

## ■ Sociétés par actions simplifiées

# FUSIONNER UNE SOCIÉTÉ PAR ACTIONS SIMPLIFIÉE, UNE OPÉRATION À RISQUE ?

### Étude

par Bruno PICHARD,  
Ancien élève de l'École polytechnique,  
Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine,  
Pichard et Associés

Dans un arrêt récent (1), la Cour d'appel de Paris vient de décider que l'article 72-1 de la loi du 24 juillet 1966 (2), qui prévoit l'intervention d'un commissaire à la transformation, ne vise que la transformation en société anonyme et ne s'applique pas en cas de transformation en société par actions simplifiée. Au-delà du problème particulier tranché par cette décision, cet arrêt pourrait donner une grille de lecture pour l'application aux SAS des règles édictées pour les SA. En particulier, cette grille pourrait être utile pour déterminer le régime applicable aux fusions faisant intervenir des SAS. Ce régime pourrait en effet révéler des surprises que la jeunesse de la SAS n'a pas encore mises en lumière, mais que l'expansion de cette forme de société pourrait rendre apparentes dans les années à venir.

Les trois principales situations qui pourront se rencontrer sont : la fusion entre deux SAS (1), la fusion entre une SA et une SAS (2), la fusion entre une SAS et une SARL (3).

Ces trois situations seront examinées successivement.

### 1 Fusion entre deux SAS

- **A - Une application *a priori* naturelle**
- **B - Mais une application qui présenterait des exceptions**
- **C - Et qui pourrait même être contestable**
- **D - Sans qu'une solution juridiquement simple puisse être proposée pour éviter le problème**
- **E - Ou pire sans que dans certains cas une solution juridiquement incontestable puisse être mise en œuvre**

Les fusions entre sociétés commerciales sont régies par les articles 371 et suivants de la loi du 24 juillet 1966. Ces articles sont répartis en quatre chapitres, à savoir :

- Dispositions générales,
- Dispositions relatives aux sociétés anonymes,

- Dispositions relatives aux SARL,
- Dispositions diverses.

Le premier chapitre trouve évidemment à s'appliquer aux SAS. Le troisième n'a pas pour objet les fusions entre SA, et donc *a fortiori*, les fusions entre SAS. Le quatrième chapitre ne contient pas de dispositions essentielles concernant les fusions entre SA. Seule l'application aux SAS du deuxième chapitre (art. 375 à 387) doit donc être étudiée.

Pour mener cette étude, on partira de l'idée suivante : l'application d'un même régime aux fusions entre SA et aux fusions entre SAS peut sembler *a priori* évidente. Il y aurait cependant quelques exceptions à cette communauté de règles, communauté qui pourrait se révéler en réalité contestable. Il y aurait pire. On traite en effet de sociétés par actions simplifiées. Mais, pour sortir des querelles théoriques et parvenir à une solution juridiquement incontestable, il faudrait se soumettre à un régime plus complexe pour les fusions entre SAS que pour les fusions entre SA. Pour couronner le tout, on pourrait aller jusqu'à imaginer des situations où quelle que soit la procédure retenue, il y aurait des risques de contestations.

#### A - Une application *a priori* naturelle

La soumission des fusions entre SAS au même régime que les fusions entre SA pourrait paraître aller d'elle-même. L'article 262-1, 3<sup>e</sup> alinéa, ne dispose-t-il pas que : « Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par la présente section, les règles concernant les sociétés anony-

(1) CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. C, 26 mai 2000 ; JCP E 2000, n° 38, p. 1453 ; D. 2000, act. jur. p. 333, note A. Lienhard.

(2) Rappelons que cet article dispose que : « En cas de transformation en société

anonyme d'une société d'une autre forme, un ou plusieurs commissaires à la transformation, chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers, sont désignés... ».

mes, à l'exception des articles 89 à 177-1, sont applicables à la société par actions simplifiée... ». Si on relit les articles 375 à 387, il apparaît que les règles qui y sont posées pour les fusions entre SA ne comportent dans l'ensemble et *a priori* aucune incompatibilité technique avec les règles propres aux SAS. Par exemple, il n'y a pas d'opposition entre les règles propres aux SAS et la nomination d'un commissaire à la fusion prévue par l'article 377. Pas plus qu'il n'y a d'oppositions entre les règles propres aux SAS et les fusions simplifiées visées à l'article 378-1.

Par conséquent, les fusions entre SAS et les fusions entre SA devraient suivre la même réglementation. C'est d'ailleurs une position partagée par de nombreux auteurs (3), qui, il est vrai, n'y consacrent que peu de développements, tant la solution peut paraître évidente et tant une position contraire peut paraître byzantine.

D'ailleurs, à l'appui de cette thèse, on peut relever *a contrario* que si les articles 375 et suivants ne s'appliquaient pas aux fusions entre SAS, il n'y aurait alors pas lieu de désigner de commissaire à la fusion. De même, les créanciers non obligataires des sociétés participantes ne pourraient pas faire opposition à la fusion. On pourrait estimer surprenante une telle différence de régime entre les SA et les SAS qui avec l'expansion attendue des SAS finiront probablement par avoir le même type d'actionnaires et d'activité. Et présenteront donc les mêmes types de risques pour les tiers et leurs actionnaires.

### B - Mais une application qui présenterait des exceptions

Si on s'en tient à cette première analyse en appliquant les mêmes règles aux fusions entre SAS qu'aux fusions entre SA, on peut malgré tout se demander si tous les articles applicables aux SA sont bien applicables aux SAS. On peut en particulier s'interroger sur l'article 376, 2<sup>e</sup> alinéa qui dispose que : « La fusion est soumise, le cas échéant, dans chacune des sociétés qui participent à l'opération, à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles 156 et 269-4 ». Les assemblées ainsi visées sont les assemblées réunissant les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée (art. 156) et les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote (art. 269-4).

Si on se place dans le cas où il existe des actions d'une catégorie déterminée, sans qu'il existe d'actions à dividendes prioritaires sans droit de vote, on pourrait d'abord rejeter l'application de ce deuxième alinéa de l'article 376 parce qu'il renvoie à l'article 156. De ce fait, en tant qu'article compris entre les articles 89 et 177-1, l'application de l'article 156 aux SAS est exclue par l'article 262-1. On pourrait plus généralement considérer que cet alinéa n'est pas compatible avec les principes qui régissent les SAS. Selon ces principes, ce serait en effet aux statuts de la SAS de déterminer les droits des différentes catégories d'actions et les protections dont ils disposent (4). Ainsi, on peut prendre par exemple, le cas d'une SAS dont les statuts disposeront qu'il existera différentes catégories d'actions, mais sans que ces statuts ne prévoient aucune consultation, ni autre protection de ces catégories d'actions en cas de fusion de la société. Appliquer l'article 376 et contraindre la SAS à une consultation spécifique des différentes catégories d'actions, reviendrait à rompre l'équilibre que tous les actionnaires ont voulu établir entre eux.

L'exemple de l'article 376 n'est pas nécessairement exhaustif, et d'autres exceptions pourraient se révéler. Autrement dit, même si on considère que les fusions entre SAS sont soumises aux articles 375 et suivants, il faudra procéder à une analyse de chacun de ces articles pour vérifier s'ils sont bien applicables au cas qui se présente.

### C - Et qui pourrait même être contestable

Le récent arrêt de la Cour d'appel de Paris pourrait remettre en cause cette première analyse qui conduit à soumettre aux mêmes règles les fusions de SA et les fusions de SAS. En premier lieu, si la cour a estimé que la désignation d'un commissaire à la transformation prévue en cas de transformation en SA ne s'appliquait pas en cas de transformation en SAS, ce n'est naturellement pas parce qu'il existerait une incompatibilité technique entre la désignation de ce commissaire et les règles applicables aux SAS. D'ailleurs, par souci de précaution compte tenu du doute qui entoure cette question, de nombreuses transformations en SAS sont effectuées avec l'intervention d'un commissaire à la transformation.

La position de la cour ne peut donc se comprendre que si on part du principe que certains textes applicables aux SA ne sont pas applicables aux SAS pour une raison autre qu'une simple incompatibilité technique. C'est d'ailleurs la position d'une partie de la doctrine (5).

Il faut alors se demander comment on détermine les textes applicables aux SA qui peuvent être applicables aux SAS. Selon un auteur (6), il s'agirait de certaines règles propres aux SA, cette notion de règles propres devant « s'entendre comme se référant non pas aux exceptions au régime général des sociétés qui sont réservées aux seules sociétés anonymes, mais aux sections de la loi de 1966 qui leur sont consacrées en propre ». Une telle distinction peut paraître bien subtile, mais l'arrêt de la Cour d'appel de Paris la renforce puisque cet arrêt opère bien une distinction qui semble procéder du même type d'analyse.

Si on s'en tient à cette analyse et si on revient au problème spécifique des fusions, on se doit de constater que, les articles 375 et suivants posent des principes spécifiques aux SA et faisant exception aux règles générales. Ces articles ne seraient donc pas applicables aux fusions de SAS. C'est d'ailleurs la position très naturellement prise par l'auteur précité (7).

On peut toutefois remarquer que même si on s'en tient à cette analyse très stricte, les fusions entre SAS pourraient malgré tout être soumises à certains des articles 375 et suivants. Il est ainsi probable que l'article 380 devrait s'appliquer. Rappelons en effet que cet article vise la protection des obligataires de la société absorbée. Or, il se trouve que les SAS peuvent émettre des obligations et que la section de la loi du 24 juillet 1966 relative aux obligations leur est applicable (8). L'article 313 qui fait partie de cette section est donc applicable aux SAS. Dans la mesure où son 3<sup>e</sup> prévoit que : « L'assemblée générale (des obligataires) délibère (...) sur les propositions de fusion ou de scission de la société, dans les cas prévus aux articles 380 et 384 », on est conduit à en conclure que l'article 380 s'applique en cas de fusion entre SAS. Autrement dit, l'absence de soumission des fusions entre SAS aux articles 375 et suivants ne serait que partielle...

(3) A. Charvériat et A. Couret, *Société par actions simplifiée : nouveau régime juridique, fiscal et social*, éd. F. Lefebvre, 1999, n° 1340 et 1342 ; J. Mestre, D. Velardochio et C. Blanchard-Sébastien, *Les Sociétés commerciales*, 2000, n° 3915 ; P. Le Cannu : *Rep. sociétés Dalloz*, 2000, V° SAS, n° 26.

(4) P.L. Périn, *La société par actions simplifiée*, n°395, *Pratique des affaires*, Joly Éditions, 2000.

(5) *Ibid.*, n° 73.

(6) *V. note (4)*.

(7) *Ibid.*, n° 74.

(8) A. Charvériat et A. Couret, *op. cit. note (3)*, n° 1306 ; P.L. Périn, *op. cit. note (4)*, n° 87.

### **D - Sans qu'une solution juridiquement simple puisse être proposée pour éviter le problème**

On pourrait tenter de régler l'incertitude existant sur le régime applicable aux fusions entre SAS en appliquant volontairement les règles prévues pour les fusions entre SA. Une telle solution n'est que partiellement satisfaisante. En effet, pour que cette solution soit réellement protectrice et évite les contestations ultérieures, il faudrait alors appliquer toutes les règles prévues par les articles 375 et suivants qui apportent des contraintes supplémentaires par rapport au régime général. En revanche, il faudrait renoncer à toutes les simplifications prévues par ces articles et tout particulièrement à la possibilité de pratiquer une fusion simplifiée telle que prévue par l'article 378-1.

### **E - Ou pire sans que dans certains cas une solution juridiquement incontestable puisse être mise en œuvre**

Il est par ailleurs envisageable que dans certains cas, il ne soit pas possible de parvenir à la sécurité en appliquant les règles les plus contraignantes du régime général et celles du régime spécifique des SA. À ce propos, on peut prendre par exemple le cas où il existera différentes catégories d'actions au sein de la SAS. Dans un souci de sécurité et pour éviter de trancher le problème juridique, on pourrait imaginer d'appliquer spontanément les règles applicables aux fusions entre SA et donc en particulier, l'article 376. Il faut alors soumettre la fusion à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires des différentes catégories. On peut alors imaginer que l'une de ces assemblées refuse d'approuver la fusion et empêche ainsi sa réalisation.

En revanche, s'il avait été décidé de ne pas appliquer les articles 375 et suivants, et sauf clauses statutaires contraires, il n'aurait pas été nécessaire de réunir les assemblées spéciales et on peut alors imaginer que la fusion aurait pu être approuvée. Comme on le voit, dans ce type de situation, il n'est pas possible d'adopter une attitude neutre : suivant la position prise, la fusion sera ou ne sera pas réalisée.

## **2 Fusion entre une SA et une SAS**

**A** - Il y a une première analyse, simple, si on retient l'inapplicabilité des articles 375 et suivants aux SAS. Il n'y a alors pas lieu d'appliquer ces articles aux fusions entre SA et SAS.

**B** - Si on ne partage pas cette position, on risque cependant de conclure également à l'inapplicabilité de ces articles 375 et suivants aux fusions entre SA et SAS.

Ces articles figurent en effet sous la rubrique « Dispositions relatives aux sociétés anonymes ». Ils ne visent donc que les fusions entre SA. L'article 375 ne laisse d'ailleurs aucun doute à ce sujet. Il stipule expressément : « *Les opérations visées à l'article 371 et réalisées uniquement entre sociétés anonymes sont soumises aux dispositions du présent paragraphe* ».

Lorsqu'on applique ces articles aux SA, on ne les applique donc qu'aux fusions ne faisant intervenir que des SA. Si on veut les appliquer aux SAS, on ne peut les appliquer qu'aux fusions visant des SAS et uniquement des SAS. En effet, lorsqu'on applique l'article 375 aux SAS, il devient : « *Les opérations visées à l'article 371 et réalisées uniquement entre SAS sont soumises aux dispositions du présent paragraphe* ». Autrement dit, même si on considère qu'en application de l'article 262-1, ce chapitre s'applique aux SAS, il pourrait cependant ne pas viser les fusions entre SA et SAS.

## **3 Fusion entre une SAS et une SARL**

Ici on retrouve les deux analyses envisageables.

**A** - Si on considère que les articles 375 et suivants ne sont pas applicables aux SAS, il faut alors exclure l'article 389 qui vise les fusions entre SA et SARL et qui les soumet aux articles 377, 378-1, 381, 385 et 386. Les fusions entre SAS et SARL seraient alors soumises aux seuls articles 371 à 374.

**B** - Si on retient une analyse moins stricte des textes, à l'article 389, on peut substituer SAS à SA et les fusions entre SARL et SAS sont alors soumises aux articles 377, 378-1, 381, 385 et 386. On ne peut alors s'empêcher de trouver pour le moins inattendu que par exemple une fusion simplifiée entre une SA et une SARL soit possible alors qu'une fusion simplifiée entre une SA et une SAS ne le serait pas.

Aux termes de cette étude, on ne peut qu'être perturbé par toutes les incertitudes qui entourent les fusions faisant intervenir des SAS, et notamment sur la réponse très incertaine à apporter à la question toute simple : quels sont les articles de la loi de 1966 qui leurs sont applicables ? Cette situation est d'autant plus préoccupante qu'une fusion est une opération relativement banale et que pour des sociétés dites simplifiées, on se retrouve face à des problèmes juridiques complexes, voire insolubles. Mais, il ne s'agit probablement là que de l'une des surprises qu'à l'usage, les SAS risquent de présenter.

