

Opérations transfrontalières : un régime harmonisé enfin à l'horizon

La construction du droit européen des sociétés a connu un important coup d'accélérateur avec la publication le 25 avril 2018 d'un "pack" de propositions de directive modificatives de la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects de droit des sociétés comportant, d'une part, une proposition de directive relative aux transformations, fusions et scissions transfrontalières et, d'autre part, une proposition sur l'utilisation d'outils numériques en droit des sociétés. La proposition de directive relative aux opérations transfrontalière cherche à remédier à l'insuffisance du droit en vigueur en matière de transfert de siège social et de scission transfrontalières.

PAR MICHEL MENJUCQ

La publication le 25 avril 2018 de deux propositions de directive modifiant la directive n° 2017/1132/UE du 14 juin 2017 relative au droit des sociétés marque une étape importante dans l'avènement d'une nouvelle ère de la mobilité transfrontalière des sociétés et du numérique. Ces propositions visent à modifier la directive n° 2017/1132/UE en ce qui concerne, d'une part, les transformations, fusions et scissions transfrontalières (Prop. PE et Cons. UE, dir. (UE) 25 avr. 2018, COM (2018) 241 final) et d'autre part, l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés (Prop. dir. PE et Cons. UE, 25 avr. 2018, COM (2018) 239 final)¹.

La proposition de directive sur les opérations de transformation, de fusion et de scission transfrontalières sur laquelle se focalisera exclusivement cette courte étude vise à instituer un droit harmonisé de la mobilité transfrontalière des sociétés de capitaux, caracté-

sé par un corps de règles commun aux différentes modalités de mobilité que sont la transformation (il faut comprendre transfert de siège social), la fusion et la scission transfrontalières². Cette proposition de directive s'inscrit dans le sillage de la société européenne³ et de la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, recodifiée par la directive n° 2017/1132/UE. Par l'instauration d'un régime harmonisé de la mobilité transfrontalière, la proposition de modification de la directive n° 2017/1132/UE réalise une avancée juridique majeure que les milieux d'affaires attendaient depuis longtemps. Cette attente s'était manifestée dans le cadre de la consultation sur les fusions et les scissions transfrontalières réalisée en 2015 par la Commission européenne dont il résultait que 72 % des personnes ayant répondu considéraient que l'adoption d'un régime harmonisé des



Si la proposition de directive est adoptée en l'état, il existerait un socle commun de règles pour la transformation, la fusion et la scission transfrontalières.

¹ V. K. Luciano, L'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés : BJS juill. 2018, p. 470 et s.

² Voir Th. Mastrullo - Les scissions transfrontalières - BJS juill. 2018, p. 456 et s. - E. Schlumberger, Les fusions transfrontalières - BJS juill. 2018, p. 463 et s. Voir aussi, M. Menjucq, Transformation transfrontalière : une évolution à l'horizon, Revue Europe, 1/2019, étude 1, p. 4. Sur la proposition de directive relative aux transformations, fusions et scissions transfrontalière, voir aussi M. Menjucq, Juris-cl. Europe (Traité), fasc. 870.

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

scissions transfrontalières favoriserait les activités des entreprises en réduisant les coûts liés à une telle opération⁴.

En effet, si les fusions entre sociétés situées dans différents États membres sont déjà possibles depuis l'entrée en vigueur de la directive précitée du 26 octobre 2005 et sa transposition en droit français par une loi du 3 juillet 2018 d'adaptation du droit français au droit communautaire, tel n'est pas le cas pour le transfert de siège d'un État membre vers un autre État membre ni pour des scissions entre sociétés ayant leur siège dans différents États membres. Certes, sous l'expression de transformation transfrontalière, la jurisprudence de la CJUE avait déjà posé le principe que le transfert du siège statutaire qui provoque le changement de la loi nationale applicable à une société (la *lex societatis*) relève de la liberté d'établissement prévue par les articles 49 et 54 TFUE, de sorte que les États membres ne peuvent pas empêcher une telle opération, et ce même si les établissements de la société et sa direction effective (c'est-à-dire son siège réel) demeurent dans l'État membre d'origine⁵.

BESOIN DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

Cependant, il n'existait aucun régime harmonisé ni du transfert de siège social, ni des scissions transfrontalières. Il en résulte pour le transfert de siège que celui-ci ne peut, à ce jour, que se réaliser d'une part, de manière risquée pour la société qui peut perdre sa personnalité juridique lors de la procédure de transfert en l'absence de coordination des registres nationaux et, d'autre part, de manière sauvage pour les créanciers qui ne bénéficient d'aucune protection. En ce qui concerne les scissions transfrontalières, la décision de procéder à cette opération ne peut être adoptée à défaut de réunir l'unanimité des associés de la société scindée, ce qui est, évidemment, un obstacle très sérieux pour des sociétés ayant un actionariat développé. Or, les scissions sont des opérations désormais courantes puisque pour l'année 2017, les seules scissions de

à propos de

MICHEL MENJUCQ

Michel Menjucq est professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I-Panthéon-Sorbonne) où il dirige le master 2 Opérations et fiscalité internationales des sociétés. Il est l'auteur de l'ouvrage intitulé *Droit international et européen des sociétés*. Spécialiste du droit des entreprises en difficulté et de l'insolvabilité européenne et internationale, il est directeur scientifique de la *Revue des procédures collectives* (éd. Lexis Nexis). Parallèlement à ses activités scientifiques, il est consultant et pratique l'arbitrage interne ou international.



sociétés cotées réalisées en Europe ont représenté 37,5 Mds€⁶. Encore, ne s'agissait-il que d'opérations internes n'impliquant que des sociétés situées dans un même État membre. D'où l'intérêt de la proposition de directive qui permettrait de pratiquer des opérations de scissions impliquant des sociétés de plusieurs États membres. Pour parvenir à ce résultat, la proposition de directive institue une harmonisation des procédures de transformation et de scission transfrontalières. Notamment, la proposition de directive harmonise le processus décisionnel et la protection des "parties prenantes" que sont les associés minoritaires, les créanciers et même les salariés. Elle sécurise aussi la conservation de la personnalité morale des sociétés réalisant de telles opérations en prévoyant une coordination des registres nationaux. Cette harmonisation s'effectue sur le modèle de la procédure de fusion transfrontalière issue de la directive du 26 octobre 2005 (intégrée dans la directive 2017/1132/UE), si bien que, mutatis mutandis, il est proposé, quelle que soit la modalité mise en œuvre, une procédure similaire. Si la proposition était adoptée en l'état, il existerait donc

un socle commun de règles pour les trois opérations de mobilité des sociétés que sont la transformation, la fusion et la scission transfrontalières.

L'harmonisation proposée n'échappe pas cependant à un alourdissement de la procédure, voire à un certain préjugé négatif au regard du régime actuel des fusions transfrontalières. Ainsi, la proposition prévoit une procédure "d'appréciation approfondie" permettant à l'autorité chargée de contrôler soit la procédure de transformations transfrontalière dans l'État membre de départ soit la scission, dans l'État membre de la société scindée, de faire des investigations étendues en cas de "suspicion réelle de fraude" et le cas échéant de refuser de délivrer l'attestation autorisant l'opération.

En définitive, sous réserve des dispositions manifestant une approche des transformations et scissions transfrontalières paraissant trop suspicieuse, la proposition de directive représente une avancée déterminante dans la construction d'un espace européen ouvert à la mobilité des sociétés de sorte que l'on ne peut que souhaiter son adoption à un horizon proche. ■

⁴V. L. Boisseau, La vague de scissions de sociétés touche l'Europe, LesEchos.fr.

⁵ Expressément en ce sens, CJUE, 25 oct. 2017, aff. C-106/16, Sté Polbud : BJS janv. 2018, n° 117d8, p. 19, note Th. Mastrullo ; JCP E 2018, 1014, note M. Menjucq.

⁶V. L. Boisseau, La vague de scissions de sociétés touche l'Europe, LesEchos.fr.