

# Commentaires du CCBE sur la proposition de directive modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, les fusions et les scissions transfrontières

29/06/2018

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 45 pays membres, soit plus d'un million d'avocats européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Le 25 avril 2018, la Commission européenne a présenté sa [proposition de directive modifiant la directive \(UE\) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières](#). Cette proposition fait partie du « paquet droit des sociétés » de la Commission, qui a également présenté une proposition de directive en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés.

La proposition a fait l'objet d'un communiqué de presse et d'un [document de travail](#) sur les résultats de l'analyse d'impact. La Commission a invité le CCBE à participer à diverses réunions des parties prenantes en 2017, au cours desquelles le CCBE a représenté le point de vue de la profession d'avocat.

Le CCBE souhaite partager ici ses observations sur la proposition de directive. Le CCBE a identifié plusieurs dispositions auxquelles il estime que certains changements doivent être apportés ou au sujet desquelles il se pose une question spécifique quant à la méthode proposée. Le CCBE souhaite avoir l'occasion de discuter de ces dispositions.

À titre d'observation préliminaire, le CCBE estime que la proposition de directive n'est pas suffisamment claire quant aux effets juridiques précis qui sont proposés lorsqu'une société est soumise à une procédure de transformation. Est-il prévu que la société existante soit la même entité juridique lorsqu'elle devient une société dans l'État membre de destination, quoique soumise aux règles juridiques applicables à une société de la forme choisie dans l'État membre ? Ou bien l'intention est-elle qu'il existe deux sociétés différentes : une dans l'État membre de départ et une autre dans l'État membre de destination, la société dans l'État membre de destination étant établie au moyen d'un apport en nature des activités courantes de la société dans l'État membre existant, celle-ci cessant d'exister sans pour autant être mise en liquidation ? Ce sera important pour la législation de l'État membre de destination, par exemple s'il existe des règles sur les évaluations des éventuels apports en nature. Il serait utile d'éclaircir ce point afin que les États membres sachent s'ils doivent appliquer ces règles à une société en processus de transformation. Cela peut également être important dans les cas où les actifs nets de la société sont inférieurs au montant de son capital social dans l'État membre de départ.

Les contrats et autres droits qui sont propres à la société existante sont également concernés. Si la personnalité juridique de la société est préservée, ces droits ne devraient pas être affectés par la transformation, mais ils pourraient l'être si les activités de la société sont transférées à une nouvelle société dans l'État membre de destination. Cela est également important pour la question de savoir si

la directive sur le transfert d'entreprises (directive 2001/23/CE) s'applique. Si l'entreprise de la société existante est apportée à une nouvelle société dans l'État membre de destination, le CCBE estime que la directive s'appliquera à ce transfert. Cependant, si la société est la même entité juridique et que les salariés restent salariés de l'entité juridique existante qui est soumise à la législation de l'État membre de destination, il n'y a pas de transfert auquel la directive puisse s'appliquer.

L'article 106 de la directive 2017/1132 exige que les législations des États membres organisent au moins la responsabilité civile des membres des organes d'administration ou de direction de la société absorbée envers les actionnaires de cette société à raison des fautes commises par des membres de ces organes lors de la préparation et la réalisation de la fusion. Le CCBE estime qu'il devrait y avoir une disposition équivalente obligeant les États membres à établir des règles de responsabilité civile des membres des organes d'administration ou de direction d'une société en cours de transformation et des membres des organes d'administration ou de direction d'une société qui fait l'objet d'une scission.

- Nous souhaitons également apporter les commentaires suivants sur plusieurs articles du texte de loi proposé :

**Article 86 quater 3 :** Le CCBE propose que les États membres veillent à ce que l'autorité compétente de l'État membre de départ n'autorise pas la transformation transfrontalière lorsqu'elle constate, après examen du cas d'espèce et compte tenu de tous les faits et circonstances pertinents, qu'elle constitue un abus de droit ou un acte frauduleux. Le CCBE estime que cette approche proposée suit la décision de la Cour européenne de justice, par exemple dans les affaires *Centros* et *Cadbury*, et qu'elle n'exige pas qu'une autorité compétente détermine s'il existe un avantage ou un préjudice fiscal « indu ». La formulation employée dans la proposition semble suggérer qu'une situation ne constituant même pas un abus répondrait aux conditions.

**Article 86 quinquies 1(c) :** Cet article devrait évoquer l'instrument ou les instruments proposés pour la constitution de la société dans l'État membre de destination (dans la mesure où la constitution ne deviendra la constitution de la société que lorsque la transformation prendra effet).

**Article 86 octies :** L'article ne permet pas de savoir avec quelle rapidité l'expert indépendant doit préparer son rapport (en supposant que la société fournisse rapidement toutes les informations pertinentes et les documents pertinents de la société lorsqu'ils lui sont demandés). Une obligation de fournir le rapport sans retard injustifié est à tout le moins nécessaire.

**Article 86 nonies 5 :** Lorsque le registre transmet les informations pertinentes au bulletin national, l'État membre pourra-t-il encore facturer les frais de publication dans le bulletin national ?

**Article 86 decies 3 :** Le CCBE suppose qu'il devrait être indiqué que « les États membres veillent à ce que l'approbation ou toute modification » (et non « l'approbation de toute modification »). Le CCBE estime que le paragraphe 4 serait plus clair s'il indiquait : « L'assemblée générale décide également toute modification des instruments de constitution de la société qui procède à la transformation. »

**Article 86 undecies 1 :** Modification suggérée concernant la version anglaise seulement : "Member States shall ensure that the following members of a company carrying **out** a cross-border conversion..."

**Article 86 undecies 3 :** Le CCBE estime ici que la formulation devrait être la suivante : « Les États membres veillent en outre à ce que la société puisse accepter une offre communiquée par voie électronique à une adresse fournie par la société à cette fin ». L'important est que l'actionnaire qui souhaite accepter une offre d'achat de ses actions puisse le faire par voie électronique si la société a fourni une adresse pour que les actionnaires puissent le faire.

**Article 86 undecies 5 :** Les sociétés peuvent prévoir dans leurs statuts des dispositions prévoyant l'arbitrage dans de tels cas. Le CCBE croit comprendre qu'une société pourrait toujours inclure de telles dispositions et que les actionnaires seraient libres d'avoir recours à l'arbitrage s'ils le souhaitent, mais qu'ils seraient également libres d'exiger une soule devant un tribunal national comme le prévoit

cet article. Il serait utile que les considérants clarifient que les sociétés peuvent encore avoir des dispositions sur l'arbitrage dans leurs statuts, à condition qu'elles ne soient pas obligatoires.

**Article 86 sexdecies :** Il serait utile que l'article définisse une période maximale (qui ne devrait pas être trop longue) pouvant être fixée pour que le certificat préalable à la transformation entre en vigueur.

**Article 86 septdecies 4 :** Il serait utile d'inclure un délai maximum pour que l'État membre compétent puisse décider s'il approuve la transformation transfrontalière.

**Article 86 octodecies 3 :** Lorsqu'un État membre supprime une société dont la transformation est devenue effective, il devrait également y avoir une obligation de notifier à tout État membre dans lequel la société a une succursale que la transformation a pris effet.

**Article 86 vicies 1 (a) et (c) :** Si l'intention est que la société soumise à la transformation reste la même entité juridique, le CCBE ne pense pas qu'il soit correct de se référer au patrimoine actif et passif ou aux droits et obligations comme étant « transférés » à la société transformée. Évoquer la continuation de l'existence de la société semble plus approprié. Toutefois, si l'intention est que les activités de la société soient apportées à la nouvelle société dans l'État membre de destination, le CCBE juge préférable de préciser que toutes les activités de l'entreprise sont transférées, y compris tous les contrats, licences, crédits, droits et obligations et « *goodwill* ». Le CCBE estime également utile de préciser que tout transfert fonctionne comme une succession générale par effet de la loi. Au paragraphe 3, le CCBE part du principe que la responsabilité de la société transformée pour les pertes résultant des différences du système juridique national ne devrait survenir que pour les contrats conclus après que la société a annoncé vouloir se transformer et que l'autre partie n'en a pas été informée. Cela serait extrêmement onéreux (et rendrait la transformation très peu attrayante voire impossible) s'il était nécessaire de l'appliquer aux contrats conclus avant cette date étant donné que la société n'est pas en mesure d'informer la partie contractante ou la contrepartie de la transformation transfrontalière avant la conclusion des contrats. Il sera également difficile d'identifier les pertes qui découlent de la différence dans les systèmes juridiques. La loi régissant le contrat ne sera pas modifiée par la transformation.

**Article 122 bis 1 :** Le paragraphe 2 indique que la date comptable donnée dans le projet commun de fusion transfrontalière est la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet, à moins que les sociétés qui fusionnent ne déterminent une autre date satisfaisant aux dispositions des alinéas a) et b). Le CCBE estime que ce deuxième paragraphe s'applique, que la société issue de la fusion transfrontalière prépare ou non ses états financiers conformément aux normes comptables internationales. Si ce n'est pas le but, le CCBE pense qu'une clarification est nécessaire. L'intention est-elle que les normes internationales d'information financière s'appliquent pour déterminer la date comptable à des fins comptables, mais que ce paragraphe s'applique aux fins du droit des sociétés ? Cela peut être important, par exemple pour des raisons fiscales. Le CCBE estime qu'une clarification serait utile. Au paragraphe (b), la référence à « la date du bilan immédiatement après la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet » n'est pas très claire. Le CCBE pense que cela veut dire que la société issue de la fusion doit choisir une date comptable lui permettant de se conformer à la législation nationale de l'État membre où elle est constituée lorsqu'elle établit ses états financiers annuels et doit établir ses états financiers annuels à la date du bilan choisie conformément à la loi de l'État membre où elle est constituée (ainsi, par exemple, si la fusion prend effet le 1<sup>er</sup> juin 2020 et que la date comptable choisie conformément à la loi de l'État membre concerné est le 31 décembre, la société établira ses états financiers annuels au 31 décembre 2020 après l'entrée en vigueur de la fusion). La référence à « immédiatement » après la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet peut prêter à confusion et suggérer que le bilan doit être établi le jour suivant l'entrée en vigueur de la fusion. Il pourrait être plus clair de mentionner la date du bilan « qui survient en premier lieu » après la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet.

**Article 123.2, paragraphe 2 :** Le CCBE estime que le mot « *unless* » devrait être supprimé de la version anglaise.

**Article 123.6 :** Lorsque le registre transmet les informations pertinentes au bulletin national, l'État membre pourra-t-il encore percevoir une taxe pour publication dans le bulletin national ?

**Article 126 bis 2 et 3 :** Le CCBE estime que les mots « une ou plusieurs des » et « un ou plusieurs des » devraient être insérés au début des alinéas a) et b). Le paragraphe 2 autorise la vente des participations aux associés restants des sociétés qui fusionnent ou à des tiers en accord avec la société. Néanmoins, le paragraphe 3 évoque uniquement les sociétés qui fusionnent en faisant une offre. Le libellé devrait être élargi pour inclure le cas où les sociétés qui fusionnent s'arrangent pour que des associés de la société ou des tiers fassent l'offre de payer une soulte en espèces adéquate pour les participations. À l'alinéa 3, à la neuvième ligne, il est nécessaire que les États membres s'assurent que les sociétés qui fusionnent peuvent recevoir l'acceptation d'une offre de soulte qui est communiquée par voie électronique à une adresse fournie par ces sociétés à cette fin. Le dernier paragraphe devrait indiquer « Toutefois, l'acquisition d'une société qui fusionne ».

**Article 126 bis 5 :** Le CCBE estime que les mots « à la société fusionnante concernée » devraient être insérés après « de la soulte en espèces » à la première ligne.

**Article 126 bis 6 :** Les sociétés peuvent prévoir dans leurs statuts des dispositions permettant l'arbitrage dans de tels cas. Le CCBE croit comprendre qu'une société pourrait toujours inclure de telles dispositions et que les associés seraient libres d'avoir recours à l'arbitrage s'ils le souhaitent, mais qu'ils seraient également libres d'exiger une soulte devant un tribunal national comme le prévoit cet article. Il serait utile que les considérants indiquent clairement que les sociétés peuvent toujours prévoir des dispositions sur l'arbitrage dans leurs statuts, à condition que celles-ci ne soient pas obligatoires.

**Article 126 bis 8 :** Le CCBE estime qu'à la dernière ligne il devrait indiquer « **au plus tard** » un mois (plutôt que « dans un délai d'un mois »), afin de permettre aux associés d'intenter une action avant que la fusion transfrontalière ne prenne effet, plutôt que d'avoir à attendre qu'elle prenne effet. Le CCBE estime qu'il serait utile de le permettre aussi bien aux associés qu'aux sociétés qui fusionnent étant donné que celles-ci voudront être informées le plus tôt possible de telles actions.

**Article 133.8 :** Le CCBE estime que la troisième ligne devrait indiquer « négociations avec le groupe spécial de négociation » (au lieu de « au sein d'un »).

**Article 160 ter (2) :** Le CCBE estime ici qu'à la première ligne, il doit être écrit que la « société scindée » est une société « qui initie une opération de scission transfrontalière » (au lieu de « dans le cadre d'une opération de scission »).

**Article 160 ter 3 a) :** à la première ligne, il convient d'indiquer « une société scindée **qui fait** l'objet d'une dissolution sans être mise en liquidation » (au lieu de « qui a fait l'objet d'une dissolution sans être mise en liquidation »), puisque la dissolution n'intervient que lorsque la scission prend effet. Il devrait y avoir un « ou » à la fin de l'alinéa a).

**Article 160 sexies 3 :** Le CCBE estime ici que les mots « lorsqu'elle doit continuer à exister » devraient être insérés après « la société scindée » au niveau de la troisième ligne. Le CCBE est d'avis que la dernière phrase devrait indiquer « Le montant d'une telle responsabilité solidaire est limitée, pour chaque société, à la valeur de l'actif net attribué à chaque société à la date de la scission ». Ce changement permettrait de préciser que la limitation ne s'applique qu'à une responsabilité solidaire n'ayant pas été explicitement attribuée.

**Article 160 septies :** Le CCBE ne comprend pas l'absence de référence aux normes comptables internationales (alors que l'article 122 bis y fait référence). Les commentaires du CCBE sur l'article 122 bis sont également valables ici.

**Article 160 decies :** Les commentaires sur l'article 86 octies ci-dessus sont également valables ici. À l'article 160 decies 3 f), il convient de faire référence aux établissements proposés, au chiffre d'affaires net et au résultat proposés, à la composition proposée du bilan et au lieu où les cotisations sociales sont dues pour les sociétés bénéficiaires, etc. étant donné qu'aucun de ces éléments n'existera au moment du rapport.

**Article 160 undecies 1 :** Il convient d'indiquer « Les États membres veillent à ce que les États membres » (au lieu de « les États membres »).

**Article 160 undecies 2 :** À la troisième ligne du paragraphe 3, le CCBE estime que le mot « *unless* » devrait être supprimé de la version anglaise.

**Article 160 undecies 5 :** Lorsque le registre transmet les informations pertinentes au bulletin national, l'État membre pourra-t-il encore facturer des frais de publication au bulletin national ?

**Article 160 duodecies 1 :** À la troisième ligne, le CCBE propose d'insérer « la » avant « scission transfrontalière ».

**Article 160 duodecies 3 :** la première ligne devrait indiquer « l'approbation ou toute modification » (au lieu de « l'approbation de toute modification »).

**Article 160 duodecies 4 :** Le paragraphe serait plus clair en indiquant : « L'assemblée générale décide également de toute modification des instruments de constitution de la société scindée ».

**Article 160 terdecies 3 :** On devrait permettre à la société de faire en sorte qu'une troisième offre soit faite par les associés restants ou par un tiers (voir le commentaire sur l'article 126 bis 2). À la septième ligne, les États membres doivent s'assurer que les sociétés qui fusionnent peuvent recevoir l'acceptation d'une offre qui est communiquée par voie électronique à une adresse fournie par ces sociétés à cette fin. Le dernier paragraphe devrait indiquer « Toutefois, l'acquisition par la société scindée (...) ».

**Article 160 terdecies 5 :** Les sociétés peuvent prévoir dans leurs statuts des dispositions prévoyant l'arbitrage dans de tels cas. Le CCBE croit comprendre qu'une société pourrait toujours inclure de telles dispositions et que les actionnaires seraient libres d'avoir recours à l'arbitrage s'ils le souhaitent, mais qu'ils seraient également libres d'exiger une soule devant un tribunal national comme le prévoit cet article. Il serait utile que les considérants clarifient que les sociétés peuvent encore avoir des dispositions sur l'arbitrage dans leurs statuts, à condition qu'elles ne soient pas obligatoires.

**Article 160 terdecies 7 :** Le CCBE estime que la quatrième ligne devrait indiquer « au plus tard » un mois (plutôt que dans un délai d'un mois), afin de permettre aux associés d'intenter une action avant que la fusion transfrontalière ne prenne effet, plutôt que d'avoir à attendre qu'elle prenne effet. Le CCBE estime qu'il serait utile de le permettre aussi bien aux associés qu'aux sociétés qui fusionnent étant donné que celles-ci voudront être informées le plus tôt possible de telles actions.

**Article 160 terdecies 8 :** Le CCBE estime qu'à la troisième ligne et septième ligne il devrait être indiqué « une société bénéficiaire » (au lieu de « la société bénéficiaire »).

**Article 160 quaterdecies 3 (b) :** Le CCBE estime que la troisième ligne devrait indiquer « la » société scindée (au lieu « d'une société scindée »).

**Article 160 septdecies 1 :** la liste des éléments que l'autorité compétente doit prendre en compte devrait indiquer clairement que nombre de ces éléments seront proposés ou attendus (étant donné que les sociétés bénéficiaires n'exerceront pas encore leurs activités).

**Article 160 octodecies 1 :** Il serait utile d'indiquer une période maximale pour que le certificat préalable à la scission entre en vigueur.

**Article 160 novodecies 4 :** Il serait utile d'indiquer une période maximale pour que la décision d'approuver une scission transfrontalière soit prise.

**Article 160 viciés 3 :** Le CCBE est d'avis que, sur la cinquième ligne, on doit se référer à la dernière des notifications pour traiter d'un cas où les notifications des autorités compétentes pour les sociétés bénéficiaires ont lieu à des dates différentes. Il serait également utile que le registre de la société faisant l'objet de la scission notifie le(s) registre(s) des succursales que la scission a pris effet.

**Article 160 duoviciés 1 (b) :** Le CCBE estime que, sur la première et deuxième ligne, on doit indiquer « une ou plusieurs » sociétés bénéficiaires étant donné que les associés de la société faisant l'objet de la scission peuvent devenir associés d'une seule des sociétés bénéficiaires ou, s'il existe de nombreuses sociétés bénéficiaires, certaines d'entre elles mais pas toutes.

**Article 160 duoviciés 2 :** Le CCBE que la cinquième ligne du deuxième paragraphe ne devrait s'appliquer qu'aux contrats conclus après l'annonce de la scission proposée (voir notre commentaire sur l'article 86 viciés 1 (a) et (c)).

**Article 160 duoviciés 3(b) :** Le CCBE estime que, à la deuxième ligne, devrait être indiqué « une ou plusieurs » sociétés bénéficiaires.

**Article 160 duoviciés 3(c) :** Le CCBE est d'avis que la formulation devrait se rapprocher de celle de l'article 160 duoviciés 1 (c) - les droits et obligations de la société qui fait l'objet de la scission résultant des contrats de travail ou de la relation de travail existant à la date à laquelle la scission transfrontalière prend effet sont transférés à la société ou aux sociétés bénéficiaires respectives à la date de prise d'effet de la scission transfrontalière.