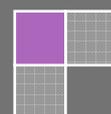


2008

# Groupe de sociétés & opérations de fusions

## Chapitre 1 : Droit des affaires

On appelle « groupe de sociétés » l'ensemble constitué par plusieurs sociétés ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'elles, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision. Toutefois, l'expression « groupe de sociétés » à trait pour une large part à une notion économique car le groupe de société n'a pas la personnalité morale en tant que telle, ce n'est pas un sujet de droit à part entière.



**Sommaire :**

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>SECTION 1 : Les groupes contractuels.....</b>	<b>6</b>
<b>I. Accords de coopération interentreprises.....</b>	<b>6</b>
<b>II. Accords d'intégration .....</b>	<b>6</b>
A. Accords de sous-traitance .....	6
B. Les accords de distribution.....	6
1. Les accords de distribution exclusive.....	6
2. Les accords de distribution sélective : Le contrat de franchise .....	6
<b>SECTION 2 : Les liens financiers.....</b>	<b>7</b>
<b>I. La structure des groupes financiers .....</b>	<b>7</b>
A. Les filiales .....	7
1. Au sens strict.....	7
2. Au sens large.....	7
B. Les participations .....	7
a. Prises temporaires de participation : opérations de portage.....	8
b. Participations simples.....	8
c. Participations croisées ou réciproques.....	9
C. Obligations liés à la détention de filiale et de participation.....	10
1. Obligations d'information des sociétés détenant filiales et participations .....	10
a. Déclaration de franchissement de seuil .....	10
b. L'information des actionnaires .....	11
c. L'information des salariés.....	12
d. L'information du public .....	12
e. L'information au salarié.....	13
2. Obligations d'établir et de publier des comptes consolidés .....	14
a. Principe.....	14
b. L'atténuation du principe .....	14
c. Documents obligatoires.....	14
D. Règles concernant les dirigeants.....	15
1. Règles de cumul des fonctions.....	15
2. Procédure des conventions réglementées .....	15
3. Délégation de pouvoirs .....	16
E. Règles concernant les salariés des sociétés d'un même groupe.....	16
1. Rupture du contrat de travail .....	16
2. Mandat social et contrat de travail.....	16
3. Effet des contrats et des conventions.....	16
a. Clause de non-concurrence .....	16
b. Conventions collectives .....	16
4. Mutation à l'intérieur du groupe .....	16
5. Représentants du personnel.....	17
6. Licenciements collectifs .....	17
7. Participation et actionnariat des salariés.....	17
a. Participation des salariés, intéressement et épargne salariale .....	17
b. Actionnariat des salariés.....	17
<b>II. La constitution des groupes .....</b>	<b>18</b>
A. Les prises de contrôle des sociétés inscrites à un marché réglementée.....	18
1. L'acquisition progressive par achat continue de titre (ramassage boursier).....	18
2. L'acquisition instantanée .....	18
a. OPA et OPE .....	18
b. Les procédures en matière d'offre publique .....	19
B. Les prises de contrôle des sociétés non inscrites à un marché réglementé .....	22
1. La cession de la totalité des actions ou parts.....	22
2. La cession de la majorité des actions ou parts.....	22

<b>III. Les fusions, scissions et apports partiel d'actif .....</b>	<b>23</b>
A. Les caractéristiques générales des fusions et scissions.....	23
1. La transmission universelle du patrimoine .....	23
2. La dissolution de la société absorbée ou scindée.....	23
3. L'échange de droit sociaux.....	23
B. Conditions de validité des fusions et scissions.....	23
1. Les conditions relatives aux sociétés participantes .....	23
2. Le respect des règles de libre concurrence.....	23
a. Le droit communautaire .....	23
b. Le droit interne .....	24
3. L'absence de fraude .....	25
C. La préparation des fusions et scissions .....	25
1. Les conditions financières.....	25
a. L'évaluation des sociétés.....	26
b. Le calcul de la parité d'échange.....	26
2. Le projet de fusion / scission.....	27
a. La signature du projet de fusion.....	27
b. Le contenu du projet .....	27
c. La publicité.....	27
D. La réalisation des fusions et des scissions.....	27
1. La réalisation des fusions .....	27
a. Dans la société absorbée .....	27
b. Dans la société absorbante.....	30
c. Dans la société nouvelle .....	32
d. Publicité des fusions .....	32
2. La réalisation des scissions.....	33
a. Situation de la société scindée .....	33
b. Situation des sociétés bénéficiaires des apports.....	33
c. Publicité de la scission .....	34
3. La réalisation des apports partiels d'actifs.....	34
E. Les effets et fusions et scissions.....	35
1. Transmission universelle du patrimoine .....	35
a. Principe .....	35
b. Exceptions.....	35
c. Transmission des dettes .....	35
2. Date d'effet de la fusion ou de la scission.....	35
a. Sociétés concernées .....	35
b. Période intercalaire .....	36
c. Effet différé.....	36
3. Effets et droits.....	36
a. Droits des organes sociaux .....	36
b. Droits des créanciers non obligataires .....	36
c. Droits des obligataires .....	37
d. Les salariés.....	38
F. Sanctions et irrégularités des fusions et scissions.....	38
1. Cause de nullité.....	38
2. Action en nullité .....	38
3. Effets de la nullité .....	38
<b>IV. Le fonctionnement des groupes financiers.....</b>	<b>39</b>
A. Principe de l'indépendance des sociétés membres du groupe .....	39
1. Conséquences à l'égard des sociétés du groupe .....	39
2. Garantie des engagements des filiales .....	39
a. Cautionnement.....	39
b. Garantie autonome .....	39
c. Lettre d'intention.....	40
3. Conséquence à l'égard des tiers .....	40
B. La prise en compte des liens entre les sociétés du groupe .....	40
1. Effets sur les sociétés membres.....	41

a.	Obligations législatives .....	41
b.	Intervention jurisprudentielle .....	41
c.	La pratique.....	41
2.	Effets sur les associés des sociétés membres .....	42
a.	Les dispositions légales.....	42
b.	Jurisprudence .....	42
3.	La situation des tiers .....	42
4.	La situation des salariés du groupe.....	43
a.	Droit communautaire .....	43
b.	Droit interne .....	43
c.	Jurisprudence .....	43

## INTRODUCTION

La loi du 24 juillet 1966 ne définit pas juridiquement le groupe. Celui-ci n'a pas de personnalité juridique et n'est donc pas un sujet de droit. Il est appréhendé par le droit de façon éparse sans synthèse réelle sur la base d'une élaboration d'obligation plus que de droit. La notion de contrôle d'une société sur une autre est un des critères de détermination du champs des obligations imposés aux groupes de sociétés.

L'achat ou la souscription par une sociétés d'actions ou de parts d'une autre société répond en général à l'un des trois objectifs suivant (classés par ordre d'importance progressive) :

- Le simple placement de capitaux : Dans ce cas, la société qui achète ou souscrit des actions n'a pas pour but d'exercer une influence particulière sur la société émettrice de ces actions. Il s'agit seulement pour elle de tirer un revenu et, éventuellement une plus value du placement de ses capitaux disponibles ;
- La prise de participation : A la différence du simple placement, la prise de participation suppose la volonté de créer des liens durables avec la société dont les parts ou actions sont souscrites ou achetées et d'exercer sur cette société une certaine influence dans le but d'en tirer un avantage. Très souvent, celui-ci est d'ordre économique comme facilités les approvisionnement en matières premières, obtention de services, accroissement de débouchés ... . Mais contrairement au cas où la prise de participation aboutit au contrôle (point suivant), la société n'exerce pas une influence directe sur la gestion de la société dont elle détient une fraction des titres ;
- Le contrôle : La prise de contrôle répond pour la société à l'intention d'exercer une influence déterminante sur la gestion de la société dont elle acquiert ou souscrit les titres. On dit alors que la société contrôlée est la filiale de la première qui est appelée société mère. *L'article L233-3 du code de Commerce* détermine les dispositions relatives à l'information et aux participations réciproques applicables aux sociétés qui en contrôlent d'autres. « *Une société est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle :*
  - o *Détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les AG de cette société (contrôle de droit) ;*
  - o *Dispose seule de la majorité des droits de vote de cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres sociétés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société (contrôle conjoint lié à un pacte d'actionnaire) ;*
  - o *Détermine en fait par les droits de vote dont elle dispose compte tenu de la forte dispersion des titres dans le public des décisions dans les AG de cette société (contrôle de fait) ;*
  - o *Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne (contrôle de fait présumé) ».*

On peut observer ce qui ajoute à la complexité de l'approche du groupe par le législateur que la notion de contrôle est légèrement différente quand il s'agit de créer des obligations pour la tenue de compte consolidé. L'article L233-16 du Code de Commerce définit le contrôle conjoint et l'influence notable avec le seuil des 20% pour entrée dans le périmètre de consolidation.

Les groupes se structurent et se constituent sur la base de liens financiers entre les différentes sociétés membres. Il y a la société mère, la holding, les filiales ... . Cependant beaucoup d'entres eux mélangent les techniques financières et les techniques contractuelles. Les liens contractuels (licences, concession, franchises, ...) présentent de nombreux avantages. En effet, la liberté qu'offre les contrats autorisent de multiples combinaisons que ce soit sur l'objet même de l'accord ou de sa durée. Ces techniques peuvent déboucher sur une domination économique des entreprises gravitant par ce biais autour du groupe. Les techniques contractuelles les plus fréquemment utilisées sont la sous-traitance, les accords de coopérations interentreprises, et les accords d'intégration.

*Remarque importante sur l'appréciation du contrôle : La contrôle doit être apprécié non pas en fonction de la participation dans le capital social, mais en fonction des droits de vote. Ainsi, il convient de prendre en compte les droits de vote double s'il en existe, et d'écartier, le cas échéant, les actions de préférence sans droit de vote, les actions d'autocontrôle, les actions détenues par la société dans son propre capital notamment.*

## SECTION 1 : Les groupes contractuels

Comme il a été précédemment précisé, la constitution des groupes obéit à de multiples logiques économiques et financières. L'établissement de liens financiers entre les différentes entreprises appartenant au groupe représente le moyen privilégié de cette constitution. Cependant la plupart des groupes utilisent également des liens contractuels plus souples que les liens financiers. La structure des groupes contemporains repose sur de multiples ramifications contractuelles et financières qui évoluent constamment en fonction de leur stratégie. Le droit des sociétés offre des structures privilégiées à l'établissement contractuelle GIE, GEIE et la SEP. L'objet du GIE est dans le prolongement de l'objet des sociétés membres et une responsabilité illimitée des membres. Il y a aussi la SEP ostensible et la SEP occulte. Mais les entreprises et les groupes peuvent établir des accords en dehors de toute structure juridique. En effet, de nombreux accords relèvent d'une volonté contractuelle de coopération ou d'intégration.

### I. Accords de coopération interentreprises

Ces accords sont très fréquents dans les relations d'affaires, les entreprises peuvent décider de coopérer en matière de recherche industrielle ce qui permet de réduire les coûts (exemple : Volvo et Renault). Les accords de coopération concernent aussi bien les relations d'affaires à l'intérieur des frontières que celles à l'international. Ces accords internationaux peuvent prendre la forme de « joint venture ». Tous ces accords relèvent du droit des contrats. Les accords qui relèvent d'entente illicite seraient susceptibles d'être sanctionnés par les tribunaux internes ou par la CJCE en application du traité de Rome (article 86).

### II. Accords d'intégration

Les accords d'intégration ont une nature différente, ils s'organisent la plupart du temps entre entreprises qui ne négocient pas sur un même pied d'égalité. L'une des parties a les capacités d'imposer ses volontés à l'autre. Le législateur et les juges sont donc amenés à protéger la partie la plus faible au contrat.

#### A. Accords de sous-traitance

Les accords de sous-traitance reposent sur un contrat entre un donneur d'ordre et une ou plusieurs entreprises dite sous-traitante. Ces contrats répondent à des besoins d'externalisation des entreprises. Ils sont fréquents dans le secteur automobile. Dans le contrat de sous-traitance le donneur d'ordre reste généralement propriétaire des brevets et marques ce qui induit une dépendance.

Un contrat d'entreprise peut être conclu entre un maître d'ouvrage et un entrepreneur principal le maître d'œuvre qui peut sous-traiter des activités. Ce type de contrat est à la base d'activité du BTP.

Le sous-traitant bénéficie d'une action directe contre le maître d'ouvrage dans le cas où il n'est pas payé par l'entrepreneur principal. Cf. loi du 31 décembre 1975.

#### B. Les accords de distribution

##### *1. Les accords de distribution exclusive*

Le contrat de concession exclusive : C'est un contrat innommé (non prévu par la loi). Les parties disposent de la liberté la plus large pour déterminer l'étendue de leurs obligations respectives on dit qu'il y a une grande liberté contractuelle. Par exemple dans la distribution de véhicule automobile.

##### *2. Les accords de distribution sélective : Le contrat de franchise*

Ce contrat autorise un commerçant indépendant à exploiter un système de commercialisation mise au point par le franchiseur reposant sur une marque et une enseigne. Le franchiseur s'engage à assister le franchisé dans le domaine commercial et le domaine de la gestion. Le franchisé apporte deux éléments à savoir le capital et son savoir faire.

La loi du 31 décembre 1989 réglemente les conditions de formations du contrat de franchise. Il n'est pas rare encore aujourd'hui de constater des abus de la part des franchiseurs, les tribunaux sont amenés alors à vérifier s'il y a abus de position dominante.

## SECTION 2 : Les liens financiers

### I. La structure des groupes financiers

Les groupes financiers reposent sur des liaisons en capital mais chaque société composant le groupe est juridiquement indépendante. En revanche elles sont soumises à une autorité économique commune. L'existence du groupe repose sur la réunion de deux éléments, un élément matériel donc une société doit détenir une part significative d'une autre, et un élément intentionnel donc la participation dans la société doit être réalisée pour réaliser une domination.

La structure des groupes demeurent très diversifiée, on peut rencontrer des sociétés mères sans activité industriel ou commerciale dont le rôle est de gérer les participations du groupe on parle alors de société « holding ». Mais la société mère peut à la fois exercer une activité de gestion commerciale, industrielle et une activité de gestion des participations.

#### A. Les filiales

##### 1. Au sens strict

L'article L233-1 du Code de Commerce défini ainsi la filiale : « Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société la seconde est considéré comme filiale de la première ». Il n'est pas tenu compte des éventuelles actions à dividendes prioritaires sans droit de vote pour la détermination du pourcentage (Article L228-20 du Code de Commerce).

Ce lien produit des conséquences juridiques, la loi impose à la société mère des contraintes :

- > Astreint à établir des comptes consolidés si l'on dépasse deux des trois seuils :
  - o 250 salariés ;
  - o CA 30 M € ;
  - o Total bilan 15 M €.
- > La diffusion d'information sur l'activité des filiales dans le rapport de gestion.

Par ailleurs la pratique accorde des facilités au fonctionnement des sociétés de groupe. La plupart des conventions passées entre elles sont présumées être des conventions libres donc courantes concluent à des conditions normales de marché (Article L223-20 et L225-39 du Code de Commerce).

##### 2. Au sens large

Depuis la loi du 11 juillet 1985 les filiales à 100% peuvent être constituer sous la forme d'EURL ou de SASU.

#### B. Les participations

La prise de participation (dans l'acception large du terme) d'une société dans une autre peut se réaliser par les différents moyens suivants, tous tirés des techniques traditionnelles du droit des sociétés :

La prise de participation (dans l'acception large du terme) d'une société dans une autre peut se réaliser par les différents moyens suivants, tous tirés des techniques traditionnelles du droit des sociétés :

- **Constitution de société.** La société mère prend l'initiative de constituer une nouvelle société et accomplit toutes les opérations de constitution ; on suit alors les règles de constitution propres au type de société choisi, en faisant appel éventuellement à une ou plusieurs autres personnes physiques ou morales, afin de parvenir au nombre minimal d'associés requis par la loi.
- **Apport partiel d'actif.** Une société peut faire apport d'une partie de ses actifs à une autre société et, grâce aux actions ou parts sociales qui lui sont attribuées en rémunération de cet apport, prendre le contrôle de cette société.
- **Souscription à une augmentation de capital en numéraire.** Le plus souvent, cette souscription est réservée à la société qui doit prendre le contrôle de la société procédant à l'augmentation de son capital, ce qui implique une renonciation des actionnaires de cette société à leur droit préférentiel de souscription.
- **Achat d'actions ou de parts.** Cet achat peut être réalisé soit de gré à gré avec les actionnaires majoritaires de la société dans laquelle la prise de participation est envisagée (sur cette opération, voir n°2800 s.) avec, si les actions sont cotées, l'intervention d'un prestataire de services d'investissement et éventuellement l'obligation de respecter la procédure de garantie de cours, soit sous la forme d'une offre publique d'achat lancée par une société sur les actions d'une autre société, dont la première entend prendre le contrôle.

### a. Prises temporaires de participation : opérations de portage

Le portage est la convention par laquelle un organisme financier convient avec une personne physique ou morale qu'il souscrira ou achètera des actions pour le compte de celle-ci à charge pour elle de les lui racheter au terme d'une période déterminée et moyennant un prix convenu d'avance. Cette convention de portage ne constitue pas un contrat nommé : sa définition et son régime ne résultent pas de la loi.

Plusieurs raisons peuvent être à l'origine des conventions de portage :

- dissimuler l'identité de l'acquéreur réel des actions pendant une période déterminée (portage-acquisition) ;
- faire financer l'acquisition des actions par l'organisme financier, qui les détient ainsi en garantie jusqu'au remboursement du prix (portage-sûreté) ;
- permettre au donneur d'ordre, après l'acquisition d'un bloc d'actions important, de les « geler » momentanément en vue d'un reclassement ultérieur.

La convention de portage revêt le plus souvent la forme d'une promesse unilatérale d'achat par le donneur d'ordre, assortie parfois d'une promesse unilatérale de vente du porteur, sous réserve de certaines précautions pour que les promesses ne puissent pas être considérées comme constituant une promesse synallagmatique valant vente définitive. Les parties conviennent également, dans les promesses, des conditions d'exercice du droit de vote attaché aux actions « portées » (le plus souvent, ce droit de vote est exercé par le porteur dans le sens indiqué par le donneur d'ordre) et du sort des dividendes qui seront versés pour ces actions (imputation ou non de ces dividendes sur les sommes dues par le donneur d'ordre).

La loi 2007-211 du 19 février 2007 permet d'utiliser la fiducie pour réaliser le même objectif : une personne morale soumise à l'IS peut transférer la propriété de titres à un tiers fiduciaire à charge pour celui-ci de lui restituer les titres dans un délai qui peut être fixé à 33 ans au maximum (C. civ. art. 2011 s. issus de la loi 2007-211 du 19-2-2007).

En outre, s'il s'agit d'actions cotées sur un marché réglementé :

- a. Les actions « portées » sont à prendre en compte par le donneur d'ordre pour établir les franchissements de seuils dont la loi impose la déclaration, puisqu'elles sont :
  - soit des actions possédées par d'autres pour le compte d'une personne déterminée ;
  - soit des actions qu'une personne (le donneur d'ordre) a le droit d'acquérir à sa seule initiative en vertu d'un accord.
- b. La convention de portage constitue une action de concert car, même si elle est analysée comme une opération complexe dont l'élément essentiel est le service financier rendu par le porteur, il n'en reste pas moins qu'il y a bien « un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote », comme le prévoit l'article L 233-10.
- c. Toute convention de portage concernant au moins 0,5 % du capital ou des droits de vote doit être transmise à l'AMF à fin de publicité : assurant le bénéficiaire du portage qu'il acquerra les actions, elle lui confère pratiquement un droit de préférence à leur acquisition.

### b. Participations simples

*L'article L233-2 du Code de commerce précise : « lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 à 50% la première est considérée comme ayant une participation dans la seconde ».*

Il n'est pas tenu compte des éventuelles actions à dividendes prioritaires sans droit de vote pour la détermination du pourcentage (*Article L228-20 du Code de Commerce*).

Les participations comprises entre plus de 40% et 50% des droits de vote obligent la société dominante à inclure la société dominée dans le périmètre de consolidation.

Les participations correspondant à une fraction au moins égale à 20% des droits de vote obéissent à la même règle sur la base de l'influence notable (*Article L233-16 du Code de Commerce*).

c. Participations croisées ou réciproques

La loi s'intéresse à la participation croisée ou réciproque pour les limiter voire les neutraliser. Les participations croisées sont dangereuses car elles aboutissent à rendre fictif le capital des sociétés concernées dans la mesure où les actionnaires se trouvent auto-détenir leurs propres actions. Cette situation constitue aussi un verrouillage rendant quasiment impossible les changements de majorités entravant ainsi toute perspective de remplacement des dirigeants en place.

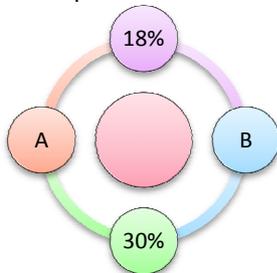
La loi de juillet 1966 limite les participations réciproques directes mais dans la pratique le système des participations circulaires permettait de détourner les dispositions légales. Aussi la loi du 12 juillet 1985 puis celle du 2 août 1989 visent-elles à supprimer le droit de vote attaché aux actions d'autocontrôle détenues par le biais de ces participations circulaires.

*Participations croisées directes*

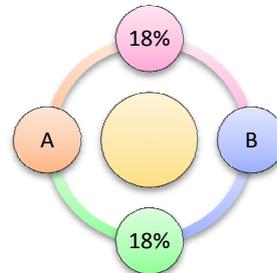
On a une obligation d'information, le rapport de gestion et le rapport du CAC doivent faire mention des participations croisées d'une part entre sociétés par actions et d'autre part entre une société par action et une autre société.

Limitations des participations croisées entre sociétés par actions :

Elle vise en premier chef les sociétés par actions. Article L233-29 du code de Commerce : « Une société par action ne peut posséder d'action d'une autre société si celle-ci détient une fraction de son capital supérieur à 10%. A défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement. Si les investissements réciproques sont de même importance chacune des sociétés doit réduire le sien de telle sorte qu'il n'excède pas 10% du capital de l'autre ».



Dans cet exemple B doit aliéner 18% de A



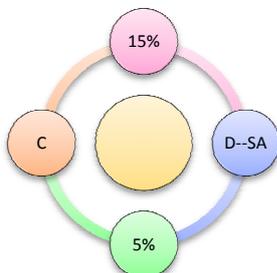
Dans cet exemple A et B doivent aliéner chacune 8%

Le délai pour aliéner les actions est de 1 an à compter de la présentation du rapport de gestion et celui du CAC lors de l'AGO. Tant que les actions n'ont pas été aliénées elles sont privées du droit de vote !

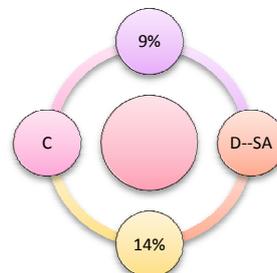
Limitations des participations croisées entre une société par actions et une autre société :

Mais la limitation concerne aussi les sociétés autres que les sociétés par actions qui comptent parmi leurs associés des sociétés par actions (Article L233-30 du Code de Commerce). Cet article prévoit 2 cas :

- > Si une société autre qu'une société par action compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital supérieure à 10% elle ne peut détenir d'action émise par cette dernière. Si elle vient à en posséder elle doit les aliéner ;
- > Si une société autre qu'une société par action compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital égal ou inférieur à 10% elle ne peut détenir qu'une fraction égale ou inférieure à 10% des actions émises par cette dernière. Si elle vient à en posséder une fraction plus importante elle doit aliéner l'excédent.



C doit aliéner la totalité donc 5%



C doit aliéner 4% pour arriver à 10%

Le délai pour aliéner les actions est de 1 an à compter de la date à laquelle les actions sont entrées dans le patrimoine de la société sur qui pèse l'obligation. Dans le premier cas tant que les actions ne sont pas aliénées elles sont privées du droit de vote. Dans le second cas tant que les actions correspondant à l'excédent ne sont pas aliénées elles sont privées du droit de vote.

Sanctions :

Les dirigeants des sociétés visées par la loi s'expose à des sanctions pénales s'ils enfreignent les dispositions légales il s'agit d'une amende de 18 000 €.

### d. Participations croisées circulaires ou autocontrôle

#### Définition :

Il y a autocontrôle lorsqu'une société participe à son capital par l'intermédiaire d'une société qu'elle contrôle directement ou indirectement au sens de l'article L233-3 du Code de Commerce.

Les parts ou actions détenues dans la société mère par les sociétés contrôlées sont dites parts ou actions d'autocontrôle.

Compte tenu de la réglementation des participations réciproques directes, une société par actions A ne peut pas assurer son propre contrôle par l'intermédiaire d'une filiale B, que cette dernière soit une société par actions ou une société d'une autre forme.

La société A peut en revanche organiser son autocontrôle par l'intermédiaire d'une troisième société C, selon le schéma circulaire avec trois sociétés. Dans ce schéma de participations circulaires, la société A s'autocontrôle à hauteur de la fraction de ses propres actions détenues part C puisqu'elle a C sous son contrôle par l'intermédiaire de la société B.

#### Limitation de l'autocontrôle :

Article L233-31 du Code de Commerce : « Lorsque les actions ou les droits de vote d'une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle les droits de vote attaché à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'AG de la société. Il n'en est pas tenu compte pour le quorum ».

Les dirigeants des sociétés visées par la loi s'exposent à des sanctions pénales s'ils enfreignent les dispositions légales il s'agit d'une amende de 18 000 €. Les actionnaires minoritaires sont en droit de demander les dommages et intérêts si une décision prise en AG en contravention avec la loi leur porte préjudice.

## C. Obligations liées à la détention de filiale et de participation

### 1. Obligations d'information des sociétés détenant filiales et participations

#### a. Déclaration de franchissement de seuil

Depuis la loi du 2 août 1989 la société est contrainte de fournir des informations à la société dont elle détient des participations significatives (*Article L233-7 du Code de Commerce*) si celle-ci est inscrite à un marché réglementé.

#### Champs d'application :

Toute personne physique ou morale qui agit seul ou de concert et qui vient à posséder un nombre d'action représentant plus du vingtième, dixième, quart, tiers, moitié, 18/20<sup>e</sup>, 19/20<sup>e</sup> du capital ou des droits de vote d'une société ayant son siège social sur le territoire de la République et dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé doit l'informer dans un délai de 5 jours à compter du franchissement du seuil du nombre total des actions que celle-ci possède.

La loi de modernisation de l'économie de 2005 détermine aussi les situations ne donnant pas lieu à ces obligations. *Article L233-9-1 du Code de Commerce stipule* : « Sont assimilés aux actions ou aux droits de vote possédés par la personne tenue à l'information sur les dépassements de seuils significatifs :

- Les actions ou les droits de vote possédés par d'autres personnes pour le compte de cette période ;
- Les actions ou les droits de vote par les sociétés que contrôlent cette personne au sens de l'article L233-3 du Code de Commerce ;
- Les actions ou les droits de vote possédés par un tiers avec qui cette personne agit de concert ;
- Les actions ou les droits de vote que cette personne ou l'une des personnes mentionnées du 1<sup>e</sup> au 3<sup>e</sup> tiret est en droit d'acquiescer à sa seule initiative en vertu d'un accord (pacte d'actionnaire) ;
- Les actions dont la personne a l'usufruit ;
- Les actions ou les droits de vote possédés par un tiers avec lequel cette personne a conclu un accord de cession temporaire portant sur ces actions ou droit de vote ;
- Les actions déposées auprès de cette personne à condition que celle-ci puisse exercer les droits de vote qui leur sont attachés comme elle l'entend en l'absence d'instruction spécifique des actionnaires ;
- Les droits de vote que cette personne peut exercer librement en vertu d'une procuration en l'absence d'instruction spécifique des actionnaires concernés ».

*Article L233-9-2 du Code de Commerce* : « Ne sont pas assimilés aux actions ou au droit de vote possédés par la personne tenue à cette information :

- > Les actions détenues par les OPCVM gérés par une société de gestion de portefeuille contrôlé par cette personne au sens de l'article L233-3 du Code de Commerce (sauf exception prévue par le règlement de l'AMF) ;
- > Les actions détenues dans un portefeuille géré par un prestataire de service d'investissement contrôlé par cette personne au sens de l'article L233-3 du Code de Commerce dans le cadre du service de gestion du portefeuille pour compte de tiers dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF ».

#### Les sanctions :

Le non respect de ces obligations a pour effet que les actions excédant la fraction qu'aurait dû être déclarées sont privées du droit de vote pendant 2 ans à compter de la régularisation ! (*Article L233-14-1 du Code de Commerce*).

Le tribunal dans le ressort duquel la société a son siège peut sur demande du Président de la société, d'un actionnaire, ou de l'AMF étendre cette privation jusqu'à 5 ans et l'imposer à toutes les actions de la société contrôlée. L'absence de déclaration d'intention est sanctionnée par l'AMF. Ce sont des sanctions dites administratives. Les sanctions pécuniaires sont d'un montant maximal de 1,5 millions d'euros. Ce dispositif a été instauré afin de limiter certains abus et notamment les méfaits de certaines stratégies purement financière visant souvent à démanteler la société visée.

Peuvent s'ajouter des sanctions pénales prononcées à l'encontre des dirigeants de mauvaise foi (*article L247-2 du Code de Commerce*). Si on ne remplit pas les obligations d'information, la sanction pour les dirigeants est de 18 000 €.

Notion d'action de concert :

Sont considérés par le législateur comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société. Un tel accord est présumé exister :

- > Entre une société, le PCA et ses DG ou les MDD ou ses Gérants ;
- > Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L233-3 du Code de commerce ;
- > Entre une société contrôlée par la même ou les mêmes personnes ;
- > Entre les associés d'une SAS à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle ;

Les personnes agissant de concert sont tenus solidairement aux obligations qui leur sont faites par la loi et les règlements. La loi NRE du 15 mai 2001 complète la définition de l'action de concert et élargit la notion de contrôle d'une société sur une autre. « *Sont considérés comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société* ».

Deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elle détermine en fait dans le cadre d'un accord en vue de mettre en œuvre une politique commune les décisions prises dans les AG de cette dernière. De plus pour calculer la fraction du capital ou des droits de vote détenus par la société on prend en compte non seulement celle qu'elle détient directement mais aussi :

- > Celle qui est détenue par d'autres personnes pour son compte ;
- > Celle détenue par les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L233-3 du Code de Commerce.

*Remarque : Depuis 1989 si le nombre ou la répartition des droits de vote ne correspond pas au nombre ou à la répartition des actions les pourcentages sont alors calculés en droit de vote. L'information porte également sur le nombre de titre détenu donnant accès au capital de la société visé (Obligations convertibles en actions ; Obligations échangeable en actions ; OBSA).*

Les mêmes obligations légales s'imposent pour les franchissements de seuil régressif : Les statuts de la société visés peuvent prévoir une information plus étendue portant sur la détention de son capital en deçà du seuil du vingtième. Ils déterminent les fractions de capital soumises à l'information sans toutefois pouvoir descendre en deçà de 0,5% du capital. Par ailleurs la société a les obligations suivantes :

- > La société qui franchit un des seuils significatifs doit informer l'AMF dans les 5 jours de bourse à compter du franchissement (l'AMF porte l'information à la connaissance du public) ;
- > Si le seuil du cinquième du capital est franchi la société agissante doit adresser en même temps qu'elle informe du franchissement du seuil (déclaration d'intention) sur les objectifs qu'elle poursuit dans les 12 mois à venir à la société visée ainsi qu'à l'AMF dans le délai de 10 jours de bourse.

Le franchissement du seuil des 10% est assorti également de l'obligation de déclaration d'intention. La déclaration d'intention est publiée par l'AMF. L'auteur doit de son côté publier un communiqué dont il doit assurer la diffusion. L'acquéreur doit préciser dans sa déclaration ce qu'il envisage :

- o Arrêter ses achats ou les poursuivre ;
- o Acquérir ou non le contrôle de la société visées ;
- o Demander sa nomination comme administrateur, MDD ou MCS.

En cas de changement d'intention qui ne peut être motivé que pour des modifications importantes de l'environnement, la situation de l'actionnariat des personnes concernées une nouvelle déclaration doit être établie et communiquée à la société et à l'AMF (loi du 26 juillet 2005).

Si le seuil du tiers est franchi la société doit alors lancer une offre publique sur **la totalité des titres de la société cible**. Depuis la loi du 2 juillet 1998 les actionnaires détenant entre le tiers et la moitié du capital de la société n'ont plus l'obligation de lancer une offre publique lorsqu'ils souhaitent seulement augmenter leur participation.

## b. L'information des actionnaires

L'article L233-6 du Code de Commerce impose aux dirigeants d'informer leurs associés ou actionnaires sur la détention de participation ou la prise de contrôle opérée par leur société sur une autre société. Cet article a une portée plus large que le précédent L233-7 du Code de commerce car l'obligation concerne toutes les participations prises dans une société qu'elle soit inscrite ou non à un marché réglementé et qu'elle soit civile ou commerciale. Des obligations supplémentaires pèsent sur les sociétés par actions et plus particulièrement sur les sociétés inscrites à un marché réglementé.

### **Le rapport de gestion :**

- > Les obligations incombant à toutes les sociétés : Il doit faire mention des opérations suivantes réalisées au cours de l'exercice :
  - o Toute participation significative prise dans une société ayant son siège social en France ;
  - o Toute prise de contrôle directe ou indirecte ;
  - o Il doit rendre compte de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, de ses filiales et des sociétés qu'elle contrôle (même étrangère) par branche d'activité. Lorsque la société établit et publie des comptes consolidés le rapport doit être inclus dans le rapport de gestion du groupe.
  - o Il doit de plus contenir des informations sur les aliénations d'actions liés aux participations croisées. Afin de faciliter l'application des dispositions relatives à l'autocontrôle la loi impose aux sociétés contrôlées directement ou indirectement par une société par actions de notifier le montant des participations qu'elle détient elle-même dans le capital de la société qui la contrôle (Article L233-12 du Code de Commerce).
- > Les obligations incombant aux sociétés par actions : Le rapport de gestion doit mentionner en outre le nom des sociétés contrôlées directement ou indirectement et la part du capital que les sociétés contrôlées détiennent dans le capital de la société dominante (Article L233-13 du Code de Commerce) ;

- > Les obligations incombant aux sociétés inscrites sur un marché réglementé : Le rapport de gestion doit indiquer l'identité des personnes physiques ou morales qui détiennent des parts significatives ainsi que les modifications relatives :
  - o Aux participations significatives au sens de l'article L233-7 du Code de Commerce ;
  - o A la part que les sociétés contrôlées détiennent dans la société dominante (Article L233-12 du Code de commerce) ;
  - o A l'identité des personnes détenant une part significative.

#### **Le rapport du CAC :**

Ce rapport contient obligatoirement les informations portant sur les prises de participation significative et les prises de contrôle ainsi que les aliénations d'actions intervenues au cours de l'exercice écoulé. Les informations imposées spécifiquement aux sociétés par actions sont consignées facultativement dans le rapport du CAC sauf si elles ne figurent pas dans le rapport de gestion.

Les CAC qui contrôlent la société mère disposent d'un pouvoir d'investigation afin d'accomplir leur mission non seulement dans la société mère mais également dans ses filiales. Quand la société que le CAC contrôle établie et publie des comptes consolidés ce pouvoir s'étend aux sous filiales.

*Remarque : Il existe un tableau annexe au bilan qui doit faire apparaître la situation des filiales et des participations.*

Sanctions pénales : Les sanctions visent les dirigeants et les CAC ayant agi de mauvaise foi, qui ont omis de respecter les dispositions légales portant sur le contenu des rapports. Sont punis de 2 ans d'emprisonnement et ou 9 000 € d'amende. Les éléments matériels sont :

- > Le défaut d'information sur les prises de participation significative et les prises de contrôle ;
- > Le défaut d'informations relatif à l'activité et au résultat de l'ensemble de la société de ces filiales et des sociétés qu'elle contrôle ;
- > L'absence de tableau annexé au bilan

Sont punis d'une peine d'amende de 18 000 € les omissions relatives au nom des sociétés contrôlées et des parts que celles-ci détiennent dans la société dominante et à l'identification des personnes détenant des participations significatives ainsi que les modifications correspondantes.

#### **c. L'information des salariés**

Il s'agit de l'information du comité d'entreprise (CE) principalement. La loi du 28 octobre 1982 dite loi Auroux impose aux dirigeants de société un certain nombre d'obligations. Ils doivent consulter préalablement le CE sur les points suivants :

- > En cas d'acquisition ou de cession de filiales au sens strict ;
- > En cas de prise de participation de la société dans une autre société ;

Les dirigeants doivent informer le CE :

- > De toute prise de participation au sein de la société ;
- > Des transferts de capitaux important entre la société mère et ses filiales ;
- > De la position de la société au sein du groupe et la répartition du capital entre les actionnaires possédant plus de 10% de celui-ci.

La violation de ces dispositions est constitutif du délit d'entrave passible d'une amende de 3 750 €.

*Remarque sur l'information du comité de groupe : Les sociétés qui répondent aux obligations légales en matière de création d'un comité de groupe doivent l'informer de l'activité, de la situation financière ainsi que de l'évolution de l'emploi dans le groupe et dans chaque entreprise le constituant. Le comité de groupe est destinataire du rapport sur la gestion du groupe, du rapport du CAC et le cas échéant des comptes consolidés. Ce circuit d'information complète celui destiné au comité d'entreprise sans se substituer à lui.*

Le CE n'a pas de pouvoir de décision, c'est simplement une instance consultative. Il peut le cas échéant se faire aider, assister d'un expert.

#### **d. L'information du public**

##### *Sociétés inscrites à un marché réglementée*

Ces sociétés doivent dans les conditions légales publier au BALO leurs comptes ainsi que leur CA consolidé. Elles doivent déposer au greffe du tribunal de commerce leurs comptes annuels ainsi que l'inventaire des valeurs mobilières qu'elles détiennent. La loi NRE du 15 mai 2001 impose désormais la transmission de tout pacte d'actionnaire à l'AMF s'il porte au moins sur 0,5% du capital ou des droits de vote. L'AMF est désormais habilitée à rectifier de sa propre initiative et au frais de l'entreprise concernée les informations qu'elle juge douteuse. De plus une directive de la commission des communautés européenne de 2003 applicable dès 2005 impose l'application des normes IAS/IFRS aux sociétés inscrites à un marché réglementé sur le territoire de l'UE. L'AMF impose de plus à tous les émetteurs de valeurs mobilières de divulguer périodiquement au public :

- > Un rapport financier annuel établi conformément aux normes IAS/IFRS ;
- > Un rapport de gestion dans les trois mois de la clôture de chaque exercice ;
- > Un rapport financier semestriel condensé.

*Sociétés détenant une fraction significative du capital d'une société inscrite à un marché réglementé*

Elles doivent informer l'AMF qui diffuse l'information auprès du public. L'AMF est là pour vérifier l'information, c'est le gendarme de la Bourse.

*Sociétés faisant APE*

En cas d'émission de valeurs mobilières toutes sociétés faisant APE doit diffuser après avis de l'AMF un prospectus auprès du public. Ce prospectus doit détenir des informations précises sur ses filiales, ses participations ... . C'est le CAC qui vérifie que le prospectus soit exact.

## e. L'information au salarié

*Comité d'entreprise*

Le comité d'entreprise doit être informé et consulté sur les modifications de l'organisation juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales. Les dirigeants doivent lui indiquer les motifs des modifications projetées et le consulter sur les mesures envisagées à l'égard des salariés au cas où l'opération projetée aurait des conséquences pour eux.

Les dirigeants sociaux doivent aussi :

- informer le comité d'entreprise de toute prise de participation dans la société dont ils auraient connaissance ;
- consulter ce comité en cas de prise de participation de la société dans une autre société.

L'article L 432-1, al. 3, du Code du travail n'établit aucune distinction selon que l'entreprise prend une participation dans une société déjà constituée ou à constituer et ne limite pas la consultation du comité aux seuls projets économiques et financiers importants.

Lorsqu'elle est requise, la consultation du comité d'entreprise doit être préalable à l'opération projetée ; en outre, les dirigeants sociaux doivent transmettre au comité des informations précises et écrites sur cette opération, le comité devant disposer d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée du chef d'entreprise à ses observations (C. trav. art. L 431-5).

Dans le rapport d'ensemble qui doit être rédigé chaque année à l'intention du comité d'entreprise (n° 25046), les dirigeants sociaux doivent mentionner les transferts de capitaux importants entre la société mère et les filiales (C. trav. art. L 432-4, al. 2).

Enfin, un mois après chaque élection du comité d'entreprise (donc tous les quatre ans, sauf dérogation par voie d'accord de branche, de groupe ou d'entreprise), les dirigeants de la société doivent fournir au comité une documentation économique et financière précisant notamment la position de l'entreprise au sein du groupe et, compte tenu des informations dont dispose la société, la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital (C. trav. art. L 432-4, al. 1).

L'inobservation de ces obligations expose les dirigeants sociaux à des sanctions pénales (délict d'entrave prévu par l'article L 483-1 du Code du travail).

*Comité de groupe*

Ce comité - qui ne se substitue pas aux comités d'entreprise pouvant exister dans chacune des sociétés du groupe - a pour mission d'assurer aux représentants du personnel une information à un niveau supérieur à celui de la société dans laquelle ces derniers exercent leurs fonctions.

Constitue un groupe, au sens de ces dispositions, l'ensemble formé par une société dominante et les sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement et dont les sièges sociaux sont situés sur le territoire français (C. trav. art. L 439-1, II-al. 1).

Il en est de même lorsqu'une société exerce une influence dominante sur une autre société dont elle détient au moins 10 % du capital et que la permanence et l'importance de leurs relations établissent qu'elles appartiennent à un même ensemble économique.

En cas de litige sur l'application des dispositions qui précèdent, le tribunal de grande instance du siège de la société dominante peut être saisi par le comité d'entreprise ou les organisations syndicales représentatives dans la société considérée ou dans une société du groupe.

*Comité d'entreprise européen*

Dans les groupes de dimension communautaire, les salariés ont un droit à l'information et à la consultation à l'échelon européen. Ce droit est assuré par la mise en place d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure d'information, d'échange de vues et de dialogue.

Les groupes d'entreprises ayant mis en place un comité d'entreprise européen peuvent décider, par accord passé au sein du groupe (ou au sein du groupe spécial de négociation), et sous réserve d'un vote favorable du comité de groupe, d'aménager les conditions de fonctionnement du comité de groupe ou même de supprimer ce comité en transférant ses attributions au comité d'entreprise européen.

## 2. Obligations d'établir et de publier des comptes consolidés

Depuis la loi du 3 janvier 1985 il est fait obligation aux sociétés dominantes d'un groupe d'établir et de publier des comptes consolidés et de présenter aux actionnaires un rapport de gestion du groupe. Cette loi vise à mettre en conformité le droit interne en regard de la 7<sup>e</sup> directive européenne du 13 juin 1983.

### a. Principe

La consolidation consiste à présenter la situation financière et les résultats d'un groupe de société comme si elle ne constituait qu'une seule et même unité. Les opérations intragroupes ne sont pas intégrées, seules les opérations avec les tiers sont prises en compte. L'article L233-16 du Code de commerce distingue trois situations entrant dans le champs d'application de cette disposition. Ces situations sont fonctions de l'intensité du contrôle exercé par la société dominante sur les autres sociétés du groupe.

En terme de contrôle il existe :

- > Le contrôle exclusif : La société contrôle de manière exclusive une ou plusieurs autres sociétés. Il résulte :
  - o Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote de l'entreprise ;
  - o Soit de la désignation pendant 2 exercices successifs de la majorité des membres, des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La désignation par la consolidante est présumée lorsqu'elle a disposée au cours de cette période directement ou indirectement d'une fraction supérieur à 40% des droits de vote et qu'aucun autre associé ou actionnaire n'ait détenu directement, indirectement une fraction supérieure ;
  - o Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en raison d'un contrat ou de clause statutaire (introduit par la loi LSF de 2003) ;
- > Le contrôle conjoint : Le contrôle conjoint résulte du partage du contrôle d'une société entre un nombre limité d'associé ou d'actionnaire qui en raison d'un accord entre eux lui impose leur décision. En pratique les SEP et les filiales communes sont des formules juridiques appropriés à l'exercice du contrôle conjoint.
- > L'influence notable : L'influence notable sur la gestion et la politique financière est présumée quand une société dispose directement ou indirectement d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise.

### b. L'atténuation du principe

Les exceptions légales et donc permanentes : Sont exemptés de l'obligation :

- > Les sociétés sous le contrôle d'une autre société qui les inclus dans son périmètre de consolidation si tant est qu'aucun actionnaire représentant au moins le dixième du capital social ne se soit opposer à cette règle ;
- > Les sociétés qui constituent avec d'autre un petit groupe, c'est-à-dire ne dépassant pas pendant 2 exercices consécutifs deux des trois seuils suivants :
  - o Total bilan : 15 M € ;
  - o CA : 30 M € ;
  - o Nombre de salarié : 250 salariés.

*Remarque : Sont exclus de la dérogation ci-dessus les sociétés qui émettent des valeurs mobilières inscrites à un marché réglementé ou encore des titres de créance négociable pour lesquelles on revient au principe.*

- > Les sociétés dans la situation suivante : Quand des restrictions sévères et durables remettent en cause le contrôle ou l'influence exercée par la société consolidante ou les possibilités de transfert de fonds entre elles et ses filiales ou participations, c'est le cas des filiales ou participations implantées dans des pays dit à risque. Mais la société dominante devra en tout état de cause justifier de cette situation dans l'annexe.

Il existe des exceptions facultatives. A condition de la justifié dans l'annexe peuvent échapper au périmètre de consolidation les filiales et participations dans les cas suivants :

- > Lorsqu'elles ne représentent qu'un intérêt négligeable au regard de l'image fidèle du groupe ;
- > Lorsque les actions ou parts ne sont détenus par la société consolidante en vue d'une cession ultérieure ;
- > Lorsque les informations nécessaires à l'établissement des comptes consolidés ne peuvent être obtenus qu'au prix de frais excessif ou dans des délais incompatibles avec les dispositions légales. Par exemple la mise à disposition du CAC de documents un mois au moins avant la convocation à l'AGO.

### c. Documents obligatoires

#### *Les comptes consolidés*

#### L'établissement des comptes consolidés :

Ils comprennent les éléments suivants :

- > Un bilan consolidé ;
- > Un compte de résultat consolidé ;
- > Des annexes.

Les comptes consolidés doivent être régulier et sincère et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat du groupe. Ils sont certifiés par les CAC qui doivent en outre vérifier la sincérité et la concordance du rapport de gestion du groupe et des comptes consolidés.

Les comptes consolidés doivent être mise à la disposition du CAC au moins 1 mois avant la convocation de l'AGO.

Communication des comptes consolidés :

Ils sont communiqués aux associés ou actionnaires ainsi que le rapport de gestion du groupe dans les mêmes conditions que les comptes annuels. La loi NRE du 15 mai 2001 renforce les droits des associés ou actionnaires sur les comptes consolidés. Désormais lorsque la société établie des comptes consolidés l'AG délibère et statue sur ces comptes.

Publication des comptes consolidés :

Ils doivent être communiqués au greffe du tribunal de commerce dans le mois qui suit l'AGO, en deux exemplaires ainsi que deux exemplaires du rapport de gestion du groupe et de celui du CAC.

*Les rapports*

Le rapport de gestion du groupe : Les dirigeants de la société dominante doivent établir et présenter un rapport contenant les informations suivantes. On commence par la situation d'ensemble des sociétés entrant dans le périmètre de consolidation ; Les perspectives d'avenir du groupe ; Les événements important survenus entre la date de clôture de l'exercice de consolidation et la date d'établissement des comptes ; L'activité du groupe en matière de recherche et développement.

Les CAC établissent un rapport qui sera présenté aux associés ou actionnaires et publiés au greffe du TC.

**D. Règles concernant les dirigeants*****1. Règles de cumul des fonctions***

Lorsqu'une société anonyme est contrôlée « au sens de l'article L 233-16 » par d'autres sociétés anonymes, des dérogations sont apportées aux règles relatives à la limitation du nombre de mandats pouvant être exercés dans les SA. Sur cette réglementation.

***2. Procédure des conventions réglementées***

Fréquemment, les sociétés mères et filiales (au sens large) ont des administrateurs, des directeurs généraux, des membres du directoire ou du conseil de surveillance communs. Dans ce cas, les conventions passées entre la société mère et sa filiale sont soumises à une procédure de contrôle particulière : autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, rapport spécial des commissaires aux comptes, approbation par l'assemblée des actionnaires.

Par ailleurs, les conventions conclues entre une société appartenant à un groupe et son dirigeant sont, comme pour toute société, soumises à la procédure. Toutefois, une société dont les titres sont cotés peut être amenée à respecter la procédure pour des engagements de rémunération d'un de ses dirigeants, même si ces engagements sont pris par une autre société du groupe.

A noter aussi que, même en l'absence de dirigeants communs (hypothèse largement théorique), la procédure de contrôle des conventions passées entre la société mère et sa filiale devra être suivie - au moins dans la filiale - puisque cette procédure s'applique aussi aux conventions intervenant entre une société par actions et une autre société lorsque cette dernière dispose de plus de 10 % des droits de vote de la première.

Opérations courantes conclues à des conditions normales

Aucune disposition particulière ne permet, en l'état actuel des textes, d'éviter cette procédure au sein d'un groupe de sociétés pour les nombreuses conventions passées entre les différentes sociétés du groupe. La seule dérogation possible est celle prévue pour les « conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ».

Voir toutefois, sur l'obligation de communication de ces conventions.

Il est désormais unanimement admis que l'existence du groupe doit être prise en considération pour déterminer si une convention intervenant entre deux sociétés d'un même groupe porte sur une opération courante et a été conclue à des conditions normales.

Dans une étude sur les conventions réglementées dans les groupes, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, après consultation de nombreux organismes, a énuméré un certain nombre de conventions courantes à l'intérieur d'un groupe et indiqué, pour chacune d'elles, les conditions qui pourraient être considérées comme normales. L'étude porte sur les conventions suivantes :

- transactions commerciales courantes,
- frais communs du groupe,
- personnel détaché,
- transactions sur immobilisations,
- transactions financières,
- abandons de créances, subventions et prêts sans intérêt.

En revanche, toujours selon la CNCC, les abandons de créance, qu'il y ait ou non clause de retour à meilleure fortune, les prêts sans intérêts et les subventions entre sociétés d'un même groupe constituent, dans tous les cas, des conventions réglementées.

Jugé qu'une convention de trésorerie entre les sociétés d'un groupe qui tend à la constitution d'un pool de trésorerie géré par une société holding en fonction des autorisations de découvert de chacune des sociétés du groupe et donnant lieu à paiement d'intérêts ne saurait présenter, par nature, un caractère inhabituel dans un groupe de sociétés ; en conséquence, si elle n'est pas passée à des conditions anormales, elle n'est pas soumise à la procédure de contrôle des conventions réglementées.

Le cautionnement des engagements de la filiale par la mère soulève une difficulté particulière : il ne relève pas en principe de l'autorisation préalable car la filiale cautionnée n'est pas partie à la convention. Néanmoins, le service rendu par la mère à sa fille résulte bien d'une convention, ne serait-ce que verbale, dont on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas soumise à autorisation préalable. Le fait que le cautionnement soit gratuit n'a pas de conséquences ici : même gratuit, le cautionnement constitue un service rendu et il peut être « intéressé » pour la mère comme pour la filiale. Cette convention n'échappe à autorisation qu'autant qu'il s'agit d'une opération courante conclue à des conditions normales. Elle est présumée courante selon la CNCC. Quant à son caractère normal, il dépend de l'importance du cautionnement consenti, de l'existence d'une éventuelle rémunération ou encore, de l'inexistence de celle-ci.

### *3. Délégation de pouvoirs*

Le président de la société dominante d'un groupe de sociétés peut déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité pour l'ensemble des sociétés du groupe à un membre d'une filiale placé sous son autorité hiérarchique. Dans ce cas, il est exonéré de sa responsabilité pénale de chef d'entreprise dès lors que le délégataire est pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour exercer effectivement les pouvoirs qui lui ont été délégués.

## **E. Règles concernant les salariés des sociétés d'un même groupe**

### *1. Rupture du contrat de travail*

Le directeur du personnel, engagé par une société mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales, peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales.

Les salariés d'une société peuvent demander le versement des indemnités qui leur sont dues pour rupture de leur contrat de travail à une ou plusieurs autres sociétés s'il résulte des circonstances de fait (confusion des actionnaires, dirigeants communs, versement des salaires par l'une ou l'autre des sociétés, etc.) que les intéressés se trouvaient sous la subordination commune desdites sociétés. Dès lors qu'une société exerçait son autorité sur un salarié et contrôlait son activité, l'intéressé se trouvait placé dans un état de subordination à l'égard de cette société et celle-ci conservait sa qualité d'employeur nonobstant l'affectation du salarié au service d'une filiale. Par suite, le refus par cette société de proposer un autre emploi à l'intéressé, à la suite de la rupture de son contrat avec la filiale, s'analyse en un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

### *2. Mandat social et contrat de travail*

Un cas classique de cumul entre contrat de travail et mandat social à l'intérieur d'un groupe de sociétés est celui où un mandataire social d'une société du groupe est également salarié de la même société. Il convient alors d'appliquer les règles générales.

Mais il existe d'autres situations où la question du cumul se pose de façon particulière aux groupes de sociétés. Il en est ainsi :

- lorsque le salarié d'une société du groupe se voit attribuer un mandat social dans une autre société du groupe (ou plusieurs) ;
- ou lorsqu'une société mère recrute une personne dans le but de lui confier des fonctions de mandataire social dans une filiale.

### *3. Effet des contrats et des conventions*

#### *a. Clause de non-concurrence*

Les clauses de non-concurrence figurant dans les contrats de travail doivent être interprétées strictement. Par suite, lorsqu'un salarié ne contracte qu'avec une société d'un groupe, la clause de non-concurrence ne peut concerner que cette société et non pas les autres sociétés du groupe.

Jugé cependant que la clause interdisant, avant l'expiration d'un certain délai, au salarié quittant une entreprise d'entrer dans une autre exerçant une activité similaire ne s'applique pas dès lors que les deux entreprises concernées ne sont pas en situation réelle de concurrence mais appartiennent au même groupe économique et que le passage du salarié de l'une à l'autre est le résultat d'une entente entre lui et ses deux employeurs successifs.

#### *b. Conventions collectives*

Les conventions collectives applicables à une société ne peuvent pas être invoquées par l'employé d'une filiale de cette société dès lors que cette filiale, qui a une personnalité juridique, un siège social et un objet distincts de ceux de la société mère, n'avait été partie à aucune des conventions collectives et n'était membre d'aucune des organisations signataires de celles-ci, lesquelles n'avaient pas fait l'objet d'un arrêté d'extension. Il est en revanche possible de conclure des accords collectifs de groupe.

### *4. Mutation à l'intérieur du groupe*

Aucune nouvelle période d'essai ne peut être imposée au salarié d'une société d'un groupe à l'occasion de son transfert dans une autre société du groupe ; seule peut être prévue une période probatoire dont la rupture a pour effet de replacer le salarié dans ses fonctions antérieures. De même, lorsqu'un salarié a occupé durant plusieurs années le même emploi auprès d'un employeur qui avait donc déjà pu apprécier ses capacités professionnelles, puis auprès d'une société franchisée au sein du même groupe, une période d'essai ne peut être valablement stipulée lors de son nouvel engagement à ce même emploi par le même employeur.

Le transfert d'un salarié d'une société du groupe à une autre constitue une modification du contrat de travail et ne peut donc être opéré sans le consentement du salarié, peu important que ces sociétés aient le même dirigeant.

En principe, en l'état actuel de la jurisprudence, le salarié muté d'une société dans une autre du même groupe conserve son ancienneté sauf s'il y a eu rupture du premier contrat. De nombreuses conventions collectives de branche garantissent aux salariés le maintien de l'ancienneté antérieure en cas de transfert dans une entreprise relevant de la même convention collective.

Lorsqu'un salarié, mis par la société au service de laquelle il était engagé à la disposition d'une filiale étrangère à laquelle il est lié par un contrat de travail, est licencié par cette filiale, la société mère doit assurer son rapatriement et lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère. Si la société mère entend néanmoins congédier ce salarié, elle doit justifier d'un motif réel et sérieux et respecter la procédure prévue par la loi française en cas de licenciement individuel. Le temps passé par le salarié au service de la filiale doit être pris en compte pour le calcul du délai-congé et de l'indemnité de licenciement (Article L 122-14-8 du Code du Travail).

## 5.Représentants du personnel

Lorsque plusieurs entreprises juridiquement distinctes forment néanmoins une unité économique et sociale regroupant au moins cinquante salariés, elles doivent mettre en place un comité d'entreprise commun (*Article L431-1-6 du Code du Travail*).

La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par unité économique et sociale mais il s'agit là d'une notion dont les traits essentiels ont été dégagés par les tribunaux et qui suppose la réunion des éléments de fait suivants ; identité ou complémentarité des activités, concentration du pouvoir de direction et communauté de travailleurs avec statut social et conditions de travail similaires.

Ces critères ne sont pas réunis lorsque deux sociétés se contentent de gérer leur filiale commune. Par contre, lorsque les éléments constitutifs d'une unité économique et sociale sont réunis entre les filiales, l'intégration de la société holding détentrice du pouvoir au sein de cette unité économique et sociale est justifiée. Ainsi ces critères sont réunis entre une société holding n'employant que les cadres et une société filiale occupant la majorité des salariés, cette situation masquant en réalité une seule et même entreprise composée de différentes catégories de personnels complémentaires.

La constatation de l'existence d'une unité économique et sociale entre plusieurs entreprises résulte soit d'une convention, soit d'une décision de justice.

Cette notion d'unité économique et sociale est aussi appliquée par les tribunaux en ce qui concerne la désignation des délégués syndicaux et des délégués du personnel.

Jugé que les critères de l'unité économique et sociale sont les mêmes quelles que soient les institutions concernées. Il est donc possible de se référer à un précédent jugement ayant constaté l'existence de cette unité en ce qui concerne une instance représentative du personnel (comité d'entreprise) pour reconnaître son existence à propos d'une autre instance (délégués syndicaux) dès lors qu'aucune modification n'est intervenue dans les rapports entre les sociétés.

Lorsque plusieurs sociétés d'un même groupe constituent une unité économique et sociale, il doit être constitué un comité d'entreprise commun auxdites sociétés (C. trav. art. L 431-1, al. 6) et non un comité de groupe. Par ailleurs, les membres du comité central d'entreprise peuvent être désignés pour assister aux conseils d'administration tenus même par celles des sociétés du groupe dont ils ne sont pas salariés.

## 6.Licenciements collectifs

En cas de licenciement pour motif économique, les difficultés économiques doivent s'apprécier dans le seul secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée et non dans l'ensemble du groupe, étant précisé que, dans les groupes internationaux, doivent être prises en compte les sociétés du secteur d'activité situées à l'étranger.

Par ailleurs, les possibilités de reclassement des salariés doivent être recherchées à l'intérieur du groupe auquel l'entreprise appartient, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel, éventuellement à l'étranger si la proposition de reclassement est sérieuse (ce qui n'est pas le cas de la proposition d'un poste dans une unité de production à l'étranger pour un salaire très inférieur au Smic).

A l'inverse, l'obligation de réintégration d'un salarié dont le licenciement est nul pour cause de nullité du plan de sauvegarde de l'emploi se limite au périmètre de la société employeur et ne s'étend pas aux autres sociétés du groupe auquel appartient l'employeur.

## 7.Participation et actionnariat des salariés

### a. Participation des salariés, intéressement et épargne salariale

La loi permet la mise en place de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, de l'intéressement, d'un plan d'épargne d'entreprise ou d'un plan d'épargne retraite collectif (PERC) au sein d'un groupe de sociétés constitué par des entreprises juridiquement indépendantes mais ayant établi entre elles des liens économiques et financiers.

Les entreprises qui forment une unité économique et sociale employant au total au moins cinquante salariés doivent mettre en œuvre un régime de participation des salariés aux résultats de l'entreprise.

### b. Actionnariat des salariés

Des options de souscription ou d'achat d'actions peuvent être proposées par la société non seulement à ses propres salariés, mais aussi aux salariés des sociétés dont elle détient au moins 10 % du capital ainsi que, lorsque les actions sont cotées sur un marché réglementé, à ceux des sociétés qui détiennent au moins 10 % de son capital et à ceux de sociétés « sœurs ».

De même, les salariés adhérant à un plan d'épargne d'entreprise peuvent acquérir, sous certaines conditions, des actions émises par une autre entreprise du même groupe. De même encore les sociétés membres d'un groupe peuvent attribuer des actions gratuites à des salariés membres d'autres entités du groupe.

## II. La constitution des groupes

Il existe trois techniques générales de constitution des groupes. Il y a la création de filiales ; les fusions scissions, acquisition et apports partiels d'actifs ; les achats de titres permettant d'obtenir le contrôle OPA, OPE.

Ces dernières techniques offrent des avantages non négligeables. Elles assurent la continuité de la personnalité morale, fiscalement intéressante. Elle peuvent s'opérer très rapidement. En revanche elles ne sont pas sans présenter quelques inconvénients notamment au regard des risques qu'elles peuvent faire subir. Risques lié au plan social (restructuration), un risque économique (monopole, position dominante, entente) et un risque pour les actionnaires minoritaires.

### A. Les prises de contrôle des sociétés inscrites à un marché réglementée

#### 1.L'acquisition progressive par achat continue de titre (ramassage boursier)

Il s'agit de la technique dite du « ramassage boursier ». C'est un processus discret mais relativement long et aléatoire, la discrétion du procédé est aujourd'hui largement entamé par la réglementation des franchissements des seuils. Elle est parfois utilisé comme prélude à une OPA.

#### 2.L'acquisition instantanée

##### a. OPA et OPE

Les offres publiques constituent pour la société initiatrice de l'offre à présenter aux actionnaires d'une société cotée sur le marché boursier une proposition d'acquisition de leur titre (OPA) ou d'échange de titre entre elle et la société cible (OPE).

Les dispositions de la loi NRE s'inscrivent largement dans le volet régulation financière. Le rôle de l'AMF désormais, toute clause d'une convention prévoyant des conditions préférentielle de cession ou d'acquisition de titres admis aux négociations sur un marché réglementé et portant sur au moins 0,5% du capital ou des droits de vote doivent être transmise à l'AMF qui est chargée d'en assurer la publicité. Les contractants doivent également informer l'AMF sur la durée de validité des clauses. L'AMF peut après audition des parties quand plus de 3 mois se sont écoulés depuis le dépôt de l'offre fixer une date de clôture définitive de celle-ci. Le Président de l'AMF peut désormais en cas de pratiques irrégulières sur les marchés financiers demander en justice de mettre fin aux irrégularités devant le président du TGI de Paris statuant en référé par ordonnance exécutoire. Le président du TGI peut prendre toute mesure conservatoire et prononcé des astreintes. L'AMF informe le Procureur de la République de la mise en œuvre de la procédure devant le président du TGI si la pratique contestée relève de sanction pénale. Toutes les transactions sur les instruments financiers faisant l'objet d'une offre publique ne peuvent être réaliser qu'exclusivement sur un marché réglementé de l'UE. En cas de méconnaissance de cette disposition les titres sont privés de droit de vote pour toutes les AG tenue pendant un délai de 2 ans à compter de l'acquisition illégale. Par ailleurs l'AMF peut procéder à des publications rectificatives elle-même et au frais de la société concernée. La note d'information visée par l'AMF doit contenir les orientations de l'auteur de l'offre en matière d'emploi.

*Remarque sur l'impact des offres publiques sur le droit du travail :*

*En cas d'OPA ou d'OPE le dirigeant de la société cible réunit immédiatement le CE. Le CE décide alors s'il souhaite entendre l'auteur de l'offre et peut se prononcer sur le caractère inamicale ou non de cette offre. L'auteur de l'offre doit dans les 3 jours de sa publication adresser la note d'information visée par l'AMF au CE. Dans les 15 jours de la publication de la note d'information le CE est réuni pour l'examiner voire auditionner l'auteur de l'offre qui peut se faire assister par des personnes de son choix et notamment par des expert.*

A défaut de présence du dirigeant de l'auteur de l'offre à la réunion du CE si elle a été demandée l'auteur de l'offre ne pourra exercer les droits de vote attachés aux titres de la société visée. Ceci concerne aussi bien les titres détenus par la société cible que ceux qu'elle détiendra. Cette interdiction s'étend aux sociétés qui contrôlent la société cible ou celles qu'elle contrôle au sens de l'article L233-16 du code de commerce. Les sanctions sont levées le lendemain du jour où l'auteur de l'offre a été entendu ou s'il n'est pas convoqué par le CE dans les 15 jours de la première réunion à laquelle il été convoqué. En cas d'offre publique sur l'entreprise dominante le comité de groupe doit en être informé.

Les dispositions relatives aux prérogatives du CE s'appliquent au comité de groupe tout comme les sanctions.

## b. Les procédures en matière d'offre publique

### *Procédure de droit commun*

Depuis l'arrêté du 15 mai 1992 portant homologation des modifications du règlement général des bourses de valeur relatives aux OPA l'offre doit désormais porter sur la totalité des titres donnant accès au capital ou au droit de vote (alors qu'auparavant elle devait porter sur les 2/3 des titres). L'initiateur de l'offre s'engage à acquérir tous les titres donnant accès au capital existant à la date du dépôt de l'offre (actions ; certificat d'investissement). Il s'engage également à acheter tous les titres donnant vocation au capital ou au droit de vote (OBSA ; ORA ; ...).

### **Champs d'application :**

La procédure d'offre publique peut être déclenché librement par l'initiateur. La procédure devient obligatoire dans certaines situations :

- > L'OPA obligatoire concerne les cas suivants de franchissement de seuils en valeur absolue :
  - o Franchissement direct : L'obligation vise toute personne physique ou morale qui vient à détenir seul ou de concert plus du 1/3 du capital ou des droits de vote d'une société ayant des titres négociés sur un marché réglementé ;
  - o Franchissement indirect : L'obligation vise les personnes physiques ou morales agissant seules ou de concert lorsqu'elles viennent à détenir par suite d'une fusion ou d'apport plus du 1/3 du capital ou des droits de vote d'une société dès lors que ces titres représentent une part essentielle des actifs de l'entité absorbée ou apportée ;
- > L'OPA obligatoire peut reposer sur le critère de la vitesse d'acquisition des titres. Le règlement en vigueur n'a pas modifié les textes précédents. L'OPA obligatoire vise toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui détienne déjà directement ou indirectement entre le tiers et la moitié du capital ou des droits de vote d'une société dont les titres sont négociés sur un marché réglementé qui viennent dans un délai inférieur à un an accroître leur participation d'au moins 2%.
- > Les dérogations à l'obligation : Le règlement de l'AMF définit les cas de dérogation à l'obligation. La logique qui autorise ces dérogations repose sur le fait que l'acquisition des titres ne traduit pas une volonté de conquête ou qu'elle traduit cette volonté sans que le conquérant soit assimilable à un « raider ». Quelques cas de dérogation peuvent être cités : La transmission à titre gratuit entre personne physique ; la distribution d'actif réalisé par une personne morale ; la souscription à l'augmentation de capital d'une société en situation avérée de difficulté financière.

### **Procédure :**

L'opération doit être présentée à l'AMF par un établissement de crédit qui garanti pour le compte de l'initiateur le caractère irrévocable des engagements pris. L'offre doit visée la totalité des titres de capital ou donnant accès au capital ou au droit de vote de la société visée.

- **Etape 1 :** Il faut déposer un dossier auprès de l'AMF. Ce dossier contient :
  - o Les objectifs de l'offre, le nombre et la nature des titres déjà détenus ;
  - o Le prix offert pour les OPA et les parités d'échange pour les OPE ;
  - o Les modalités de calcul du prix.
- **Etape 2 :** Dès que l'AMF est saisie du projet il peut y avoir suspension de la cotation des titres de la société visée par l'offre en publiant un avis de suspension et en informe les autorités de tutelle. Les autorités de tutelle sont la direction du trésor, la direction générale de la concurrence et le Ministère de l'Economie et des Finances.
- **Etape 3 :** Un avis de dépôt du projet est publié au bulletin officiel de la cote. Cette avis ouvre la période d'offre publique pendant laquelle les sociétés concernées sont soumises à certaines obligations. A partir de la publication de cet avis les dirigeants de la société cible doivent informer le CE voire le comité de groupe.
- **Etape 4 :** L'AMF si elle estime l'offre recevable émet un avis de recevabilité. Cet avis doit être donné dans le délai de 5 jours de bourse qui suivent la publication de l'avis de dépôt. La reprise de cotation de la société visée intervient après 2 jours de bourse à compter de la publication de l'avis de recevabilité.
- **Etape 5 :** L'AMF publie un avis d'ouverture de l'offre après visa de la note d'information et éventuellement copie des autorisations requises notamment en cas d'investissement étranger en France. L'AMF organise un droit d'information du public de la société cible qui désormais peut publier une note d'information de son côté.
- **Etape 6 :** Les actionnaires qui désirent répondre à l'offre adresse leurs ordres à l'intermédiaire de leur choix qui les transmet à l'AMF. Tous les ordres doivent être transmis sur un marché réglementé ce qui exclut toute opération de contrepartie sur bloc de titre.

### **Information au public :**

Chaque société concernée doit rédiger une note d'information visée par l'AMF qui doit être publiée dans un quotidien habilité à diffusion nationale. Le règlement de l'AMF impose que l'offre ne puisse être ouverte avant la publication d'une note d'information établie par l'initiateur. Un délai de 25 jours de bourse doit s'écouler entre la publication de la note d'information et la clôture de l'offre. La durée de l'offre ne peut dépasser 35 jours de bourse. Si l'offre est amicale la durée peut être allongée de 5 jours de bourse. Si elle est inamicale l'offre sera ouverte après la publication de la note d'information de l'initiateur et la note de la société visée devra être publiée de 7 à 10 jours plus tard. Pour résumé l'offre peut durer au total entre 32 et 35 jours de bourse (25 + 7 ou 25 + 10).

*Remarque : Cas de protocole d'accord préalable (pacte d'actionnaire) : Ils sont licites mais doivent être publiés dès qu'ils sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'offre. Les destinataires de la publication sont l'AMF, les sociétés concernées, et le public par l'intermédiaire de quotidien d'audience nationale. L'AMF peut rectifier de son propre chef toute information qu'elle juge douteuse au frais de l'entreprise concernée. Les actionnaires membres du pacte ne pourront bénéficier de l'offre concurrente ou de la surenchère.*

**Consignes imposées au dirigeant par l'AMF :**

Pendant toute la durée de l'offre les dirigeants sont soumis à des règles de conduite instaurées pour protéger l'intérêt social des sociétés concernées et assurer la transparence du marché. Les consignes imposées sont :

- Les dirigeants de la société visés par l'offre ont l'obligation de veiller à l'intérêt des associés par exemple ils ne doivent pas leur conseiller d'accepter une offre désavantageuse alors qu'eux même auraient obtenus des garanties supérieures de la part de l'initiateur. A l'inverse ils ne doivent pas résister inconsidérablement si l'offre est conforme à l'intérêt des actionnaires. Ils pourraient d'ailleurs être sanctionnés civilement voire pénalement s'ils utilisaient des biens sociaux à cette fin ;
- Les deux sociétés doivent s'assurer que l'égalité entre les actionnaires de l'offre est respectée relativement au prix mais aussi à l'information ;
- Au cours de l'offre elles ne doivent accomplir que des actes de gestion courante ou alors elles doivent solliciter l'avis de l'AMF ;
- Toute augmentation d'un éventuel autocontrôle est interdite pendant l'OPA ;
- Les dirigeants de la société initiatrice doivent déclarer à l'AMF les opérations effectuées en bourse sur les titres concernés par l'offre. Ces opérations concernent les OPA exclusivement et non les OPE et de surcroît les OPA pour lesquelles l'initiateur ne s'est pas réservé le droit de renoncer ;
- Toute personne qui depuis le lancement de l'offre a acquis au moins 0,5% du capital de la société visée doit déclarer au jour le jour ses acquisitions auprès de l'AMF ;

**Offres concurrentes et surenchères :**

Pendant le délai de réponse toute autre société peut présenter une offre concurrente à un prix supérieur. L'initiateur peut aussi lui-même surenchérir. Cette pratique est d'ailleurs assez courante dans le monde des affaires. Toute offre concurrente ou surenchère pour être recevable doit :

- Parvenir à l'AMF au moins 5 jours de bourse avant l'expiration du délai de l'offre précédente ;
- Être fixée à un prix supérieur d'au moins 2 % au prix de l'offre concurrente ou de la surenchère précédente.

**Résultat de l'offre :**

L'AMF publie un avis de résultat de l'offre pendant le délai qui s'écoule entre la clôture de l'offre et la publication de cet avis il est faite interdiction à l'initiateur d'intervenir sur le marché pour acquérir des titres de la société visée à un prix supérieur à celui de l'offre ou céder les titres détenus à la clôture de l'offre.

Des sanctions sont prévues en cas de non respect des règles. L'AMF peut prononcer des injonctions et même infliger des amendes administratives. Le Président du TGI de Paris saisi par l'AMF peut ordonner des mesures conservatoires notamment des mises sous séquestre d'action. Les actionnaires victimes d'agissement fautif lors d'une offre publique peuvent obtenir des dommages-intérêts en cas de préjudice.

**Règles spécifiques aux OPE :**

Depuis la loi du 8 août 1994 il n'est plus nécessaire de procéder à la vérification des apports en nature si tant est que les sociétés concernées se trouvent dans les situations suivantes :

- L'initiateur de l'offre doit être une société cotée.
- La société cible doit être cotée à la bourse de Paris ou à la cote officielle du place boursière d'un Etat membre de l'UE ou encore de l'OCDE

**Les moyens de défense contre les OPA inamicales :**

Les sociétés disposent d'instruments permettant de limiter voire d'éviter des offres publiques dirigées contre elle. Ces instruments peuvent être mis en place avant toute menace (moyens préventifs) ou bien être utilisés lors d'une OPA (moyens défensifs).

Les moyens préventifs :

- L'émission de titre mixte auprès de sociétés amies ou de salarié ;
- L'émission d'action à vote plural ;
- L'émission d'action à dividende prioritaire sans droit de vote ;
- L'émission de certificat d'investissement ou de titre participatif ;
- L'achat par la société de ses propres actions afin de réduire son capital et éliminer les incertitudes ;
- L'introduction de clauses statutaires visant à limiter : le choix de la SCA avec séparation des commandités et des commanditaires.

Les moyens défensifs :

- Le recours à une augmentation de capital après le déclenchement de l'OPA. La loi du 2 août 1989 et celle du 8 août 1994 autorise les dirigeants de la société cible à procéder à une augmentation de capital pendant la période de l'offre. Cette opération peut avoir pour finalité surtout en cas d'OPA inamicale de réduire le champ de manœuvre de l'initiateur. Cette faculté s'exerce sous certaines conditions prévues à l'article L225-148 du code de commerce :
  - o L'AGE doit avoir expressément prévue cette possibilité ;
  - o L'autorisation donnée au dirigeant doit l'avoir été avant toute ouverture d'une offre publique et pour une durée comprise entre les dates de réunion et de l'AGE ;
  - o L'augmentation de capital qui fait l'objet d'une autorisation ne doit pas avoir été réservée à des personnes déterminées.
- La conversion en action des titres mixtes ;
- L'alliance avec une société amie (chevalier blanc) qui dépose une offre concurrente ou qui tentera de prendre le contrôle de la société attaquante.

Il faut noter qu'il n'existe pas de moyens totalement efficaces mais le verrouillage préventif est néanmoins dissuasif si tant est que les procédés de verrouillage soient conformes à l'intérêt de la société. Ces procédés sont en effet beaucoup plus contestables lorsqu'ils visent à maintenir une équipe dirigeante c'est d'ailleurs l'argument premier avancé par les partisans des OPA.

### Procédure simplifiée

La procédure simplifiée doit être autorisée par l'AMF. Cette procédure est applicable :

- Aux offres opérées par un actionnaire détenant directement ou indirectement seul ou de concert la moitié au moins du capital ou des droits de vote d'une société ;
- Aux offres visant à l'achat par une personne d'un bloc de titres lui conférant la majorité du capital ou des droits de vote ;
- Aux offres d'achat par une société de ses propres actions afin de les annuler ;
- Aux offres aboutissant à une simple prise de participation c'est-à-dire au plus égal à 10% du capital ou des droits de vote ;
- Aux offres portant sur des titres ne donnant pas accès au capital ;
- Aux offres publiques de retrait.

Le déroulement de l'offre est le suivant : la durée de réponse des actionnaires est réduite elle passe à une durée de 10 jours de bourse en cas d'OPA et 15 jours de bourse en cas d'OPE. En cas de rachat par une société de ses propres actions la durée de l'offre ne peut être inférieure à 30 jours calendaires. L'AMF se contente dès lors d'un communiqué simplifié.

### L'offre publique de retrait (OPR) :

L'OPR permet à des minoritaires de céder leurs titres quand des circonstances peuvent remettre en cause leur intérêt à rester dans la société. La loi du 2 juillet 1998 étend la procédure de l'OPR aux porteurs de certificats d'investissement ou aux certificats de droit de vote (ces certificats appartiennent au passé depuis l'ordonnance du 24 juin 2004, on ne peut plus en créer mais les anciens demeurent). L'OPR obligatoire permet aux majoritaires de réaliser l'objectif de contrôle total de la société, l'opération concerne également les porteurs de certificat d'investissement de et droit de vote.

- Le retrait facultatif : lorsqu'un ou plusieurs actionnaire agissant seul ou de concert détenant plus de 95 % du capital ou des droits de vote d'une société inscrite à un marché réglementé l'OPR peut intervenir à l'initiative des minoritaires du ou des majoritaires. Pour bénéficier de cette procédure le ou les majoritaire(s) doivent s'engager à acquérir tous les titres qui lui seront proposés (c'est le procédé d'offre de ramassage). L'initiateur dresse une lettre à l'AMF qui autorise la publication d'une note d'information notamment en cas de transformation d'une SA en SCA ou lorsque les personnes qui détiennent le contrôle d'une société envisage de procéder à une modification significative des statuts ou des actifs de la société (transformation, réorientation de l'activité, ...). Dans tout les cas les minoritaires sollicités ne sont pas obligés de répondre à l'offre mais l'offreur lui s'engage à acheter tous les titres mise en vente. Cependant le groupe majoritaire peut procéder à la suite de l'OPR au retrait obligatoire des minoritaires s'il a fait état de cette intention dès le dépôt de l'OPR ;
- Le retrait obligatoire des minoritaires : Le groupe majoritaire peut imposer le retrait des minoritaires, il s'agit d'un cas particulier d'OPR qui oblige les minoritaires à vendre tous leurs titres au groupe majoritaire détenant au moins 95% des droits de vote de la société. Cette opération s'inspire du système américain dit de « squeeze-out ». Elle vise à favoriser les stratégies de contrôle des majoritaires en leur évitant tout velléité de contestation de la part des minoritaires qui pourrait se regrouper notamment dans le cadre d'association d'actionnaire. Les minoritaires sont indemnisés sur la base d'un prix proposé par les majoritaires assortis d'une appréciation d'un expert nommé par eux avec l'accord de l'AMF qui a gré d'expert. La décision de l'initiateur de renoncer éventuellement à l'opération est annoncé par l'AMF.

### L'acquisition d'un bloc de contrôle

L'acquisition d'un bloc de contrôle impose une procédure de garantie des cours. Cette procédure revêtait un intérêt particulier avant la réforme des offres publiques de 1992. En effet cette procédure portait sur la totalité des titres de la société visées. Elle présente aujourd'hui un intérêt bien moindre dans la mesure où les offres publiques doivent désormais elles aussi porté sur la totalité des titres. Elle ne présente dès lors plus qu'une modalité particulière d'OPA qui peut débouché sur une procédure simplifié avec l'accord de l'AMF.

Champs d'application : La procédure s'applique que lorsqu'une personne agissant seule ou de concert acquiert ou s'engage à acquérir d'un ou plusieurs actionnaires déterminés de la société visées un bloc de titre lui conférant la majorité du capital ou des droits de vote. La garantie des cours s'applique lorsque la société visée est inscrite aux négociations sur un marché réglementé.

Mécanisme : L'acquéreur du bloc de contrôle doit déposer une OPA ou OPE. Il s'engage à acheter sur le marché tous les titres qui lui sont présenter au prix de cession payé ou prévu pendant une durée de 10 jours de bourse minimum. Avec l'accord de l'AMF le prix peut néanmoins être inférieur si la cessions comporte une clause de garantie de passif. Le CE doit être informé et consulté sur l'opération de cession.

## B. Les prises de contrôle des sociétés non inscrites à un marché réglementé

### *1. La cession de la totalité des actions ou parts*

Il y a présomption du maintien de la personnalité morale. La cession de la totalité des actions ou parts entraîne le maintien de la personnalité morale mais la preuve contraire peut être apportée devant les tribunaux qui disposent alors d'un large pouvoir d'appréciation. La cession est alors assimilée à une vente de bien c'est le cas notamment lorsque la cession s'accompagne d'un changement d'activité de la société ; lorsqu'elle s'accompagne d'un changement de dénomination sociale, et lorsqu'il y a transfert du siège social. L'opération peut alors être requalifiée de cession de fonds de commerce soit de vente d'immeuble.

Le cédant ne doit pas faire concurrence au cessionnaire mais le cédant n'est pas tenu de garantir les dettes sociales même révélées ultérieurement. Un moyen efficace existe pour garantir les droits du cessionnaire il s'agit de la clause de garantie de passif.

### *2. La cession de la majorité des actions ou parts*

#### **La protection des minoritaires**

Les minoritaires peuvent agir en justice s'ils estiment que la cession n'est pas conforme à l'intérêt social ou s'ils considèrent que l'opération entraîne la rupture de l'égalité entre les titres.

#### **La protection des tiers**

Par principe il y a maintien des contrats en cours article L1224

#### **La protection du cédant**

Une cession de la majorité des titres s'accompagne d'une promesse faite par le cédant de céder ultérieurement le reliquat des titres or cela comporte des risques non négligeables pour le cédant si le cessionnaire gère mal la société. Le cédant peut se garantir contre de tels risques en précisant notamment à l'avance le futur prix de cession. Cette clause fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante et parfois contradictoire. Par exemple la chambre civile de la Cour de cassation estime qu'il s'agit manifestement d'une clause léonine réputée non écrite. Et la chambre commerciale de la Cour de cassation admet quand à elle la validité d'une telle clause.

Toutes les fois que la cession aboutie à donner le contrôle de la société au cessionnaire la cession est considérée par les juges comme étant de nature commerciale.

### III. Les fusions, scissions et apports partiel d'actif

Les fusions, scissions et apport partiel d'actif sont des techniques de restructuration des groupes. Elles obéissent essentiellement à des logiques économiques et permettent d'ajuster la structure des groupes à des stratégies commerciales et industrielles.

La réglementation des fusions et des scissions a fait l'objet d'importantes modifications notamment en 1988 afin de mettre les dispositions légales et réglementaires en harmonie avec les directives du conseil des communautés européenne. L'article 236-1-1 du code de commerce définit les fusions et les scissions « Une ou plusieurs sociétés peuvent par voie de fusion transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elle constitue. Une société peut aussi par voie de scission transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles ».

#### A. Les caractéristiques générales des fusions et scissions

##### 1. La transmission universelle du patrimoine

Les opérations de fusion ou de scission ont pour effet la transmission de l'ensemble des éléments d'actif et de passif au profit de la ou des sociétés absorbantes ou bénéficiaire de la scission. Le passif est pris en charge selon les modalités définies par le contrat de fusion ou de scission.

En cas de scission le contrat doit prévoir la répartition du passif entre les différentes sociétés bénéficiaires. Elles sont responsables solidairement envers les créanciers de la société scindée. La transmission du patrimoine s'effectue dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération (Article L236-3 du Code de Commerce).

##### 2. La dissolution de la société absorbée ou scindée.

La fusion ou la scission s'accompagne d'une dissolution sans liquidation de la société absorbée ou scindée (article L236-3).

##### 3. L'échange de droit sociaux

Les associés de la société absorbée ou scindée reçoivent des parts ou des actions des sociétés absorbantes ou bénéficiaires de la scission ou éventuellement une simple soule en espèce à condition que son montant ne dépasse pas 10% de la valeur nominale des parts ou actions distribuées (article L236-1 du code de commerce). L'échange de droit sociaux ne s'opère qu'au profit des associés ou actionnaires qui ne sont pas les associés participants à l'opération. L'article L236-3-2 du Code de Commerce précise : « Toutefois il n'est pas procédé à l'échange des parts ou actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions des sociétés qui disparaissent lorsque ces parts ou actions sont détenues :

- Soit par la société bénéficiaire ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société ;
- Soit par la société qui disparaît bénéficiaire ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société ».

#### B. Conditions de validité des fusions et scissions

##### 1. Les conditions relatives aux sociétés participantes

Les opérations de fusion et scission peuvent être réalisées entre des sociétés de formes différentes (SARL/ SA...) elle sont décidées par chacune d'elles dans les conditions requises pour la modifications des statuts en AGE. Si l'opération comporte la création de société nouvelle (fusion réunion – absorption) chacune de celle-ci est constituée selon les règles propres à la forme de la société adoptée (L236-3 du code de commerce). De plus, une société dissoute et en cours de liquidation peut participer à une telle opération mais à la condition que depuis l'ouverture de la liquidation aucune répartition d'actif n'est été effectuée, ni n'est commencé à être effectué entre les associés ou actionnaires (L236-1-3 du code de commerce). Lorsque la société absorbante est une SAS la fusion n'est possible que si elle est approuvée à l'unanimité des associés de la société absorbée. De la même façon que les EURL, les SASU peuvent participer à une fusion soit comme société absorbante, soit comme société absorbée, ou procéder à leur scission au profit de plusieurs autres sociétés.

##### 2. Le respect des règles de libre concurrence

Les opérations de concentration sont soumises à une certaine surveillance des pouvoirs publics que ces opérations résultent de prise de contrôle ou d'opération de fusion et scission. Les autorités communautaires prévoient également un contrôle de ces opérations au niveau communautaire.

###### a. Le droit communautaire

C'est un règlement assez récent du 20 janvier 2004. La commission européenne exerce un contrôle a priori dans les cas suivants :

- Soit pour une offre mettant en jeu des entreprises qui ensemble réalise un CA mondial supérieur à 5 milliard €;
- Soit quand deux d'entre elles réalise un CA sur le territoire de l'union européenne supérieur à 250 million €.

Les entreprises doivent déposer une notification préalable auprès de la commission dans la semaine de la conclusion de l'accord ou de la publication d'une offre publique selon la procédure dite de « guichet unique » qui les dispense de notifier l'opération dans les différents états concernées. La commission a alors 25 jours pour ouvrir la procédure d'enquête et un délai de 90 jours pour statuer. Comme en droit interne, évidemment dans ce domaine des aménagements par rapport au projet initial peuvent être négociés (démantèlement...).

## b. Le droit interne

La loi du 15 mai 2001 (NRE) portant sur la régulation financière, sur la régulation de l'entreprise, contient des dispositions visant également la régulation de la concurrence et notamment des concentrations. Cette loi renforce le pouvoir des autorités de contrôle des concentrations et de la concurrence. Les autorités de contrôle sont le ministère de l'économie et des finances, le conseil de la concurrence (autorité de la concurrence avec des prérogatives étendues prochainement).

La loi NRE définit pour la première fois la notion de concentration : une opération de concentration est réalisée lorsqu'une ou deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, lorsqu'une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement le contrôle de l'ensemble ou des parties d'une ou plusieurs autres entreprises par prise de participation capital ; Achat d'éléments d'actif ; Contrats ou tous autres moyens.

La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité autonome constitue aux yeux de la loi une concentration.

Le contrôle découle des droits, contrats, ou autres moyens qui confèrent seul ou conjointement et contenu des circonstances de fait ou de droit la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise et notamment :

- Des droits de propriété sur tout ou partie des biens de l'entreprise ;
- Des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition des délibérations ou les décisions d'un organe de l'entreprise.

### Le contrôle des concentrations :

Les opérations de concentration sont soumises à un contrôle quand les 2 conditions suivantes sont réunies :

- Un chiffre d'affaires total mondial HT supérieur à 150 million € ;
- Un chiffre d'affaire total réalisé en France par 2 ou moins des entreprises supérieur à 50 millions € HT.

L'opération n'entre pas dans le champ d'application du contrôle des concentrations par les autorités européennes.

Le contrôle en droit interne ne doit pas se superposer avec le contrôle des concentrations aux niveau de l'union européenne.

### La procédure de contrôle

L'opération est notifiée au ministre de l'économie et des finances quand les parties sont déjà engagé de manière irrévocable. Le ministre adresse un exemplaire du dossier de notification au conseil de la concurrence ou de l'autorité de la concurrence. Cette notification est publié par une communiqué. La réalisation effective de l'opération n'intervient qu'après accord du ministre de l'économie et éventuellement du ministre du secteur économique concerné. Le ministre a 5 semaines pour se prononcé à compter de la réception de la notification. Le ministre décide que :

- Soit l'opération n'entre pas dans le champ d'application de la loi ;
- Soit il l'autorise en la subordonnant éventuellement à la réalisation de certains engagements ;
- Soit il estime qu'elle porte atteinte à la concurrence dans ce cas il saisie pour avis le conseil de la concurrence ou l'autorité de la concurrence ;

Si aucune de ces trois décisions n'est prise, l'opération est réputée autorisée. Lorsque le conseil de la concurrence a été saisie pour avis la procédure à suivre est la suivante :

- Le conseil procède a des consultations des parties et éventuellement des tiers, il auditionne des membres élus du comité d'entreprise si ces derniers le demande.
- Le conseil remet un avis au ministre dans un délai de trois mois. Cet avis est transmis aux parties par les soins du ministre. La décision du ministre intervient dans un délai de 4 semaine à compter de la remise de l'avis du conseil de la concurrence au ministre. Entre temps les parties peuvent prendre des engagements de nature a remédier aux effets anticoncurrentiel de l'opération. A ce stade, le ministre de l'économie peut interdire l'opération ou l'autoriser moyennant des engagements pour assurer une concurrence suffisante ou pour rapporter une contribution suffisante au progrès économique et sociale pour compenser les atteintes à la concurrence.

Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, est introduit à l'instar du droit communautaire des seuils de minimise. L'ordonnance du 25 mars 2004 précise ces nouveaux seuils en deca desquels le conseil de la concurrence peut décider d'arrêter la procédure de contrôle. Les seuils sont les suivants :

- 10 % du marché national pour les accords horizontaux ;
- 15 % du marché national pour les accords verticaux ;

On peut noter que les pourcentages retenus sont les mêmes que ce retenu par la commission européenne en pourcentage du marché européen.

### Les sanctions

En l'absence de notification du projet d'opération par les parties, le ministre de l'économie peut infliger des sanctions pécuniaires dont le montant maximum est le suivant (sanctions administratives) :

- Pour les personnes morales 5 % du CA HT réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté le cas échéant du CA réalisé en France durant la même période par la société acquise ;
- Pour les personnes physiques 1,5 millions €.

*Remarque : impacte des concentrations sur le droit du travail, lorsqu'une entreprise est partie prenand d'une opération de concentration, le chef d'entreprise doit réunir le CE au plus tard dans un délai de 3 jours à compter de la publication de la notification par les parties au ministre. Le CE a la possibilité de recourir à un expert qui à alors accès au document de toutes les sociétés concernées par l'opération.*

### 3. L'absence de fraude

Une opération de fusion ou de scission qui aurait pour but de frauder les droits des créanciers de la société absorbée ou scindée pourrait être déclaré en vertu de l'article 1167 alinéa 1 du code civil : inopposable au créancier par l'exercice de l'action paulienne.

*Remarque : Contrairement à la nullité, l'inopposabilité ne remet pas en cause la fusion ou la scission qui produit pleinement ses effets à l'égard de toutes les personnes autres que celles au profit desquelles cette inopposabilité est prononcée.*

## C. La préparation des fusions et scissions

### 1. Les conditions financières

Pour déterminer les conditions financières de l'opération, il est possible d'appliquer les méthodes traditionnelles pratiquées en cas d'apports en nature, c'est-à-dire :

- évaluation des biens apportés à leur valeur vénale ;
- évaluation des titres à attribuer en rémunération des apports ;
- division de la valeur nette des biens apportés par la valeur réelle des actions ou des parts de la société bénéficiaire des apports.

Cette méthode est encore utilisée fréquemment dans les fusions intéressant les sociétés dont la comparaison ne peut se faire que sur la base des actifs nets, notamment pour l'estimation de sociétés de portefeuille ou de sociétés immobilières. Mais elle ne correspond pas parfaitement à la finalité des fusions chaque fois que celles-ci ont pour but d'obtenir une amélioration de la rentabilité économique des entreprises fusionnées. On doit alors, pour déterminer aussi exactement que possible la valeur économique des entreprises en cause, recourir à d'autres critères : volume de production, rentabilité, cours de bourse, perspectives d'avenir, etc. Dans cette conception, ce n'est pas tant l'évaluation de l'actif net de la société absorbée ou scindée qui importe que la comparaison du « poids » respectif des sociétés intéressées. Cette comparaison donne un rapport objectif d'échange des titres des sociétés fusionnantes.

Cependant, ce n'est pas nécessairement ce rapport qui sera en définitive retenu comme base de la fusion. Chaque partie a, en effet, une optique propre de l'opération qui l'amène à corriger en baisse ou en hausse le résultat des évaluations. C'est seulement après ces ultimes négociations que le rapport d'échange se trouve définitivement fixé.

Par ailleurs, le Comité de la réglementation comptable impose, pour les opérations réalisées depuis le 1er janvier 2005 et dans l'hypothèse où la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport, contrôlée par d'autres sociétés, a son siège en France, que les biens apportés soient **évalués à leur valeur comptable** dans les situations suivantes, appréciées au moment de l'opération :

- opérations impliquant des sociétés sous contrôle commun, ce qui est le cas lorsque l'une des sociétés participant à l'opération contrôle préalablement l'autre ou lorsque les deux sociétés sont préalablement sous le contrôle d'une même société mère, quel que soit le sens dans lequel les opérations sont réalisées ;
- opérations impliquant des sociétés sous contrôle distinct, ce qui est le cas lorsqu'aucune des sociétés participant à l'opération ne contrôle préalablement l'autre et que ces sociétés ne sont pas préalablement sous le contrôle d'une même société mère, dans l'hypothèse où ces opérations sont réalisées à l'envers.

#### L'évaluation des apports à la valeur réelle concerne :

- les opérations impliquant des sociétés sous contrôle distinct lorsqu'elles sont réalisées « à l'endroit » ;
- les opérations de filialisation suivies d'une cession à une société sous contrôle distinct. Dans cette situation, le traitement applicable à l'opération est défini en tenant compte de l'objectif de cession qui préside à la filialisation. Cet objectif est matérialisé par l'existence d'un engagement préalable de cession ou d'introduction en bourse en vigueur lors de la filialisation qui doit faire l'objet d'une mention explicite dans le traité d'apport et conduira à une perte de contrôle de la filiale bénéficiaire de l'apport ;
- les opérations normalement concernées par l'évaluation obligatoire à la valeur comptable dans l'hypothèse où l'actif net apporté est insuffisant pour permettre la libération du capital de la société absorbante ou bénéficiaire des apports. Le Comité d'urgence du CNC considère qu'afin d'éviter le « détournement » de cette dérogation, celle-ci « ne s'applique qu'au seul cas d'apport à une société ayant une activité préexistante. Cette dérogation ne peut pas s'appliquer en cas de création ex-nihilo d'une société ni en cas d'aménagement d'une société préexistante, pour bénéficier de manière abusive de cette dernière » (Avis du 4-5-2005, question 22).

Notion de contrôle et valorisation des apports	Valeur comptable	Valeur réelle
<b>Opérations impliquant des sociétés sous contrôle commun :</b>		
- Opération à l'endroit	X	
- Opération à l'envers	X	
<b>Opérations impliquant des sociétés sous contrôle distinct :</b>		
- Opération à l'envers	X	
- Opération à l'endroit		X

### a. L'évaluation des sociétés

Le législateur n'a pas déterminé de règle d'évaluation des sociétés. Il y a donc une grande souplesse dans l'utilisation des méthodes d'évaluation. Dans la pratique, ces méthodes sont diverses et très souvent peuvent se combiner entre elles. Les principaux critères d'évaluation sont les suivants :

- La valeur intrinsèque ou valeur mathématique,
- La valeur liquidative (valeur mathématique diminué des frais et impôts qu'entraînerait la liquidation de la société),
- La valeur de rendement,
- La valeur boursière.

L'AMF a par ailleurs publié un certain nombre de recommandations fort utile pour toutes les sociétés susceptibles de fusionner ou de se scinder :

- utilisation de plusieurs critères d'évaluation, sauf cas exceptionnel sans que le nombre de critères soient excessif ni de nature à compliquer inutilement le calcul de la parité d'échange ;
- ces critères ne doivent pas faire double emploi et ainsi représenter une approche différente de l'évaluation ; lorsque -les mêmes critères d'évaluation sont utilisés pour les sociétés participantes à l'opération il doivent être homogène afin de rendre la comparaison effective (exemple : la valeur intrinsèque doit être calculé sur des bases similaires dans toutes les sociétés participantes) ;
- les critères retenus doivent être significatif (exemple : la capitalisation boursière pour être un critère significatif doit porter sur un nombre de titre relativement important sur une période qui permet une appréciation effective).

Pour établir les conditions de l'opération et notamment pour procéder aux estimations, les sociétés se réfèrent à des comptes arrêtés le plus souvent à une même date.

La date retenue est en général celle de la clôture du dernier exercice social, ce qui évite d'avoir à dresser, pour la société absorbée ou scindée, une situation en cours d'exercice. Lorsque la date retenue se situe en cours d'exercice, il convient, à notre avis, d'arrêter dans chacune des sociétés concernées une situation comptable qui reste un document interne destiné à déterminer les bases financières de l'opération ; il n'a pas à être soumis aux associés ou actionnaires de ces sociétés.

### b. Le calcul de la parité d'échange

Elle est proposée par les dirigeants. Lorsque la fusion ou la scission s'opère entre SA, entre SARL, ou entre une SA et une SARL, la parité d'échange est vérifiée par un ou plusieurs commissaire à la fusion qui présente un rapport indiquant si les valeurs respectives des actions sont correctes et si le rapport d'échange est équitable ainsi que la sincérité des évaluations (article L 236-10-2 du code de commerce). La valeur globale retenue pour chaque société est divisée par le nombre de titre composant le capital, ce qui donne une valeur unitaire pour chacun des titres, la valeur théorique d'échange résulte du rapprochement de ces valeurs unitaires, elle détermine le nombre d'action que la société absorbante ou bénéficiaire de la scission devra émettre.

Si la valeur réelle des actions de la société absorbante ou bénéficiaire de la scission est supérieure à leur valeur nominal, la différence entre la valeur des biens apportés et l'augmentation de capital est porté au passif du compte « prime de fusion » ou de scission de cette société. Les actionnaires qui ne détiennent pas le nombre de titre requis pour obtenir des titres nouveaux devront acheter ou vendre les droits formant les rompus. Lorsque la société absorbée ou scindée détient une partie de ses propres actions soit en vue d'une attribution à ses salariés, soit si elle est cotée en vue d'une régularisation des cours, celles-ci ne peuvent faire l'objet d'un échange contre des titres de la société absorbante.

Remarque : existence de participations entre les sociétés participantes à la fusion :

- **La société absorbante détient des participations de la société absorbée** : la loi lui interdit de se voir attribuer des actions nouvelles (article L 236-3 alinéa 2 du code de commerce), elle va limiter alors l'augmentation de capital à l'émission de titre nécessaire à la rémunération des actionnaires de la société absorbée autre quelle même, c'est le procédé de fusion renonciation.
- **La société absorbée détient des participations de la société absorbante qui est une société par actions**. La société absorbante peut conserver ces propres titre en portefeuille à condition de ne pas détenir plus de 10 % de son capital, sinon elle tombe sous le coup de l'article L 225-213 du code de commerce qui précise que les actions excédentaires doivent être cédés dans un délai maximal de 2 ans à l'expiration de ce délai faut d'être cédé, ces actions doivent être annulées. Le délai court a partir de la date de réalisation définitive de la fusion.
- **Les sociétés absorbées et absorbantes détiennent des participations réciproques** : soit la société absorbante recours au régime de l'article L 225-213 du code de commerce qui l'autorise à conserver ces actions si elle ne détient pas plus de 10% de son capital. Dans le cas contraire, elle doit céder les actions excédentaires dans un délai de 2 ans ou les annuler si le délai est expiré ; soit la société absorbante décide de procéder à une fusion renonciation et à une réduction de son capital.

## 2. Le projet de fusion / scission

### a. La signature du projet de fusion

Le traité de fusion ou projet de fusion est arrêté par le conseil d'administration, ou le directoire, ou le gérant de toutes les sociétés participantes à l'opération (article L 236-3 du code de commerce). Le projet est signé par le dirigeant qui a reçu délégation (dans la SA généralement). En cas de fusion ou scission entre société ayant des dirigeants en commun, la procédure relative aux conventions réglementées ne s'applique pas.

Préalablement à la réunion du conseil d'administration ou du directoire appelée à arrêter définitivement le projet de fusion ou de scission, il appartient aux dirigeants de chaque société intéressée de consulter leur comité d'entreprise.

Pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise doit disposer d'informations précises et écrites, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de la direction à ses propres observations.

Pour un exemple de prorogation de la procédure d'information et de consultation du comité central d'entreprise, et corrélativement de report de la tenue du conseil d'administration.

Toutefois, il ne peut pas demander l'assistance d'un expert-comptable rémunéré par l'employeur. L'avis du comité d'entreprise doit être communiqué à l'assemblée des actionnaires des sociétés absorbée et absorbante. Les délibérations prises par l'assemblée en violation de cette obligation sont nulles.

Le cas échéant, le comité d'entreprise européen doit lui aussi être consulté.

### b. Le contenu du projet

Le projet doit contenir les informations suivantes :

- La forme juridique avec la dénomination sociale, siège sociale de toutes les sociétés intéressées.
- Les actes sont motivées, donc il faut donner les motifs, les desseins (but), et les conditions de la fusion scission.
- Les dates d'arrêté des comptes.
- La désignation et l'évaluation des éléments actifs et passifs transmis.
- Le rapport d'échange.
- Le montant de la prime de fusion ou scission.
- Les modalités de remise des parts ou actions ;
- Engagement requis pour pouvoir bénéficier du régime fiscal de faveur

### c. La publicité

Le projet doit faire l'objet des formalités de publicité suivante :

- Dépôt au greffe du TC dans le ressort du siège social des sociétés concernées.
- Insertion d'un avis dans un JAL du département du siège social de chaque société participante.
- Si des sociétés intéressées font APE, il faut un avis dans le BALO.

Ces formalités doivent être effectuées 1 mois au moins avant la date de la première assemblée générale appelé à statuer sur l'opération. Le projet est soumis pour avis au comité d'entreprise.

## D. La réalisation des fusions et des scissions

### 1. La réalisation des fusions

#### a. Dans la société absorbée

##### i. L'intervention et la mission des commissaires à la fusion

Dans la société absorbée, intervention d'un ou plusieurs commissaire à la fusion. Il est obligatoirement désigné si la société absorbée est une société par actions ou une société hybride (SARL), il est nommé sur requête des dirigeants par le président du tribunal de commerce sauf si la société absorbée est une filiale à 100 %, le commissaire à la fusion subit les mêmes incompatibilités que le commissaires aux comptes (article L236-10 et L236-23 du code de commerce). Il est possible par requête conjointe de faire nommer le même commissaire à la fusion dans la société absorbée et la société absorbante. En revanche, il n'est pas possible de faire désigner le commissaire aux comptes en tant que commissaire à la fusion. Les commissaires aux comptes ne jouent depuis 1988 qu'un très faible rôle dans l'opération. Ils n'interviennent que lorsque l'opération se déroule au seconde semestre de l'exercice, dans ce cas ils doivent vérifier la sincérité de l'état comptable intermédiaire qui est mis à la disposition des associés.

Depuis la loi du 11 février 1994 (loi Madelin), les commissaires à la fusion doivent établir et présenter deux rapports l'un sur les modalités de la fusion, l'autre sur la valeur des apports en nature. Remarque : dans certain ouvrage, on lit que le commissaire à la fusion présente un rapport en deux parties.

*Le rapport sur les modalités de la fusion*

Les commissaires à la fusion doivent :

- Vérifier la pertinence des valeurs des actions ou parts des sociétés participantes à l'opération,
- Vérifier que le rapport d'échange est équitable,
- Les conclusions des commissaires font l'objet d'un rapport écrit celui-ci doit indiquer :
  - o les méthodes utilisées pour l'évaluation du rapport d'échange,
  - o si ces méthodes sont adéquates,
  - o les éventuelles difficultés d'évaluation.
- Le rapport est mis à disposition des associés au siège social, 1 mois au moins avant la date de l'AG. En cas de consultation écrite dans une SARL, le rapport doit être joint au projet et le texte des résolutions envoyé aux associés.

*Le rapport sur la valeur des apports en nature*

Dans ce rapport, les commissaires à la fusion doivent apprécier, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature.

S'il s'agit d'une société par actions ils doivent aussi apprécier la valeur des avantages particuliers éventuellement transférés à la société absorbante.

Ils doivent, en outre, vérifier que le montant de l'actif net apporté par la ou les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante.

**Communication du rapport.** Le rapport sur la valeur des apports en nature, qui complète le rapport sur les modalités de la fusion, doit, comme ce dernier, être mis à la disposition des actionnaires ou associés, au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération (art. R 236-3).

Il nous semble qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions réglementaires concernant les augmentations de capital avec apports en nature et notamment les dispositions des articles R 123-106 et R 123-107 prévoyant le dépôt au greffe du rapport du commissaire aux apports. En effet, les fusions et les scissions sont des opérations autonomes, distinctes des augmentations de capital avec apports en nature et soumises à une réglementation qui leur est propre (n°26337). De plus, depuis la loi 94-126 du 14 février 1994, l'intervention d'un commissaire aux apports et l'obligation pour les actionnaires ou associés de la société absorbante de statuer sur la valeur des apports en nature ont été supprimées sauf en cas de fusion à 100 %.

L'article R 236-3, qui prévoit le dépôt au siège social des rapports mentionnés aux articles L 236-9 (rapport du conseil d'administration) et L 236-10 (rapports du commissaire à la fusion) ne faisant pas, pour ce second cas, de distinction selon qu'il s'agit du rapport sur les modalités de la fusion ou du rapport sur la valeur des apports en nature, il convient, nous semble-t-il, de soumettre ces deux rapports au même régime en ce qui concerne leur communication aux actionnaires.

Les SARL doivent mettre à la disposition de leurs associés, dans les conditions prévues ci-dessus, les rapports du commissaire à la fusion ; en cas de consultation écrite, ces rapports doivent être adressés aux associés en même temps que les projets de résolutions.

*Responsabilité des commissaires à la fusion*

Les commissaires à la fusion sont responsables, à l'égard tant de la société que des actionnaires ou des tiers, des conséquences dommageables résultant des fautes par eux commises dans l'exercice de leur mission.

Conformément aux règles de droit commun de la responsabilité délictuelle, la responsabilité des commissaires à la fusion ne peut être engagée que si une faute peut être prouvée à leur encontre et si cette faute a été génératrice d'un préjudice pour celui qui l'invoque.

L'action en responsabilité contre les commissaires à la fusion doit être portée devant le tribunal de grande instance. Elle se prescrit par dix ans (C. civ. art. 2270-1).

*ii. Décision des associés*

La décision des associés doit être prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts (art. L 236-2, al. 2). Il convient donc d'appliquer les règles propres à chaque type de société pour les décisions collectives extraordinaires en ce qui concerne le mode de consultation des associés ou actionnaires (assemblée générale ou consultation par écrit), les délais de convocation, l'information des associés, les conditions de quorum et de majorité, la rédaction des procès-verbaux, etc. Ces règles ont été indiquées à l'occasion de l'étude de chaque forme de société.

*Fusion ne concernant que des sociétés anonymes*

**1. Rapport du conseil d'administration ou du directoire.** Le conseil d'administration ou le directoire de chacune des sociétés participant à l'opération doit établir et mettre à la disposition des actionnaires un rapport écrit sur l'opération envisagée (art. L 236-9). Dans ce rapport, les dirigeants sociaux doivent expliquer et justifier le projet de fusion de manière détaillée, du point de vue juridique et économique, notamment en ce qui concerne le rapport d'échange des actions et les méthodes d'évaluation utilisées (lesquelles doivent être concordantes pour les sociétés concernées) ainsi que, le cas échéant, les difficultés particulières d'évaluation (art. R 236-5, al. 1).

Lorsque les titres de la société sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le rapport doit comporter en annexe un certain nombre de mentions complémentaires.

**2. Information des actionnaires.** Toute société par actions participant à une opération de fusion doit mettre à la disposition de ses actionnaires, au siège social, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur le projet de fusion, les documents suivants :

- le projet de fusion ;
- le rapport du conseil d'administration ou du directoire ;
- les rapports des commissaires à la fusion ;
- les comptes annuels approuvés par les assemblées générales ainsi que les rapports de gestion des trois derniers exercices des sociétés participant à l'opération ;
- un état comptable intermédiaire établi selon les mêmes méthodes et suivant la même présentation que le dernier bilan annuel, arrêté à une date qui, si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion, doit être antérieure de moins de trois mois à la date de ce projet.

L'information des actionnaires appelle les remarques suivantes :

**a.** Les actionnaires doivent avoir communication non seulement des comptes annuels de leur société mais aussi de ceux de toutes les autres sociétés par actions participant à l'opération.

**b.** Lorsque la fusion intervient au cours des premiers mois de l'exercice alors que les comptes annuels du dernier exercice n'ont pas encore été approuvés ou ne l'ont été que depuis moins d'un mois, il convient de mettre à la disposition des actionnaires :

- les comptes annuels approuvés des deux exercices précédents ainsi que les rapports de gestion correspondants ;
- les comptes arrêtés et non approuvés du dernier exercice certifiés par le commissaire aux comptes ou, si ces comptes n'ont pas encore été arrêtés par le conseil d'administration ou le directoire, un état comptable intermédiaire datant de moins de trois mois.

**3. Filiale à 100 %.** Lorsque la société absorbée est une filiale à 100 % de la société absorbante, il n'y a pas lieu de tenir une assemblée de la société absorbée pour approuver la fusion.

*Cas particuliers*

**Catégories d'actions.** Dans le cas particulier des sociétés par actions, s'il existe des actions de diverses catégories, la fusion est soumise à la ratification des assemblées spéciales réunissant les titulaires de chaque catégorie d'actions. Il peut en être ainsi, lorsque la société a émis des actions de préférence. Si la ratification n'est pas approuvée, la fusion ne peut se faire.

**Augmentation des engagements des associés.** Si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires (art. L 236-5).

Tel serait le cas notamment si une société à responsabilité limitée était absorbée par une société en nom collectif, car la responsabilité des associés de la société absorbée deviendrait indéfinie et solidaire du fait de la forme juridique de la société absorbante. L'accord de tous les associés de la société à responsabilité limitée serait alors nécessaire.

Jugé aussi que l'absorption d'une société anonyme de droit commun par une société à capital variable (au cas d'espèce une société coopérative ouvrière de production) nécessite l'accord unanime des actionnaires de la société absorbée. En effet, conformément au statut des sociétés à capital variable, ces actionnaires s'exposent, en cas d'exclusion ou de retrait volontaire de la société, à être tenus pendant cinq ans, envers les autres associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de leur départ (art. L 231-6), ce qui suffit à caractériser l'augmentation de leurs engagements résultant de la fusion.

*iii. Consultation des obligataires*

Le projet de fusion doit être soumis aux assemblées d'obligataires des sociétés absorbées, sauf s'il a été proposé aux obligataires de les rembourser. Il en est ainsi même lorsque la société émettrice est filiale à 100 % de la société absorbante.

*iv. Consultation des titulaires de certificats d'investissement*

Lorsque la ou les sociétés absorbées (l'article L 236-9, al. 3 ne précise pas qu'il s'agit des sociétés absorbées mais ne vise, en pratique, que celles-ci) ont émis des certificats d'investissement et que ceux-ci subsistent encore, le projet de fusion doit être soumis à l'assemblée spéciale des titulaires de ces certificats (art. L 236-9, al. 3).

Toutefois, cette consultation de l'assemblée des titulaires de certificats d'investissement n'est pas nécessaire si la société absorbante s'engage à acquérir ces certificats sur simple demande de leurs titulaires. Encore faut-il que cette acquisition ait été acceptée par l'assemblée spéciale de ces titulaires.

## b. Dans la société absorbante

### i. *L'intervention et la mission des commissaires à la fusion*

#### *Intervention des commissaires aux apports*

Sous le régime antérieur à la loi 94-126 du 11 février 1994, lorsque la société absorbante était une société par actions ou une société à responsabilité limitée, les dirigeants sociaux devaient demander en justice la désignation d'un ou plusieurs commissaires aux apports chargés d'apprécier la valeur des apports en nature.

En fait, la mission du commissaire aux apports faisait double emploi avec celle du commissaire à la fusion mais les inconvénients de cette situation étaient, en partie, atténués par la pratique de nombreux tribunaux de commerce qui consistait à confier à la même personne la mission de commissaire aux apports et celle de commissaire à la fusion.

Prenant acte de cette pratique, la loi de 1994, dont l'objet était pourtant de réduire les formalités inutiles, a certes supprimé l'intervention des commissaires aux apports mais a reporté sur le commissaire à la fusion le soin d'établir un rapport sur l'évaluation des apports en nature.

Par ailleurs, l'intervention d'un commissaire aux apports est maintenue en cas d'absorption d'une filiale à 100 %.

#### *Intervention des commissaires à la fusion*

Lorsque l'opération est réalisée entre des sociétés de capitaux, société par actions ou société à responsabilité limitée, un ou plusieurs commissaires à la fusion désignés en justice doivent établir et présenter aux actionnaires ou associés de la société absorbante deux rapports, l'un sur les modalités de la fusion, l'autre sur la valeur des apports en nature, dans les mêmes conditions que celles prévues pour la société absorbée.

Dans la plupart des cas, toutes les sociétés participant à l'opération demandent la désignation des mêmes commissaires à la fusion de sorte que ces derniers établissent leurs rapports pour l'ensemble de l'opération et des sociétés concernées.

### ii. *L'intervention et la mission des commissaires aux comptes*

En principe, les commissaires aux comptes n'ont plus à intervenir dans les opérations de fusion ou de scission sauf quelques cas particuliers. Ainsi, en cas de reprise par la société absorbante des engagements résultant d'options de souscription consenties par la société absorbée à certains de ses salariés ou mandataires sociaux, le commissaire aux comptes doit présenter un rapport sur les modalités de calcul du nouveau prix de souscription.

De même, lorsque la fusion ou la scission intervient au cours du second semestre de l'exercice, les commissaires aux comptes doivent vérifier la sincérité de l'état comptable intermédiaire qui doit être mis à la disposition des actionnaires.

### iii. *Décision des associés*

La décision des associés de la société absorbante doit être prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts (art. L 236-2, al. 2). Comme pour la société absorbée, il convient donc d'appliquer les règles propres à chaque type de société pour les décisions collectives extraordinaires concernant le mode de consultation des associés (assemblée générale ou consultation écrite), les délais de convocation (y compris, éventuellement, l'avis préalable de réunion dans les sociétés par actions), le droit de communication des associés, les conditions de quorum et de majorité, les procès-verbaux, etc.

Toutefois, des règles particulières doivent être respectées lorsque la société absorbante est une société anonyme. Par ailleurs, dans les sociétés où l'entrée de nouveaux associés est soumise à un agrément, la question se pose de savoir s'il n'y a pas lieu de soumettre à l'agrément des associés de la société absorbante l'entrée dans cette société de nouveaux associés par suite de la fusion.

#### *Règles particulières applicables aux sociétés anonymes*

Lorsque la société absorbante est une société anonyme (ou, par voie d'assimilation, une société en commandite par actions, cf. art. L 226-1, al. 2 ou encore, pour l'essentiel, une SAS, cf. art. L 227-1, al. 3), l'assemblée générale extraordinaire est soumise à des règles particulières en ce qui concerne le contenu du rapport du conseil d'administration ou du directoire et l'information des actionnaires.

**1. Rapport du conseil d'administration ou du directoire.** Le conseil d'administration ou le directoire doit établir et mettre à la disposition des actionnaires un rapport écrit sur l'opération envisagée (art. L 236-9, al. 4 et R 236-5, al. 1).

Les mentions à faire figurer dans ce rapport sont les mêmes que celles prévues pour la société absorbée (voir n°26589).

Lorsque les titres de la société sont admis aux négociations sur un marché réglementé, diverses informations complémentaires doivent être données soit dans le rapport du conseil d'administration ou du directoire, soit, cas le plus fréquent, dans un document annexé à ce rapport (n°26540).

**2. Information des actionnaires.** Un mois au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion, les actionnaires de la société absorbante doivent avoir communication d'un certain nombre de documents sur l'opération envisagée et sur la situation financière de toutes les sociétés participant à cette opération (art. R 236-3).

Les règles à suivre sont les mêmes que celles concernant l'information des actionnaires de la société absorbée et appellent les mêmes remarques.

**3. Approbation des apports en nature.** L'assemblée générale extraordinaire appelée à statuer sur la fusion n'a plus à se prononcer en outre sur l'approbation des apports en nature

Il s'ensuit notamment que les limitations du droit de vote applicables en pareil cas (cf. art. L 225-10) disparaissent également et notamment celle qui frappait la société absorbée lorsqu'elle détenait une participation dans la société absorbante.

**4. Pouvoirs de l'assemblée.** A notre avis, l'assemblée générale n'est pas tenue d'adopter ou de rejeter « en bloc » les évaluations et la parité fixées dans le traité de fusion. Elle peut aussi les modifier, avec l'accord de l'assemblée générale des associés ou actionnaires de la société absorbée, pour tenir compte, par exemple, des observations présentées par les commissaires à la fusion ou de faits nouveaux intervenus depuis la signature du traité de fusion.

#### *Admission de nouveaux associés*

Une fusion de sociétés entraîne, dans la généralité des cas, l'entrée d'associés nouveaux dans la société absorbante. La question se pose alors de savoir s'il faut, à cette occasion, appliquer les dispositions légales ou statutaires relatives à l'agrément des nouveaux associés.

Remarque : La solution exposée ci-dessus concerne le cas de l'admission dans la société absorbante des actionnaires ou associés de la société absorbée.

Le problème de la mise en œuvre des dispositions légales ou statutaires relatives à l'agrément des nouveaux associés se rencontre également lorsque, dans le patrimoine de la société absorbée transmis à la société absorbante, figurent des parts ou des actions d'une tierce société dont la cession est soumise à agrément. A ce propos, il a été jugé qu'en principe ces dispositions ne sont pas applicables en cas de fusion ou de scission mais que les statuts de la société émettrice peuvent comporter une clause contraire.

#### *Cas où il existe des actions de diverses catégories*

Dans ce cas, la fusion est soumise à la ratification des assemblées spéciales réunissant les titulaires d'actions de chaque catégorie. Il en est ainsi, en particulier, lorsque la société a émis des actions de préférence.

Toutefois, cette ratification ne s'impose, à notre avis, que si la fusion porte atteinte aux droits particuliers des actionnaires de chaque catégorie.

#### *Absorption d'une société ayant émis des valeurs mobilières donnant accès au capital*

Lorsque la société absorbée a émis des valeurs mobilières donnant accès au capital, les titulaires de ces valeurs mobilières exercent leurs droits dans la société absorbante. Sauf stipulations contraires du contrat d'émission, il n'y a pas lieu à délibération de l'assemblée générale des obligataires (lorsque la valeur mobilière en cause est une obligation) (art. L 228-101, al. 1). La société absorbante est substituée de plein droit à la société émettrice dans ses obligations envers les titulaires de ces valeurs mobilières.

#### *iv. Absorption d'une filiale à 100%*

L'absorption par une société anonyme ou une société à responsabilité limitée d'une ou plusieurs de ses filiales à 100 % est soumise à un régime simplifié (art. L 236-11 ; art. L 236-23 et L 236-2) :

- pas de réunion d'une assemblée de la société absorbée ;
- pas d'intervention d'un commissaire à la fusion ;
- pas de rapport du conseil d'administration, du directoire ou des gérants sur la fusion.

De même, il n'est pas nécessaire, à notre avis, d'indiquer dans le traité de fusion certaines mentions (n°26530) qui n'ont d'utilité que si l'opération entraîne un échange d'actions, à savoir :

- le rapport d'échange des actions ;
- les modalités de remise des actions de la société absorbante ;
- la date à partir de laquelle ces actions donnent droit aux bénéfices.

La fusion doit seulement être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires ou associés de la société absorbante, cette assemblée devant statuer également sur l'évaluation des apports en nature au vu du rapport d'un commissaire aux apports désigné en justice (art. L 236-11).

S'il s'agit d'une société anonyme, le rapport du commissaire doit être déposé au siège social et tenu à la disposition des actionnaires huit jours au moins avant la date de l'assemblée. En revanche, il n'y a pas lieu, à notre avis, de le déposer également au greffe du tribunal de commerce, un tel dépôt n'étant requis qu'en cas d'augmentation du capital par apports en nature ce qui n'est pas le cas dans une fusion à 100 %.

Il n'existe pour les sociétés à responsabilité limitée aucune disposition analogue à celles indiquées ci-dessus pour les sociétés anonymes. Tout au plus doit-on, ici encore, écarter, à notre avis, l'obligation de déposer le rapport du commissaire aux apports au greffe du tribunal de commerce dès lors qu'il n'y a pas d'augmentation du capital (dans le même sens, avis CCRC 98-02, précité). Dans le silence des textes, le rapport du commissaire aux apports doit, nous semble-t-il, comme les autres documents destinés à permettre aux associés de se prononcer en connaissance de cause sur l'opération qui leur est soumise, être adressé aux associés et tenu à leur disposition au siège social quinze jours au moins avant l'assemblée. En cas de consultation écrite, il doit leur être envoyé en même temps que le texte des résolutions proposées.

### c. Dans la société nouvelle

Lorsqu'une société nouvelle est spécialement créée pour recevoir les apports-fusion de deux ou plusieurs sociétés existantes, cette société nouvelle doit être constituée selon les règles propres à la forme de société adoptée (art. L 236-2, al. 3).

#### *i. La société nouvelle est une société à responsabilité limitée*

Dans ce cas, la constitution de la société résultera d'un acte signé par les représentants des sociétés fusionnées (cf. art. L 223-6). Les associés de ces sociétés ne deviennent, à notre avis, associés de la société nouvelle qu'à partir du jour où celle-ci a obtenu son immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Les statuts ne peuvent être signés qu'au vu du rapport d'un commissaire aux apports désigné d'un commun accord entre les représentants des sociétés fondatrices ou, à défaut d'accord, par décision de justice.

Dans son rapport, le commissaire aux apports doit vérifier notamment que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant du capital de la société nouvelle issue de la fusion.

Par suite, les statuts de la société nouvelle, auxquels il convient d'annexer le rapport des commissaires aux apports, doivent être signés par tous les associés (cf. art. L 223-6), ce qui limite la portée pratique des dispositions nouvelles puisque l'opposition d'un seul associé et son refus de signer les statuts oblige à recourir à la procédure de droit commun.

Cette procédure de droit commun est également applicable si l'une des sociétés absorbées ne revêt pas la forme de SARL.

#### *ii. La société nouvelle est une société anonyme*

Par dérogation à la règle suivant laquelle la création d'une société anonyme exige la présence de sept actionnaires au moins, l'article L 236-12 dispose que, lorsqu'une fusion est réalisée par création d'une société nouvelle, celle-ci peut être constituée sans autres apports que ceux effectués par les sociétés procédant à leur fusion. Il faut respecter les règles de constitution d'une SA avec ou sans APE.

Le projet de statuts de la société nouvelle doit être approuvé par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés qui disparaissent et il n'est pas nécessaire de réunir les actionnaires de ces sociétés en assemblée générale constitutive de la société nouvelle (art. L 236-12, al. 2).

Cette suppression de l'assemblée constitutive de la société nouvelle appelle les remarques suivantes :

1. L'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés fusionnées doit statuer à la fois :

- sur l'approbation de la fusion après rapports d'un ou plusieurs commissaires à la fusion et du CA ou du directoire ;
- et sur l'approbation des statuts de la société nouvelle.

Mais elle doit aussi statuer sur l'évaluation des apports en nature après rapport d'un commissaire aux apports, ce rapport devant être annexé aux statuts (cf. art. L 225-14, al. 1).

2. Puisqu'il n'y a pas d'assemblée dans la société nouvelle, les premiers membres du CA ou du CS et les premiers CAC doivent être désignés dans les statuts et, de ce fait, la durée des fonctions des administrateurs ou des MCS surveillance ne peut excéder trois ans (art. L 225-18, al. 1).

### d. Publicité des fusions

En l'absence de dispositions autres que celles relatives à la déclaration de conformité imposant des formalités de publicité spéciales à la suite d'une fusion, il suffit :

- pour la société absorbée, de suivre les règles applicables aux dissolutions de société ;
- pour la société absorbante, de suivre les règles applicables aux modifications des statuts ;
- pour la société nouvelle, de suivre les règles applicables aux constitutions de sociétés.

Conformément au droit commun, la fusion n'est opposable aux tiers qu'à partir du moment où elle a été publiée au registre du commerce.

Remarque : Lors de l'immatriculation ou de l'inscription modificative au registre du commerce de chacune des sociétés concernées, il convient de mentionner la dénomination, la forme et le siège social de toutes les sociétés ayant participé à l'opération. Ces mentions doivent figurer également dans l'insertion que le greffier doit faire paraître au Bodacc (R 123-159).

Sur la publicité spéciale en cas d'apport de fonds de commerce, voir n°26857 s.

#### **Déclaration de conformité**

En cas de fusion (ou de scission), l'établissement et le dépôt au greffe du tribunal de commerce d'une déclaration de conformité sont requis à peine de nullité de l'opération (art. L 236-6, al. 3).

Cette déclaration de conformité doit être établie par toutes les sociétés ayant participé à l'opération, y compris les sociétés qui disparaissent.

Elle doit contenir, d'une part, une relation de tous les actes effectués en vue de procéder à la fusion ou à la scission, d'autre part, l'affirmation que cette opération a été réalisée en conformité de la loi et des règlements (art. L 236-6, al. 3).

Elle doit être signée par au moins un administrateur, membre du directoire ou gérant de chacune des sociétés participantes ayant reçu mandat à cet effet (art. R 236-4, al. 2).

La déclaration de conformité doit être déposée avec la demande d'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège de l'une des sociétés bénéficiaires.

## 2. La réalisation des scissions

### a. Situation de la société scindée

#### i. Intervention des commissaires à la scission

Lorsque les sociétés participant à la scission sont des sociétés par actions ou des sociétés à responsabilité limitée, un ou plusieurs commissaires à la scission doivent être désignés en justice à l'effet, d'une part, de vérifier la pertinence des valeurs relatives attribuées aux actions ou parts des sociétés participant à l'opération et le caractère équitable du rapport d'échange, d'autre part, d'apprécier la valeur des apports en nature et, le cas échéant, les avantages particuliers accordés (art. L 236-10 sur renvoi des articles L 236-16 et L 236-23).

Toutefois, l'intervention des commissaires à la scission est écartée lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

- d'une part, la scission est réalisée par création de sociétés nouvelles constituées sans autres apports que ceux de la société scindée ;
- d'autre part, les actions ou parts de chacune des sociétés nouvelles sont attribuées aux actionnaires ou associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société.

Rien ne s'oppose à ce que les parts ou actions des sociétés nouvelles soient attribuées aux associés ou actionnaires de la société scindée dans des proportions différentes de celles de leurs droits dans cette société.

Ce procédé permet, lorsqu'il existe deux groupes d'associés qui souhaitent se séparer, de scinder le patrimoine social par apports à deux sociétés nouvelles et d'attribuer aux associés de l'un des groupes uniquement des parts ou actions de l'une des sociétés nouvelles, ceux de l'autre groupe recevant uniquement des parts ou actions de l'autre société.

Cette solution - qui suppose l'accord unanime des associés puisqu'elle porte atteinte à l'égalité entre eux - est possible mais elle ne permet pas de se dispenser du rapport du commissaire à la scission bien que les sociétés nouvelles soient constituées sans autres apports que ceux de la société scindée.

#### ii. Décision des associés

La décision des associés doit être prise dans les conditions requises pour la modification des statuts (art. L 236-2, al. 2). Les indications fournies à propos des sociétés absorbées sont applicables aux sociétés scindées.

Comme en cas de fusion, l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société scindée est soumise à des règles particulières en ce qui concerne le contenu du rapport du conseil d'administration, du directoire ou des gérants et les documents à tenir à la disposition des actionnaires un mois au moins avant l'assemblée appelée à statuer sur l'opération.

#### iii. Consultation des obligataires

Le projet de scission doit être soumis aux assemblées d'obligataires de la société scindée sauf si le remboursement de leurs titres leur est proposé.

#### iv. Consultation des titulaires de certificats d'investissement

Le projet de scission doit être soumis à l'assemblée spéciale des titulaires de certificats d'investissement lorsqu'il en existe encore, sauf si les sociétés bénéficiaires décident d'acquérir ces titres sur simple demande de leurs titulaires.

### b. Situation des sociétés bénéficiaires des apports

#### i. Sociétés existantes

Lorsque les sociétés bénéficiaires des apports sont des sociétés par actions ou des SARL existantes, il convient d'appliquer les règles énoncées plus haut à propos des sociétés absorbantes en cas de fusion et notamment de faire intervenir un commissaire à la scission chargé d'établir deux rapports (art. L 236-10 sur renvoi de l'article L 236-16 pour les SA et L 236-23 pour les SARL) :

- l'un, sur les modalités de la scission ;
- l'autre, sur la valeur des apports en nature et, s'il en existe, sur les avantages particuliers accordés.

Comme en cas de fusion, si le contrat d'apport contient des dispositions qui portent atteinte aux droits des titulaires d'une catégorie particulière d'actions, il doit être soumis à la ratification d'une assemblée spéciale de ces titulaires.

Lorsque la société scindée a émis des valeurs mobilières donnant accès au capital, les titulaires de ces valeurs mobilières exercent leurs droits dans les sociétés bénéficiaires des apports dans les conditions visées ci-dessus (art. L 228-101).

## ii. Sociétés nouvelles

Chacune des sociétés nouvelles qui reçoit une fraction du patrimoine de la société scindée doit être constituée selon les règles propres à la forme de société adoptée (art. L 236-2, al. 3). Cette disposition appelle les remarques suivantes en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

### *Les sociétés nouvelles sont des sociétés à responsabilité limitée*

Lorsque les sociétés à responsabilité limitée nouvelles sont constituées avec des apports provenant non seulement de la société scindée mais aussi d'autres personnes morales ou physiques, la procédure normale de constitution des sociétés à responsabilité limitée doit être respectée. Ainsi, les statuts des sociétés nouvelles doivent être signés par les représentants de la société scindée et les autres associés après dépôt des fonds représentatifs des apports en numéraire, s'il en existe, et rapport d'un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par décision de justice.

Lorsque chacune des SARL nouvelles est constituée sans autre apport que celui effectué par la SARL scindée, les associés de la société scindée agissent de plein droit en qualité de fondateurs de chacune des sociétés nouvelles et les parts sociales représentant le capital de ces sociétés leur sont directement attribuées. Pour le surplus, les règles ordinaires de constitution des sociétés à responsabilité limitée sont applicables, y compris l'intervention d'un commissaire aux apports (art. L 236-23, al. 3 et 4).

### *Les sociétés nouvelles sont des sociétés anonymes*

En principe, les règles indiquées à l'occasion de l'étude des modalités de constitution des sociétés anonymes avec apports en nature sont applicables : minimum de sept actionnaires (la société scindée ne comptant que pour un), dépôt des fonds représentatifs des apports en numéraire s'il en existe, certificat du dépositaire, établissement d'un rapport par un commissaire aux apports désigné en justice, signature des statuts par le représentant de la société scindée et les autres souscripteurs.

Lorsque chacune des sociétés anonymes nouvelles est constituée sans autre apport que celui de la société anonyme scindée, l'assemblée générale des actionnaires de la société scindée doit approuver les statuts de chacune des sociétés nouvelles et il n'est pas nécessaire de réunir ces actionnaires en assemblée générale constitutive de chacune des sociétés nouvelles issues de la scission (art. L 236-17). Les actions des sociétés nouvelles sont directement attribuées aux actionnaires de la société scindée sans qu'il soit besoin de faire appel à six souscripteurs supplémentaires pour respecter le minimum légal de sept actionnaires requis lors de la constitution de toute société anonyme. Les actionnaires de la société scindée sont réputés être directement actionnaires des sociétés nouvelles.

Ces dispositions appellent les mêmes remarques qu'en cas de fusion par création d'une société nouvelle sans autres apports que ceux des sociétés fusionnées.

## c. Publicité de la scission

A l'issue des assemblées constatant la réalisation de la scission, il conviendra de procéder aux formalités de publicité suivantes :

- pour la société scindée, formalités prévues en cas de dissolution, sous réserve d'adaptation ;
- pour les sociétés bénéficiaires des apports, formalités prévues en cas de modification des statuts si ces sociétés ont été constituées avant la scission et formalités prévues en cas de constitution s'il s'agit de sociétés nouvelles issues de la scission.

Comme en cas de fusion, lors de l'immatriculation ou de l'inscription modificative au registre du commerce de chacune des sociétés concernées, il convient de mentionner la dénomination, la forme et le siège social de toutes les sociétés ayant participé à l'opération. Comme en cas de fusion, une déclaration de conformité doit être établie par toutes les sociétés ayant participé à l'opération.

## 3. La réalisation des apports partiels d'actifs

L'apport partiel d'actif est l'opération par laquelle une société fait apport à une autre (nouvelle ou déjà créée) d'une partie de ses éléments d'actif et reçoit, en échange, des titres émis par la société bénéficiaire des apports.

L'apport partiel d'actif peut porter sur un ou plusieurs éléments isolés (par exemple, un immeuble ou des titres en portefeuille) ou sur un ensemble de biens (par exemple, les éléments actifs et passifs d'une branche d'activité déterminée). Dans ce second cas, l'opération est comparable à une fusion ou à une scission en ce qui concerne l'actif apporté.

L'apport partiel d'actif permet notamment de « filialiser » une ou plusieurs branches d'activité de l'entreprise et de leur donner une existence juridique autonome. Il est aussi un moyen de concentration des entreprises, par exemple en permettant la réunion au sein d'une même société de branches d'activité identiques exercées par des sociétés appartenant à un même groupe, voire par des sociétés concurrentes.

Pour la société bénéficiaire c'est une augmentation de capital. Mais à la différence des fusions l'APA ne permet pas de céder des contrats sauf clause contraire dans l'accord. L'opération est un acte de gestion qui ne requiert par l'avis des associés ou actionnaires (ni AGO ni AGE) mais la loi permet aux sociétés de soumettre si elles sont d'accord l'opération au régime des scissions. Dans la pratique c'est cette option qui est prise en cas de transfert d'une branche complète d'activité.

## E. Les effets et fusions et scissions

### 1. Transmission universelle du patrimoine

Les fusions et les scissions entraînent la transmission universelle du patrimoine de la société qui disparaît (société absorbée, fusionnée ou scindée) au profit des sociétés existantes ou nouvelles qui le recueillent en tout ou en partie. Ces sociétés se substituent à la société absorbée ou scindée dans tous les biens, droits ou obligations de cette dernière.

#### a. Principe

La transmission universelle intervient de plein droit et porte même sur les biens de la société absorbée qui, par suite d'une erreur, d'un oubli ou pour toute autre cause, ne figureraient pas dans le traité de fusion. Cette transmission a vocation à s'appliquer à tous droits et biens.

#### b. Exceptions

A noter cependant que la transmission universelle ne saurait porter sur des biens qu'une disposition légale a rendus intransmissibles. Il en est de même lorsque l'intransmissibilité résulte de la volonté des parties exprimée dans l'acte et des contrats conclus « intuitu personae », c'est-à-dire fondés sur la personnalité de celui qui doit exécuter la prestation convenue. La reprise de tels contrats par la société absorbante est subordonnée à l'accord du cocontractant.

De même encore, la règle de principe selon laquelle les contrats administratifs sont incessibles sans l'accord préalable de l'autorité administrative compétente entraîne la nécessité d'obtenir cet accord en cas de fusion, scission ou apport partiel d'actif, faute de quoi la transmission du contrat serait inopposable à l'Administration qui pourrait même le résilier.

#### c. Transmission des dettes

Inversement, la société absorbante ou nouvelle est responsable des dettes de la société absorbée, y compris celles qui ne seraient pas mentionnées dans le traité de fusion.

Mais, en application du principe de la personnalité des poursuites et des sanctions (Convention européenne des droits de l'Homme art. 6), elle ne saurait devoir répondre des infractions pénales ou des manquements à des règlements administratifs pécuniairement sanctionnés commis par la société absorbée ou scindée dès lors que la fusion ou la scission n'a pas été réalisée dans le but avéré d'éviter toute poursuite.

### 2. Date d'effet de la fusion ou de la scission

#### a. Sociétés concernées

Lorsque la fusion ou la scission ne concerne que des sociétés existantes, elle prend effet, en principe, à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération. Toutefois, le contrat de fusion ou de scission peut prévoir une date d'effet différente pourvu que celle-ci ne soit (art. L 236-4) :

- ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la société absorbée ou de la société scindée, en cas d'effet rétroactif ;
- ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires, en cas d'effet différé.

La clause de rétroactivité n'a d'effet qu'entre les sociétés parties à la fusion. Elle ne concerne pas les tiers qui ne peuvent pas s'en prévaloir et qui doivent s'en tenir à la date de réalisation définitive de l'opération, celle à laquelle s'opère la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante.

La possibilité de donner un effet rétroactif (ou un effet différé) à la fusion ou à la scission n'est prévue par l'article L 236-4 que si les sociétés bénéficiaires sont des sociétés existantes. Elle doit donc être écartée lorsque l'opération est réalisée au profit d'une ou plusieurs sociétés nouvelles.

Lorsque la fusion ou la scission entraîne création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, elle prend effet à la date d'immatriculation au registre du commerce de la nouvelle société ou de la dernière d'entre elles (art. L 236-4, 1°).

Par « sociétés nouvelles », il faut entendre les sociétés dont la création résulte de l'opération de fusion ou de scission. Dans la pratique de tel opérations ne s'exécutent que dans des délais assez long afin d'éviter les incertitudes liées à la période intercalaire. Le législateur prévoit que la TUP s'effectue dans l'état ou il se trouve à la date de réalisation définitives de l'opération. (art L 236-3). Peu importe donc que la valeur du patrimoine est changée entre la date d'évaluation de celui-ci et la date de réalisation d'opération.

### b. Période intercalaire

La réalisation d'une fusion ou d'une scission entraîne, nous l'avons vu, l'accomplissement de formalités complexes impliquant des délais relativement longs. Une période de plusieurs mois s'écoule ainsi entre la date à laquelle ont été arrêtées les bases de l'opération (consistance et évaluation du patrimoine transféré, établissement du rapport d'échange des actions ou parts) et la date de réalisation définitive de la fusion ou de la scission (dernière des assemblées ayant approuvé l'opération).

Or, pendant cette période intermédiaire, la société appelée à disparaître poursuit ses activités : la consistance de son actif et de son passif s'en trouve nécessairement modifiée de telle sorte qu'au jour de la réalisation définitive de la fusion ou de la scission, la situation de la société n'est plus la même qu'au jour de l'arrêté du « bilan de fusion » ou du « bilan de scission ». La valeur des titres devant être émis par la société absorbante ou bénéficiaire des apports peut, elle aussi, évoluer et pas forcément dans le même sens. Il en résulte que l'évaluation des apports et le calcul des parités risquent d'être remis en cause au moment de la réalisation définitive de l'opération.

Mais l'article L 236-3, I dispose que le patrimoine des sociétés absorbées ou scindées est transmis aux sociétés bénéficiaires « dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ».

Cette règle a pour conséquence que la société absorbante ou les sociétés nouvelles doivent recueillir le patrimoine de la ou des sociétés qui disparaissent tel qu'il est au jour de la réalisation définitive de l'opération, quelle que soit la date à laquelle ont été évalués les biens apportés ; sauf décision contraire des assemblées appelées à statuer sur l'opération, les parités d'échange des droits sociaux fixées dans le projet de fusion ou de scission demeurent inchangées même si les actifs nets des sociétés en cause ont varié pendant la période intercalaire.

### c. Effet différé

L'article L 236-4 permet expressément de donner à la fusion ou à la scission une date d'effet postérieure à celle de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération pourvu que l'on ne dépasse pas la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires.

En pratique, cet effet différé est assez rare lorsqu'il s'agit d'une fusion ; on le rencontre plutôt lors des scissions et, plus encore, en cas d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions. Il est alors précisé, dans le traité d'apport, que la société bénéficiaire n'aura la jouissance des biens transférés qu'à une date déterminée, le plus souvent celle de la clôture de l'exercice en cours de la société apporteuse. Il ne semble d'ailleurs pas interdit de stipuler un terme (cf. C. civ. art. 1185), l'opération ne prenant effet qu'à la date ainsi fixée par hypothèse postérieure à celle de l'AGE, ce qui permettrait un transfert de propriété lui aussi différé, sous réserve toutefois d'un mécanisme permettant de se prémunir contre une éventuelle perte de période intercalaire.

## 3. Effets et droits

### a. Droits des organes sociaux

- Les effets sur les dirigeants : Les dirigeants de la société absorbée perdent de facto leur fonction. Afin de faciliter les opérations de fusion entre SA, la loi du 11 février 1994 (loi Madelin) autorise le dépassement du nombre maximale autorisée à savoir 18 (membres du CA ou de surveillance), le nombre de membre du CA ou de surveillance peut aller jusqu'à 24, loi NRE, délai possible durant un délai maximum de 3 ans (article L 225-95 du code de commerce).
- Les CAC : Le mandat des CAC de la société absorbée ou scindée prend fin avec l'opération. Les CAC des sociétés bénéficiaires conservent leur mandat jusqu'à l'arrivée du terme dans les conditions de droit commun sauf si à la suite de l'opération se révélait un cas d'incompatibilité. Si la fusion ou la scission débouche sur la création d'une société nouvelle pour laquelle la nomination d'un CAC est obligatoire celle-ci devra procéder à cette nomination dans les conditions prévues par la loi.

### b. Droits des créanciers non obligataires

La société bénéficiaire de la fusion ou scission devient débitrice de la société absorbée au lieu et place de celle-ci sans que cette substitution emporte novation à leur égard. En d'autre terme ceci signifie que la créance est reprise en l'état sans aucune modification. Les créanciers non obligataires de toutes sociétés participantes à une fusion peuvent faire opposition. En cas de scission l'opposition est possible mais uniquement dans le cas où le contrat de scission a stipulé que les sociétés bénéficiaires ne seront tenues que du passif mais à la charge de chacune et sans solidarité entre elles.

Remarques sur les modalités d'exercices du droit d'opposition : les créanciers doivent être titulaires d'une créance liquide et exigible. La créance doit être antérieure à la publicité du projet de fusion ou de scission. L'opposition doit être formée dans un délai de 30 jours à compter de la dernière formalité de publicité du projet. Le tribunal saisi peut soit rejeter l'opposition, soit ordonner le remboursement, soit ordonner la constitution de garantie.

L'opposition formée par un créancier n'empêche pas la poursuite des opérations, contrairement à ce qui se passe pour l'opposition exercée par les créanciers en cas de réduction du capital non motivée par des pertes. Si la société n'exécute pas la décision de justice, l'opération est inopposable aux créanciers, les créanciers de la société absorbée ou scindée qui ont fait opposition disposent d'un droit préférentiel sur le patrimoine de la société bénéficiaire de l'opération à l'égard des créanciers de celle-ci. Si ce sont les créanciers de la société bénéficiaire qui ont fait opposition, ils ont un droit de paiement préférentiel sur les créanciers de la société absorbée ou scindée.

## c. Droits des obligataires

### i. Obligataires de la société absorbée

La société absorbée ou scindée qui a émis un emprunt obligataire peut adopter l'une ou l'autre des deux solutions suivantes :

- soumettre le projet de fusion ou de scission à l'assemblée générale des obligataires ;
- ne pas consulter les obligataires mais leur proposer de les rembourser.

Il en est ainsi, à notre avis, même si la société absorbée ou scindée est une SARL. Certes l'article L 236-23 relatif aux fusions et scissions de SARL ne renvoie pas aux articles L 236-13 et L 236-18 qui mettent en place le régime de protection des obligataires en cas d'absorption ou de scission de la société anonyme émettrice des titres. Mais l'article L 223-11, al. 2 dispose que les obligations émises par les SARL sont soumises aux dispositions applicables aux obligations émises par les sociétés par actions (à l'exclusion de celles prévues par les articles L 228-39 à L 228-43 et L 228-51, articles qui ne concernent pas le cas qui nous occupe), y compris donc, peut-on soutenir, celles relatives aux droits des obligataires. Cette solution mériterait toutefois d'être confirmée par la loi.

#### *1<sup>er</sup> cas : Les obligataires sont consultés*

Deux hypothèses sont alors à distinguer en fonction du vote des obligataires.

- 1. Si les obligataires approuvent la fusion ou la scission**, ils deviennent alors, aux mêmes conditions, créanciers obligataires de la société absorbante ou nouvelle, la décision prise étant opposable à tous, y compris aux absents ou dissidents.
- 2. Si les obligataires repoussent le projet** de fusion ou de scission ou si l'assemblée générale n'a pu délibérer valablement faute du quorum requis, l'opération n'est pas pour autant bloquée. Le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, ou encore le président ou les dirigeants désignés dans les statuts dans les SAS, peuvent passer outre au refus des obligataires, mais ces derniers ont alors la possibilité de demander en justice, soit le remboursement des obligations, soit la constitution de garanties (art. L 228-73).

La **procédure** est alors la suivante :

- a.** La décision du conseil d'administration, du directoire ou des gérants (du président ou des dirigeants de SAS) de passer outre au refus des obligataires est publiée dans le journal d'annonces légales dans lequel a été inséré l'avis de convocation de l'assemblée des obligataires et, si la société fait publiquement appel à l'épargne ou si toutes ses obligations ne revêtent pas la forme nominative, au Balo.
- b.** Les représentants de la masse disposent d'un délai de trente jours, à compter de la publication de la décision des dirigeants de la société de passer outre au refus des obligataires, pour former opposition devant le tribunal de commerce à la fusion ou à la scission.
- c.** Le tribunal saisi statue sur l'opposition des représentants de la masse de la même manière qu'à l'égard des créanciers ordinaires (art. L 236-14 sur renvoi de l'article L 228-73) : il décide, soit le rejet de l'opposition, soit le remboursement des obligations, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes.

Les obligataires conservent leur qualité dans la société absorbante ou nouvelle ou dans la société bénéficiaire des apports résultant de la scission qui doit supporter la charge du remboursement des obligations (art. L 228-73, al. 2) à moins, bien entendu, que le tribunal n'ait ordonné ce remboursement.

#### *2<sup>e</sup> cas : Les obligataires ne sont pas consultés*

Lorsque la société débitrice s'est abstenue de consulter l'assemblée générale des obligataires, elle doit offrir à ces derniers le remboursement de leurs titres sur simple demande de leur part (art. L 236-13, al. 1).

La société absorbante (art. L 236-13, al. 2) ou les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission (ces dernières étant tenues solidairement, art. L 236-18, al. 2) sont débitrices à l'égard des obligataires qui demandent le remboursement.

L'offre de remboursement doit être publiée, d'une part, au Balo, que la société débitrice fasse ou non publiquement appel à l'épargne, d'autre part, à deux reprises, dans deux journaux d'annonces légales du département du siège social, le délai entre les deux insertions étant de dix jours au moins. Au total, la société doit donc effectuer cinq insertions.

En outre, les titulaires d'obligations nominatives sont informés de l'offre de remboursement par lettre simple ou recommandée au choix de la société. Si toutes les obligations sont nominatives, la publicité par insertion au Balo et dans deux journaux d'annonces légales est facultative.

En cas de fusion, les obligataires disposent d'un délai de trois mois à compter de la dernière formalité de publicité ou de l'envoi de la lettre prévue ci-dessus pour demander le remboursement de leurs titres. Tout obligataire qui n'a pas demandé son remboursement dans le délai ci-dessus prévu conserve sa qualité dans la société absorbante aux conditions fixées par le contrat de fusion.

En cas de scission, la loi (art. L 236-18) n'impose pas aux obligataires de la société scindée de présenter leur demande de remboursement dans un certain délai. Malgré l'illogisme de cette solution, l'absence de précision conduit à admettre que les obligataires pourront à tout moment demander leur remboursement.

### ii. Obligataires de la société absorbante

Il n'est pas nécessaire de soumettre le projet de fusion aux AG d'obligataires de la société absorbante (art. L 236-15).

Toutefois, les représentants de la masse, sur mandat de l'assemblée générale des obligataires, peuvent former opposition à la fusion dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que peuvent le faire les créanciers ordinaires ; notamment, l'opposition doit être portée devant le tribunal de commerce dans les trente jours de la dernière insertion relative au projet de fusion.

De même, en cas de scission, le projet n'a pas à être soumis aux obligataires des sociétés auxquelles le patrimoine de la société scindée est transmis.

## d. Les salariés

Les CE de toutes les sociétés participantes à l'opération de fusion ou de scission doivent être consulté préalablement. Certes, les salariés bénéficient de l'article L 1224 du code de travail, qui prévoit le transfert de plein droit des contrats de travail. Mais cette protection peut parfois être illusoire dans la mesure où les opérations de restructuration implique souvent une réorganisation de l'entreprise nécessitant des licenciements économiques. Les salariés de la société absorbée ou scindée sont soumis à la convention collective qui les liaient à l'ancien employeur jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle qui lui est substituée. A défaut de conclusion d'une nouvelle convention dans le délai d'un an, les salariés conservent le bénéfice des avantages individuels acquis.

## F. Sanctions et irrégularités des fusions et scissions

Conformément aux directives européennes, le régime des nullités en matière de fusion ou de scission fait l'objet de règles particulières examinées ci-dessous.

Lorsqu'elles ne permettent pas la mise en œuvre d'une action en nullité, les irrégularités constatées peuvent donner lieu à une action en régularisation et, éventuellement, à une action en dommages-intérêts.

### 1. Cause de nullité

La nullité d'une fusion ou d'une scission ne peut être prononcée que pour deux causes (art. L 235-8, al. 1) :

- nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé l'opération ;
- défaut de dépôt de la déclaration de conformité.

Conformément aux règles de droit commun fixées par l'article L 235-1, la nullité des assemblées ayant décidé la fusion ou la scission peut résulter d'une disposition expresse de la loi sur les sociétés commerciales (par exemple, violation des règles de quorum ou de majorité), d'une des dispositions qui régissent la nullité des contrats.

### 2. Action en nullité

#### Prescription

L'action en nullité d'une fusion ou d'une scission se prescrit par six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération (art. L 235-9, al. 2).

Cette prescription abrégée est également applicable aux apports partiels d'actif soumis au régime des scissions bien que l'article L 235-9, al. 2 ne soit pas visé par l'article L 236-22 qui fixe le régime des apports partiels d'actif.

#### Régularisation

Chaque fois qu'il est possible de porter remède à l'irrégularité constatée, le tribunal saisi de l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission doit accorder aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation (art. L 235-8, al. 2).

#### Publicité

Lorsque la décision judiciaire prononçant la nullité est devenue définitive, elle doit faire l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret (art. L 235-11, al. 1).

### 3. Effets de la nullité

#### Absence d'effet rétroactif

Les décisions prononçant la nullité sont sans effet sur les obligations, à la charge ou au profit des sociétés bénéficiaires, nées entre la date de prise d'effet de l'opération et celle de la publication de la décision prononçant la nullité (art. L 235-11, al. 2).

#### Responsabilité des sociétés participantes

En cas d'annulation d'une fusion, toutes les sociétés ayant participé à l'opération sont solidairement responsables de l'exécution des obligations à la charge de la société absorbante nées entre la date d'effet de l'opération et la date de publication de la décision ayant prononcé la nullité (art. L 235-11, al. 3).

Il en est de même en cas de scission. La société scindée est responsable solidairement avec les sociétés bénéficiaires de toutes les obligations nées à la charge de ces sociétés. Chacune des sociétés bénéficiaires répond des obligations à sa charge nées entre la date de prise d'effet de la scission et celle de la publication de la décision ayant prononcé la nullité (art. L 235-11, al. 3).

Action paulienne : C'est une action qui va permettre d'intervenir sur une fusion par les créanciers lorsqu'il y a fraude. Les créanciers peuvent intervenir sur le contrat dès lors qu'ils sont lésés.

## IV. Le fonctionnement des groupes financiers

Le groupe n'a pas de personnalité juridique propre en droit des sociétés par contre il a une existence juridique. Le principe de fonctionnement des groupes repose sur l'autonomie juridique des sociétés le composant. Néanmoins ce principe supporte de plus en plus de tempérament d'origine légale ou jurisprudentielle. D'autres branches du droit sont prises en compte. La réalité économique et sociale des groupes des sociétés, c'est le cas notamment du droit comptable (comptes consolidés) ou le droit du travail qui met en place depuis 1982 des comités de groupe. La jurisprudence n'est pas en reste puisque la chambre criminelle de la cour de cassation a élaboré une approche du groupe telle qu'elle permet aux dirigeants sociaux si la structure en cause entre dans le cadre défini par elle d'échapper à la qualification du délit d'ABS (référence à la jurisprudence dans l'arrêt Rozemblum de 1985). La jurisprudence sociale a forger de son côté dans les années 70 la notion d'unité économique et sociale (UES) qui permet d'étendre la représentation du personnel à des centres d'activités (loi du 28 août 1982 dite loi Auroux). Par ailleurs le droit communautaire imprègne de son influence l'évolution des droits interne et à forger notamment une définition du groupe européen dans la directive consacrée à la création des comités de groupe sur le territoire de l'union.

### A. Principe de l'indépendance des sociétés membres du groupe

#### 1. Conséquences à l'égard des sociétés du groupe

Chaque société a la pleine personnalité morale avec les droits qui s'y rattache

Les contrats conclus entre les sociétés d'un même groupe sont soumis à la réglementation de l'article L223-19 du code de commerce (convention réglementée dans les SARL) ou L225-38 du code de commerce (pour les SA). Le seuil de participation dont il faut tenir compte est de 10%.

La société mère n'est pas tenu d'exécuter les obligations contractées par ses filiales et inversement.

Les opérations de cautionnement des tiers auxquelles les sociétés membres du groupe sont assimilés sont soumises à l'autorisation préalable du CA ou du directoire (article L225-35 C. Com).

Remarque : La Cour de cassation par un arrêt de sa chambre commerciale du 8 janvier 1994 a tenu à rappeler ce principe d'indépendance. Dans cette affaire une société mère avait délivré à une banque une lettre d'intention en faveur de sa filiale avec engagement ferme de garantie en cas de défaillance de cette dernière. La filiale fut mise en liquidation après que la banque ait octroyé le crédit prévu. Cette garantie avait été prise sans autorisation préalable du CA. La Cour d'Appel a condamné la société mère à payer à la banque le montant de la dette de la filiale mais la cour suprême a cassé la décision au motif qu'une telle lettre comportait un engagement ferme et entrainait dans le champs d'application de l'article 98-4 de la loi de 1966. De ce fait faute d'autorisation préalable au CA la lettre est inopposable à la société mère.

#### 2. Garantie des engagements des filiales

##### a. Cautionnement

La société mère peut s'engager envers le créancier à exécuter l'obligation à la charge de sa filiale si cette dernière ne le fait pas elle-même (C. civ. art. 2288). Elle se trouve alors généralement tenue au versement d'une somme d'argent mais rien n'interdit de prévoir l'exécution en nature de l'obligation garantie comme, par exemple, exécuter un marché que la filiale n'aurait pas mené à bien.

Le cautionnement présente un caractère accessoire puisque c'est l'obligation même de la filiale que la société mère s'engage, le cas échéant, à exécuter. Il en résulte les conséquences suivantes :

- elle ne peut devoir plus que la filiale elle-même (mais elle peut devoir moins si elle a donné cautionnement d'un montant limité) ;
- elle peut opposer au créancier les exceptions tirées du contrat de base et dont la filiale pourrait se prévaloir à l'encontre du bénéficiaire du cautionnement (telles que l'inexécution par celui-ci de ses obligations contractuelles ou la nullité du contrat de base) ;
- l'extinction de la dette principale, ou le fait que le contrat a été mené à bien, la décharge de ses obligations.

##### b. Garantie autonome

La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

La société mère qui accepte de consentir une garantie autonome se trouve tenue de régler au créancier de la filiale toutes les sommes que celui-ci réclamera en application de la lettre de garantie. Telle est la situation si la société mère s'engage, pour le cas où la filiale ne remplirait pas ses obligations, à payer les sommes que lui réclamera le cocontractant dès la première demande de celui-ci. A la différence du cautionnement, la garantie autonome (ou à première demande) est, comme son nom l'indique, indépendante de l'obligation principale.

Il résulte de l'autonomie de la garantie que les modalités de sa mise en œuvre et les conditions dans lesquelles le garant pourra se retourner contre le donneur d'ordre sont fixées uniquement par la convention des parties. Le garant ne peut pas invoquer les droits énumérés ci-dessus, dont bénéficie la caution et qui sont la conséquence du caractère accessoire du cautionnement.

Ce type de garantie est très contraignant car la société mère ne peut, sous peine d'engager sa responsabilité, refuser au bénéficiaire le règlement immédiat des sommes que celui-ci réclame en application de la garantie.

### c. Lettre d'intention

Traditionnellement, la lettre d'intention, encore appelée lettre de parrainage ou lettre de confort, est un document adressé par une société mère à un créancier de sa filiale (le plus souvent une banque) dans lequel cette société assure ce créancier du respect des engagements contractés par sa filiale. La portée de ce document et l'étendue de l'obligation de la société mère dépendent des termes employés dans la lettre.

L'article 2322 nouveau du Code civil, issu de l'ordonnance 2006-346 du 23 mars 2006, définit la lettre d'intention comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

Cette définition législative suscite deux conséquences :

- une simple déclaration ne saurait constituer aujourd'hui une lettre d'intention ;
- quelle que soit la qualification de la lettre en termes d'obligation de moyens ou de résultat, elle doit être autorisée par le conseil d'administration dans les sociétés anonymes.

Malgré son caractère unilatéral, la lettre d'intention constitue « un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire » accepté par son destinataire, soit expressément, soit tacitement du fait de son comportement (par exemple, parce qu'il a attendu de recevoir cette lettre pour remplir ses propres obligations à l'égard de la filiale ou que les termes de la lettre ont été arrêtés d'un commun accord entre les parties).

La société mère se trouve alors tenue soit à une « obligation de moyens », soit à une « obligation de résultat », étant observé que c'est au créancier qui réclame la réparation de l'inexécution de l'obligation d'en établir la nature et le contenu. La distinction entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat est délicate et engendre une certaine insécurité juridique dans la mesure où elle donne parfois lieu à des solutions fluctuantes.

#### Obligation de moyens

La société mère est tenue à une obligation de moyens lorsqu'elle n'a promis dans la lettre qu'une diligence et n'a donc pas pris d'engagement précis imposant un résultat.

Si elle ne respecte pas cette obligation de diligence, la société mère peut être condamnée à verser au créancier des dommages-intérêts, le cas échéant d'un montant égal à la créance de l'intéressé, mais à la condition que celui-ci établisse qu'elle a commis une faute et que cette faute est en relation directe avec le préjudice qu'il a subi. C'est ainsi qu'il ne peut lui être reproché de s'abstenir d'apporter à sa filiale une aide susceptible de compromettre sa propre survie.

A l'inverse, sa responsabilité peut être engagée alors même qu'elle a déjà consenti à sa filiale des aides d'un montant bien supérieur à celui de la créance en cause. Contrairement à l'idée communément admise, les conséquences pécuniaires résultant d'une lettre d'intention peuvent donc être beaucoup plus lourdes que celle résultant d'un cautionnement.

#### Obligation de résultat

La lettre d'intention est considérée comme une obligation de résultat lorsque son auteur s'engage à un résultat précis et déterminé, dépourvu d'aléa.

Les tribunaux déterminent au cas par cas en fonction des termes employés dans la lettre d'intention si l'engagement souscrit peut être qualifié d'obligation de résultat.

Peuvent également être qualifiées d'obligation de résultat les obligations de ne pas faire, notamment l'obligation prise par une société de ne pas céder sa participation dans la filiale débitrice. De telles obligations peuvent figurer dans les lettres d'intention parmi des obligations de faire ou constituer le seul engagement du signataire.

Si le résultat promis n'est pas atteint, le créancier peut obtenir des dommages-intérêts. A la différence du cautionnement, le créancier qui se prévaut d'un manquement à une obligation de résultat ne peut donc pas prétendre au paiement des sommes dues par la filiale. Le créancier n'a pas à prouver que la société mère a commis une faute. Celle-ci ne peut alors se dégager de sa responsabilité que si elle arrive à établir que l'inexécution de son obligation est due à une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, ce qui ne saurait, à notre avis, couvrir l'hypothèse où elle serait elle-même en situation financière difficile.

### 3. Conséquence à l'égard des tiers

Le président de la société mère n'a pas pour vocation de représenter les filiales et inversement.

## B. La prise en compte des liens entre les sociétés du groupe

La prise en compte des liens entre les sociétés membres du groupe a pour objet de favoriser les échanges à l'intérieur du groupe et d'autre part de mieux surveiller le fonctionnement du groupe.

## 1. Effets sur les sociétés membres

### a. Obligations législatives

- **Renforcement des obligations** : On peut rappeler que la loi impose une réglementation sur les participations croisées et la tenues de comptes consolidés pour les sociétés appartenant à un groupe. Les sociétés prenant des participations significatives sont obligés de fournir des informations multiples
- **Assouplissement des obligations** : La loi bancaire de 1984 prend en compte la pratique des groupes en autorisant expressément les opérations de trésorerie et le regroupement des différentes trésoreries de ces sociétés en pools. Par soucis de réalisme elle remet en cause le principe de monopole bancaire. L'article 12-3 de la loi bancaire : « Une entreprise quelque soit sa forme peut procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle directement ou indirectement des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ».

### b. Intervention jurisprudentielle

La jurisprudence a en matière pénale dès 1974 (Tribunal correctionnel de Paris du 16 mai 1974 dans l'affaire des frères Willot) a admis la solidarité financière entre sociétés membres d'un groupe a condition :

- De se trouver en présence d'un groupement fortement et non artificiellement structuré ;
- Que le sacrifice demandé à l'une des sociétés soit fait dans l'intérêt du groupe ;
- Que ce sacrifice n'entraîne pas pour la société qui les consent de risques trop important et sans contreparties suffisantes.

Ces conditions remplies permet aux dirigeants d'échapper à la sanction d'ABS.

Cette jurisprudence a été confirmé et préciser par la Cour de cassation par un arrêt de la chambre criminelle du 4 février 1985 dans l'affaire Rozenblum. L'incrimination d'ABS disparaît si le concours financier remplit les conditions suivantes :

- Il doit être dicté par un intérêt économique social ou financier commun apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ;
- Il ne doit pas être démuné de contreparties ;
- Il ne doit pas excéder les possibilités financières de la société qui fait le sacrifice

### c. La pratique

La CNCC a publié une étude relative aux conventions passées au sein d'un groupe après avoir consulter la chancellerie, le MEDEF et l'AMF. Cette étude conduit à réduire le nombre de conventions réglementées passées entre des sociétés d'un groupe ayant des dirigeants communs. Elle définit les conditions auxquelles doivent répondre ces conventions pour être considérés comme des conventions courantes et concluent à des conditions normales de marché. Il appartient au CAC d'apprécier le caractère desdites conventions (rapport spécial sur les conventions L225-38). Il lui est possible de les réintégrés dans le régime des conventions réglementées si les conditions ne sont pas ou ne sont plus réunies.

- Les transactions commerciales courantes : Elles sont présumées avoir un caractère normal. L'appréciation porte sur les conditions normales du marché et sur les contreparties éventuelles dans le groupe ;
- Les frais commun du groupe : Les facturations résultant de la prise en charge de ces frais : ce sont des conventions courantes mais les conventions sont appréciés à l'égard du prix (facturation au coût de revient avec une marge bénéficiaire raisonnable).
- Transactions sur immobilisations : Le caractère normal est présumé quelque soit l'immobilisation sauf s'il s'agit d'un élément significatif pour la société. Le caractère normal est présumé lorsqu'elles sont réalisées à un prix de marché.
- Transaction financière : Le caractère courant de ces transactions est présumé. Le caractère normal doit être apprécié au regard d'un traitement égalitaire des sociétés du groupe sur la question du taux d'intérêt pratiqué.

En revanche les abandons de créance, subventions et prêt sans intérêt relèvent toujours du régime des conventions réglementées.

## 2. Effets sur les associés des sociétés membres

Le code de commerce prévoit un système de protection très développer des associés ou des actionnaires des sociétés membres d'un groupe. La jurisprudence n'ignore pas les associés notamment minoritaire en sanctionnant l'abus de majorité.

### a. Les dispositions légales

#### La protection par l'information :

Le système de protection s'articule surtout autours des obligations d'informations. Il s'agit de rappeler l'obligation de rédiger un rapport de gestion du groupe et d'établir et présenter des comptes consolidés.

#### Les autres moyens de protection :

- Le Code de commerce prévoit une réglementation des conventions conclus entre sociétés ayant des dirigeants communs. Il faut noter que même lorsque des sociétés du groupe n'ayant pas de dirigeants communs concluent entres elles des conventions elles ne sont pas systématiquement exonérées de l'application des règles relatives aux conventions réglementées. Il faut regarder le seuil des 10% ;
- Les actionnaires minoritaires de société inscrites à un marché réglementé peuvent sous certaines conditions demander à se retirer (OPR) ;
- La responsabilité pénale pour délit d'initié des dirigeants qui spéculeraient sur les titres des filiales cotées en bourse peut être engagées (c'est le fait de profiter d'informations privilégiées) ;
- Les associations d'actionnaires minoritaires de sociétés cotées charger de défendre leurs intérêts (5% dégressif) (Article L225-120 C Com) ;
- Une filiale peut émettre des obligations donnant droit à l'acquisition d'action émise par la société mère mais sur autorisation de l'AGE de cette dernière.

### b. Jurisprudence

Les décisions prises alors qu'un abus de majorité est constaté peut être annulée. La nullité est d'ordre publique et peut être soulevé par tout actionnaire alors même que celui-ci aurait voté en faveur de la résolution contesté. L'abus de majorité consiste à prendre des décisions :

- Contraire à l'intérêt social ;
- Dans le seul but de favoriser les majoritaires ;
- Au mépris des minoritaires.

Les juges ont admis qu'un actionnaire puisse demander la désignation en justice d'un administrateur provisoire (à ne pas confondre avec l'administrateur judiciaire) dans le cas où le dirigeant de la société fait l'objet de poursuites pénales.

## 3. La situation des tiers

La jurisprudence ne néglige pas les intérêts des tiers qui contractent avec une société appartenant à un groupe.

- En cas de redressement judiciaire d'une filiale : Le tribunal peut décider de faire supporter les dettes de la filiale sur la société mère en étendant la procédure d'extension du passif à celle-ci. Certaines conditions doivent être remplies :
  - o Lorsque l'insolvabilité de la filiale résulte d'une faute commune entre les dirigeants de la filiales et ceux de la société mère ;
  - o Ou lorsque la société mère s'est portée garante dans les conditions légales de sa filiale.

Les tribunaux peuvent étendre le redressement judiciaire à l'ensemble des sociétés du groupe si les filiales ont été constituées en fraude des droits des créanciers (société fictive) ou dans le cas où il y a confusion de patrimoine. On peut en tout état de cause appliqué la théorie de l'apparence. Le groupe passe aux yeux des tiers comme une seule société.

- En dehors du redressement judiciaire (in bonis) les tribunaux admettent dans certains cas que les créanciers d'une société du groupe puisse demander à une autre société le paiement de leurs créances. Ce sera la cas :
 

Si les créanciers ont pu croire que les deux sociétés n'en formaient qu'une en application de la théorie de l'apparence notamment lorsque la société mère commet la faute de créer l'apparence d'une absence d'autonomie de la filiale. Il en a été jugé ainsi dans une situation où la société mère après l'opération de création d'une société nouvelle par voie de scission avait garder avec sa filiale :

  - o Le même siège sociale et lieu d'exploitation ;
  - o La même enseigne ... ;
  - o Lorsqu'une des société a eut un comportement fautif en laissant croire par exemple qu'elle prenait part à l'engagement d'une autre.

## 4. La situation des salariés du groupe

### a. Droit communautaire

Une directive du 22 septembre 1994 prévoit que les grandes entreprises à vocation européenne, les groupes européen doivent mettre en place un comité d'entreprise européen. La directive définit le groupe d'entreprise de dimension communautaire. Il doit remplir les conditions suivantes :

- Employé au moins 1 000 travailleurs dans les états membres ;
- Comporter au moins 2 entreprises membres du groupe dans 2 états membres différents ;
- Employer dans chacune de ces entreprises au moins 150 travailleurs.

### b. Droit interne

La loi du 28 octobre 1982 dite loi Auroux impose la création d'un comité de groupe lorsqu'une entreprise est amené à en dominer d'autres. « Est considéré comme entreprise dominante pour la constitution d'un comité de groupe une entreprise qui exerce une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient 10% du capital lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

La loi NRE du 15 mai 2001 renforce le rôle du CE lors des opérations d'OPA ou OPE et plus généralement de concentrations.

Le Code du travail prévoit qu'un salarié licencié par une filiale puisse être réintégré dans la société mère s'il n'a pas commis de faute.

### c. Jurisprudence

#### La représentation des salariés :

La jurisprudence a posé dans les années 70 le principe que les sociétés d'un groupe sont considérés comme une entreprise unique dès lors qu'elles constituent une UES (Unité Economique et Sociale) caractérisé par la concentration de la direction et la complémentarité des activités. Cette théorie a été consacrée par les lois Auroux de 1982. Dès lors que l'UES regroupe au moins 50 salariés elle doit mettre en place un CE commun, procéder à la désignation des DP et admettre les DS. La constatation de l'existence de l'UES résulte soit d'une convention soit d'une décision de justice.

#### L'ancienneté :

Un salarié peut se prévaloir en cas de transferts successifs de l'ancienneté au service des différentes société d'un groupe notamment pour le calcul des indemnités de licenciement.

#### La rupture du contrat de travail :

Lorsqu'un salarié se trouve en l'état de subordination commun à plusieurs société d'un groupe les indemnités de licenciement peuvent être demandée indifféremment à l'une d'entre elle.

#### Les licenciements économiques collectifs :

Les possibilités de reclassement dans le cadre du plan social doivent être rechercher au sein du groupe.

#### La clause de non concurrence :

Lorsqu'un salarié passe d'une société appartenant à un groupe dans une autre société du même groupe alors que les deux employeurs successifs sont d'accords la clause de non concurrence imposées par la première société est sans effets sur la seconde. Les juges estiment que les deux entreprises ne sont pas en situation de réelle concurrence sauf à apporter cette preuve.