



HAL
open science

Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales

Sébastien Jambort

► To cite this version:

Sébastien Jambort. Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales. *Revue de jurisprudence commerciale*. Ancien journal des agrégés, 2023, pp.25-28. hal-04903427

HAL Id: hal-04903427

<https://hal.science/hal-04903427v1>

Submitted on 21 Jan 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales

L'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 a été prise en application de l'article 13 de la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023 pour « réformer les régimes des fusions, des scissions, des apports partiels d'actifs et des transferts de siège des sociétés commerciales »¹. Cette ordonnance a une double finalité. D'une part, il s'agit de transposer² « la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières et de prendre les mesures de coordination et d'adaptation de la législation liées à cette transposition ». D'autre part, l'ordonnance vise à « harmoniser avec certaines des dispositions encadrant les opérations transfrontalières [...] et de simplifier, de compléter et de moderniser les régimes des fusions, des scissions, des apports partiels et des transferts de siège des sociétés commerciales prévus au chapitre VI du titre III du livre II du code de commerce »³. Cette ordonnance ne se limite donc pas à transposer la « directive Mobilité »⁴.

Par ailleurs, il convient de noter que les dispositions de l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 s'appliquent aux opérations dont le projet est déposé au greffe du tribunal de commerce à compter du 1^{er} juillet 2023. Cette ordonnance a été complétée par le décret d'application n° 2023-430 du 2 juin 2023 mais est en attente de la loi de ratification au moment de la rédaction de ces lignes.

La présente ordonnance réorganise le chapitre VI du titre III du livre II du code de commerce et crée une nouvelle numérotation. Le chapitre VI s'intitule désormais « De la fusion, de la scission et de l'apport partiel d'actifs » mais ne fait pas référence aux opérations transfrontalières⁵. Les trois premières sections sont relatives aux opérations internes et traitent respectivement de la fusion, de la scission et de l'apport partiel d'actif (I). Quant à la section 4, elle traite des différentes opérations transfrontalières (II). Cette nouvelle « architecture » ne doit pas occulter le fait que cette ordonnance réalise trop de renvois pour les opérations transfrontalières aux opérations internes ce qui nuit à l'identification des règles applicables⁶.

I – les opérations internes de fusions, scissions et apports partiels d'actifs

A. Les fusions

¹ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales : JO, 25 mai 2023.

² en ne respectant malheureusement pas la date limite du 31 janvier 2023.

³ Ibid.

⁴ PE et Cons. UE, dir. n° 2019/2121, 27 nov. 2019.

⁵ En ce sens, M. Menjucq, Propos introductifs (au dossier concernant l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales), BJS sept. 2023, n° BJS20211.

⁶ Ibid.

La section 1 du chapitre 6 du titre 3 du livre 2 du code de commerce porte exclusivement sur les fusions et se compose de deux sous-sections : la première portant sur les fusions entre sociétés commerciales et la seconde étant relative aux fusions comportant la participation de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée.

1. Les fusions entre sociétés commerciales

Préalablement, Rémi Dalmau remarque que les fusions entre les sociétés commerciales et les sociétés civiles ne sont pas envisagées alors que « ces fusions posent des difficultés pratiques considérables »⁷.

Au titre des nouveautés introduites par l'ordonnance, il faut citer l'ajout du cas, « rare en pratique »⁸, dans lequel il n'est pas procédé à l'échange de parts ou d'actions de la société bénéficiaire contre des parts ou actions des sociétés qui disparaissent. Il faut que ces parts ou actions soient détenues par les associés des sociétés qui fusionnent dans les mêmes proportions dans toutes les sociétés qui fusionnent et que ces proportions soient conservées à l'issue de l'opération⁹.

Par ailleurs, afin que le projet de fusion soit mis à la disposition du public¹⁰, il doit être déposé au greffe du tribunal de commerce du siège des sociétés qui fusionnent pour être annexé au registre du commerce et des sociétés¹¹.

2. Les fusions comportant la participation de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée

Les fusions réalisées entre sociétés par actions sont soumises aux dispositions de cette sous-section ainsi qu'aux dispositions de la sous-section 1 et qui ne leur sont pas contraires. Il en est de même pour les fusions comportant la participation de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée à l'exception du respect de l'article L. 236-9 du code de commerce.

L'ordonnance ajoute un paragraphe IV à l'article L. 236-10 du code de commerce qui dispose que lorsque l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante n'est pas requise, le rapport du commissaire à la fusion est fourni un mois au moins avant la date de l'assemblée générale de l'autre société ou des autres sociétés qui fusionnent.

⁷ R. Dalmau, Réforme du droit des fusions, (dossier concernant l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales), BJS sept. 2023, n° BJS202i2, n° 7.

⁸ Ibid.

⁹ C. com., art. L. 236-3, II.

¹⁰ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, préc.

¹¹ Sur la publication du projet de fusion sur le site internet des sociétés participantes, v. : P. Delpech, Adaptation du cadre juridique des fusions, scissions et apports partiels d'actifs domestiques, Dalloz actualité, 6 juillet 2023.

L'ordonnance précise à l'article L. 236-12 du code de commerce, relatif au régime des fusions « semi-simplifiées »¹², que le calcul du seuil de 90 % « doit concerner les parts et les autres titres conférant un droit de vote, et non les droits de vote eux-mêmes »¹³.

Il résulte également de l'article L. 236-12 du code de commerce que « ce régime simplifié peut s'appliquer aux cas dans lesquels la société mère détient la totalité de l'une ou plusieurs des sociétés qui fusionnent et plus de 90 % de l'une ou des autres »¹⁴.

B. Les scissions

Depuis l'ordonnance du 24 mai 2023, la scission fait l'objet de la section 2 du chapitre 6 du titre 3 du livre 2 du Code de commerce qui se subdivise en deux sous-sections, l'une consacrée aux scissions des sociétés commerciales, l'autre aux scissions comportant la participation de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée.

1. Les scissions des sociétés commerciales

Le nouvel article L. 236-18 du code de commerce définit les scissions ainsi : une société commerciale peut, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés commerciales existantes ou nouvelles. Cette faculté est ouverte aux sociétés en liquidation à condition que la répartition de leurs actifs entre les associés n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution. Les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans ce cadre reçoivent des parts ou des actions des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées.

Quant au régime de la scission, ce sont les règles de la fusion qui trouvent à s'appliquer car l'article L. 236-19 du code de commerce opère un renvoi aux articles L. 236-2 à L. 236-7 du même code¹⁵.

2. Les scissions comportant la participation de sociétés par actions ou de sociétés à responsabilité limitée

En premier lieu, les scissions réalisées uniquement entre sociétés par actions sont soumises aux dispositions des articles L. 236-20, alinéa 1^{er}, et L. 236-21 alinéa 1^{er}, du code de commerce. Comme le souligne Bruno Dondero, « l'article L. 236-21 rend applicables trois textes ou séries de textes avec autant de critères différents ! »¹⁶. En deuxième lieu, les scissions comportant la participation de sociétés par actions et de sociétés à responsabilité limitée sont régies par les articles L. 236-20, alinéa 2, et L. 236-21, alinéa 2, du code de commerce. En troisième lieu, les scissions entre SARL

¹² P. Delpech, art. préc.

¹³ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023, préc.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ C. Cathiard, Réforme du droit des scissions et nouveau régime de la scission transfrontalière, BJS sept. 2023, BJS2023i0, n°4 et s.

¹⁶ B. Dondero, La réforme des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et transferts de siège des sociétés commerciales (Ord. n° 2023-393 du 24 mai 2023), D. 2023, p.1473, n°20.

paraissent « exclues du régime spécial prévu par les articles L. 236-20 à L. 236-26 »¹⁷. En dernier lieu, l'article L. 236-22 du code de commerce vient préciser que lorsque la scission doit être réalisée par apports à des sociétés nouvelles, chacune des sociétés nouvelles peut être constituée sans autre apport que celui de la société scindée¹⁸.

C. Les apports partiels d'actifs

L'apport partiel d'actifs fait l'objet de la section 3 du chapitre 6 du titre 3 du livre 2 du code de commerce qui comporte quatre articles¹⁹. L'article L. 236-27 du code de commerce précise que la société qui apporte une partie de son actif et, le cas échéant, une partie de son passif à une ou plusieurs sociétés existantes ou nouvelles et la ou les sociétés qui bénéficient de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions concernant les scissions. Il convient de noter que cette définition ne fait pas référence à l'apport d'une branche autonome d'activité²⁰. En visant l'apport d'une partie de l'actif et l'apport d'une partie du passif, le législateur reconnaît que l'apport partiel d'actifs, quand il est soumis au régime des scissions, emporte transmission universelle de patrimoine²¹.

Par ailleurs, comme le souligne le rapport au président de la République, « la transposition de la directive est l'occasion de consacrer la scission partielle²² à l'échelle nationale »²³, « qui constitue une déclinaison de l'apport partiel d'actifs »²⁴. En effet, le projet d'une opération d'apport partiel d'actifs peut prévoir que les parts ou actions de la société qui apporte une partie de son actif à une autre société seront attribuées directement à ses propres associés ou actionnaires²⁵.

II – Les opérations transfrontalières de fusions, scissions, d'apports partiels d'actifs et de transformations

L'idée maîtresse de la directive transposée par l'ordonnance est de faciliter la réalisation des opérations transfrontalières au sein de l'Union européenne. Selon le rapport au président de la République, les nouvelles règles applicables aux opérations transfrontalières doivent garantir « la protection des droits des parties prenantes principales : associés minoritaires, salariés et créanciers »²⁶. Les associés peuvent ainsi « se faire racheter leurs parts ou actions en cas d'opposition à l'opération »²⁷. S'agissant des salariés, il existe un mécanisme qui garantit « le droit des salariés à être informés et consultés en amont de l'opération et à participer aux organes de la

¹⁷ C. Barrillon, Réforme du droit des fusions, scissions et apports partiels d'actifs entre sociétés commerciales, JCP E, 2023, 1183, spéc. n°11.

¹⁸ Concernant le régime des scissions, v. C. Cathiard, art. préc., B. Dondero, art. préc., C. Barillon, art. préc.

¹⁹ articles L. 236-27 à L. 236-30 du code de commerce.

²⁰ A. Viandier, M. Cozian et F. Deboissy, Droit des sociétés, 35^e éd., 2022, LexisNexis, n° 2304.

²¹ En ce sens : B. Dondero, art. préc., n° 26 et s.

²² H. Le Nabasque, La scission partielle, BJS sept. 2023, n° BJS202h7.

²³ Rapport au président de la République, préc.

²⁴ Ibid.

²⁵ C. com., art. L. 236-27 al. 2.

²⁶ Rapport au président de la République, préc. ; M. Menjucq, Les droits des actionnaires dans les opérations transfrontalières, BJS sept. 2023, n° BJS202h9.

²⁷ C. com., art. L. 236-40, sur le droit de retrait des associés opposés à une transformation transfrontalière.

société issue de l'opération »²⁸. Quant aux créanciers dont la créance est née antérieurement au projet d'opération transfrontalière, ils « disposent d'un recours juridictionnel afin d'obtenir des garanties de la part de la société débitrice »²⁹. Enfin, les intérêts publics sont également préservés « par l'instauration d'une autorité de contrôle dans l'État membre de départ, ainsi que dans l'État membre de destination. C'est le greffier du tribunal de commerce qui est l'autorité de contrôle en France³⁰. Il est appréciable que la section 4 intitulée « Des opérations transfrontalières » comporte une sous-section pour chaque opération.

A. Les fusions transfrontalières

Il résulte de l'article L. 236-31 du code de commerce que la fusion transfrontalière est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés par actions ou sociétés à responsabilité limitée ayant leur siège social en France fusionnent avec une ou plusieurs sociétés relevant du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 119 de la directive UE 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés et relevant du droit de l'un ou plusieurs autres États membres de la l'Union européenne. Les règles de la fusion transfrontalière ne s'appliquent pas aux sociétés en liquidation, aux OPCVM, aux sociétés « soumises aux règles spéciales de résolution bancaire et financière »³¹. Les fusions transfrontalières sont régies en France par les quatorze articles de la sous-section relative aux fusions transfrontalières³² mais aussi par les dispositions des articles L 236-1 à L 236-17 du code de commerce qui traitent des opérations internes de fusion et qui ne sont pas contraires aux dispositions spécifiques³³.

B. Les scissions transfrontalières

L'article L. 236-46 du code de commerce définit la scission transfrontalière comme l'opération par laquelle une société par actions ou une société à responsabilité limitée ayant son siège social en France participe à une scission avec une ou plusieurs sociétés relevant du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 160 ter de la directive UE 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés et relevant du droit de l'un ou de plusieurs autres États membres de l'Union européenne. Il est regrettable que le régime applicable à cette opération résulte d'un système de renvoi.

C. Les apports partiels d'actifs transfrontaliers

Le nouvel article L. 236-48 du code de commerce crée l'apport partiel d'actifs transfrontalier qu'il définit comme « l'opération par laquelle une société par actions ou une société à responsabilité limitée ayant son siège social en France participe à une opération d'apport d'une partie de l'actif et, le cas échéant, du passif avec une ou

²⁸ Rapport au président de la République, préc. cit. ; M. Menjucq, Les droits des salariés dans les opérations transfrontalières, BJS sept. 2023, n° BJS202h8.

²⁹ Rapport au président de la République, préc. cit. ; D. Poracchia, La protection des créanciers dans les opérations domestiques et transfrontalières, BJS sept. 2023, n° BJS202i6.

³⁰ E. Schlumberger, Les contrôles de légalité dans les opérations transfrontalières, BJS sept. 2023, n° BJS202i5.

³¹ R. Dalmau, art. préc., n°13.

³² C. com., art. L. 236-31 à L. 236-45 et aussi par les articles R. 236-20 à R. 236-34.

³³ Pour une étude approfondie des fusions transfrontalières, v. R. Dalmau, art. préc., n°13 et s.

plusieurs sociétés relevant du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 160 ter de la directive UE 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés et relevant du droit de l'un ou de plusieurs autres États membres de l'Union européenne ».

D. Les transformations transfrontalières

L'introduction en droit français de la transformation transfrontalière, qui équivaut au transfert de siège social, suscite un certain enthousiasme car l'opération permet la mobilité des sociétés au sein de l'Union européenne, ce qui est conforme au droit européen³⁴. La transformation transfrontalière est définie par l'article L. 236-50 du code de commerce comme l'opération par laquelle une société par actions ou une société à responsabilité limitée immatriculée en France, sans être dissoute ou liquidée ou mise en liquidation, se transforme en une société de forme juridique relevant du droit d'un autre État Membre de l'Union européenne³⁵ et transfère au moins son siège statutaire dans cet autre État membre, tout en conservant sa personnalité juridique. Cette opération ne concerne que les sociétés par actions et les SARL françaises qui émigrent vers un autre État alors que la directive permet l'immigration en France de sociétés immatriculées dans un État membre de l'Union européenne³⁶. La procédure de la transformation transfrontalière est régie par l'article L. 236-52 du code de commerce qui opère des renvois à la procédure de fusion transfrontalière. L'opération de transformation emporte, selon Thomas Mastrullo, les maintiens de la personnalité morale de la société, de son patrimoine et de la qualité d'associé ou d'actionnaire des associés à l'origine de la transformation et des contrats de travail³⁷.

³⁴ En ce sens, T. Mastrullo, L'introduction de la transformation transfrontalière en droit français, BJS sept. 2023, n° BJS202h6, spéc. n°1.

³⁵ figurant en annexe II de la directive UE 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2017, relative à certains aspects du droit des sociétés.

³⁶ En ce sens, T. Mastrullo, art. préc, spéc. n°5.

³⁷ T. Mastrullo, art. préc, spéc. n°15.