées, v. par ex. Béguin J., « La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières », in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, 2001, Dalloz, p. 19.

fut donc chose faite dès l'année suivante avec la directive n° 2005/56/CE en date du 26 octobre 2005.

2. Le rappel de ces éléments historiques nous semble d'autant plus nécessaire qu'il permet d'explicitier la démarche suivie par le législateur européen dans le cadre de cette directive dont la modification est aujourd'hui proposée. Cette démarche fut en effet calquée sur celle entreprise à propos de la SE, et ses éléments saillants ont indiscutablement contribué à assurer le large succès de la directive. Concrètement, il importait tout d'abord de poser une règle cardinale de conflit de lois, de façon à éviter que ne se chevauchent différentes règles nationales relevant des législations sociétaires respectivement applicables aux sociétés parties à la fusion. Il suffisait pour ce faire de suivre la voie clairement tracée par l'article 18 du règlement (CE) n° 2157/2001 sur la SE, lequel prévoit en substance qu'en l'absence de toute règle matérielle européenne, chaque société participant à la fusion « est soumise aux dispositions du droit de l'État membre dont elle relève qui sont applicables à la fusion de sociétés anonymes ».

3. Tel est précisément l'objet de l'article 121 de la directive n° 2017/1132/UE de codification du droit des sociétés – anciennement article 4 de la directive n° 2005/56/CE – aux termes duquel, « sauf disposition contraire (...), une société participant à une fusion transfrontalière se conforme aux dispositions et aux formalités de la législation nationale dont elle relève ». Autrement dit, le renvoi aux droits nationaux demeure chaque fois que possible la norme, ce qui aboutit à une application distributive des dispositions nationales pour toutes les modalités pouvant être opérées de manière distincte par chaque société partie à l'opération, sauf à ce que l'édiction d'une règle matérielle harmonisée ne soit nécessaire au regard du caractère transfrontalier de l'opération. Ainsi que la directive le précise elle-même, ce renvoi vaut en particulier pour « le processus décisionnel relatif à la fusion », mais également « la protection des créanciers des sociétés qui fusionnent, des obligataires et des porteurs de titres ou de parts, ainsi que des travailleurs pour ce qui est des droits autres » que ceux relatifs à leur participation dans les organes de la société issue de la fusion⁷. Mais à cette règle de conflit s'ajoutent donc des règles matérielles édictées par la directive, et transposées depuis lors par les États dans leur droit national, transposition qui fut opérée par la France dans le cadre de la loi du 3 juillet 2008⁸. À nouveau,

ces règles s'inspirent le plus souvent étroitement de celles posées par le règlement sur la SE. Pour l'essentiel, elles viennent ainsi harmoniser le processus décisionnel de la fusion, en fixant notamment les éléments devant figurer dans le projet commun de fusion transfrontalière⁹, et en désignant les différentes instances susceptibles d'intervenir pour approuver¹⁰, apprécier¹¹ ou contrôler¹² les modalités de l'opération. Elles traitent par ailleurs de la participation des salariés dans les organes de direction ou de surveillance de la société issue de la fusion¹³, selon un régime toutefois plus complexe que celui prévu en matière de SE. On rappellera enfin que certaines dispositions de la directive « accumulent le recours à la méthode conflictuelle et aux règles matérielles »¹⁴, ce qui vaut tout particulièrement à propos de la prise d'effet de la fusion transfrontalière¹⁵.

4. À l'examen, le bilan tiré de cette directive est largement positif. Les chiffres avancés par l'exposé des motifs de la présente proposition sont à cet égard significatifs, l'adoption de la directive ayant indiscutablement entraîné une hausse substantielle des fusions transfrontalières au sein de l'UE, même si l'on a pu relativiser cette évolution, au moins pour les opérations intéressant la France¹⁶. Ainsi, pour citer ledit exposé, « le nombre de fusions transfrontalières a augmenté de 173 % entre 2008 et 2012 », soit dans la période ayant suivi la transposition de la directive dans les différents États membres¹⁷, qui fut pourtant marquée par une crise économique de grande ampleur de nature à freiner les rapprochements transfrontaliers entre entreprises. Ces données statistiques semblent

du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières », Europe 2009, Étude 8.

9 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 122, anciennement dir. n° 2005/56/UE, art. 5.

10 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 126, anciennement dir. n° 2005/56/UE, art. 9, qui impose l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de chacune des sociétés.

11 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 125, anciennement dir. n° 2005/56, art. 8, qui prévoit sous certaines conditions le recours à des experts indépendants.

12 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 127 et 128, anciennement dir. n° 2005/56/UE, art. 10 et 11, qui organisent les modalités de contrôle de légalité de la fusion transfrontalière.

13 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 133, anciennement dir. n° 2005/56/UE, art. 16.

14 Pour reprendre l'expression de Mastrullo T., *Le droit international des sociétés dans l'espace économique européen*, 2009, PUAM, préf. Menjucq M., n° 245, p. 143.

15 V. dir. 2017/1132/UE, art. 129, anciennement dir. 2005/56/UE, art. 12, qui indique que la date de cette prise d'effet est déterminée par la législation de l'État dont relève la société issue de la fusion, mais prévoit dans le même temps que cette date « doit être postérieure à l'exécution des contrôles » de l'opération visés par la directive.

16 V. ainsi Bonnasse A. et Gaillard L., « Un bilan mitigé des fusions entre sociétés françaises et sociétés étrangères – Persistance d'obstacles et voies alternatives », in *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara*, 2013, ANSA, p. 41.

17 Étant de surcroît rappelé que tous les États n'avaient pas rempli leur obligation de transposition dans les délais fixés par la directive ; v. sur ce point Lecourt B., « Fusions transfrontalières : rapport sur l'application de la directive », Rev. sociétés 2014, p. 135.

7 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 121, 2.

8 V. en particulier Le Nabasque H., « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 » : Rev. sociétés 2008, p. 493 ; Lencou D. et Menjucq M., « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes ! », D. 2009, p. 886 ; Mastrullo T., « La transposition en droit français de la directive

donc bien pouvoir s'appuyer sur des raisons structurelles liées à l'existence même de la directive. Par la fixation d'un cadre général harmonisé, celle-ci permet aux sociétés intéressées d'organiser leur opération de restructuration selon des modalités moins coûteuses que par le passé¹⁸, et relativement voisines de celles qui s'appliquent dans un cadre purement interne, sans avoir à emprunter des voies plus complexes et/ou moins assurées, telles la constitution d'une société européenne ou la réalisation d'un transfert préalable de siège social dans l'État au sein duquel opérera la société issue de la fusion.

5. Pour autant, ce succès d'ensemble ne saurait dissimuler un certain nombre de difficultés, pointées par les différentes études et consultations initiées par la Commission¹⁹. Fort logiquement, compte tenu du renvoi de principe opéré au profit des législations nationales des sociétés parties, ces difficultés tiennent avant tout à la persistance de règles non harmonisées, et par trop distinctes. Il en va par exemple ainsi des délais prévus dans le cadre du contrôle de conformité et de légalité de l'opération, qui peuvent notablement varier selon les législations des États membres. Il en va encore ainsi des diverses règles d'évaluation mises en œuvre, et ce aussi bien quant à la valeur des actifs affectés par la fusion qu'à la détermination de la parité d'échange, dont les critères semblent substantiellement différer d'un État à l'autre, ce qui compromet mécaniquement les chances de réalisation d'une fusion transfrontalière²⁰.

6. Mais l'exposé des motifs de la proposition met avant tout l'accent sur la protection des intérêts respectifs des différents acteurs intéressés par l'opération, soit respectivement les créanciers, les associés minoritaires et les salariés des sociétés concernées. S'agissant

des premiers, ils souffriraient de mécanismes protecteurs trop opposés selon les États, en particulier quant au moment auquel la mesure de protection peut être sollicitée. S'agissant des seconds, l'absence d'un droit de retrait généralisé et harmonisé dans l'ensemble des États membres a également pu être déplorée. S'agissant des troisièmes, enfin, si certains ont pu regretter la longueur excessive de l'éventuel processus de négociation des modalités de participation des salariés dans la société issue de la fusion, l'exposé des motifs souligne pour sa part une absence d'information suffisante de ces acteurs quant aux détails et implications de la fusion.

7. Enfin, une dernière série de critiques récurrentes portait sur l'insuffisante simplicité du régime afférent à la fusion transfrontalière, en dépit des améliorations déjà apportées depuis lors en matière de fusions internes, au régime desquelles renvoient indirectement les dispositions applicables aux fusions transfrontalières compte tenu de la règle de conflit précédemment évoquée. Les pistes d'amélioration tiendraient ainsi à un accroissement des possibilités d'éviction de certaines formalités, et au développement de l'outil numérique et du recours à l'interconnexion des registres du commerce dans ce cadre.

8. La proposition de directive présentée par la Commission est-elle susceptible de répondre à de telles attentes ? En partie seulement, tant l'édiction de règles matérielles respectueuses des différentes approches étatiques est délicate. C'est vraisemblablement à l'aune de cette contrainte que la Commission semble s'être focalisée sur deux axes de réforme : l'un tient à la simplification du régime (I), l'autre à l'amélioration de la protection des parties prenantes (II), sans que ne soit omis l'apport de quelques éclaircissements précieux sur les effets de la fusion (III).

I. Les mesures de simplification de la procédure de fusion

9. Une première mesure mérite d'être évoquée à titre préalable, en ce qu'elle autorise l'ensemble des associés des sociétés parties à la fusion à renoncer à l'unanimité à l'établissement du rapport de l'organe de direction ou d'administration. Cette possibilité viendrait donc rejoindre celle, déjà existante, consistant à écarter aux mêmes conditions le recours à des experts indépendants²¹, ce qui répond de prime abord à une certaine logique. Pour autant, on s'étonnera de la discordance qui en résulterait avec les règles applicables aux fusions internes, dans la mesure où, en cette dernière matière, les États ne sont pas tenus de prévoir une semblable

18 V. Résolution du Parlement européen du 13 juin 2017 sur la conduite des fusions et scissions transfrontières [2016/2065(INI)], soulignant que la directive a permis « de réduire leur coût et de simplifier les procédures administratives associées ».

19 V. tout d'abord les réponses apportées dans le cadre de la consultation publique sur « L'avenir du droit européen des sociétés » sur lesquelles v. en particulier Lecourt B., « Avenir du droit européen des sociétés : publication de la synthèse des réponses apportées dans le cadre de la consultation publique », *Rev. sociétés* 2012, p. 658 ; et Le Nabasque H., « Les fusions et les scissions transfrontières », *Rev. sociétés* 2013, p. 412. V. également la très riche étude réalisée par deux sociétés privées spécialisées sur demande de la Commission en septembre 2013 (« Study on the application of the cross-border mergers directive », disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-border-merger-directive_en.pdf), sur laquelle v. spécialement Lecourt B., « Fusions transfrontières : rapport sur l'application de la directive », préc. V. enfin les réponses à la consultation publique initiée en septembre 2014 sur le même sujet, réponses qui furent publiées en octobre 2015, et dont le résumé est disponible sur http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2014/cross-border-mergers-divisions/docs/summary-of-responses_en.pdf ; sur ces réponses, v. Lecourt B., « Fusions et scissions transfrontières : publication des réponses à la consultation publique », *Rev. sociétés* 2015, p. 687.

20 V. spécialement sur ce dernier point Le Nabasque H., « Les fusions et les scissions transfrontières », préc., spéc., n° 4 ; Lecourt B., « Fusions transfrontières : rapport sur l'application de la directive », préc.

21 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 125, 4.

renonciation à ce rapport²², tandis qu'un tel choix ne leur serait plus ouvert dans le cadre des fusions transfrontalières. On peut d'autant plus s'en émouvoir que la position des associés est par principe davantage mise en péril en cette dernière hypothèse, compte tenu du changement de *lex societatis* auquel ils sont confrontés lorsque leur société est dissoute. Cette mesure vient de surcroît à rebours de celles qui tendent dans le même temps à renforcer les droits des associés minoritaires²³, si bien que son opportunité peut en fin de compte être discutée²⁴.

10. Pour le reste, deux points doivent encore être abordés, d'inégale portée. D'une part, la proposition envisage une extension du périmètre des fusions dites simplifiées, de façon à assouplir le régime applicable à de nouvelles opérations de fusion (A). D'autre part, et à titre cette fois beaucoup plus général, elle s'efforce d'accroître l'usage de l'outil numérique pour faciliter la réalisation de l'opération (B).

A. L'extension du périmètre des fusions simplifiées

11. Sur ce point, il faut commencer par rappeler que l'article 119 de la directive (UE) n° 2017/1132 définit précisément les opérations de fusion couvertes par la directive, en visant pour ce faire trois cas de figure. Les deux premiers, qui correspondent aux hypothèses classiques de fusion, se réalisent par la transmission universelle du patrimoine de sociétés dissoutes sans liquidation à une société déjà existante (soit le cas, le plus courant, de la fusion-absorption) ou nouvellement constituée (soit le cas, beaucoup plus rare, de la fusion par création d'une société nouvelle), moyennant l'attribution de titres représentatifs du capital de cette dernière société au profit des associés des sociétés dissoutes, et sachant qu'une soule en espèces peut leur être versée en complément sans remettre en cause la qualification de fusion au sens de la directive²⁵. Mais la directive recouvre également un troisième cas de figure, qui est celui de la fusion dite simplifiée, soit l'hypothèse où la société dissoute sans liquidation transfère son patrimoine à une société qui détient 100 % de son capital. Originale en ce qu'elle ne débouche pas, à l'inverse des deux précédentes, sur l'attribution de titres représentatifs de capital en faveur des associés des sociétés dissoutes, l'opération

n'en est donc pas moins constitutive d'une fusion à part entière au sens de la directive²⁶.

12. Or, la proposition de directive entend ajouter une quatrième configuration aux cas de fusions couverts par le texte européen, qui ne serait à l'examen rien d'autre qu'une seconde hypothèse de fusion simplifiée. La proposition vise ainsi le cas où « une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, actif et passif, à une autre société préexistante la société absorbante, sans émission de nouvelles parts par la société absorbante, à condition qu'une personne détienne directement ou indirectement toutes les parts des sociétés qui fusionnent ou que les associés des sociétés qui fusionnent détiennent leurs parts dans la même proportion dans toutes les sociétés qui fusionnent »²⁷. Il s'agit donc bien d'hypothèses de fusion-absorption emportant dissolution sans liquidation d'une ou plusieurs sociétés et transmission universelle de leur patrimoine à une société déjà existante, mais ne s'accompagnant pas davantage d'émission par cette dernière de titres de capital que dans la seule configuration de fusion simplifiée aujourd'hui visée par la directive. De fait, la répartition du capital étant par construction rigoureusement équivalente dans les sociétés parties à la fusion, elle demeure nécessairement inchangée, à l'issue de l'opération, au sein de la société absorbante, ce qui rend inutile toute augmentation de capital. Il y aurait donc une certaine logique à traiter isolément ces cas particuliers de fusion, en les appréhendant de la même manière que l'hypothèse déjà connue de fusion simplifiée.

13. Ce traitement équivalent est par voie de conséquence effectivement prévu par la proposition. Là où la directive supprime déjà l'exigence d'un rapport d'expert indépendant dans le cas de fusion simplifiée qu'elle vise aujourd'hui²⁸, la proposition en fait en bonne logique de même pour la nouvelle hypothèse envisagée de fusion simplifiée. Mais il est à remarquer qu'elle ne vise sur ce dernier point que le cas de détention par une même personne de toutes les parts des sociétés qui fusionnent, et non celui de participations détenues dans une même proportion par plusieurs associés au sein des sociétés qui fusionnent, de sorte que l'on peut s'interroger sur l'intérêt de mentionner

22 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 95, 3.

23 V. *infra* n° 20 et s.

24 V. également les réserves de Lecourt B., « Simplification des directives sur les fusions et les scissions », *Rev. sociétés* 2009, p. 888.

25 Précisons ici que si cette soule ne doit en principe pas dépasser 10 % de la valeur nominale des titres pour que la fusion soit couverte par la directive, cette dernière s'applique également lorsque la législation d'au moins un des États concernés par l'opération permet un tel dépassement ; v. dir. n° 2017/1132/UE, art. 120, 1.

26 Rappelons que tel ne semble en revanche pas être le cas de la dissolution-confusion envisagée par l'article 1844-5 du Code civil en droit français ; v. en ce sens Le Nabasque H., « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », *préc.* ; Lencou D. et Menjuq M., « Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes ! », *préc.*

27 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 119, 2, d, tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

28 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 132, 1.

à part cette dernière hypothèse dans la définition de la fusion au sens de la directive.

B. L'accroissement de l'usage de l'outil numérique

14. Dans le prolongement de l'autre proposition de directive émise le même jour par la Commission européenne et portant sur l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés²⁹, la proposition entend favoriser l'usage des nouvelles technologies pour faciliter la mise en œuvre des fusions transfrontalières. Un tel effort est plus précisément envisagé sur deux plans, celui de la publication du projet commun de fusion transfrontalière³⁰ et celui du contrôle préalable de conformité et de légalité de l'ensemble de l'opération³¹.

15. S'agissant du projet commun de fusion transfrontalière, sa publicité en ligne avait en réalité déjà été envisagée par la directive n° 2009/109/CE qui avait retouché sur ce point le texte original de la directive n° 2005/56/CE³². Depuis lors, les sociétés concernées par la fusion ont en effet la possibilité d'être dispensées de procéder à la publication traditionnelle de leur opération au registre du commerce, pour peu qu'elles mettent gratuitement ce projet à la disposition de leurs actionnaires sur leur site internet pendant une certaine période continue. Au vrai, les innovations proposées par la Commission apparaissent bien difficiles à percevoir. Tout juste relèvera-t-on que celle-ci entend imposer aux États de faire en sorte que toutes les démarches de publicité exigées « puissent être remplies entièrement en ligne sans qu'il soit nécessaire de se présenter en personne devant une autorité compétente de l'État membre concerné », sauf à ce que puisse être raisonnablement suspectée une fraude³³. De même, un principe de transmission unique du projet commun de fusion transfrontalière devrait être garanti aux sociétés qui fusionnent lorsque les États souhaitent le maintien d'une publicité dans un bulletin national, de telle sorte que le teneur du registre de commerce communique lui-même les informations afférentes à ce bulletin.

16. S'agissant du contrôle de conformité et de légalité, l'apport projeté apparaît plus substantiel. Aujourd'hui, la directive se borne à imposer aux États de désigner l'autorité compétente pour contrôler la conformité

de la procédure suivie et la légalité de l'ensemble de l'opération, sans dire mot de la possibilité pour les sociétés concernées d'initier ce contrôle en ligne. Par contraste, aux termes de la présente proposition, la Commission souhaiterait précisément que les sociétés puissent y procéder par ce biais et transmettre intégralement en ligne les informations et documents requis pour l'obtention du certificat préalable de conformité et le contrôle de légalité, sous la seule réserve de suspicion de fraude précédemment mentionnée³⁴. Au surplus, la proposition de directive prévoit de s'appuyer sur l'interconnexion des registres pour que le certificat préalable puisse être partagé de cette manière par l'autorité l'ayant délivré, sans que les sociétés participant à la fusion n'aient à s'en charger³⁵.

II. II. Les mesures de protection des parties prenantes à la fusion

17. On touche là au cœur des mesures proposées, tant les disparités entre les législations nationales demeurent conséquentes à ce propos. La proposition de directive s'efforce d'y remédier en envisageant l'instauration de règles matérielles de protection des créanciers (A), des associés minoritaires (B), et à un degré moindre des salariés (C).

A. La protection des créanciers

18. Sur ce point, les règles européennes demeurent à ce jour relativement laconiques, puisqu'elles renvoient par principe aux dispositions de la *lex societatis* applicable à la société débitrice concernée par la fusion³⁶. Ce dernier point a du reste été confirmé par la CJUE dans son arrêt *KA Finanz*³⁷, lequel a, à juste titre, posé que les règles de protection des créanciers d'une société absorbée demeurent, même après la fusion, « celles de la législation nationale dont relevait cette société »³⁸. Encore faudrait-il que ces mesures de protection soient adaptées et fassent l'objet d'une harmonisation minimale pour ne pas perturber le déroulement de l'opération. À l'examen, elles s'avèrent cependant fort diverses selon les États, situation qui n'est à l'évidence pas satisfaisante. Plusieurs garanties nouvelles sont à cet égard proposées par le texte émanant de la Commission dans un article leur étant spécialement

29 V. BJS juill. 2018, n° 118t2, note Luciano K.

30 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 123, tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

31 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 127 et 128, tels qu'ils résulteraient de la proposition de directive.

32 V. dir. n° 2009/109/CE, art. 4 ; sur ces modifications, v. Lecourt B., « Simplification des directives sur les fusions et les scissions », préc.

33 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 123, 4, tel qu'il résulterait de la proposition.

34 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 127, 1 et 128, 3, tels qu'ils résulteraient de la proposition de directive.

35 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 127, 2 et 128, 4, tels qu'ils résulteraient de la proposition de directive.

36 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 121, 2.

37 V. CJUE, 3^e ch., 7 avr. 2016, n° C-483/14, *KA Finanz* : D. 2016, p. 1404, note Chacornac J. ; et p. 2025, obs. Bollée S. et D'Avout L. ; Dr. sociétés 2017, p. 17, obs. Schlumberger E. ; Europe 2016, comm. 222, note Idot L.

38 V. CJUE, 3^e ch., 7 avr. 2016, n° C-483/14, préc., spéc. pt 61.

dédié³⁹. On observera qu'elles ne s'imposeraient cependant pas toujours aux États membres, qu'elles semblent indifféremment applicables quel que soit le type de créancier concerné et qu'elles se retrouvent en termes quasi-identiques dans les deux autres opérations visées par la proposition, soit la scission et la transformation transfrontalières.

19. La proposition envisage tout d'abord d'autoriser les États à exiger la fourniture par l'organe de direction ou d'administration de la société qui fusionne d'une déclaration « reflétant fidèlement la situation financière de la société dans le cadre du projet commun de fusion transfrontalière », et destinée à établir que la société issue de la fusion sera en principe en mesure d'honorer ses dettes à échéance. Indépendamment de cette option laissée aux États, les créanciers des sociétés parties à la fusion pourraient en tout état de cause demander à l'autorité nationale compétente l'octroi de garanties adéquates lorsqu'ils ne seraient pas satisfaits de la protection de leurs intérêts telle qu'elle résulterait des termes du projet commun de fusion transfrontalière⁴⁰, et ce dans le mois suivant la publication du projet. C'est donc bien un mécanisme harmonisé de protection *ex ante* qui est envisagé, ce qu'on ne peut que saluer. Il reste que la proposition pose des présomptions de « non-lésion » des intérêts des créanciers par la fusion dans deux circonstances : celle où le rapport de l'expert indépendant parvient précisément à cette conclusion, et celle, plus évidente encore, où le créancier se voit offrir un droit au paiement de sa créance pour une valeur équivalente à son montant d'origine. Au-delà, rien ne semblerait à première vue interdire aux États membres de prévoir des mesures complémentaires de protection non visées par la proposition.

B. La protection des associés minoritaires

20. De la même manière que les créanciers, les associés des sociétés engagées dans une opération de fusion ne bénéficient pas de protection spécifiquement offerte par les dispositions de la directive. Tout juste relèverait-on que le renvoi à la *lex societatis* dont relève chaque société partie à la fusion pour ce qui est du processus décisionnel relatif à cette dernière induit l'approbation de l'opération aux conditions de majorité prévues par les règles gouvernant les fusions nationales, soit le plus souvent une majorité qualifiée. Deux nouveaux

mécanismes sont ici envisagés par la proposition, sachant qu'ils revêtent une importance distincte.

21. Le premier a trait à leur information, que la proposition cherche à accroître. On le perçoit à travers le projet de disposition qui entend rendre nettement plus consistant le rapport établi par l'organe de direction ou d'administration à l'intention des associés⁴¹. La proposition vise ainsi à imposer la fourniture d'explications d'ordre stratégique ainsi que l'appréhension des conséquences de la fusion transfrontalière sur les activités futures de la société issue de la fusion. Elle exige en outre que le rapport livre une justification du ratio d'échange de parts et une description des éventuelles difficultés particulières d'évaluation qui se seraient produites. Enfin, elle plaide pour une mention dans le rapport des droits et recours dont disposent les associés. Ce développement de l'information des associés est cependant contrarié par la possibilité – quelque peu contradictoire – offerte aux associés de renoncer à l'unanimité à l'établissement d'un tel rapport enrichi, et ce au nom de l'impératif de simplification précédemment évoqué⁴².

22. Le second mécanisme de protection est l'instauration d'un droit de retrait au profit des associés opposés à la fusion transfrontalière⁴³. Largement ignoré – pour l'heure⁴⁴ – du droit français dans un cadre interne, il est en revanche admis dans un certain nombre de systèmes juridiques⁴⁵, ce qui justifie sa promotion en tant que règle matérielle de protection à l'échelle européenne, qui s'appliquerait d'ailleurs selon les mêmes modalités en cas de scission ou transformation transfrontalière. Aux termes de la proposition, ce droit profiterait aux seuls associés n'ayant pas approuvé la fusion ou détenant des actions sans droit de vote, et se traduirait par le versement d'une soulte en espèces. Il serait strictement encadré dans le temps, dès lors que les associés désirant se retirer devraient répondre à l'offre de rachat formulée dans le projet commun de fusion par chacune des sociétés dans un délai ne pouvant excéder un mois après l'assemblée générale ayant approuvé la fusion. Par ailleurs, certaines garanties seraient prévues pour assurer l'associé retrayant de la perception d'un juste prix, soit le recours à un expert indépendant pour apprécier l'adéquation du montant versé et la possibilité de contester judiciairement un tel

39 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 126 ter nouv., tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

40 Précisons ici que la proposition envisage en effet d'inclure dans les mentions obligatoires du projet commun de fusion une référence aux garanties offertes aux créanciers des sociétés parties ; v. dir. n° 2017/1132/UE, art. 122, m, tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

41 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 124, tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

42 V. *supra* n° 9.

43 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 126 bis nouv., tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

44 V. HCJP, « Rapport sur le droit de retrait des minoritaires de sociétés non cotées », 26 mars 2018, disponible en ligne (https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_15_f.pdf), qui plaide pour sa seule admission à titre de règlement de conflits.

45 V. récap. Lecourt B., « Publication prochaine de deux propositions de directive sur la mobilité des sociétés et la digitalisation », *Rev. sociétés* 2018, p. 337.

montant. Enfin, on notera que de manière connexe à ce droit de retrait, les associés non opposés à la fusion bénéficient également d'une protection, en se voyant octroyer le droit de contester judiciairement la parité d'échange fixée.

C. La protection des salariés

23. Comme déjà mentionné, les règles de protection des salariés peuvent apparaître, aux yeux de la pratique, comme un facteur d'allongement notable du calendrier de l'opération de fusion, au point de remettre en cause sa faisabilité. L'observation n'a cependant pas ému la Commission, peu désireuse de remettre en cause le compromis délicat précédemment mis au point pour rallier les faveurs des États ouverts à la participation des salariés aux organes de gestion. Tout au contraire, celle-ci a cherché à accroître leur protection, dans le prolongement des mesures déjà présentées en faveur des créanciers et actionnaires.

24. Ce sont donc pour l'essentiel des mécanismes d'information complémentaire des salariés qui sont envisagés par la proposition. D'une part, le rapport préparé par l'organe de direction ou d'administration à l'intention des associés, dont on a pu apprécier le caractère potentiellement enrichi, devrait également être mis à la disposition des représentants du personnel des sociétés qui fusionnent, ou, à défaut, de leurs salariés eux-mêmes⁴⁶. D'autre part, et surtout, cet organe serait tenu d'établir à destination des mêmes personnes un rapport expliquant les implications de la fusion transfrontalière pour les travailleurs, notamment sur la sauvegarde des relations de travail et les changements substantiels dans les conditions d'emploi et les lieux d'implantation des sociétés qui fusionnent⁴⁷.

III. Les mesures d'éclaircissement des effets de la fusion

25. Plus isolées que les précédentes, ces dernières mesures envisagées n'en demeurent pas moins importantes en ce qu'elles viendraient préciser certains effets de la fusion transfrontalière, quant à la date de prise d'effet comptable de la fusion (A) et quant à ses conséquences juridiques (B).

A. La date de prise d'effet comptable

26. S'agissant de la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière, la directive a posé une règle de conflit selon laquelle cette date est déterminée par la légis-

lation de l'État membre dont relève la société issue de la fusion, tout en l'encadrant par une règle matérielle selon laquelle cette date doit être postérieure à l'exécution de la procédure de contrôle de légalité de l'opération⁴⁸. Il s'agit cependant là de la seule date de prise d'effet juridique de la fusion, autrement dit celle à laquelle s'opère la transmission universelle de patrimoine, la dissolution de la société absorbée ou des sociétés fusionnantes et l'échange de droits sociaux. Toute différente est généralement la date de prise d'effet comptable de l'opération, à laquelle est arrêtée la valeur respective des sociétés en cause et la parité d'échange, et qui dépend le plus souvent d'une clause d'effet rétroactif ou différé fixée dans le projet de fusion. La proposition de directive entend ici introduire des règles de détermination, qui dépendaient jusqu'à présent de la seule volonté des parties, ce qui suscitait de nombreuses difficultés pratiques⁴⁹.

27. Concrètement, la proposition pose le principe d'une fixation de cette date comptable à la date de prise d'effet juridique de la fusion. Toutefois, elle prend immédiatement la peine d'offrir aux sociétés la possibilité d'y déroger pour faciliter le processus de fusion, pour autant que cette date comptable contractuellement fixée ne soit pas antérieure à la date d'arrêt des derniers comptes annuels et permette à la société issue de la fusion d'établir ses propres comptes annuels en intégrant les effets de la fusion. En somme, les clauses d'effet rétroactif se trouveraient enfin directement consacrées par le droit de l'Union.

B. Les effets juridiques de la fusion

28. La proposition prend enfin soin de préciser les conséquences juridiques de la fusion transfrontalière, et plus particulièrement celles attachées au mécanisme de transmission universelle de patrimoine. Ce mécanisme est certes d'ores et déjà appréhendé par la directive dans sa version d'origine, mais celle-ci se contente pour l'heure de viser laconiquement le transfert de « l'ensemble du patrimoine actif et passif » des sociétés dissoutes au profit de la société absorbante ou nouvelle⁵⁰. Conformément aux enseignements retirés de l'arrêt précité *KA Finanz* de la CJUE⁵¹, la proposition entend ici bien marquer que cette transmission ne recouvre pas les seuls biens et dettes des sociétés dissoutes, mais s'étend plus généralement à « tous les contrats, crédits, droits et obligations » attachés à ces

46 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 124, 3 nouveau, tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

47 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 124 bis nouv., tel qu'il résulterait de la proposition de directive.

48 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 129.

49 Sur lesquelles v. tout particulièrement Le Nabasque H., « Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 », préc., spéc. p. 514 à 516.

50 V. dir. n° 2017/1132/UE, art. 131.

51 V. CJUE, 3^e ch., 7 avr. 2016, n° C-483/14, *KA Finanz*, préc., spéc. pt 58.

dernières, de sorte que leurs effets « continuent de s'appliquer » à la société absorbante ou nouvelle.

29. Pour banal qu'il puisse apparaître, ce rappel traduit vraisemblablement le souhait des instances européennes de laisser se produire dans tous ses effets le mécanisme de transmission universelle de patrimoine, observation qui vaut aussi bien pour les fusions transfrontalières qu'internes. On se souvient ainsi que la CJUE l'a notamment fait jouer pour consacrer un transfert de la responsabilité pénale de la société dis-

soute vers la société bénéficiaire de l'opération⁵². Le droit français aurait tout intérêt d'en prendre bonne note, lui qui persiste à maintenir de – trop – nombreuses limites à un tel principe...

52 V. CJUE, 5 mars 2015, n° C-343/13, *Modelo Contnente Hipermercados SA* ; BJS avr. 2015, n° 113j7, p. 200, note Couret A. ; BJS juill. 2015, n° 113s3, p. 393, note Le Nabasque H. ; Rev. sociétés 2015, p. 677, note Lecourt B.

L'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés 118t2

Kevin LUCIANO

Maître de conférences à l'université Nice Sophia Antipolis

La proposition de directive modifiée concernant l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés s'inscrit dans le cadre d'une intense activité de production normative destinée à développer la digitalisation. Fors les ambitions affichées, le texte consiste pour l'essentiel à permettre une immatriculation des sociétés et succursales en ligne sans devoir être physiquement représentées, à instituer la transmission unique d'informations et à favoriser une consultation plus aisée des informations relatives à ces entités.

Prop. dir. du PE et du Cons., 25 avr. 2018, COM(2018) 239 final, modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés

1. À l'heure de la quatrième révolution industrielle, les technologies numériques semblent revêtir une dimension démiurgique. Parées de toutes les vertus par les uns, vouées aux gémonies par les autres, elles entraînent des bouleversements sans précédent des activités humaines. En investissant tous les domaines de la vie quotidienne et les secteurs de l'économie, la digitalisation révolutionne les manières de produire et d'interagir. Dans un contexte de profondes mutations dues aux effets croisés de la mondialisation et de la rupture technologique, le phénomène ne pouvait s'avérer sans conséquence pour le droit. Cette réalité apparaît comme l'un des facteurs prépondérants expliquant la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) n° 2017/1132¹ en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés.

2. Ce texte préparatoire émanant de la Commission européenne s'inscrit dans le cadre d'une intense activité de production normative intéressant les groupements et la numérisation. Il constitue un élément de la « Stratégie pour un marché unique numérique en

Europe »² présentée en 2015 et du « Plan d'action européen 2016-2020 pour l'administration en ligne – Accélérer la mutation numérique des administrations publiques »³ annoncé en 2016, auquel la déclaration de Tallinn a conduit à inclure un volet relatif au droit des sociétés⁴. La proposition s'inscrit dans le « pack », composé aussi de la proposition de directive relative aux transformations, fusions et scissions transfrontalières⁵. Elle doit être lue à la lumière du règlement du 23 juillet 2014 relatif aux transactions électroniques⁶, auquel elle se réfère, et de la proposition de règlement établissant un portail numérique unique pour donner accès à des informations, des procédures et des services d'assistance et de résolution de problèmes⁷.

2 COM (2015) 192 final, 6 mai 2015.

3 COM (2016) 179 final, 19 avr. 2016.

4 CE, *Déclaration de Tallinn sur l'administration en ligne*, Conférence ministérielle sous présidence estonienne, 6 oct. 2017.

5 Prop. Dir. du PE et du Cons., 25 avr. 2018, modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM (2018) 241 final. Sur les transformations transfrontalières, v. BJS juill. 2018, n° 118s7, note Menjucq M. ; sur les scissions transfrontalières, v. BJS juill. 2018, n° 118t8, note Mastrullo T. et sur les fusions transfrontalières, v. BJS juill. 2018, n° 118t6, note Schlumberger E.

6 Règl. (UE) n° 910/2014 du PE et du Cons., 23 juill. 2014, sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur.

7 COM (2017) 256 final, 2 mai 2017.

1 Dir. (UE) n° 2017/1132 du PE et du Cons., 14 juin 2017, relative à certains aspects de droit des sociétés.

Le texte du 25 avril 2018 s'articule avec le système d'interconnexion des registres du commerce (BRIS), fondé sur la directive n° 2012/17/UE⁸ et le règlement d'exécution (UE) n° 2015/884⁹. Il fait suite à une consultation en ligne¹⁰, elle-même consécutive à un rapport du groupe informel d'experts en droit des sociétés¹¹.

3. La proposition de directive modifiée a pour base juridique l'article 50 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), plus particulièrement l'article 50, paragraphe 2, point f), qui prévoit la suppression des restrictions à la liberté d'établissement. Elle repose sur une analyse économique du droit qui postule son caractère efficient. Plusieurs dispositions de l'exposé des motifs et certains considérants ne font guère mystère de l'objectif poursuivi : « réaliser un marché intérieur plus approfondi » et développer « le marché unique numérique » à travers une utilisation davantage poussée de l'outil digital¹². L'idée force sous-tendant le dispositif est de permettre aux entreprises d'exercer plus facilement leurs activités en ligne et, par ce biais, de se développer au-delà du marché national. C'est ce qui explique que les textes européens relatifs à la digitalisation visent tous à imposer « la numérisation complète de la plupart des procédures administratives pour les utilisateurs transfrontières »¹³. La proposition du 25 avril 2018 ne surprend guère, dans la mesure où la directive de 2017 qu'elle amende a trait à la publicité des sociétés et de leurs succursales, et que sur 81 considérants, 42 concernent de façon directe ou indirecte l'information et les modalités de sa diffusion.

4. En la forme, la proposition du 25 avril 2018 se compose de 5 articles, précédés de 35 considérants, accompagnés d'un exposé des motifs presque aussi long que la directive elle-même. Le document dans son ensemble comprend 38 pages. La réforme envisagée de la directive (UE) n° 2017/1132 emporte création de l'annexe II bis, d'une nouvelle section¹⁴ et de 15 articles¹⁵, la modification de 8 articles¹⁶ et

la suppression d'un article¹⁷ ; elle remanie en profondeur la structure du chapitre III du titre premier, dont l'intitulé est remplacé. Le délai de transposition est de 2 ans après l'entrée en vigueur, prévue au vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union*.

5. Sur le fond, les objectifs annoncés paraissent plus ambitieux que la réalité normative qui consiste, pour l'essentiel, à instaurer un cadre harmonisé de recours aux procédures en ligne, à contraindre les États membres à autoriser les procédures d'enregistrement de sociétés et de succursales sans devoir être physiquement représentées, ainsi qu'à consacrer le principe de la transmission unique des informations. La proposition de directive modifiée comprend également un certain nombre de dispositions visant à favoriser l'accès en ligne à certaines informations et à renforcer l'efficacité du dispositif d'interconnexion des registres entre États membres. L'analyse de ce texte suppose, dans un premier temps, d'analyser l'harmonisation du cadre juridique d'utilisation des outils et processus numériques en droit des sociétés (I), avant de s'attacher, dans un deuxième temps, à l'harmonisation des procédures réalisables en ligne (II) et, dans un troisième temps, à celle des informations accessibles en ligne (III).

I. L'harmonisation du cadre juridique d'utilisation des outils et processus numériques en droit des sociétés

6. Faisant suite à la modification de l'intitulé du chapitre III du titre premier, rebaptisé « Immatriculation et dépôt en ligne, publicité et registre », la section 1 de la directive réformée expose les dispositions générales applicables. Elle se compose des articles 13 à 13 sexies, lesquels instaurent un cadre harmonisé d'utilisation des outils et processus numériques en droit des sociétés, dont l'étude implique, d'une part, de circonscrire le domaine (A) et, d'autre part, d'analyser le régime (B).

A. Le domaine du cadre harmonisé d'utilisation des outils et processus numériques

7. L'article 13 nouveau qui ouvre le chapitre III du titre premier élargit son champ d'application. Comme sous l'empire du texte antérieur, « les mesures de coordination prescrites s'appliquent aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux formes de sociétés figurant à

8 Dir. n° 2012/17/UE du PE et du Cons., 13 juin 2012, modifiant la directive n° 89/666/CEE du Cons. et les directives n° 2005/56/CE et 2009/101/CE en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés.

9 Règl. d'exéc. (UE) n° 2015/884 de la Commission, 8 juin 2015, établissant les spécifications techniques et les procédures nécessaires au système d'interconnexion des registres mis en place par la directive n° 2009/101/CE.

10 « Modernisation du droit des sociétés de l'UE : règles relatives aux solutions numériques et à l'efficacité des opérations transfrontalières » qui s'est déroulée entre le 10 mai 2017 et le 6 août 2017.

11 Groupe informel d'experts en droit des sociétés, *Report on digitalisation in company law*, mars 2016, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dg_just_digitalisation_of_company_law_final_report.pdf.

12 Cons. 3.

13 Exposé des motifs, p. 3.

14 Section 1 bis.

15 art. 13 bis à 13 decies, 16 bis, 28 bis à 28 quater, 30 bis et 162 bis.

16 art. 13, 16, 18, 19, 22, 24, 161 et 163.

17 art. 43.

l'annexe II » et, désormais, « lorsque cela est prévu, à celles énumérées aux annexes I et II bis ». L'annexe I comprend les formes archétypiques de sociétés de capitaux dont l'importance majeure justifie qu'elles fassent l'objet d'une attention et de règles particulières¹⁸ et l'annexe II vise les sociétés de capitaux¹⁹. L'annexe II bis²⁰, créée par la proposition commentée, cible les petites sociétés à risque limité, comme l'atteste la référence aux formes unipersonnelles. Il convient de noter que les sociétés de personnes et *a fortiori* les groupements dépourvus de personnalité juridique ne sont pas concernés. Cette exclusion pourrait surprendre tout observateur non averti de droit européen des sociétés, la très forte influence en la matière du droit anglo-saxon²¹ conduisant à occulter d'innombrables entités juridiques pourtant immatriculées et soumises à des formalités de publicité dans la plupart des États membres.

8. L'article 13 bis, inséré par la proposition de modification, pose 5 définitions. En réalité, le texte n'innove guère, puisqu'il procède par renvois à des textes existants ou des définitions connues. Par souci de cohérence, les notions de « moyen d'identification électronique » et de « schéma d'identification électronique », au cœur du dispositif de sécurisation des outils et processus numériques, sont respectivement définies par l'article 3 du règlement (UE) n° 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur comme « un élément matériel et/ou immatériel contenant des données d'identification personnelle et utilisé pour s'authentifier pour un service en ligne »²² et comme « un système pour l'identification électronique en vertu duquel des moyens d'identification électronique sont délivrés à des personnes physiques ou morales, ou à des personnes physiques représentant des personnes morales »²³. L'« immatriculation » désigne la « constitution d'une société en tant qu'entité juridique ». Le « formulaire type » recouvre « un modèle d'acte constitutif de société établi par les États membres conformément au droit national et utilisé pour l'immatriculation en ligne d'une société »²⁴.

18 Pour le droit français, y figure la seule société anonyme.

19 Pour le droit français, y figurent les sociétés par actions et la société à responsabilité limitée, bien qu'il soit communément admis que celle-ci est une forme hybride entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux.

20 Il s'agit des sociétés visées aux articles 13, 13 sexies, 13 octies et 162. Pour le droit français, y figurent la société à responsabilité limitée et la société par actions simplifiée, ainsi que leurs formes unipersonnelles.

21 Simonart V., *La personnalité morale en droit privé comparé. L'unité du concept et ses applications pratiques - Allemagne, Angleterre, Belgique, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, thèse, 1995, Université libre de Bruxelles, Bruylant, p. 280 et s., spéc. n° 323 et s.

22 Règl. (UE) n° 910/2014, art. 3, point 2).

23 Règl. (UE) n° 910/2014, art. 3, point 4).

24 Art. 13 octies. Ce texte institue l'obligation pour les États de proposer des formulaires types pour faciliter la constitution en ligne de sociétés de l'annexe II bis.

« L'identifiant unique européen des sociétés et succursales (EUID) » est désigné par le règlement d'exécution (UE) n° 2015/884, dont l'annexe précise les spécifications techniques comme suit : « L'EUID sert à identifier sans équivoque les sociétés et succursales aux fins de l'échange d'informations entre registres au moyen de la plateforme »²⁵.

B. Le régime du cadre harmonisé d'utilisation des outils et processus numériques

9. Le régime du cadre harmonisé du recours aux outils et processus numériques repose sur les principes de transparence, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle et sur l'exigence d'un coût modéré pour les utilisateurs et assujettis, tels qu'ils résultent des articles 13 ter à 13 sexies insérés par le projet de réforme.

10. La directive dans sa version renouvelée oblige les États membres à veiller à ce que les règles en matière de frais inhérents aux procédures en cause soient « transparentes et appliquées de manière non discriminatoire », mais aussi à faire en sorte que les sommes facturées par les registres « ne dépassent pas les coûts administratifs de la prestation de service »²⁶. Elle précise que les éventuels paiements imposés doivent toujours pouvoir être effectués au moyen d'un système largement disponible « parmi les services de paiement transfrontières »²⁷. Il s'agit bien entendu d'éviter qu'en exigeant un service de paiement uniquement national ou peu répandu sur le plan international, un État ne prive les ressortissants et groupements étrangers de la faculté d'utiliser les outils et processus numériques qui visent à approfondir le marché intérieur en favorisant les libertés de circulation, y compris virtuelles.

11. À cet égard, toute restriction tend à être éliminée, notamment en ce qui concerne la reconnaissance des moyens d'identification aux fins des procédures en ligne, dans la mesure où l'article 13 ter impose un double principe de reconnaissance mutuelle. Ainsi, d'abord, tout en affirmant que doivent être garantis des moyens qui permettent d'identifier les citoyens de l'Union qui recourent aux procédures en ligne, le paragraphe 1 précise qu'est valable tout « moyen d'identification délivré dans un autre État membre et reconnu aux fins de l'authentification transfrontière conformément à l'article 6 du règlement (UE) n° 910/2014 »²⁸. Ensuite, est permise la reconnaissance d'autres moyens d'identification que ceux pré-

25 Règl. d'exécution (UE) n° 2015/884 de la Commission, 8 juin 2015, annexe, point 8).

26 art. 13 quater.

27 art. 13 quinquies.

28 art. 13 ter, § 1, b).

vus par la directive. Or toute reconnaissance d'un moyen d'identification entraîne obligatoirement celle du « même type de moyen délivré dans un autre État membre »²⁹.

12. Au régime juridique du cadre harmonisé d'utilisation des outils et processus numériques en droit des sociétés peut être rattachée la modification de l'article 161 de la directive (UE) n° 2017/1137, aux termes de laquelle le traitement de toutes les données à caractère personnel est soumis au règlement (UE) n° 2016/679³⁰. Cette protection, si elle vise les personnes physiques, intéresse les informations devant nécessairement ou facultativement être mises en ligne³¹ (voir *infra* II et III).

II. L'harmonisation des procédures de droit des sociétés réalisables par le biais des outils et processus numériques

13. La proposition de réforme de la Commission européenne en date du 25 avril 2018 prévoit l'insertion d'une section 1 bis qui a trait à l'immatriculation, au dépôt des actes et à la publicité en ligne des sociétés. Elle doit être analysée avec la section 2 relative aux succursales, dont l'intitulé a été modifié pour appréhender, non seulement leur publicité comme auparavant, mais encore les règles d'immatriculation. L'analyse conduit à distinguer les dispositions relatives à l'immatriculation des sociétés et succursales par les outils et processus numériques (A), d'une part, de celles qui ont trait à leur publicité (B), d'autre part.

A. L'immatriculation des sociétés et succursales par les outils et processus numériques

14. Point cardinal de la réforme, la proposition de directive proclame un authentique droit à l'immatriculation en ligne des sociétés et succursales. Jusqu'à présent, 17 États membres proposaient une procédure intégralement numérique pour l'enregistrement des groupements³². Désormais, les articles 13 septies et 28 bis imposeront d'offrir cette possibilité³³. L'élément crucial du dispositif tient au fait que la constitution devra pouvoir être réalisée par le biais de processus numériques « sans que le demandeur, ou son repré-

sentant, ait à se présenter en personne devant toute autorité compétente ou tout autre organe ou personne chargé de traiter la demande »³⁴. Cette mesure de dématérialisation se trouve justifiée par une analyse économique du droit pour le moins imprécise³⁵.

15. À l'évidence, la nouvelle procédure d'immatriculation en ligne et sans présence physique vise à favoriser la constitution transfrontière de personnes morales comme de succursales et, ce faisant, à approfondir la liberté d'établissement. D'ailleurs, la proposition de directive amendée interdit de subordonner l'immatriculation en ligne d'une société ou succursale à une quelconque autorisation ou licence préalable, « à moins que cela ne soit indispensable pour le contrôle adéquat de certaines activités »³⁶. Cette libéralisation est favorisée par la création de formulaires types d'enregistrements³⁷. Sont obligatoirement concernés les groupements de l'annexe II bis, c'est-à-dire les petites sociétés à risque limité. Le texte laisse aux États la faculté de proposer ces formulaires pour les autres sociétés visées à l'annexe II. En l'espèce, il s'agit d'offrir au(x) fondateur(s) des modèles de statuts établis en conformité avec le droit national³⁸ « dans une langue officielle de l'Union globalement comprise par le plus grand nombre possible d'utilisateurs d'autres États membres »³⁹ se prêtant à une immatriculation en ligne aisée. Ces formulaires types seront mis à disposition des demandeurs et rendus accessibles par le biais du portail numérique unique. De plus, lorsque le versement du capital social est requis dans le cadre de la procédure de constitution, il pourra l'être en ligne sur un compte ouvert auprès d'un établissement bancaire exerçant ses activités dans l'Union⁴⁰, de même que tous les documents devant être transmis pourront l'être sous forme électronique⁴¹. L'immatriculation interviendra dans un délai de 5 jours ouvrables⁴².

16. Si l'objectif d'offrir de la souplesse aux entreprises s'avère louable, l'instauration d'une procédure de constitution dématérialisée et dépersonnifiée pose question, voire inquiète⁴³. Premièrement, en effet, le

29 art. 13 ter, § 3.

30 Règl. (UE) n° 2016/679 du PE et du Cons., 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE.

31 art. 13 sexies.

32 Communiqué de presse de la Commission : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3508_fr.htm.

33 Respectivement pour les sociétés et les succursales de sociétés d'autres États membres.

34 art. 13 septies, § 1. L'article 28 bis, § 1, formule le principe en des termes quasi-identiques.

35 Exposé des motifs, p. 8 et 12. Il est indiqué : « une immatriculation en ligne prend en moyenne deux fois moins de temps et peut coûter jusqu'à trois fois moins cher qu'une procédure papier » et les économies escomptées « se situeraient dans une fourchette de 42 à 84 milliards d'euros par an ».

36 art. 13 septies, § 5 et art. 28 bis, § 4, al. 2.

37 art. 13 octies.

38 art. 13 octies, § 4.

39 art. 13 octies, § 3.

40 art. 13 septies, § 6, qui souligne la nécessaire conformité à l'article 13 quinquies.

41 art. 13 septies, § 2, § 3 et § 4.

42 art. 13 septies, § 7. Le demandeur devra être informé de tout retard, lequel devra résulter de « circonstances exceptionnelles dûment justifiées ».

43 Les syndicats et les notaires, dans leur écrasante majorité, ont mis en exergue le risque de fraude et l'absence de bénéfice concret. V. ann. II :

considérant 12 mentionne le respect des « traditions existantes » qui impliquerait de « permettre une certaine souplesse » en matière d'immatriculation et en ce qui concerne le rôle des notaires et des avocats. Or, on imagine mal comment des règles aussi précises vont pouvoir – sans être méconnues – être appliquées avec ductilité. Deuxièmement, c'est une mobilité *de jure* qui se trouve favorisée et, le cas échéant, la création de véhicules juridiques *offshore*⁴⁴. L'immatriculation en ligne, érigée en modèle *urbi et orbi*, doublée de la référence explicite à l'Irlande et au Royaume-Uni⁴⁵, législations autorisant la constitution de sociétés en quelques clics avec un contrôle relâché⁴⁶, laisse planer le spectre de la fraude. D'autant que lorsque les formulaires types sont utilisés, l'obligation de faire établir les actes constitutifs en la forme authentique « est réputée remplie »⁴⁷. Couplée au « militantisme »⁴⁸ de la Cour de justice, qui a consacré le critère de l'incorporation⁴⁹ et affaibli les systèmes exigeants, la proposition aggrave une carence dans le contrôle des constitutions et le caractère restrictif du système d'annulation des sociétés issu de l'article 11 de la directive n° 2017/1132, tel qu'interprété par une jurisprudence permissive⁵⁰. Étant entendu que la constitution en ligne des sociétés bénéficiera du règlement sur les documents publics⁵¹, lequel imposera d'ici la fin de l'année 2018 aux États membres d'accepter une série de documents émanant des citoyens sans vérification ni traduction.

17. Certes un dispositif visant à éviter la fraude et l'abus a été prévu. À cet égard, d'abord, les États membres peuvent exclure les sociétés de l'annexe I du bénéfice de l'immatriculation en ligne sans présence physique⁵². Autrement dit, les sociétés importantes, fondées à faire offre au public de titres financiers, sont susceptibles de demeurer soumises à des règles de constitution davantage contraignantes. Ensuite, en cas de « soupçon de fraude réel », des mesures exigeant la présence physique des personnes, afin de vérifier leur identité, peuvent être prises. Il convient de

préciser que le « soupçon réel » apparaît des plus indéterminés et que l'exigence qu'il soit « fondé sur des motifs raisonnables »⁵³ s'apparente au pléonasme, si ce n'est qu'il vise à requérir une caractérisation extrêmement rigoureuse. Quant à la fraude, la trilogie jurisprudentielle *Centros-Uberseering-Inspire Art*⁵⁴ incline à interpréter la notion avec une infinie mansuétude. Ce contexte rend la publicité encore plus importante.

B. La publicité des sociétés et succursales par les outils et processus numériques

18. Dans sa version originelle, la directive prévoyait que les principaux actes et indications relatifs aux sociétés et succursales, ainsi que leurs modifications, fussent soumis à publicité, laquelle se réalise dans un registre central du commerce et des sociétés⁵⁵. Il en va de l'opposabilité desdits actes et de la protection des tiers. La proposition de réforme introduit plusieurs innovations tendant, en particulier, à la réalisation des formalités de publicité par voie numérique, au dépôt des actes et au parachèvement du système d'interconnexion des registres nationaux institué par l'article 22 de la directive⁵⁶.

19. Premièrement, la proposition de directive prévoit que les formalités de publicité comme le dépôt des actes et informations puissent être effectués « entièrement en ligne sans que le demandeur ou son représentant ait à se présenter en personne »⁵⁷. L'origine et l'intégrité des actes déposés doivent être vérifiables par voie électronique⁵⁸. L'article 16 impose la création d'un dossier unique pour chaque société dans son État membre d'immatriculation, ledit dossier étant intégré au registre national du commerce et des sociétés. Les groupements y disposent d'un identifiant censé exclure toute équivoque. L'intégralité des actes et informations soumis à publicité⁵⁹ y sont versés sous peine d'inopposabilité aux tiers⁶⁰. Les actes établis

consultation des parties intéressées durant l'analyse d'impact.

44 Luciano K., *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, 2011, LGDJ, préf. Menjucq M. et Siirainen F. Certaines parties prenantes ont évoqué la crainte du développement des sociétés « boîtes aux lettres ».

45 Exposé des motifs, p. 4, note n° 12.

46 Luciano K., *op. cit.*

47 art. 13 octies, § 2. Notons que l'article 10, en affirmant qu'il pallie l'absence de contrôle préventif, souligne que le recours à l'acte authentique constitue un élément décisif pour garantir la légalité de la constitution.

48 Menjucq M., « L'Europe et le droit de l'entreprise », JCP G 2007, I 130.

49 Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, 4^e éd., 2016, LGDJ, spéc. n° 145 et s.

50 Vidal D. et Luciano K., *Droit général des sociétés*, 2016, LexisNexis, spéc. n° 594 et s.

51 Règl. (UE) n° 2016/1191 du PE et du Cons., 6 juill. 2016, visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics.

52 art. 13 septies, § 1.

53 art. 13 ter, § 4. Les articles 13 septie, § 1, et 28 bis, § 1, renvoient explicitement à l'article 13 ter, § 4.

54 D'avout L., « Commentaire groupé des arrêts Daily Mail, Centros, Cartesio », in Karpenschif M. et Nourissat C. (dir), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^e éd., 2016, PUF, n° 60 ; Luciano K., *op. cit.*, n° 1130 à 1135 ; Menjucq M., *op. cit.*, n° 140 et s.

55 art. 14 à 28, pour les sociétés et art. 29 à 34, pour les succursales.

56 Cette question sera abordée en III, même si elle intéresse naturellement la publicité.

57 art. 13 decies, § 1, pour les sociétés et art. 28 ter, pour les succursales.

58 art. 13 decies, § 1, al. 2.

59 L'article 14, relatif aux sociétés, fixe une liste non exhaustive d'actes et indications obligatoirement soumis à publication. Il s'agit, pour l'essentiel, des actes constitutifs et de leurs éventuelles modifications ; des actes relatifs à la nomination, la cessation des fonctions et l'identité des personnes exerçant en qualité d'organe social ; des actes ayant trait au capital, au siège social ou encore aux crises juridiques graves (dissolution, nullité, liquidation, etc.). En revanche, l'article 30 pose une liste limitative pour les succursales.

60 art. 16, § 4. Dans ce cas, la société pourra toutefois prouver que les tiers en avaient connaissance.

sur support papier devront être numérisés et rendus accessibles sur le registre par voie électronique.

20. Deuxièmement, est consacré le principe de la transmission unique des informations. À cet égard, si les États membres exigent en sus la publication des actes et informations dans un bulletin national, ceux-ci devront être transmis par le registre, sans que les fondateurs n'aient à satisfaire à une quelconque formalité en ce sens⁶¹.

III. L'harmonisation des informations de droit des sociétés accessibles par le biais des outils et processus numériques

21. La directive du 14 juin 2017 prévoyait déjà l'obligation faite aux États membres de mettre à disposition en ligne certains renseignements sur les sociétés de capitaux inscrites aux registres centraux. Cependant, ces exigences sont apparues trop limitées et imprécises pour assurer une mise en œuvre optimale à l'échelle de l'Union. La proposition de réforme tend donc à pallier les limites de ce texte et à favoriser un accès en ligne aux informations utiles. Son étude implique d'analyser, d'une part, le régime de cet accès (A) et, d'autre part, ses bénéficiaires (B).

A. Le régime de l'accès à l'information par les outils et processus numériques

22. Outre les actes et indications devant faire l'objet d'une publicité, l'article 13 sexies dresse une liste rigoureuse d'informations nécessairement accessibles en ligne. Il s'agit, pour l'essentiel, de communiquer aux éventuels fondateurs d'entreprises les éléments pertinents en ce qui concerne les obligations juridiques auxquelles ils doivent satisfaire. Tel est le cas des exigences relatives à l'immatriculation et l'exploitation des sociétés et de leurs succursales⁶² ou à l'authentification des actes et informations à transmettre en ligne⁶³. La proposition de directive impose également d'offrir une véritable aide à la constitution, en rendant accessibles des informations relatives à l'utilisation des formulaires types, en ce compris des données sur les législations nationales⁶⁴. Cette approche devient presque maternelle s'agissant des sociétés visées à l'annexe II bis, puisque ce sont 12 séries d'informations que les États membres devront « au minimum » mettre à disposition⁶⁵. De plus, il est prévu d'élargir

la liste des informations accessibles en ligne, notamment pour y inclure, au titre des données « toujours gratuites », des informations sur le statut juridique de la société ; les noms secondaires, anciens ou alternatifs du groupement ; l'existence d'éventuelles succursales dans d'autres États membres ou encore le site internet de la société.

23. Par ailleurs, et de façon fort opportune, doivent être accessibles les informations relatives aux dirigeants⁶⁶ révoqués ou faisant l'objet d'une déchéance du droit d'exercer des fonctions similaires dans un autre État membre⁶⁷. L'intérêt est de permettre d'interroger les autres registres avant de nommer un dirigeant. Étant précisé que les autorités nationales peuvent interdire la nomination d'une personne interdite d'exercer dans un autre État membre. Aussi, seront consultables en ligne les informations qui ont trait à l'ouverture ou à la clôture d'une procédure d'insolvabilité⁶⁸, comme le prévoit l'article 25 du règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015.

24. Les modalités de publicité et d'accès aux informations en cause sont indiquées par les articles 16 et 16 bis, avec des précisions apportées par les articles 17 à 19. Parmi les éléments notoires est introduite l'obligation pour les États membres de garantir aux tiers l'accès à des extraits authentifiés au moyen de services de confiance⁶⁹. Les personnes intéressées pourront obtenir des copies électroniques certifiées conformes. Les frais d'obtention ne pourront être supérieurs au coût administratif du service.

25. La clef de voute du dispositif tient dans le système d'interconnexion des registres nationaux. Les informations importantes, qu'elles regardent les sociétés visées ou leurs succursales, devront faire l'objet d'un accès en ligne, par le biais du portail européen ou des points optionnels d'entrée. Sur le plan technique, le système d'interconnexion repose sur une plateforme numérique qui assure un accès à tous les registres nationaux, dont les États membres doivent impérativement garantir l'interopérabilité⁷⁰.

B. Les bénéficiaires de l'accès à l'information par les outils et processus numériques

26. En juin 2017, l'interconnexion des registres centraux est devenue effective, ce qui facilite de façon considérable l'accès transfrontière aux informations

61 art. 16, § 3.

62 art. 13 sexies, § 1, a).

63 art. 13 sexies, § 1, c).

64 art. 13 sexies, § 1, b).

65 art. 13 sexies, § 2.

66 La traduction retenue d'« administrateur » nous paraît moins opportune compte tenu de la définition posée par l'article 14, d).

67 art. 13 nonies.

68 art. 20 pour les sociétés et art. 34 en ce qui concerne la succursale.

69 art. 16 bis, § 4, qui prévoit la conformité au règlement (UE) n° 910/2014.

70 art. 22. Le dispositif est encadré par la directive n° 2012/17/UE et le règlement d'exécution n° 2015/884.

sur les sociétés et leurs succursales pour les tiers, de même que cela rend possible la communication entre les registres centraux des États membres. Compte tenu du mouvement de renforcement très significatif des obligations d'informations en faveur des associés et des investisseurs, en particulier dans les sociétés offrant au public des titres financiers, il semble logique d'assister à une montée en puissance de l'information accessible aux diverses parties prenantes⁷¹, surtout les créanciers. Or, l'un des canaux privilégiés de diffusion de l'information, tant en ce qui concerne les actionnaires que les obligataires⁷² et les tiers passe par les réseaux numériques, comme le démontre l'article R. 210-20 du Code de commerce, lequel impose à toutes les sociétés dont les actions sont admises sur un

marché réglementé de disposer d'un site internet⁷³. Il en va à la fois du respect de l'obligation d'information dite « permanente » et des exigences posées par le règlement relatif aux abus de marché⁷⁴. Étant précisé que le recours aux nouvelles technologies s'avère éminemment utile pour encourager les investissements étrangers. Par ailleurs, dans un contexte d'approfondissement des coopérations interétatiques au sein de l'Union, la plateforme constitue un outil décisif d'information mutuelle. Pour cause, le dispositif permet une transmission immédiate à l'État concerné de toute modification relative à la société ou à la succursale implantée dans un autre État membre⁷⁵.

71 Sur la volonté de prendre en comptes ces « parties prenantes », inspirée de la doctrine américaine des *stakeholders*, v. Frerot A. et Hurstel D. (dir), *Le rôle sociétal de l'entreprise – Éléments de réflexion pour une réforme*, 2018, Rapport du Club des juristes.

72 Ainsi que les titulaires de titres complexes et de contrats financiers.

73 Cela permet une information à la fois plus aisée des investisseurs et des tiers, mais également de satisfaire avec davantage d'efficacité aux obligations vis-à-vis du marché lui-même.

74 Règlement (UE) 596/2014 du Parlement européen et du Conseil sur les abus de marché et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives n°2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission.

75 art. 28 à 30.