

COMMISSION
DES
COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Les fusions internes

Document de travail n° 6

Avant-projet de directive

Rapporteur : M. P. VAN OMMESELAERE
Professeur à l'université de Bruxelles

Introduction

La fusion constitue l'instrument de la concentration juridique le plus accompli. Elle est connue comme une institution originale dans cinq des six pays membres, même lorsque la législation ne la régleme nte pas spécialement. Les experts gouvernementaux ont reconnu l'opportunité d'introduire cet instrument dans les six pays membres afin de créer une équivalence dans les garanties offertes aux associés et aux tiers à l'occasion de cette opération extrêmement importante.

D'autre part la fusion interne constitue le point d'appui indispensable de la fusion internationale qui fait actuellement l'objet d'une négociation entre les pays membres par application de l'article 220, alinéa 3 du traité.

Le projet de directive ci-après propose en conséquence d'imposer aux législateurs des Etats membres l'obligation d'introduire dans leur arsenal législatif la fusion par absorption et la fusion par constitution d'une société nouvelle telles qu'elles sont définies par l'article 2 (chapitre II). Cette définition, qui correspond aux conceptions généralement admises dans les pays membres, n'est toutefois donnée que pour les besoins de la directive. Il demeure donc loisible aux pays membres de l'étendre à condition que la fusion, telle que le texte la prévoit, existe dans leur législation à titre d'institution minimale.

Ayant défini la fusion, le projet comprend ensuite l'énoncé de règles de protection destinées à coordonner les garanties à donner aux actionnaires, aux créanciers et aux autres personnes intéressées à la fusion (chapitres III et IV).

Ensuite, le projet définit une autre opération : celle par laquelle une société, qui possède la totalité des actions et des autres parts conférant

un droit de vote dans l'assemblée des actionnaires d'une autre société, décide d'absorber cette autre société. On peut douter que cette opération soit une fusion et qu'elle rentre dans les prévisions de l'article 2. En raison de son importance pratique, le projet propose aussi d'imposer aux législations des Etats membres l'obligation de la prévoir et de l'organiser - d'ailleurs par référence à la fusion (chapitre V).

Enfin, il existe dans les législations des Etats membres des institutions nées de la pratique, qui présentent certaines des caractéristiques propres à la fusion. L'importance pratique de ces institutions est considérable. Elles peuvent présenter les mêmes dangers que les fusions pour les actionnaires et pour les tiers. Elles pourraient d'autre part constituer un moyen commode d'éluder les dispositions relatives aux fusions si certaines sociétés les trouvaient exagérément contraignantes. Dès lors, sans imposer cette fois aux Etats membres l'obligation d'introduire ces institutions d'abord dans leur droit interne, la directive comprend certaines règles fondamentales, constitutives de mesures de protection minimales et inspirées du régime des fusions, qui doivent être observées lorsque ces institutions existent. Tel est l'objet du chapitre VI du projet, applicable aux opérations autres que les fusions définies par l'article 2, en vertu desquelles une société transfère à une ou plusieurs sociétés existantes ou à créer la totalité ou une partie de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à ses actionnaires d'actions de la société ou des sociétés bénéficiaires de l'apport, en contrepartie totale ou partielle de cet apport.

Dans le souci de se cantonner, en un premier stade, à l'essentiel, le projet ne traite que des sociétés par actions définies à l'article premier.

CHAPITRE IChamp d'applicationArticle premier

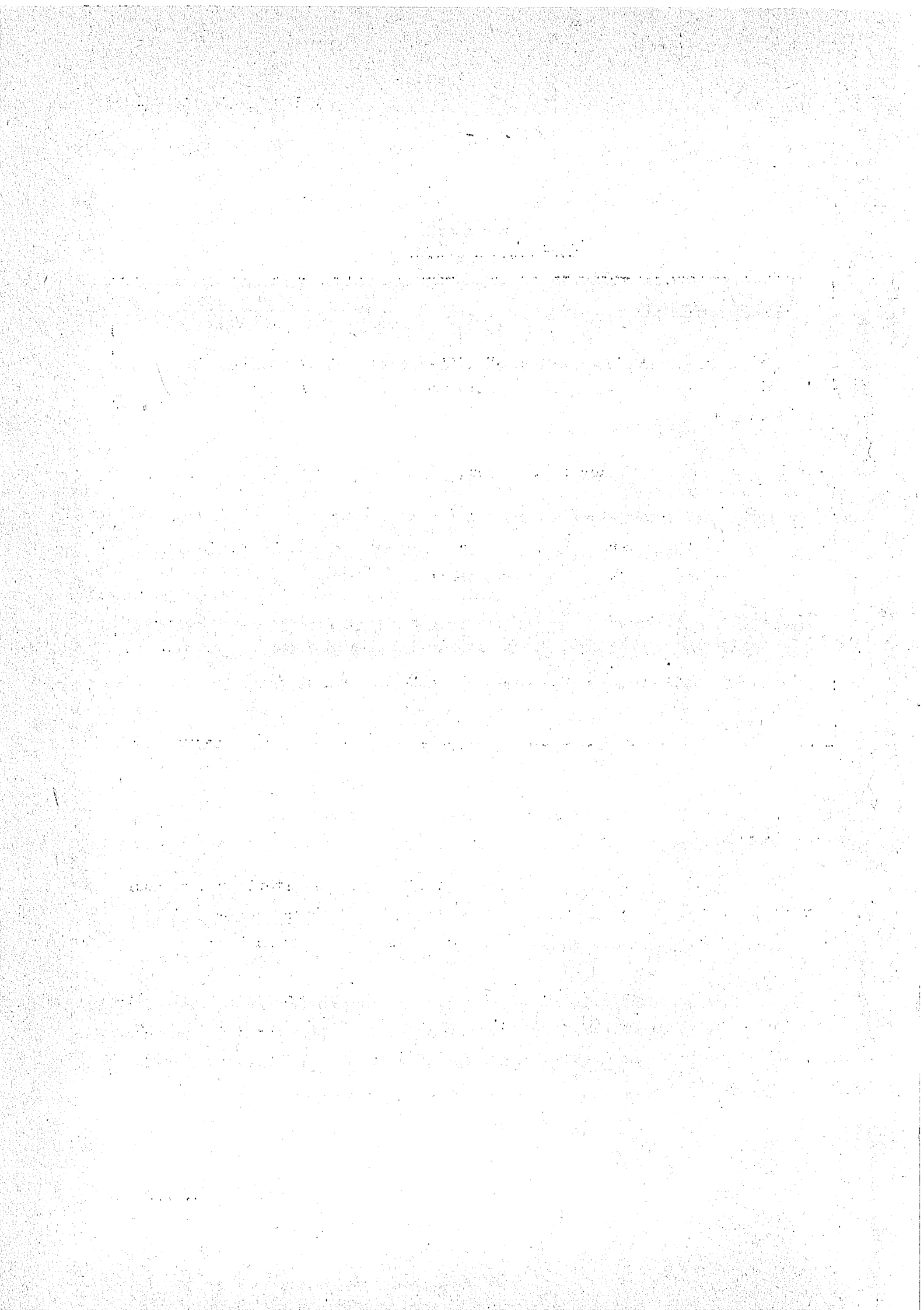
Les mesures de coordination prescrites par la présente directive s'appliquent aux dispositions des Etats membres relatives aux formes de sociétés suivantes :

- pour la république fédérale d'Allemagne, les Aktiengesellschaften,
- pour le royaume de Belgique, les sociétés anonymes,
- pour la République française, les sociétés anonymes, à l'exclusion de celles qui présentent les caractères des coopératives,
- pour la République italienne, les società per azioni, à l'exclusion de celles qui présentent les caractères des coopératives,
- pour le grand-duché de Luxembourg, les sociétés anonymes,
- pour le royaume des Pays-Bas, les naamloze vennootschappen.

Commentaire

Des dispositions complémentaires seront élaborées ultérieurement pour les sociétés non visées à l'article premier et particulièrement pour les SARL à la lumière des textes adoptés pour les sociétés par actions.

Les sociétés coopératives ne sont pas comprises dans le champ d'application de la directive, même lorsqu'elles ont la forme de sociétés anonymes ou de sociétés par actions, ainsi que cela peut se présenter en Italie et en France.



CHAPITRE II

Organisation par les Etats membres de la fusion par absorption et de la fusion par constitution d'une société nouvelle

Article 2

Chacun des Etats organise la fusion par absorption et la fusion par constitution d'une société nouvelle des sociétés visées à l'article premier qui relèvent de sa législation.

La fusion par absorption est l'opération par laquelle une société se dissout sans liquidation et transfère à une autre l'ensemble de son patrimoine activement et passivement moyennant l'attribution aux actionnaires de la société absorbée d'actions de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

La fusion par constitution d'une société nouvelle est l'opération par laquelle deux sociétés au moins se dissolvent sans liquidation et transfèrent l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement à une société qu'elles constituent, moyennant l'attribution à leurs actionnaires d'actions de la société nouvelle et éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas dix pour cent de la valeur nominale des actions ainsi attribuées, ou à défaut de valeur nominale de leur pair comptable.

La fusion peut avoir lieu même si les sociétés qui transfèrent leur patrimoine sont déjà dissoutes pourvu qu'elles n'aient pas encore commencé à répartir leurs actifs entre leurs actionnaires.

Commentaire

1. La rédaction du premier alinéa fait ressortir que la directive ne s'applique qu'aux sociétés relevant d'une même législation.

.../...

2. Le mot "organisent" doit s'entendre en ce sens que les Etats membres doivent prévoir des dispositions qui rendent possible la fusion définie par la directive avec les effets prévus par le texte.

3. La définition fait apparaître les éléments essentiels de la fusion au sens de la directive, c'est-à-dire :

- + l'existence préalable de deux sociétés au moins;
- la transmission de la totalité du patrimoine de la société absorbée, ou des sociétés qui fusionnent, à la société absorbante ou à la société nouvelle, par voie de transfert universel;
- la dissolution et la disparition sans liquidation de la société absorbée ou des sociétés qui fusionnent;
- l'attribution immédiate, aux actionnaires de la société absorbée ou des sociétés qui fusionnent, d'actions de la société absorbante ou de la société issue de la fusion en sorte que ces actionnaires conservent leur qualité à la suite de l'opération mais au sein de la société absorbante ou à la société nouvelle.

4. Il en résulte que ne sont pas compris dans la définition :

a) L'opération par laquelle une société devient titulaire de toutes les actions d'une autre société; les deux sociétés conservent en effet en ce cas leur individualité propre et il n'y a pas de transfert de patrimoine.

b) La scission ou l'apport de branches d'activités car dans cette opération l'ensemble du patrimoine de la société absorbée n'est pas transmis activement et passivement à une autre société. Seule la loi française organise spécialement la scission de sociétés, encore que cette opération soit connue de la pratique dans les autres pays (articles 371 et suivants de la loi du 24 juillet 1966).

.../...

c) Toutes autres opérations par lesquelles une société transfère à une autre société son patrimoine moyennant une contrepartie comprenant ~~partiellement des valeurs autres que des actions de la société absorbante~~ dépassant la soulte en espèces prévue par la définition ou ne consistant pas en espèces.

d) Le transfert par une société de la totalité de son patrimoine à une autre société qui possède la totalité de ses actions, car en ce cas il n'y a pas d'attribution d'actions aux actionnaires de la société absorbée.

Ces différentes opérations seront couvertes par les dispositions des chapitres V et VI de la directive.

Ne sont pas davantage comprises dans la définition, les opérations suivantes :

a) L'opération dite de "unechte Fusion" ou de "Vermögensübertragung" suivant les articles 361 et suivants de l'AktG, car cette opération n'entraîne pas de transmission universelle et elle ne provoque pas la dissolution sans liquidation de la société absorbée; elle n'entraîne enfin aucune attribution directe d'actions aux actionnaires de la société absorbée.

b) Toutes les opérations par lesquelles une société transfère son patrimoine en échange d'argent ou de toute contrepartie autre que des actions ou des titres représentatifs de droits d'associés.

c) La transformation d'une société, car en ce cas l'opération n'intervient pas entre plusieurs sociétés préexistantes.

5. L'attribution d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % ne dénature pas l'opération.

La pratique démontre en effet qu'il est parfois utile d'ajouter à la rémunération par des actions des soultes en espèces pour permettre

.../...

notamment de calculer les termes de l'échange sur une base pratique; dès lors que la soulte ne dépasse pas 10 pour cent de la valeur nominale des actions remises ou de leur pair comptable (cas des actions sans mention de valeur), le projet propose d'admettre cette pratique, comme le fait l'article 344 Abs. 2 de l'AktG et le projet belge.

Il demeure évidemment possible d'attribuer éventuellement une soulte en espèces plus importante que celle prévue par le texte. Mais en ce cas l'on ne se trouvera plus en présence d'une fusion au sens de la directive; cette opération sera éventuellement soumise aux règles du chapitre VI.

6. Il paraît possible de prévoir l'attribution d'une soulte en espèces même dans le cas de la fusion par création d'une société nouvelle. Il suffit que certains apports ne soient pas compris dans le capital social, de manière qu'ils puissent être immédiatement attribués aux actionnaires de l'une des sociétés apporteurs. L'utilité de l'opération est de permettre l'établissement de termes d'échange des titres dans des conditions simples et pratiques et en respectant les règles que peuvent comprendre les droits nationaux concernant les valeurs nominales des actions.

7. La référence au pair comptable concerne les législations qui connaissent les actions sans mention de valeur nominale - c'est-à-dire la Belgique et le Luxembourg. Le pair comptable s'obtient en divisant le capital social par le nombre d'actions qui le représentent (ou, s'il existe plusieurs catégories de titres, en divisant la partie du capital social représentée par une catégorie d'actions par le nombre d'actions de cette catégorie). Il y a donc une équivalence entre le régime des fusions dans les cas où la société a émis des actions à valeur nominale et dans les cas où elle a émis des actions sans mention de valeur.

8. L'opération définie reste une fusion même si les sociétés qui transfèrent leur patrimoine sont déjà dissoutes, pour autant cependant qu'elles n'aient pas déjà commencé à répartir leurs actifs entre leurs actionnaires. Dans ce dernier cas, les règles sur la fusion ne pourraient s'appliquer mais bien celles sur la liquidation. Cette solution est conforme au droit positif allemand (article 339 Abs. 2 AktG) et français (article 371 de la loi de 1966) ainsi qu'à la pratique italienne et au projet de réforme belge.

CHAPITRE III

La fusion par absorption

Article 3

Les organes chargés de l'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établissent par écrit un projet de fusion dans la forme et suivant les modalités prévues par les législations des Etats membres.

Ce projet mentionne au moins :

- a) la dénomination sociale, la forme juridique et le siège social des sociétés qui fusionnent;
- b) les rapports d'échange des actions et, le cas échéant, le montant de la soulte;
- c) les modalités de remise des actions de la société absorbante et la date à partir de laquelle ces actions donnent droit aux dividendes;
- d) la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont considérées comme accomplies pour le compte de la société absorbante;
- e) les droits qui seront assurés au sein de la société absorbante aux porteurs d'obligations convertibles en actions, aux porteurs d'obligations échangeables contre des actions, aux porteurs d'obligations assorties de droits de souscription préférentiels au capital social, aux porteurs d'obligations participant aux bénéfices, émises par la société absorbée, ou les mesures proposées en faveur de ces porteurs - à moins qu'ils ne jouissent au sein de la société absorbante de droits équivalant à ceux dont ils jouissaient au sein de la société absorbée;
- f) les droits qui seront assurés au sein de la société absorbante aux porteurs de parts bénéficiaires ou de "Genussrechte" émis par la société

absorbée, à moins qu'ils ne jouissent au sein de la société absorbante de droits équivalant à ceux dont ils jouissaient au sein de la société absorbée.

Les législations des Etats membres assurent que le projet de fusion est publié conformément aux articles 3, 5 et 6 de la directive n° 68/151/CEE du 9 mars 1968 et qu'il est tenu à la disposition des actionnaires de chacune des sociétés qui fusionnent un mois au moins avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion.

Commentaire

1. La fusion suppose nécessairement un accord entre les sociétés intéressées.

Dans les différents pays, la pratique aboutit à des résultats généraux très voisins : il faut que les organes d'administration des sociétés intéressées négocient entre eux les conditions de l'opération de fusion telle qu'elle sera présentée aux assemblées générales des sociétés en cause. Il faut ensuite que les assemblées générales se prononcent sur l'opération, l'approuvent et prennent les mesures d'exécution qu'elle implique. Viennent ensuite des mesures de publicité ou d'enregistrement, ainsi que de protection des tiers créanciers.

Toutefois, des divergences très sérieuses apparaissent quant à la structure donnée à ces étapes.

Dans certaines législations, on prévoit l'établissement d'un contrat formel de fusion parfois même soumis à des règles de forme particulières, ou encore l'établissement d'un "projet de contrat" (AktG article 341 - loi française, article 374). Dans d'autres législations, il n'existe pas formellement de convention ni de règles particulières organisant ce consensus entre les conseils d'administration. Les assemblées sont simplement

.../...

appelées à se prononcer sur les opérations envisagées (Belgique, Luxembourg). Dans d'autres pays, enfin, un contrat, soumis à des règles de forme, est conclu après les décisions à prendre par les assemblées générales (article 2404 du code civil italien - projet de réforme néerlandais). Même dans ces derniers pays, cependant, il est indispensable qu'un certain accord se produise avant les délibérations des assemblées pour soumettre à celles-ci des propositions concordantes.

La directive ne propose pas d'uniformiser ces pratiques différentes; elles peuvent être considérées comme équivalentes dès lors que, sous une forme ou sous une autre, que les législations nationales détermineront, il est établi un projet de fusion comprenant certaines mentions minimales et porté à la connaissance des actionnaires.

Les mots "projet de fusion" ont été utilisés avec un sens aussi "neutre" que possible. Dans les législations qui connaissent un contrat ou un projet de contrat préalable à la fusion, ces documents constitueront le "projet" au sens de la directive. Les législations nationales peuvent édicter des règles spéciales concernant l'établissement de ce projet si elles l'estiment utile. Dans les législations qui ne connaissent pas actuellement l'établissement obligatoire d'un document préalable aux décisions des assemblées, il faudra introduire une disposition nouvelle conformément à l'article 3, sans préjudice des documents postérieurs aux décisions des assemblées.

2. Le projet doit comprendre l'énoncé des conditions objectives de la fusion. Les indications des littéra a) à d) doivent dès lors se retrouver dans le projet; elles correspondent d'ailleurs aux indications que l'on rencontre dans la pratique des différents pays. Les informations et les explications sur les motifs des opérations proposées aux assemblées font l'objet des rapports prévus à l'article 5.

3. Dans la pratique de certains pays, notamment de la France et de la Belgique, il est d'usage de fixer une date à partir de laquelle la fusion

.../...

est réputée produire ses effets entre les sociétés en cause; à partir de cette date, les opérations réalisées par la société absorbée sont réputées accomplies pour compte de la société absorbante et celle-ci en a le bénéfice ou en supporte les pertes. Cette pratique permet de faire coïncider cette date avec la fin d'un exercice ou d'un demi exercice social et permet de fixer le moment où les rapports d'échange des titres peuvent être calculés. Telle est la portée de la mention à porter sub littéra d). C'est également à partir de cette date que les actions de la société absorbante attribuées aux actionnaires de la société absorbée donnent droit au dividende (litt. c)).

4. Les indications figurant aux littéra e) et f) concernent l'hypothèse où il existe certaines catégories de titres au sein de la société absorbée dont il faut régler spécialement le sort au sein de la société absorbante. Ces questions sont réglées par les articles 12 et 13. Les législations nationales peuvent autoriser des mesures telles que le rachat de ces titres ou leur transformation. Ces mesures doivent alors être indiquées dans le projet de fusion. Aucune mention n'est nécessaire si les droits de ces porteurs demeurent inchangés au sein de la société absorbante.

Les obligations échangeables contre des actions constituent une variété de valeurs mobilières connue de la loi française.

Article 4

La fusion requiert l'approbation de l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent, délibérant dans les conditions de présence et de majorité déterminées par chaque législation nationale. La majorité peut être calculée soit sur la base des voix afférant aux titres représentés à l'assemblée, soit sur la base du capital social représenté à l'assemblée. Elle ne peut en aucun cas être inférieure aux deux tiers. Les règles relatives à la modification des statuts s'appliquent en outre.

La délibération porte sur l'approbation du projet de fusion et sur les modifications aux statuts que sa réalisation implique.

.../...

Commentaire:

En l'absence d'une coordination des règles relatives aux assemblées générales, la directive ne peut que renvoyer aux législations nationales pour la détermination des conditions de présence et de majorité requises pour la fusion. Toutefois, la directive fixe une fraction minimale pour la détermination de cette majorité, au-dessous de laquelle les législations nationales ne pourraient descendre. Pour tenir compte des particularités propres aux calculs des majorités dans les différentes législations nationales, il est précisé que la majorité peut soit se calculer sur la base des voix afférant aux titres représentés à l'assemblée, soit sur la base du capital social représenté à l'assemblée. Dans ce dernier cas, il ne peut être attribué un nombre de voix différent pour des actions représentant une même quotité du capital social; les actions à vote plural, lorsqu'elles sont autorisées, sont donc comptées comme si elles étaient des actions à droit de vote simple.

Il faut en outre appliquer les règles - et notamment les règles de convocation, de forme, etc. - prévues dans chaque législation pour la modification des statuts.

Bien entendu, si la fusion entraîne la modification des droits respectifs d'actionnaires appartenant à différentes catégories, ou si l'objet social essentiel de la société absorbante est différent de celui de la société absorbée, les règles particulières prévues par chaque législation pour ces décisions sont à appliquer le cas échéant.

Article 5

Les législations des Etats membres assurent que l'organe chargé de l'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établit un rapport détaillé expliquant et justifiant la fusion et ses modalités, et en particulier, le rapport d'échange des actions.

.../...

Elles assurent en outre que, pour chacune des sociétés qui fusionnent, les modalités de l'opération et en particulier les méthodes suivies pour établir le rapport d'échange des actions et la justification de ce rapport font l'objet d'une vérification de la part d'experts indépendants. Ceux-ci peuvent être les commissaires aux comptes de la société. Ils peuvent obtenir la communication de tout document utile auprès de chacune des sociétés qui fusionnent. Ils établissent un rapport motivé sur le résultat de leurs investigations.

Les législations des Etats membres assurent que le rapport de l'organe chargé de l'administration de chacune des sociétés qui fusionnent, ainsi que le rapport des experts seront tenus à la disposition des actionnaires de cette société un mois au moins avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion. Seront également tenus à la disposition des actionnaires de toutes les sociétés qui fusionnent les bilans et les comptes des profits et pertes de toutes ces sociétés qui sont relatifs aux trois derniers exercices et qui ont été soumis aux assemblées générales. Si le dernier bilan soumis à l'assemblée générale se rapporte à un exercice dont la fin est antérieure de plus de six mois à la date du projet de fusion, une situation comptable arrêtée le premier jour du mois précédant la date du projet de fusion sera en outre tenue à la disposition des actionnaires.

Commentaire

La protection des actionnaires requiert une information circonstanciée sur la fusion, sur ses motifs, sur son incidence sur la situation sociale et sur ses modalités - dont la plus importante est la détermination des rapports de l'échange.

L'organe chargé de l'administration doit en premier lieu prendre parti sur ces questions et exposer la situation aux actionnaires dans un rapport circonstancié.

.../...

Les modalités de l'opération et notamment la détermination des rapports d'échange ainsi que, s'il y a lieu, le régime réservé par exemple aux porteurs de parts bénéficiaires ou de titres donnant droit à des actions, doivent, d'autre part, faire l'objet d'une vérification approfondie par des experts indépendants et compétents. L'annexe I détermine quels sont, pour les différents pays, ces experts. Ceux-ci peuvent être les commissaires aux comptes de la société, le cas échéant, puisque ces commissaires aux comptes sont particulièrement informés déjà de la situation de la société. L'indépendance et la compétence des experts sont essentielles dans l'économie du texte.

En revanche, il n'est pas possible qu'un même expert fasse rapport aux assemblées générales des deux sociétés qui fusionnent. En effet, il aurait alors à défendre des intérêts divergents et même opposés - ce qui n'est pas souhaitable.

Après leurs investigations approfondies, pour lesquelles ils disposent du droit le plus étendu de prendre connaissance au sein des deux sociétés en cause de tous les éléments qui leur sont indispensables, les experts auront à donner leur avis à l'assemblée générale sur les résultats de ces investigations et particulièrement sur le rapport d'échange. Dans cet avis, ils ne doivent évidemment pas reprendre tous les détails de leurs constatations et de leurs calculs; certains éléments de ceux-ci sont, par nature, confidentiels et ne peuvent donc être divulgués sans dommage pour la société. Ils doivent cependant motiver leurs conclusions, en indiquant dans leurs grandes lignes et dans toute la mesure nécessaire à l'information des actionnaires, les raisons pour lesquelles ils proposent soit d'approuver soit d'improver les rapports d'échange proposés par le projet de fusion. Par exemple, ils indiqueront que la comparaison des valeurs réelles des actifs, compte tenu des réserves occultes, permet d'arriver à un rapport de x (ce qui n'implique pas bien entendu l'obligation d'indiquer les montants desdites réserves occultes), que l'examen des rendements réels des titres aboutit à un rapport d'échange de y , que les cours de bourse ajustés pour

tenir compte de l'ensemble des circonstances, justifierait un rapport de Z, que les perspectives d'avenir expliquent telle ou telle correction et qu'au total le rapport d'échange proposé leur paraît équitable ou non.

Ces rapports sont soumis à l'inspection des actionnaires; ceux-ci doivent en outre, pouvoir disposer des données comptables sur les sociétés qui fusionnent sous la forme des bilans et des comptes de profits et pertes des trois derniers exercices ou, si le bilan du dernier exercice soumis à l'assemblée générale est trop ancien, sous la forme d'une situation comptable intérimaire.

Article 6

Les dispositions de la (2ème) directive en matière d'augmentation de capital s'appliquent s'il y a lieu, à l'augmentation du capital de la société absorbante.

Toutefois, les articles sur le contrôle des apports en nature, sur la libération des actions antérieurement émises et sur le droit de souscription préférentiel ne sont pas obligatoires pour les Etats membres.

Commentaire

Ce texte est rédigé provisoirement, sous réserve de la rédaction ultérieure de la seconde directive.

Article 7

Dans tous les Etats membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, soit des décisions des assemblées générales appelées à se prononcer sur la fusion, soit de tout autre document constatant la réalisation de la fusion, les procès-verbaux de ces assemblées ou les documents constatant la réalisation de la fusion doivent être passés par acte authentique.

.../...

Commentaire

Ce texte est inspiré de la disposition de l'article 10 de la première directive du 9 mars 1968.

Dans certains régimes juridiques, la réalisation de la fusion résulte des décisions concordantes des assemblées générales. Dans ce cas, les procès-verbaux des assemblées doivent soit être passés dans la forme authentique, soit faire l'objet d'un contrôle préventif, judiciaire ou administratif, sans préjudice du droit de prévoir les deux ordres de règles. Dans d'autres cas, la fusion dépend d'un acte postérieur et distinct; cet acte doit alors être soumis à l'une au moins de ces règles de forme. (Droit italien - Projet de Code civil néerlandais).

Article 8.

Les législations des Etats membres déterminent le moment où la fusion est réalisée à l'égard des sociétés qui fusionnent, à l'égard des actionnaires de celles-ci et à l'égard des tiers.

Par la réalisation de la fusion :

1. le patrimoine de la société absorbée est transféré à la société absorbante conformément à l'article 14;
2. les actionnaires de la société absorbée, autres que la société absorbante elle-même, deviennent de plein droit actionnaires de la société absorbante;
3. la société absorbée cesse d'exister.

Article 9

Les législations des Etats membres assurent que la fusion est publiée en ce qui concerne la société absorbée et la société absorbante conformément aux articles 3, 5 et 6 de la première directive du Conseil du 9 mars 1968, n° 68/151.

Commentaire

1. Il est nécessaire que les législations nationales déterminent le moment exact où la fusion se produit, car il entraîne de plein droit les conséquences essentielles attachées à l'opération, à savoir :

- le patrimoine de la société absorbée est transféré à la société absorbante, activement et passivement;
- la société absorbée cesse d'exister; elle peut avoir été dissoute antérieurement puisque l'opération peut être réalisée par des sociétés en liquidation (article 2 dernier alinéa) mais elle a alors conservé sa personnalité morale pour les besoins de sa liquidation. Cette personnalité morale prend fin en tout cas au moment de la réalisation de la fusion;
- les actionnaires de la société absorbée deviennent, de plein droit, actionnaires de la société absorbante, avec tous les droits attachés à cette qualité. Ils peuvent donc réclamer les titres représentatifs de cette qualité.

On trouve à cet égard des divergences assez sérieuses qui rappellent celles déjà rencontrées à propos de la constitution de la société et de la naissance de la personnalité morale.

Suivant le droit français, le droit belge (actuel et futur) et le droit luxembourgeois, la fusion est effective entre les parties à dater de

.../...

la dernière des décisions des assemblées générales approuvant les opérations de fusion. A ce moment se réalise la condition dont les assemblées générales avaient assorti leurs résolutions. Elle est opposable aux tiers après sa publication.

Suivant le droit italien, la fusion n'est effective qu'à partir du moment où l'"acte de fusion" a été conclu - en exécution des décisions des assemblées générales; suivant une partie de la doctrine, la fusion est effective à ce moment-là; suivant une autre partie de la doctrine, elle n'est effective qu'après l'enregistrement de l'acte de fusion au registre des entreprises; cette formalité est donc considérée par les uns comme déclarative, et par les autres, comme constitutive.

En droit allemand, la fusion est réalisée par l'enregistrement de la fusion au registre du commerce du siège de la société absorbée (article 346 Abs. 3 AktG). Cette opération a été nécessairement précédée, en vertu de la loi, de l'augmentation éventuelle du capital de la société absorbante et de son enregistrement, de la désignation du Treuhänder chargé de distribuer les actions aux actionnaires de la société absorbée, et de l'enregistrement de la fusion au registre du commerce du siège de la société absorbante. Cette dernière déclaration a seulement un effet déclaratif (article 345 Abs. 1 - Cf. Würdinger, op. cit. § 43, D.F.). C'est donc l'enregistrement de la fusion au registre du commerce du siège de la société absorbée qui a un effet constitutif.

Ces différentes conceptions - qui tiennent d'ailleurs à la conception fondamentale des législations sur les effets de la publicité en matière de sociétés - peuvent être considérées comme équivalentes au point de vue des garanties offertes aux tiers et aux actionnaires. Il n'a pas paru opportun dès lors de proposer une règle unique sur le plan communautaire, d'autant plus que la première directive maintient, en ce qui concerne la constitution de la société, les divergences relatives aux effets constitutifs ou déclaratifs de la publicité (article 3).

.../...

Mais il paraît indispensable en revanche, dans un but de sécurité et de garantie, d'obliger les législations nationales à déterminer avec précision le moment où la fusion est réalisée en supprimant toute incertitude à ce sujet. Ce moment peut d'ailleurs être différent en ce qui concerne les rapports entre les sociétés, les rapports avec les actionnaires de celles-ci et les tiers.

Le texte n'exclut pas :

- que les parties, dans la mesure où la législation nationale le permet, organisent une fusion à terme;
- que les parties conviennent d'un effet rétroactif des effets de la fusion particulièrement sous l'angle patrimonial et comptable. Il ne paraît pas nécessaire de le mentionner expressément dans le texte.

2. Suivant la méthode employée dans l'article 2 de la première directive, l'article 9 du texte impose la publication de la fusion comme telle - de même que, par exemple, la première directive impose la publication de la dissolution de la société. Il appartiendra aux législations nationales de déterminer quels actes doivent être publiés à cet effet : procès-verbaux d'assemblées générales, ou contrat de fusion, ou acte de fusion suivant les cas. La fusion doit être publiée pour les deux sociétés même lorsqu'elle peut se réaliser sans modification des statuts de la société absorbante (par exemple, parce que celle-ci ne doit pas augmenter son capital social : Cf. article 344 AktG). Il est donc indispensable de prévoir un texte express nonobstant les dispositions déjà prises dans le cadre de la première directive.

Conformément à l'article 3.7 de la première directive, les Etats membres pourront déterminer si la publicité de la fusion est constitutive ou déclarative.

.../...

3. Aucune coordination n'a été jugée nécessaire en ce qui concerne les règles relatives à la répartition entre les actionnaires de la société absorbée des actions de la société absorbante qui leur reviennent; aucune difficulté n'a été signalée dans aucun des Etats membres et les pratiques suivies offrent des garanties équivalentes.

4. De même encore l'établissement éventuel d'un bilan de clôture de la société absorbée, servant de base aux entrées dans la comptabilité de la société absorbante, a été laissé aux législations nationales - la question pouvant, le cas échéant, être revue à l'occasion de la coordination des règles concernant les bilans.

Article 10

Les législations des Etats membres organisent le droit pour les créanciers non obligataires de la société absorbée d'obtenir une sûreté.

Elles peuvent autoriser le tribunal à décharger la société de cette obligation si les créanciers jouissent déjà d'une sûreté suffisante ou si la solvabilité de la société absorbante est telle qu'ils ne subissent aucun préjudice. Elles peuvent aussi autoriser le tribunal à permettre à la société de rembourser anticipativement les créances au lieu de fournir une sûreté.

La protection prévue par le présent article doit être accordée au moins à tous les créanciers de la société absorbée dont les droits sont nés antérieurement à la publication du projet de fusion.

Elle peut cependant être écartée pour les créanciers qui jouissent d'un privilège dont l'assiette est soumise à une surveillance administrative prévue par une loi particulière.

Commentaire

1. Suivant la directive, les législations des Etats membres doivent assurer la protection des créanciers de la société absorbée. Mais les modalités de cette organisation sont laissées à leur discrétion. Non seulement la procédure à suivre et les délais à observer pour permettre aux créanciers désireux de bénéficier de la protection de se faire connaître et éventuellement d'exercer un recours devant un tribunal en cas de désaccord sur la sûreté proposée par la société mais encore les effets du défaut de garantie sont à organiser par les Etats membres.

Les différents systèmes de sanctions que l'on rencontre dans les législations des pays membres demeurent compatibles avec le texte :

- soit celui où les créanciers ne peuvent faire obstacle à la fusion et où leur recours est même vidé normalement après la réalisation de celle-ci (système allemand article 347 AktG, système du projet belge);
- soit celui où le recours des créanciers ne peut suspendre la fusion mais où celle-ci est inopposable aux créanciers qui n'auraient pas obtenu soit la sûreté due par la société soit le remboursement de leur créance (article 381 de la loi française de 1966);
- soit enfin le système dans lequel la fusion ne peut être réalisée et sortir ses effets tant que les oppositions des créanciers ne sont pas levées ou que les conflits en résultant ne sont pas tranchés par le tribunal (article 2503 du code civil italien, système du projet néerlandais).

2. Quant aux garanties à accorder aux créanciers, elles consistent en une sûreté; en cas de conflit, cette sûreté doit être déterminée par le tribunal compétent suivant la loi nationale.

Les législations nationales peuvent, d'autre part, autoriser le tribunal à décharger la société de l'obligation de fournir une sûreté s'il

.../...

apparaît que le créancier jouit déjà d'une sûreté suffisante ou encore si la solvabilité de la société absorbante est telle qu'il ne court aucun risque de subir un préjudice. Elles peuvent aussi, mais à la demande de la société, autoriser celle-ci à rembourser les créances même non échues; le texte fait clairement apparaître que la fusion n'a pas pour effet de déchoir la société du bénéfice du terme et de rendre les créances exigibles anticipativement. Mais il pourrait se faire que la société préfère payer anticipativement une créance plutôt que de fournir une sûreté. Comme le terme peut avoir été prévu dans l'intérêt des deux parties, ou dans l'intérêt du créancier, la société ne pourra user de cette faculté que sous le contrôle du tribunal - à moins bien entendu que les deux parties ne s'entendent sur le remboursement anticipé.

Bien entendu, les législations nationales pourraient s'en tenir au principe posé par l'alinéa premier sans faire usage des facultés ou de certaines des facultés prévues par l'alinéa deux.

3. La protection doit être accordée au moins à tous les créanciers dont les droits sont antérieurs à la publication du projet de fusion. Ceux-ci en effet, ont traité sans connaître la fusion. Cette opération ne peut donc leur causer de préjudice. Les législations nationales demeurent libres d'étendre cette protection à d'autres créanciers, dont les droits seraient nés postérieurement à cette date - et notamment d'y comprendre tous les créanciers dont les droits seraient nés antérieurement à l'enregistrement de la fusion ou à la date à laquelle la publication de cet enregistrement sortit ses effets envers les tiers.

4. En vertu du dernier alinéa, la protection particulière des créanciers peut être écartée lorsque ceux-ci jouissent d'un privilège dont l'assiette fait l'objet d'une surveillance administrative qui leur assure une protection au moins équivalente à celle résultant de l'article 10. Cette hypothèse est visée notamment par l'article 347 de l'AktG; elle concerne par exemple

les détenteurs de "Pfandbriefe" émises par les banques hypothécaires, les bénéficiaires d'une assurance sur la vie et d'une assurance contre la maladie lorsque le régime propre à ces entreprises assure à ces créanciers des privilèges soumis à un contrôle administratif spécial.

5. Certains experts gouvernementaux ont insisté pour que la protection particulière des créanciers et des obligataires fût étendue aux créanciers et aux obligataires de la société absorbante.

Il n'a pas paru opportun cependant de déférer à cette suggestion, qui s'est d'ailleurs heurtée à l'opposition de la majorité des experts.

En effet, le patrimoine de la société absorbante ne disparaît pas; il ne se produit pour ces créanciers aucune substitution de débiteur et aucun élément de l'actif de la société absorbante n'est distribué au profit de ses actionnaires. Quant à la circonstance que la fusion implique la reprise d'un passif par la société absorbante, elle ne justifie pas davantage de mesures de protection que n'importe quelle autre opération de reprise d'une universalité ou d'un patrimoine actif et passif telle par exemple l'acquisition d'un fonds de commerce. La loi sur les sociétés ne comporte pas de régime spécial de protection des créanciers pour de telles éventualités, et l'on ne voit donc pas pourquoi le cas de la fusion justifierait une telle protection.

Le texte nécarte pas cependant le droit pour les législations nationales qui le désireraient de prévoir une protection même pour les créanciers de la société absorbante, y compris les obligataires éventuellement.

Article 11

Les législations des Etats membres assurent aux obligataires de la société absorbée, la protection prévue par l'article 10 sans préjudice des règles relatives à l'exercice collectif par les obligataires de leurs droits.

.../...

Elles peuvent toutefois écarter cette protection si elles prévoient l'approbation de la fusion par l'assemblée générale des obligataires ou, pour les législations qui n'organisent pas une telle assemblée, par les obligataires individuellement. Elles peuvent aussi l'écarter si elles prévoient le droit pour les obligataires d'obtenir le remboursement anticipé de leur créance.

Commentaire

Les législations nationales peuvent soumettre les créanciers obligataires soit au régime de droit commun de la protection des créanciers - tout en tenant compte, le cas échéant, des règles relatives à l'exercice collectif des droits des obligataires lorsque ces règles existent - soit écarter la protection spéciale de droit commun lorsque les obligataires sont appelés à se prononcer sur l'acceptation de la fusion ou encore lorsqu'ils peuvent obtenir le remboursement anticipé de leurs créances. La loi française prévoit des dispositions en ce sens (article 380 de la loi du 24 juillet 1966) et elles sont de nature à assurer aux obligataires une protection équivalente à celle pouvant résulter de l'application de l'article 10.

Quant à la définition des obligations, elle ressortit à la compétence des législations nationales, pour l'application de ce texte.

Article 12

Sans préjudice de l'article 11, les législations des Etats membres assurent que les porteurs d'obligations convertibles en actions, d'obligations échangeables contre des actions, d'obligations assorties de droits de souscription préférentiel au capital social, d'obligations participant aux bénéfices jouissent au sein de la société absorbante de droits équivalant à ceux dont ils jouissaient au sein de la société absorbée, à moins qu'une modification de ces droits n'ait été approuvée par l'assemblée générale des porteurs de ces obligations, ou, pour les législations qui n'organisent pas une telle assemblée par ces porteurs individuellement.

Commentaire

Les porteurs des obligations particulières visées à l'article 12 ont la qualité d'obligataires et doivent, à ce titre, jouir de la protection prévue par l'article 11, tandis que d'autre part, ils ont une vocation éventuelle à devenir actionnaire ou à participer aux distributions de bénéfices de la société.

En cette seconde qualité, il faut évidemment veiller au sort de leurs droits au sein de la société absorbante dont ils pourront devenir actionnaires, le cas échéant. Suivant le système du texte, il faut leur assurer au sein de la société absorbante une position comparable à celle dont ils jouissaient au sein de la société absorbée; il faut par exemple que les actions de la société absorbante dont ils pourront devenir titulaires s'ils font usage de leur droit de conversion, de leur droit d'échange ou de leur droit de souscription, leur assurent des droits équivalant à ceux dont ils auraient joui s'ils avaient fait usage des mêmes facultés au sein de la société absorbée. Il appartient aux législations nationales d'y pourvoir.

Toutefois, il peut arriver qu'il y ait lieu de modifier les droits attachés à ces titres; en ce cas, l'accord de l'assemblée générale des porteurs d'obligations de la catégorie en cause sera nécessaire ou, dans les cas où la loi nationale ne prévoit pas l'organisation collective des obligataires, l'accord de ceux-ci individuellement.

Article 13

Sans préjudice du droit de vote individuellement reconnu aux porteurs de parts bénéficiaires non représentatives du capital social, d'actions de jouissance ou de Genussrechte émis par la société absorbée, au sein de l'assemblée générale des actionnaires de cette société, les législations des Etats membres assurent que ceux-ci jouissent au sein de la société absorbante de droits équivalant à ceux dont ils jouissaient au sein de la société absorbée.

Toutefois, les législations nationales peuvent autoriser la modification de ces droits soit moyennant l'approbation de l'assemblée générale des porteurs de ces titres ou, pour les législations qui n'organisent pas une telle assemblée, moyennant l'approbation de ces porteurs individuellement, soit en permettant aux porteurs d'obtenir le rachat de leurs titres à charge de la société absorbante.

Commentaire

1. Le système proposé consiste à affirmer le principe du maintien au sein de la société absorbante de l'équilibre entre les droits des porteurs de parts bénéficiaires et ceux des actionnaires de la société absorbée. Si cet équilibre est maintenu, les porteurs de parts bénéficiaires ou de Genussrechte, ne peuvent critiquer la fusion ni subordonner celle-ci à leur accord; ils doivent en subir les conséquences. Ce principe ne porte cependant pas préjudice aux règles actuellement en vigueur au sein de certains Etats membres selon lesquelles les porteurs de parts bénéficiaires peuvent être admis au vote à l'assemblée générale, dans les conditions définies par le droit commun ou par les statuts.

Si les droits des porteurs de parts sont atteints par la fusion, il faut alors que les porteurs de parts aient approuvé la fusion en assemblée ou - lorsque de telles assemblées n'existent pas - individuellement.

Les législations nationales peuvent en outre prévoir le rachat de ces parts ainsi que cela se pratique dans certains pays. Cette formule assure aux porteurs une protection suffisante.

En aucun cas donc, les porteurs de parts ne peuvent faire obstacle à la fusion.

2. Ce régime doit s'appliquer à tous ceux qui sont titulaires de titres leur conférant des droits dans la société autres que de simples droits de créance -- en dehors des porteurs d'obligations convertibles, échangeables ou assorties de droits de souscription, dont le cas est réglé à l'article 12.

Les termes "parts bénéficiaires" couvrent, en français, tous les titres non représentatifs du capital social; pour être certain de couvrir l'équivalent existant en Allemagne, le texte se réfère expressément aux "Genussrechte".

Les "Winstbewijzen" et les "oprichtersbewijzen" néerlandaises sont aussi visées par le texte; elles rentrent dans le concept de "parts bénéficiaires" sans qu'il doive y être fait spécialement allusion.

Les actions de jouissance, remises aux actionnaires dont les titres ont été partiellement remboursés, notamment à la suite d'un amortissement, sont déjà visées par le texte. Elles confèrent en effet des droits comparables à ceux des actionnaires sous réserve de certaines restrictions et il est donc indispensable que leur statut au sein de la société absorbante soit assuré sans qu'un préjudice puisse être apporté indûment et sans leur accord à ces droits (Cf. et comp. article 2353 du code civil italien). Pour éviter tout doute, il a paru opportun de le préciser au texte.

Article 14

La réalisation de la fusion entraîne la transmission universelle, de plein droit, tant entre les sociétés qui fusionnent qu'à l'égard des tiers, de tous les droits, de tous les biens et de toutes les obligations de la société absorbée à la société absorbante. Toutefois, les législations des Etats membres peuvent subordonner l'opposabilité aux tiers du transfert des droits réels immobiliers, des baux de plus de neuf ans et des créances hypothécaires à l'accomplissement des formalités prévues pour la transmission de tels biens par la loi applicable à ces biens.

Les législations des Etats membres peuvent décider que l'alinéa premier du présent article ne s'applique pas aux droits et aux obligations essentiellement attachés à la personne de la société absorbée, sans préjudice du droit pour le créancier d'obtenir des dommages-intérêts s'il y a lieu.

Les Etats membres peuvent prévoir des mesures particulières pour les conventions dont l'exécution se révélerait par suite de la fusion soit incompatible avec les obligations contractées par la société absorbante soit génératrice de graves iniquités.

Les dispositions des alinéas deux et trois du présent article ne s'appliquent pas aux contrats de travail et d'emploi.

Commentaire

1. Sauf controverses théoriques, toutes les législations qui connaissent la fusion admettent que cette opération entraîne une transmission universelle

du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. En principe ce transfert a lieu au moment de la réalisation de la fusion; ce moment est déterminé par l'article 8 et il peut être différent dans les rapports entre les sociétés qui fusionnent et dans les rapports avec les tiers.

En principe, ce transfert a lieu sans formalité, dans les mêmes conditions qu'une transmission à cause de mort. Il en résulte que les formalités prévues par les différentes législations pour le transfert des créances, le transfert des effets de commerce ou autres valeurs négociables à ordre ou nominatives, les marques de fabriques ou les brevets, les droits réels immobiliers, les hypothèques, les baux de plus de neuf années, les créances hypothécaires, les fonds de commerce, les gages sur fonds de commerce, les gages et autres privilèges ne doivent pas être observées pour que ce transfert sortisse ses effets même à l'égard des tiers. Bien entendu, les législations peuvent prévoir des dispositions particulières destinées à assurer la mise en ordre des registres de publicité, et notamment des registres fonciers, mais ces formalités ne sont pas nécessaires pour que le transfert soit opposable aux tiers.

A la demande de certains experts et pour tenir compte des particularités de certaines législations, le texte permet cependant à celles-ci de subordonner à l'accomplissement des formalités de droit commun l'opposabilité du transfert de certains droits aux tiers; ces droits et biens sont énumérés de façon restrictive et il ne pourrait y être ajouté d'autres formalités ou d'autres droits, à peine d'accroître l'insécurité résultant de cette exception.

2. Les alinéas 2 et 3 de l'article apportent certaines restrictions au principe de la transmission universelle.

Celles-ci sont facultatives; les législations nationales ne sont pas obligées d'en faire usage; elles ne pourraient en introduire d'autres.

.../...

L'alinéa 2 constitue la confirmation d'une règle du droit commun. Suivant le droit commun des obligations, en effet, les contrats conclus "intuitu personae" ne peuvent se transmettre sans le consentement du créancier. Le contrat doit donc nécessairement prendre fin par suite de la fusion. Le créancier ne peut s'opposer à l'opération; il pourra, le cas échéant, obtenir des dommages-intérêts suivant le droit commun.

Le 3ème alinéa permet au contraire de déroger au droit commun des obligations dans des situations particulières résultant des circonstances de la fusion, qui permet la cession des droits et la reprise des dettes dans des conditions elles-mêmes dérogatoires au droit commun des obligations.

Les législations nationales qui désirent faire usage des facultés ouvertes par l'alinéa 3 pourraient prévoir par exemple la réadaptation de la convention - lorsque cette réadaptation se conçoit, compte tenu des règles de leur droit - ou encore un droit de résiliation des conventions dont l'exécution devient impossible par suite de contradictions avec d'autres obligations antérieures de la société absorbante ou dont l'exécution conduirait à des graves iniquités.

3. Les contrats de travail et d'emploi sont nécessairement transférés de la société absorbée à la société absorbante sans que celle-ci puisse invoquer les dispositions ci-dessus pour y mettre fin.

Article 15:

Les législations des Etats membres organisent la responsabilité civile des membres des organes d'administration de la société absorbée afin d'assurer la répartition du préjudice résultant pour les actionnaires de la société absorbée des opérations de fusion, en consacrant notamment les principes suivants:

1. Cette responsabilité existe envers les actionnaires de la société absorbée individuellement. Toutefois, les législations des Etats membres peuvent organiser leur représentation collective à cette fin.
2. Elle pèse solidairement sur les membres de chacun des organes d'administration de la société absorbée. Ceux-ci ne peuvent s'en décharger que s'ils démontrent qu'aucune faute ne leur est imputable.

Les législations des Etats membres déterminent si les actionnaires doivent démontrer la faute commise par l'organe dont font partie les personnes dont ils invoquent la responsabilité ou si cette faute est présumée, sauf preuve contraire, dès lors que le dommage est établi.

Commentaire

La fusion a pour effet de faire disparaître la société absorbée; ses organes ne se réuniront plus et il sera extrêmement difficile de mettre en oeuvre des responsabilités éventuelles contre les organes de la société absorbée qui auraient commis une faute dans le cours des opérations de fusion. D'autre part, les opérations de fusion se traduisent par la substitution aux titres de la société absorbée de titres de la société absorbante; en conséquence, si les organes de la société absorbée ont commis une faute dans la négociation de la fusion, ce seront les actionnaires de la société absorbée qui, individuellement, subiront le préjudice en résultant. Enfin, la fusion entraînant la transmission à la société absorbante de l'ensemble des droits se trouvant dans le patrimoine de la société absorbée, ce transfert pourrait porter aussi sur le droit à la réparation d'un préjudice subi par la société absorbée; si ce préjudice résulte de la fusion, le transfert de ce droit à la société absorbante serait évidemment assez paradoxal.

Dans ces conditions, la protection des actionnaires recommande d'organiser en faveur des actionnaires de la société absorbée à titre individuel,

.../...

un droit à la réparation du préjudice qui leur serait causé par la faute commise par les membres des organes d'administration dans le cours des opérations de fusion.

Les modalités de l'organisation de cette responsabilité sont laissées aux législations des Etats membres. Celles-ci doivent consacrer les principes énoncés par le texte. La solution consacrée par les articles 349 et 350 de l'AktG, qui prévoient, pour les besoins de cette action, la fiction d'une survie de la société absorbée et l'exercice de l'action par un représentant spécial désigné par le tribunal sur requête d'un actionnaire ou d'un créancier, rentre certainement dans les prévisions du texte.

Le dernier alinéa de l'article s'explique par les divergences qui existent actuellement entre les législations à propos de la détermination de la faute. Cette question devra faire l'objet d'une coordination à propos de la responsabilité des administrateurs en général.

Article 16

Les législations des Etats membres organisent la responsabilité civile des experts chargés de contrôler la fusion au sein de la société absorbée afin d'assurer la réparation du préjudice résultant pour les actionnaires de la société absorbée des fautes commises par les experts dans l'accomplissement de leur mission. Cette responsabilité existe envers les actionnaires de la société absorbée individuellement. Toutefois, les législations des Etats membres peuvent organiser leur représentation collective à cette fin.

Commentaire

Les experts chargés du contrôle de la fusion ne sont pas, dans certaines législations, des organes. Leur mission est distincte de celles

des membres de l'organe d'administration. Il convient dès lors d'organiser leur responsabilité de façon distincte. Toutefois, les raisons qui justifient l'établissement d'une responsabilité envers les actionnaires de la société absorbée individuellement dans le cas des organes d'administration valent aussi pour les experts chargés du contrôle.

Article 17

La nullité de la fusion ne peut plus être prononcée lorsque l'opération est réalisée. Toutefois, les législations des Etats membres peuvent autoriser le tribunal à prononcer la nullité d'une fusion réalisée à la condition que la remise des choses dans leur état antérieur soit encore possible et en prenant en considération les droits acquis par des tiers de bonne foi.

Les législations des Etats membres organisent les sanctions, autres que la nullité, qui interviennent lorsque la fusion est affectée d'un vice de fond ou de forme et que la nullité ne peut être prononcée.

Lorsque l'irrégularité est susceptible d'entraîner la nullité de la fusion et qu'il est possible d'y porter remède, le juge impartit un délai pour réparer le vice avant de statuer sur la nullité ou sur toute autre sanction prévue par la législation nationale.

L'action en nullité, lorsqu'elle est permise, ne peut plus être intentée six mois après la réalisation de la fusion à l'égard de celui qui l'invoque.

L'opposabilité aux tiers d'une décision judiciaire prononçant la nullité de la fusion est régie par l'article 12.1 de la première directive du Conseil du 9 mars 1958 (n° 69/151 CEE).

Commentaire

La nullité de la fusion peut résulter soit de l'annulation d'une décision de l'une des assemblées générales - pour un vice de forme ou pour un vice de fond - soit de l'irrégularité d'un acte de la procédure de fusion (par exemple, l'irrégularité de l'acte de fusion, du contrat de fusion, le défaut de contrôle préalable dans les cas où cette formalité existe, voire encore l'absence d'enregistrement de la fusion ou un enregistrement irrégulier).

Il n'est pas possible dans cette directive, de réglementer les causes de nullités - qui tiennent à des règles générales relatives soit au fonctionnement des assemblées générales, soit aux effets des actes de la procédure de fusion.

L'objet de l'article est d'organiser l'incidence de l'irrégularité ou des vices affectant un acte ou une formalité de la procédure de fusion sur la validité de la fusion elle-même.

Si la fusion n'est pas encore réalisée, l'annulation de la procédure peut avoir lieu sans grand inconvénient : les tiers n'ont pas encore traité avec la société absorbante, le patrimoine n'a pas été transféré, les actionnaires de la société absorbée ne sont pas encore devenus actionnaires de la société absorbante, le personnel des sociétés n'a pas encore été intégré dans une organisation unique. Par conséquent, le texte permet dans ce cas à la nullité éventuellement prévue par les législations nationales de sortir ses effets normaux.

Les législations nationales peuvent également attribuer un caractère suspensif à l'action en nullité dirigée contre la fusion, soit de plano soit moyennant une intervention du tribunal à cet effet; en ce cas, la réalisation de la fusion sera retardée et la nullité pourra encore être prononcée

le cas échéant. Comme il appartient, suivant l'article 8, aux législations nationales, de déterminer le moment où la fusion est réalisée, elles peuvent introduire une disposition à cet effet si elles l'estiment opportun.

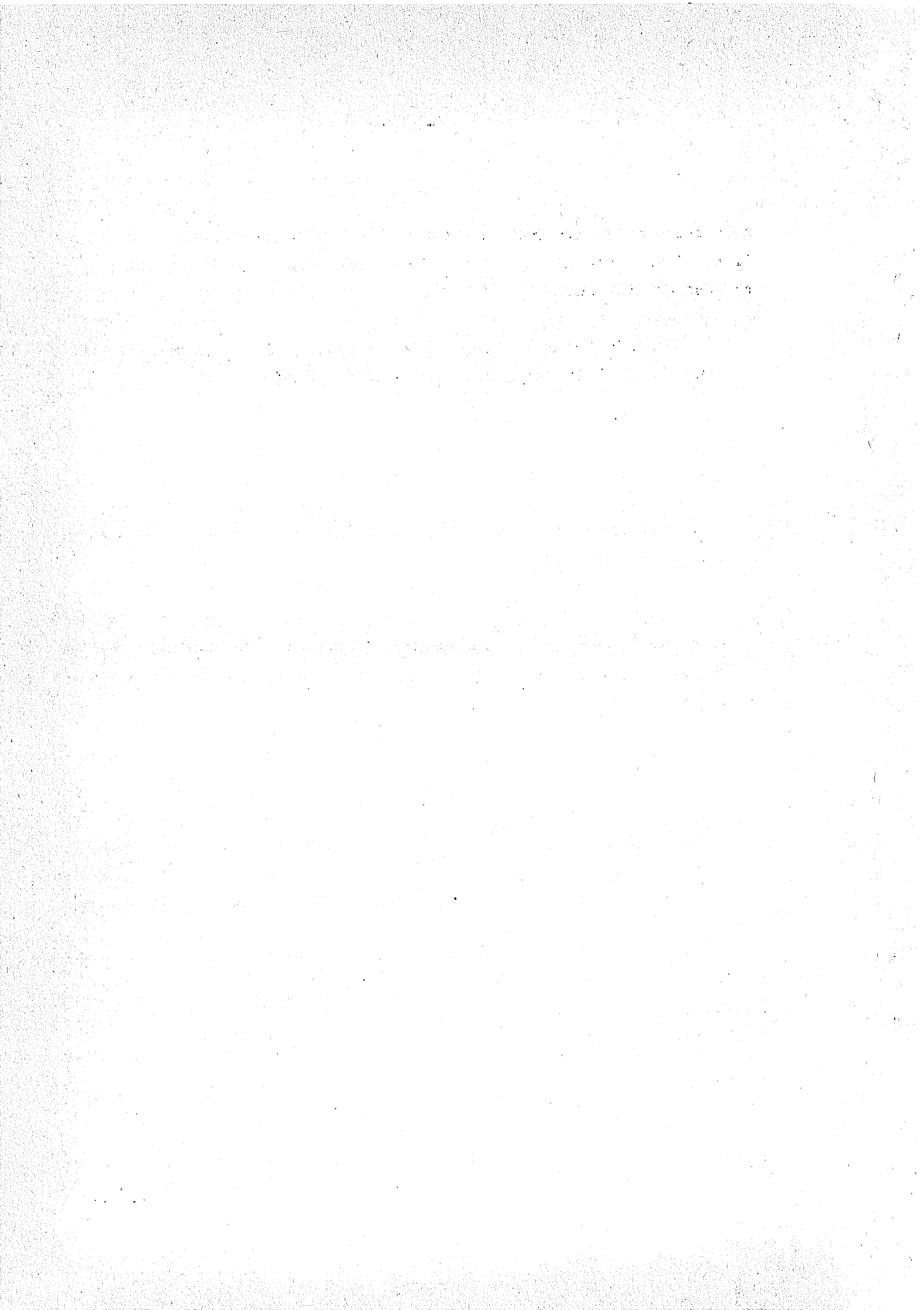
En revanche, lorsque la fusion est réalisée - que ce soit entre les sociétés fusionnées ou dans les rapports avec les tiers - la nullité ne peut plus en être prononcée. On peut certes prévoir l'annulation de l'une des démarches antérieures à la fusion, mais cette annulation ne peut se traduire par une annulation de la fusion elle-même du moins en principe. Il appartient aux législations nationales de prévoir éventuellement d'autres sanctions, suivant ce qu'elles estiment utiles : par exemple l'allocation de dommages-intérêts à charge de la société absorbante ou à charge d'actionnaires qui auraient abusé de leur position en sein de l'une des sociétés en cause pour imposer une fusion défavorable, ou une modification des rapports d'échange qui auraient été calculés sur une base critiquable; une autre sanction pourrait consister dans le rachat obligatoire par la majorité des actions de la minorité qui aurait été victime d'un abus. Certaines irrégularités qui ne sont pas de nature à exercer une influence sur les décisions prises et sur l'efficacité de la procédure peuvent évidemment être dénuées de sanction ou être simplement assorties d'une sanction pénale ou administrative.

Toutefois le texte laisse aux législations nationales la possibilité d'attribuer au juge le pouvoir d'apprécier si, lorsqu'il est possible encore, en fait, de remettre les choses dans leur état premier, il n'y a pas lieu néanmoins de prononcer la nullité de la fusion. Le juge devra, dans cette appréciation tenir compte des droits acquis éventuellement par les tiers de bonne foi à la suite de l'opération. Il pourra se produire que les intérêts qui seraient lésés par une annulation effective de la fusion soient mineurs par rapport à ceux que lèserait une irrégularité grave affectant l'opération. Le juge pourra alors, suivant une appréciation qui ressortit normalement à sa compétence et dont il existe de nombreux exemples dans le droit classique des obligations, décider s'il y a lieu

.../...

de prononcer la nullité plutôt que les autres sanctions possibles. Il s'agit ici d'une faculté dont les législations des Etats membres peuvent ou non user.

L'alinéa trois du texte vise à remplacer la sanction de nullité par une régularisation lorsque celle-ci est possible.



CHAPITRE IVLa fusion par constitution d'une société nouvelleArticle 18

La fusion par constitution d'une société nouvelle est régie par les dispositions du chapitre III de la présente directive, à l'exception des articles 6 et 17, pour l'application desquelles les sociétés qui fusionnent sont considérées comme des sociétés absorbées et la société nouvelle comme la société absorbante, suivant les distinctions ci-dessous:

1. Les articles 8, 9, 12, 13, 14 s'appliquent aux sociétés qui fusionnent et à la société née de la fusion.
2. Les articles 3, 4, 5 et 7 s'appliquent aux sociétés qui fusionnent. Le projet de statut et d'acte constitutif de la société nouvelle est annexé au projet de fusion et approuvé par l'assemblée générale des sociétés qui fusionnent.
3. Les articles 10 et 11, 15 et 16 s'appliquent aux sociétés qui fusionnent.

Les règles relatives au contrôle des apports en nature prévues par l'article (7) de la 2ème directive ne s'appliquent pas à la constitution de la société nouvelle à moins que les législations des Etats membres n'en décident autrement.

Commentaire

Le régime de la fusion par constitution d'une société nouvelle est analogue au régime de la fusion par absorption. L'article 18 prévoit seulement les adaptations indispensables.

Il est évident que dans la mesure où les législations nationales assureraient une protection aux créanciers et aux obligataires de la société absorbante, cette mesure ne doit pas s'appliquer à la société nouvelle issue de la fusion.

De même, toutes les dispositions de la première directive du 9 mars 1958 concernant la constitution de la société anonyme s'appliquent à la société issue de la fusion. S'appliqueront notamment les règles sur le contrôle de la constitution de la société nouvelle.

Le régime des nullités sera celui de la première directive, et non celui de l'article 17. Le vice affectant la décision d'une assemblée générale de l'une des sociétés fusionnantes ne peut, pas plus par exemple que le vice de consentement ou l'incapacité de l'un des fondateurs, justifier l'annulation de la société nouvelle. Les législations nationales peuvent dès lors prévoir d'autres sanctions pour ces cas - de même que dans l'hypothèse de l'article 17. En pratique la différence essentielle entre les deux régimes consiste en ce que, dans l'hypothèse de l'article 17, la législation nationale peut attribuer au juge un certain pouvoir d'appréciation lui permettant d'annuler la fusion même réalisée, lorsque la remise des choses dans leur état antérieur demeure possible et en tenant compte des droits acquis par des tiers de bonne foi, alors que cette faculté ne lui est jamais ouverte dans le cas de fusion par constitution d'une société nouvelle puisqu'elle n'est pas prévue par la première directive - hormis, bien entendu, les cas exceptionnels cette directive a maintenu certaines causes de nullités.

Le texte permet aux législations qui subordonnent la fusion par constitution d'une société nouvelle à la condition que les sociétés qui fusionnent aient existé pendant un certain temps (cf. AktG. art. 353) de maintenir cette règle particulière.

CHAPITRE V

L'absorption d'une société par une autre société
qui possède la totalité des actions de la première

Article 19

Chacun des Etats membres organise l'opération par laquelle une société transfère l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, à une autre société qui possède la totalité de ses actions et des autres titres conférant un droit de vote dans l'assemblée générale des actionnaires, et est dissoute sans être liquidée.

Cette opération est régie par les articles 20 à 23 ou par le chapitre III de la présente directive suivant ce que décident les législations des Etats membres. Elle est pour l'application de ces dispositions, considérée comme étant une fusion.

Le présent article s'applique pour chacun des Etats membres aux sociétés visées à l'article 1er qui relèvent de sa propre législation.

Commentaire

1. On peut douter que l'opération par laquelle une société, qui possède la totalité des actions d'une autre société, absorbe cette dernière, soit réellement une fusion telle qu'elle est définie par l'article 2. En effet, cette opération n'entraîne pas l'attribution d'actions de la société absorbante aux actionnaires de la société absorbée. La question de la protection des actionnaires de la société absorbée ne se pose pas davantage. L'opération peut donc être soumise à des conditions plus simples.

Néanmoins, il n'y a pas d'inconvénient à ce que certaines législations nationales traitent cette opération comme une fusion proprement dite et la soumettent à toutes les règles relatives à la fusion même si celles-ci sont parfois plus complexes en ce cas qu'il n'est nécessaire.

C'est pourquoi le texte, après avoir, suivant le même principe que celui consacré par l'article 2, imposé à chaque Etat membre d'organiser

cette opération, pour les sociétés relevant de sa législation, lui laisse ensuite le choix entre les règles relatives à la fusion par absorption ou l'application de règles simplifiées. Les législations nationales peuvent aussi, bien entendu, utiliser les deux possibilités concurremment.

2. L'application de l'article 19 requiert que la société absorbante soit titulaire non seulement des actions de la société absorbée mais encore de tous les titres qui confèrent le droit de vote à l'assemblée générale des actionnaires. Cette dernière hypothèse se rencontre en droit belge et en droit luxembourgeois où les porteurs de parts bénéficiaires peuvent se voir attribuer un droit de vote à l'assemblée générale.

3. Le texte n'apporte aucune modification ni aucun préjugé en ce qui concerne le traitement des sociétés d'une personne dans les différentes législations. Il ne s'applique que pour autant que la société qui possède la totalité des actions d'une autre société décide d'absorber juridiquement cette dernière.

Il implique cependant une hypothèse : la société d'une personne doit conserver sa personnalité morale et la transmission de la totalité du patrimoine à la société actionnaire unique suppose une décision distincte de la simple réunion de tous les titres entre les mains de celle-ci.

Cette hypothèse existe dès à présent :

- en vertu du projet de deuxième directive, dont les dispositions relatives à la société d'une personne excluent l'ancien système français aux termes duquel la simple réunion de tous les titres d'une société anonyme entre les mains d'un actionnaire unique entraînait immédiatement et de plein droit la confusion entre le patrimoine de la société et celui de l'actionnaire;

.../...

- en vertu des droits positifs actuellement en vigueur dans les six pays, qui tous connaissent le principe du maintien de la personnalité morale distincte de la société d'une personne,
- soit sans modification dans son régime juridique (Allemagne, Pays-Bas),
- soit sans dissolution mais avec une responsabilité particulière de l'actionnaire unique (Italie),
- soit avec dissolution après un délai mais liquidation et maintien de la personnalité morale pendant cette liquidation (France, loi de 1966),
- soit avec dissolution immédiate mais liquidation et maintien de la personnalité morale pendant cette liquidation (Belgique, Luxembourg).

Pour le surplus les régimes propres à la société d'une personne ne sont pas affectés par le texte proposé.

Bien entendu, les sociétés peuvent, indépendamment de la faculté qui leur serait ainsi ouverte, conserver indéfiniment la dualité des personnes morales pour autant que les législations nationales le permettent et aux conditions fixées par celles-ci.

Article 20

Cette opération requiert l'approbation de l'assemblée générale de chacune des sociétés en cause, délibérant dans les conditions de présence et de majorité déterminées par chaque législation nationale. La majorité peut être calculée soit sur la base des voix afférant aux titres représentés à l'assemblée soit sur la base du capital social représenté à l'assemblée. Elle ne peut en aucun cas être inférieure aux deux tiers. Les règles relatives à la modification des statuts s'appliquent en outre.

Les législations des Etats membres assurent que l'organe chargé de l'administration de la société absorbante fait rapport à l'assemblée générale de cette société sur les motifs de l'opération et sur son intérêt pour la société. Des experts indépendants font également rapport à

.../...

l'assemblée générale sur l'incidence de l'opération sur la situation financière de la société. Ces experts peuvent être les commissaires aux comptes de la société. Ils peuvent obtenir la communication de tous documents utiles auprès de chacune des sociétés qui fusionnent .

Les législations des Etats membres assurent que le rapport de l'organe chargé de l'administration ainsi que le rapport des experts seront tenus à la disposition des actionnaires de la société absorbante un mois au moins avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération. Seront également tenus à la disposition de ces actionnaires les bilans et les comptes des profits et pertes des sociétés qui fusionnent relatifs aux trois derniers exercices soumis à l'assemblée générale. Si le dernier bilan soumis à l'assemblée générale se rapporte à une date de plus de six mois antérieure à la date du projet de fusion une situation comptable arrêtée le premier jour du mois précédant la date du projet de fusion sera en outre tenue à la disposition des actionnaires.

Commentaire

1. ... La nécessité d'une décision de l'assemblée générale de la société absorbante a été discutée par certains experts; elle n'est pas nécessaire suivant l'Umwandlungsgesetz allemande. Toutefois, il semble souhaitable de la prévoir, eu égard aux effets importants que l'opération peut comporter pour la société absorbante notamment à la suite de la reprise universelle du patrimoine à titre universel et de l'accroissement des charges et du passif qui peuvent en résulter. Plusieurs délégations ont exprimé cette opinion, et ont insisté sur l'opportunité d'une protection des actionnaires de la société absorbante. La nature de l'opération est d'ailleurs très voisine de celle de la fusion, d'un point de vue économique et quant aux dangers qu'elle peut offrir. La circonstance qu'elle n'implique généralement pas de changement des statuts de la société absorbante ne paraît pas suffisante pour exclure l'intervention de l'assemblée générale de cette société dans cette hypothèse si on l'admet en matière de fusion.

.../...

La décision de l'assemblée générale de la société absorbée ne soulève pas de difficulté particulière. La circonstance que cette assemblée ne comprend qu'un seul actionnaire n'enlève rien à son utilité; dans les pays qui connaissent la société d'une personne, d'ailleurs, cette société doit fonctionner normalement et ses organes doivent se réunir pour que la société soit régulière. L'intervention de l'assemblée est ici indispensable puisque l'opération implique la dissolution de la société à moins que celle-ci n'ait lieu par l'effet de la loi et, en tout cas, la cessation de son existence.

2. Compte tenu de l'importance de l'opération - analogue à une fusion à cet égard - pour les actionnaires de la société absorbante, il paraît indispensable de prévoir l'intervention d'un rapport de l'organe chargé de l'administration ainsi qu'un rapport d'experts indépendants. Ceux-ci pourront être les commissaires aux comptes de la société. Bien entendu le contenu de ces rapports est adapté pour tenir compte des différences entre cette opération et une fusion. En particulier la détermination de rapports d'échange ne se pose pas en l'espèce. Mais il conviendra d'apprécier l'incidence de l'opération sur la situation financière de la société absorbante; en effet la valeur des biens acquis par la société absorbante en suite de la transmission à titre universel du patrimoine de la société absorbée n'est pas nécessairement égale à la valeur pour laquelle les titres de la société absorbée étaient comptabilisés dans le patrimoine de la société absorbante. En outre, la société absorbante va devenir directement débitrice du passif de la société absorbée.

Article 21

Les législations des Etats membres déterminent le moment où l'opération est réalisée à l'égard des sociétés qui fusionnent, à l'égard des actionnaires de la société absorbante et à l'égard des tiers.

Par la réalisation de l'opération:

1. le patrimoine de la société absorbée est transféré à la société absorbante conformément à l'article 14;
2. la société absorbée cesse d'exister;
3. les actions et les autres parts conférant un droit de vote à l'assemblée générale des actionnaires de la société absorbée cessent d'exister, et les titres qui les représentent sont annulés.

Commentaire

Ce texte correspond à l'article 8 compte tenu des particularités de l'opération ici visée.

Article 22

Les législations des Etats membres assurent que l'opération est publiée en ce qui concerne la société absorbée et la société absorbante conformément aux articles 3, 5 et 6 de la première directive du Conseil du 9 mars 1968 n° 68/151.

Article 23

Les articles 7, 10, 11, 12, 13, 14 et 17 s'appliquent à cette opération.

Commentaire

1. Les créanciers de la société absorbée, obligataires ou non, doivent jouir de la même protection qu'en cas de fusion; l'opération est analogue à une fusion en ce qui les concerne. Il faut donc appliquer les articles 10 et 11 à cette opération.

.../...

2. Si la société absorbée a émis les valeurs mobilières visées aux articles 12 et 13, les protections prévues par ces textes se justifient par des motifs identiques à ceux qui s'appliquent en cas de fusion. Bien entendu, dans la mesure où la société absorbante est elle-même propriétaire de tous les titres non représentatifs du capital social de la société absorbée, ces textes deviendront sans objet. Cela va de soi.

3. Les effets du transfert universel du patrimoine doivent se régler de la même manière qu'en cas de fusion, par identité de motifs.

4. La nullité soulève les mêmes questions qu'en cas de fusion et doit donc être réglée par le même texte.

5. L'article 7 relatif au contrôle de l'opération ou à la passation des actes en la forme authentique doit s'appliquer aussi en l'espèce.

6. Les articles 15 et 16, qui visent à assurer la protection des actionnaires de la société absorbée, sont en revanche sans objet en l'espèce.

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...

CHAPITRE VIAutres opérations assimilées à la fusionArticle 24

Les dispositions du chapitre VI s'appliquent aux opérations autres que celles définies par les articles 2 et 19 en vertu desquelles une société transfère à une ou plusieurs sociétés existantes ou à créer, la totalité ou une partie de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à ses actionnaires d'actions de la société ou des sociétés bénéficiaires de l'apport, en contrepartie totale ou partielle de cet apport.

Pour l'application de ces dispositions, l'opération est considérée comme une fusion, la société qui fait l'apport est considérée comme étant une société absorbée, les sociétés existantes bénéficiaires de l'apport comme étant des sociétés absorbantes et les sociétés nouvelles bénéficiaires de l'apport comme étant des sociétés issues de la fusion.

Commentaire

1. Indépendamment de la fusion définie par l'article 2 et de l'opération définie par l'article 19 - que les législations nationales doivent introduire dans leur arsenal législatif - le droit des Etats membres connaît d'autres opérations, nées de la pratique, parfois consacrées ensuite par loi, et présentant des analogies avec les fusions.

Ces opérations permettent d'assurer la réunion du patrimoine de deux ou de plusieurs sociétés moyennant l'attribution d'actions, en contrepartie partielle ou totale de ces apports, réparties entre les actionnaires des sociétés ainsi absorbées. Elles permettent aussi d'assurer la scission du patrimoine d'une société à la faveur de plusieurs apports à effectuer au profit de plusieurs sociétés existantes ou à créer.

.../...

Dans la mesure où ces opérations présentent certaines des caractéristiques propres à la fusion, sinon toutes ces caractéristiques, il est indispensable de veiller à ce que les législations offrent aux actionnaires et aux créanciers des garanties qui soient comparables à celles résultant de la fusion, même si ces opérations ne rentrent pas complètement dans la définition donnée par l'article 2.

A peine de quoi, il serait extrêmement aisé d'éluder l'application des règles de la directive, en ayant recours à ces opérations dans la mesure où elle échapperaient à toute réglementation.

L'objectif des articles 24 à 28 formant le chapitre VI de la directive est d'appliquer par analogie certaines règles propres aux fusions, à titre de dispositions de protection minimales, aux opérations en cause dans la mesure où elles présentent les caractères fondamentaux définis à l'article 24 qui les rapprochent des fusions.

Dès lors que ces mesures de protection minimales sont observées, les législations des Etats membres demeurent libres d'organiser ces opérations comme elles l'entendent.

2. Pratiquement, les opérations suivantes, actuellement connues, rentrent dans le champ d'application de l'article 24:

1. La scission

Cette opération est organisée par la loi française de 1966, articles 382 à 386; elle apparaît dans certaines autres législations, et notamment en droit fiscal belge.

Elle entraîne :

- la disparition de la société qui se scinde, sans liquidation;
 - l'acquisition par les actionnaires de la société scindée de la qualité d'actionnaires des sociétés auxquelles le patrimoine est apporté;
- .../...

- le transfert du patrimoine aux sociétés scindées, activement et passivement, de plein droit (art. 265 du décret d'application).

Suivant que l'on applique ou non les règles protectrices des créanciers prévues en cas de fusion, les sociétés issues de la scission sont divisément ou solidairement responsables du passif de la société qui se scinde.

2. L'apport de branche d'activité

Cette opération est connue de la loi française (art. 387) et de la pratique dans différents pays qui lui appliquent par analogie certaines règles suivies en matière de fusion, même lorsque la justification juridique de cette application demeure très incertaine.

La loi française permet d'y appliquer les règles sur les scissions - notamment en ce qui concerne le transfert du patrimoine et le régime des créanciers. Elle peut entraîner l'attribution des actions représentatives de l'apport aux actionnaires de la société qui fait l'apport.

Il est donc possible que l'opération présente des points communs avec la fusion justifiant l'application d'un régime de protection analogue sur certains points. Tel ne sera pas le cas cependant si les actions représentatives de l'apport restent dans le patrimoine de la société apporteuse.

3. La Umwandlung par décision majoritaire

Les distinctions suivantes doivent être faites en ce qui concerne les rapports entre les dispositions de la directive et la Umwandlungsgesetz allemande de 1956. La directive ne concerne bien entendu que l'hypothèse où les deux sociétés en cause sont des Aktiengesellschaften.

.../...

Suivant la Umwandlungsgesetz, une société par actions qui est titulaire de toutes les actions d'une autre société par actions peut absorber celle-ci; les deux patrimoines se trouvent alors réunis. Cette opération ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 24 puisqu'elle n'entraîne aucune attribution d'actions de la part de la société absorbante. Elle rentre en revanche dans le champ d'application des dispositions des articles 19 à 23.

Suivant l'article 15 UmwG d'autre part, une société par actions qui détient les neuf dixièmes du capital d'une autre société par actions peut absorber cette dernière; les actionnaires titulaires des actions représentant le solde du capital ne peuvent s'y opposer, mais ils acquièrent le droit à une indemnisation (Abfindung). (§§ 15 Abs. 1 Satz 2 et 14 UmwG.).

La société absorbante a l'obligation d'offrir aux actionnaires de la minorité soit des actions à émettre ou émises par elle soit des espèces. Lorsque la société absorbante se trouve elle-même sous la domination (Beherrschung) d'une autre société par actions, elle doit offrir aux actionnaires de la minorité des actions émises ou à émettre par cette société dominante.

L'article 24 ci-dessus s'applique dans l'hypothèse où la société absorbante offre aux actionnaires de la société absorbée ses propres actions, même si ces actionnaires choisissent de préférence des espèces, en vertu de l'option que la loi ouvre en leur faveur. En revanche, il ne s'applique pas lorsque des actionnaires se voient offrir des actions de la société qui domine la société absorbante. En effet, en pareil cas les conditions d'application du texte ne sont certainement pas réunies. La question pourra être revue éventuellement après l'examen de la coordination des dispositions des législations nationales sur les groupes de sociétés.

4. Les fusions qui ne répondraient pas à la définition de l'article 2

Certains experts gouvernementaux ont précisé que la définition de la fusion donnée à l'article 2, notamment en ce qu'elle limite l'importance de la soulte qui peut être attribuée aux actionnaires de la société absorbée, est plus étroite que la définition de la fusion de leur propre législation (délégation italienne).

Il a été précisé que la définition de l'article 2 n'empêche pas une législation nationale de prévoir un autre régime - par exemple en admettant des soultes en espèces ou en autres valeurs plus importantes.

Ces opérations, qui pourraient parfaitement réunir toutes les autres caractéristiques de la fusion, échapperaient à la définition de l'article 2 et seraient visées par l'article 24.

3. L'article 24 ne s'applique pas en revanche :

1. A la Vermögensübertragung prévue par l'article 361 de l'AktG. En effet dans cette opération une société transfère à une autre société son patrimoine moyennant une contrepartie ne consistant pas normalement en actions de la société bénéficiaire du transfert. La société qui effectue le transfert ne disparaît pas et ses actionnaires ne reçoivent rien directement. Même si la contrepartie du transfert consiste en actions de la société bénéficiaire du transfert, encore celles-ci ne sont-elles pas attribuées aux actionnaires de la société qui effectue le transfert; elles ne pourraient leur être distribuées qu'ensuite d'une dissolution et d'une liquidation.

2. A la Eingliederung prévue par les articles 319 et suivants de l'AktG pour le motif que cette opération n'emporte aucun transfert patrimonial de la société "intégrée" à la société "intégrante"; la

.../...

personnalité morale des deux sociétés demeure distincte mais un certain pouvoir est donné à la société-mère sur la société intégrée, ce qui implique la mise en oeuvre de diverses mesures de protection envers les actionnaires minoritaires et les créanciers de la société intégrée.

Article 25

Les articles 3, 9, 15 et 16 s'appliquent aux sociétés absorbées et aux sociétés absorbantes.

Article 26

Les articles 4 et 5 s'appliquent aux sociétés absorbées et aux sociétés absorbantes.

Si l'opération a lieu au profit d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, le projet de statuts et d'acte constitutif de celle-ci est annexé au projet de fusion et est approuvé par l'assemblée générale des sociétés absorbées.

Les législations des Etats membres peuvent cependant écarter l'application de l'article 5 si elles assurent le droit pour les actionnaires de la société absorbée d'obtenir une contrepartie correspondant à la valeur de leurs actions si elles organisent un recours au tribunal pour déterminer cette contrepartie en cas de désaccord.

Article 27

L'article 17 s'applique, mais uniquement à l'égard des apports effectués à des sociétés existantes.

Article 28

Les règles relatives au contrôle des apports en nature prévues par l'article (7) de la 2ème directive ne s'appliquent pas à la constitution de la société nouvelle à moins que les législations des Etats membres n'en décident autrement.

Article 29

Lorsque l'opération prévue à l'article 24 entraîne le transfert du passif de la société absorbée et que ce transfert s'impose aux créanciers, obligataires ou non, de celles-ci, les articles 10 et 11 s'appliquent aux sociétés absorbées.

Lorsque cette opération entraîne la transmission universelle des droits des biens et obligations de la société absorbée aux sociétés absorbantes ou issues de la fusion, l'article 14 s'applique.

Article 30

Lorsque la société absorbée a émis des obligations convertibles en actions, des obligations échangeables contre des actions, des obligations assorties de droits de souscription préférentiels au capital social, des obligations participant aux bénéfices, des parts bénéficiaires non représentatives du capital social ou des Genussrechte, et que les droits attachés à ces titres sont reportés dans les sociétés absorbantes ou issues de la fusion, les articles 12 et 13 s'appliquent.

Commentaire

Les articles 25 et 26 assurent la protection des actionnaires dans les opérations prévues à l'article 24 par référence avec les règles suivies en matière de fusion. L'article 26 alinéa dernier autorise un système de protection jugé équivalant à celui résultant des articles 4 et 5, et qui se pratique actuellement en Allemagne en exécution de la Umwandlungsgesetz. La publicité prévue par l'article 9 s'y applique aussi.

L'article 27 étend le régime des nullités mais uniquement dans la mesure des apports consentis à des sociétés existantes. En effet dans la mesure où certains apports sont effectués à une ou plusieurs sociétés nouvelles, celles-ci sont régies par la première directive du 9 mars 1968 et par le système de nullités prévues par cette directive (Comp. la fusion par constitution d'une société nouvelle, article 18).

Les articles 29 et 30 étendent le régime prévu en matière de fusion lorsque l'opération entraîne une reprise de dette par les sociétés bénéficiaires de l'apport avec décharge de la société qui consent l'apport, lorsque l'opération entraîne un transfert universel de patrimoine (en totalité ou, dans le cas d'un apport de branche d'activité, partiellement), ou lorsque la société absorbée cesse d'exister sans liquidation, en sorte que les créanciers doivent accepter ce transfert suivant un régime analogue à celui de la fusion.

L'article 30 étend de même le régime des articles 12 et 13 dans le cas où l'opération entraîne le transfert des droits des porteurs d'obligations convertibles, d'obligations échangeables, d'obligations avec droit de souscription ou de parts bénéficiaires de la société absorbée aux sociétés bénéficiaires de l'apport.

Le 10 avril 1968

ANNEXES

Annexe I

Pour l'application de l'article 5, les experts indépendants sont :

- pour l'Allemagne : les Wirtschaftsprüfer
- pour la Belgique : les réviseurs d'entreprises
- pour la France : les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article 219 de la loi sur les sociétés commerciales
- pour les Pays-Bas : -----
- pour l'Italie : -----
- pour le Luxembourg : -----

Annexe II

Pour l'application de la présente directive il faut entendre par "organe chargé de l'administration", sans préjudice de la faculté pour les législations des Etats membres de prévoir en outre l'intervention d'un organe de surveillance :

- pour l'Allemagne : le "Vorstand"
 - pour la France : le conseil d'administration et le directoire
 - pour la Belgique et le grand-duché de Luxembourg : le conseil d'administration
 - pour l'Italie : le conseil d'administration ou l'administrateur unique
 - pour les Pays-Bas : le ou les "bestuurders"
-

