

La proposition de la Commission du 25 avril 2018 relative au transfert, à la fusion et à la scission des entreprises

I. Le contexte

Après plusieurs reports successifs, la Commission a présenté le 25 avril dernier un paquet législatif visant à moderniser le droit européen des sociétés. Ce paquet comprend deux propositions de directive :

- L'une sur la numérisation des procédures¹ s'inscrit dans le cadre de la stratégie² pour un marché unique numérique de 2015 et devrait contribuer notamment à harmoniser et à simplifier les démarches en ligne en matière de création d'entreprises et de succursales ;
- L'autre³ relative aux opérations de fusion, de scission et de transfert de siège d'un Etat membre à un autre comble des lacunes réelles auxquelles il devenait urgent de remédier après le jugement de la Cour européenne de justice rendu en octobre 2017 dans l'affaire Polbud⁴.

Actuellement si une société veut déplacer son siège d'un Etat membre à un autre sans perdre sa personnalité ni ses actifs, elle a trois possibilités :

- Utiliser les législations existantes. Cependant, moins de la moitié des Etats membres disposent de législations autorisant les transferts d'entreprises⁵ et lorsqu'elles existent celles-ci sont souvent incompatibles ou difficiles à concilier notamment en ce qui concerne la protection des actionnaires minoritaires, des créanciers et des droits des employés;

¹ [Proposal for a Directive amending Directive \(EU\) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law](#)

² [Communication de la Commission sur une Stratégie pour un marché unique numérique en Europe \(SWD\(2015\) 100 final\)](#)

³ [Proposal for a Directive amending Directive \(EU\) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions \(COM\(2018\) 241 final / 2018/0114 \(COD\)\)](#)

⁴ [C-106/16 Polbud](#). En effet, la Cour concluait dans ce jugement que, conformément au Traité⁴, la liberté d'établissement implique qu'une société peut se transformer en une société relevant du droit d'un autre Etat membre et que le transfert de son siège statutaire, indépendamment du siège réel et même en l'absence de toute activité économique, était possible pour peu que l'Etat membre d'accueil l'accepte. Les dispositions précises dans lesquelles s'opère ce transfert demeurent du ressort des législations nationales

⁵ Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Malte, Portugal, République tchèque et Slovaquie



- Créer une filiale à l'étranger puis fusionner avec celle-ci, ce qui est à fois long et couteux ;
- Créer une société européenne (SE) ou se transformer en SE. Il faut pour cela :
 - o avoir son siège social et son administration centrale dans le même Etat membre;
 - o être présent dans d'autres Etats membres (filiales ou succursales);
 - o avoir un capital souscrit d'au moins 120 000 Euros ;
 - o avoir conclu un accord sur l'implication des employés dans les organes de la société ;

Ces conditions sont souvent difficiles à réunir, en particulier pour les PME.

Qu'il s'agisse de la voie directe ou des procédures indirectes, le transfert du siège d'une entreprise d'un Etat membre à un autre apparaît ainsi aléatoire et couteux. Il y avait donc urgence à harmoniser les cadres juridiques nationaux pour faciliter ces opérations tout en luttant contre les montages abusifs destinés à contourner la législation fiscale, à limiter les droits des employés ou encore à porter atteinte aux intérêts des créanciers et des actionnaires minoritaires.

La proposition de la Commission relative aux fusions, scissions et transferts vise deux objectifs: la simplification et la protection des intérêts de toutes les parties prenantes non seulement dans les opérations de transfert mais aussi lors des fusions et des scissions transfrontalières dont les règles avaient été consolidées dans une directive⁶ l'année dernière⁷. Elle comporte des innovations substantielles qui méritent d'être d'examinées en détail en raison de leur impact potentiel⁸.

II. Les transferts d'entreprises

La proposition de la Commission définit une procédure nouvelle pour les transferts d'entreprise qui s'inspire largement des dispositions antérieures relatives aux fusions transfrontalières et qui ne concerne que les sociétés à responsabilité limitée⁹. Elle comporte :

- La définition et la publication des termes de référence du projet de transfert qui doivent être approuvés en Assemblée générale ;
- La fourniture d'un rapport aux actionnaires et aux employés ;

⁶ [Directive UE 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés](#)

⁷ Pour la France, il existe quatre types de sociétés auxquelles ces règles peuvent s'appliquer : société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société par actions simplifiée.

⁸ En particulier si cette proposition devait être adoptée et transposée avant mars 2019, les procédures ainsi définies pourraient être utilisées par les entreprises britanniques qui souhaitent s'installer sur le continent.

⁹ La procédure est optionnelle pour les sociétés coopératives et n'est pas applicable pour les fonds d'investissement.



- La désignation par les autorités de l'Etat membre de départ d'un expert indépendant dont le rôle est de contrôler l'exactitude des informations fournies par l'entreprise afin de s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une opération abusive. Les conclusions sont publiées au moins un mois avant la tenue de l'Assemblée générale ;
- L'obligation de respecter un certain nombre de règles relatives à la protection :
 - o *Des actionnaires* qui disposent d'un droit de sortie et doivent recevoir une compensation équitable en cas de refus, compensation qu'ils peuvent contester le cas échéant devant le tribunal compétent du pays de départ ;
 - o *Des créanciers* qui peuvent également se porter devant une cour compétente s'ils s'estiment lésés ;
 - o *Des droits des employés*. En principe, c'est la législation de l'Etat membre d'accueil qui s'applique mais lorsque celle-ci est moins favorable aux employés que celle de l'Etat membre de départ, l'entreprise doit entamer des négociations avec ses employés¹⁰ pour parvenir à un accord selon le mécanisme en vigueur pour les SE¹¹.

Les autorités de l'Etat membre de départ vérifient alors que toutes les conditions légales sont remplies et émettent un certificat de pré-transfert dans un délai d'un mois après l'approbation de l'opération par l'Assemblée générale. Dans le cas contraire, l'autorité compétente interdit le transfert et en informe l'entreprise. Elle peut aussi décider d'effectuer un examen approfondi.

Il revient ensuite à l'Etat membre d'accueil de s'assurer que le transfert satisfait bien à sa propre législation. En cas de soupçon raisonnablement étayé de fraude, une présence physique de l'entreprise peut être exigée.

III. Les fusions

Les règles relatives aux fusions ne sont pas fondamentalement modifiées mais la proposition de la Commission les simplifie dans un certain nombre de cas, notamment en matière d'obligations de publication. Elle introduit par ailleurs des dispositions nouvelles pour la protection des actionnaires, des créanciers et des employés semblables à celles proposées pour les transferts. Elle prévoit notamment la présentation de rapports tant aux actionnaires qu'aux employés. Les employés pourront se prononcer sur ce rapport et leur point de vue sera présenté à l'Assemblée générale. S'agissant des actionnaires, l'expert indépendant

¹⁰ Cette disposition s'applique également lorsque l'effectif de l'entreprise a dépassé dans les 6 mois qui précèdent les 4/5 des seuils qui déclenchent les mécanismes de participation des employés obligatoires dans le pays d'accueil

¹¹ Article 2 de la [Directive 2001/86/EC du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs](#)

devra en outre s'assurer que les parités retenues en cas d'échange d'actions ou les compensations financières offertes en cas de désaccord sont bien équitables.

Quant aux créanciers, les entreprises devront déclarer publiquement qu'elles ne voient aucune raison pour laquelle l'entreprise résultant de la fusion serait incapable de remplir les engagements pris par les entreprises précédentes. Les créanciers qui s'estimeraient lésés auront la possibilité de faire appel devant la Cour compétente dans un délai d'un mois après la publication des termes de référence du projet de fusion.

IV. Les scissions

La proposition concerne pour l'essentiel les sociétés à responsabilité limitée. Elle reprend les dispositions retenues pour les transferts, notamment en ce qui concerne la protection des droits des employés. Ici encore, en principe c'est le droit de chaque Etat membre qui prévaut mais si les nouvelles conditions se révèlent moins intéressantes que les précédentes pour les employés, l'entreprise doit s'engager dans un processus de négociation avec les employés selon le modèle en vigueur pour les SE.

V. Conclusion

Les dispositions proposées devraient contribuer à faciliter grandement les transferts transfrontaliers de siège au sein de l'UE dont on estime qu'ils ne représentent actuellement que 1% des transferts à l'intérieur d'un Etat membre tout en limitant les risques d'abus.

Elles s'inspirent largement des mécanismes existant pour les SE et si elles devaient être adoptées, elles posent question quant à l'intérêt relatif de ce statut par rapport à celui de société à responsabilité limitée. Les objectifs des deux statuts sont cependant différents. Alors que les SE ont vocation à travailler dans l'ensemble de l'UE, les opérations visées ici sont plutôt ponctuelles. Mais on peut se demander si le moment n'est pas venu de reconsidérer les conditions de création des SE qui avaient été dessinées de façon très restrictives pour limiter les risques d'abus ou d'opération artificielles. De même l'obligation d'identification entre le siège réel et le siège statutaire qui s'impose aux SE ne devrait-elle pas être laissée aux législations nationales comme proposé pour les sociétés à responsabilité limitée en accord avec l'arrêt Poldbud de la Cour de justice de l'UE ?

La proposition de la Commission est à présent soumise au Conseil et au Parlement pour adoption selon la procédure législative ordinaire. La directive de 2017 qu'elle amende ayant été adoptée rapidement, elle devrait pouvoir l'être au cours de la présente législature car nul doute que les dispositions relatives à la protection des parties prenantes ne soient bien accueillies.