



Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris
Tél. 01 47 63 66 41 Fax 01 42 27 13 58 - <http://www.ansa.fr> - ansa@ansa.fr

2015 – III

Comité Juridique
Réunion du 1^{er} avril 2015

n° 15-024

Les SCA et SAS participant à une fusion doivent-elles établir une déclaration de conformité ?

Jusqu'à la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises, l'article L 236-6 du code de commerce prescrivait à toutes sociétés commerciales participant à une opération de fusion ou de scission d'établir une déclaration de conformité déposée au greffe. Cette obligation résultait de la loi du 5/01/1988 ayant transposé la directive du 9/10/1978 sur les fusions¹. Mais en visant l'ensemble des sociétés commerciales, cette transposition allait au-delà de l'exigence européenne, la directive ne concernant que les SA.

La directive du 9/10/1978 sur les fusions ayant été plusieurs fois modifiée, elle a été remplacée par la directive n° 2011/35 du 5/04/2011. L'article 16 de la directive du 9/10/1978 impose un contrôle administratif ou judiciaire de la fusion à moins que les PV de l'AGE soient rédigés en la forme authentique. Cette obligation de contrôle préalable résultait elle-même de l'article 11 de la première directive européenne n° 68/151 du 9/03/1968 destinée à limiter les risques d'annulation de la société (codifiée par la dir. n° 2009/101 du 16/09/2009). Cette exigence avait été inscrite à l'article 6 de la loi du 24/07/1966 relatif à la constitution de toute société commerciale, devenu l'article L 210-7 du code de commerce². La loi Madelin n° 94-126 du 11/02/1994 a supprimé la déclaration de conformité en cas de constitution d'une société³, mais n'a pas touché à celle exigée en cas de fusion.

La loi du 20 décembre dernier a corrigé cette extension (art. 23) en précisant que l'obligation ne concernait que les sociétés anonymes et les sociétés visées par d'autres directives européennes : sociétés européennes et sociétés participant à une opération de fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne⁴ (Toutefois, la directive n° 2005/56 sur les fusions transfrontalières ne vise que les sociétés de capitaux).

¹ Et celle du 17/12/1982 sur les scissions.

² V. Hémar, Terré, Mabilat, Soc. com. T 1, n° 197 et s.

³ V. P. Le Cannu, *La loi Madelin et le droit des sociétés*, Bull. Joly 1994 p. 246.

Art. L 210-7 du c. de com.

Il est procédé à l'immatriculation de la société après vérification par le greffier du tribunal compétent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives au registre du commerce et des sociétés.

Si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la loi et les règlements ou si une formalité prescrite par ceux-ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée, sous astreinte, la régularisation de la constitution. Le ministère public est habile à agir aux mêmes fins.

Les dispositions des alinéas qui précèdent sont applicables en cas de modification des statuts.

L'action prévue au deuxième alinéa se prescrit par trois ans à compter, soit de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, soit de l'inscription modificative audit registre et du dépôt, en annexe dudit registre, des actes modifiant les statuts.

⁴ Art. L 236-6 (loi du 20/12/2014)

Toutes les sociétés qui participent à l'une des opérations mentionnées à l'article L. 236-1 établissent un projet de fusion ou de scission.

Ce projet est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège desdites sociétés et fait l'objet d'une publicité dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

A peine de nullité, les sociétés anonymes et les sociétés européennes participant à l'une des opérations mentionnées au premier et au deuxième alinéa de l'article L. 236-1 ainsi que les sociétés participant à une

Le 3^{ème} alinéa de l'article L 236-6 est désormais ainsi rédigé :

« A peine de nullité, les sociétés anonymes et les sociétés européennes participant à l'une des opérations mentionnées au premier et au deuxième alinéa de l'article L. 236-1 ainsi que les sociétés participant à une opération de fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité des lois et règlements. Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la conformité de la déclaration aux dispositions du présent article. »

Selon les travaux parlementaires relatifs à la loi du 20 décembre 2014, la réforme a pour effet que les sociétés autres qu'anonymes (et celles visées par l'article L 236-6) ne sont plus astreintes désormais à l'obligation d'établir une déclaration de conformité en cas de fusion (et d'opération assimilée). Un rapport parlementaire précise que c'est le cas notamment pour les SARL et les SAS⁵. Il ne dit rien des SCA.

Toutefois, s'agissant des SAS, l'article L 227-1 dispose qu'elles sont soumises aux dispositions relatives aux SA lorsque celles-ci ne sont pas incompatibles avec les règles propres aux SAS et si elles ne font pas partie des articles expressément exclus par l'article L 227-1 (*« Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiée »*)⁶.

L'article L 226-1 relatif aux SCA dispose de même que celles-ci sont soumises aux « règles concernant les sociétés en commandites simple et les sociétés anonymes », « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues » pour les SCA, à l'exception de certains articles (sur les organes de direction, d'administration et de surveillance)⁷.

opération de fusion transfrontalière au sein de l'Union européenne sont tenues de déposer au greffe une déclaration dans laquelle elles relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité des lois et règlements. Le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la conformité de la déclaration aux dispositions du présent article.

⁵ Rapport de M. A. Reichardt, Com. des lois du Sénat, n° 59 du 29/10/2014, p. 58.

⁶ **Art. L 227-1**

Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport.

Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective.

Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la société par actions simplifiée. Pour l'application de ces règles, les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la société par actions simplifiée ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet.

La société par actions simplifiée peut émettre des actions inaliénables résultant d'apports en industrie tels que définis à l'article 1843-2 du code civil. Les statuts déterminent les modalités de souscription et de répartition de ces actions. Ils fixent également le délai au terme duquel, après leur émission, ces actions font l'objet d'une évaluation dans les conditions prévues à l'article L. 225-8.

La société par actions simplifiée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence est soumise à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret prévoit les conditions de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

⁷ **Art. L 226-1 du c. de com.**

La société en commandite par actions, dont le capital est divisé en actions, est constituée entre un ou plusieurs commandités, qui ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, et des commanditaires, qui ont la qualité d'actionnaires et ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Le nombre des associés commanditaires ne peut être inférieur à trois.

Les SAS et les SCA sont-elles encore astreintes à déposer une déclaration de conformité lorsqu'elles participent à une fusion ?

Selon une *première interprétation*, l'article L 236-6 figure à la section I (du chapitre VI relatif aux fusions) qui ne concerne que les *dispositions générales*. Il ne s'agit donc pas d'une disposition sur le régime des SA en tant que telle. Or, on peut estimer que la règle prévue aux articles L 226-1 et L 227-1 renvoyant aux dispositions sur les sociétés anonymes ne concerne que le fonctionnement de ces sociétés. Un texte d'ordre général ne serait pas visé par ce renvoi même s'il contient une référence aux SA. Insérée dans une disposition générale, la référence aux SA (faite par l'article L 236-6) constituerait une disposition spéciale s'appliquant exclusivement aux sociétés anonymes (et autres sociétés expressément visées).

De plus, à l'appui de cette première interprétation, on admet qu'une règle visant les SA puisse ne pas s'appliquer aux SAS : l'article L 231-1 dispose que les statuts des sociétés **qui n'ont pas la forme de société anonyme** peuvent prévoir la variabilité du capital⁸. Or, la doctrine quasi unanime considère que les SAS peuvent avoir un capital variable⁹, ce qui signifie qu'elle reconnaît que la règle de l'article L 231-1 ne s'applique pas à la SAS. Dans le même sens, on pourrait estimer que le 3^{ème} alinéa de l'article L 236-6 ne concerne pas non plus cette société.

Selon une *deuxième interprétation*, il n'y a pas lieu de limiter la portée d'un texte en l'absence de restriction expresse. Les articles L 226-1 et L 227-1 rendent applicables aux SCA et aux SAS l'ensemble des dispositions concernant les SA, si elles ne sont pas incompatibles avec le statut propre à ces sociétés, à l'exception des textes qui sont expressément énumérés. *A contrario*, les autres dispositions relatives aux SA leur sont donc applicables. Etablir une déclaration de conformité en cas de fusion n'est en rien incompatible avec le régime propre aux SAS (et aux SCA) : indirectement, ces sociétés sont donc soumises au 3^{ème} alinéa de l'article L 236-6)¹⁰.

Rien ne permet d'affirmer que la référence faite aux « *règles concernant les sociétés anonymes* » par ces articles (L 226-1 et L 227-1) se limiterait à celles relatives au fonctionnement interne de la SA. Ainsi, on peut observer que l'article L 227-1, dans la liste des textes expressément exclus pour les SAS, cite l'article L 224-2 qui ne concerne pas le fonctionnement des SA (il relève du chapitre IV, *Dispositions générales applicables aux sociétés par actions*). *A contrario*, les autres textes applicables aux SA font donc partie des « *règles concernant les sociétés anonymes* » visées

Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 225-17 à L. 225-93, sont applicables aux sociétés en commandite par actions.

⁸ Art. L 231-1

Il peut être stipulé dans les statuts des sociétés qui n'ont pas la forme de société anonyme ainsi que dans toute société coopérative que le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués.

Les sociétés dont les statuts contiennent la stipulation ci-dessus sont soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale, aux dispositions du présent chapitre.

Il peut être stipulé dans les statuts des sociétés qui n'ont pas la forme de société anonyme ainsi que dans toute société coopérative que le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués.

Les sociétés dont les statuts contiennent la stipulation ci-dessus sont soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres suivant leur forme spéciale, aux dispositions du présent chapitre.

⁹ En ce sens notamment, Comité juridique ANSA du 6/12/2000, Com. n° 3081-9 ; A. Charvériat, A. Couret, *Dossier pratique Fr. Lefebvre, La SAS*, n° 365 ; M. Jeantin, *Sociétés par actions simplifiées, Constitution de la SAS*, éd. GLN Joly 1994, p. 2 ; Mémento Fr. Lefebvre soc. com. 2015, n° 60121.

¹⁰ En ce sens, BRDA n° 1/15, n° 4 ; Dictionnaire perm. Droit des affaires, février 2015 ; D ; Gallois-Cochet, *Loi du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises*, Dr. des sociétés, LexisNexis, mars 2015, n° 48 ; Lettre du Greffe du tribunal de commerce de Paris du 13/02/2015 (à un cabinet d'avocats).

par l'article L 227-1. Le fait que le 3^{ème} alinéa de l'article L 236-6 soit compris dans un texte applicable à l'ensemble des sociétés commerciales n'a pas d'effet sur sa portée : ce 3^{ème} alinéa constitue bien une règle applicable aux sociétés anonymes. Rappelons d'ailleurs que les intitulés des têtes de chapitre n'ont pas en eux-mêmes de portée normative.

Certes, l'article R 236-4 précise que « *la déclaration prévue à l'article L. 236-6 ...est signée par au moins un membre du directoire, administrateur ou gérant de chacune des sociétés participantes ayant reçu mandat à cet effet* », ce qui paraît ne pas viser les dirigeants de la SAS. Mais l'article L 227-1 indique que « *les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la société par actions simplifiée ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet.* »

En outre, l'établissement de la déclaration est requis sous peine de nullité de la fusion (et le greffe du tribunal de commerce de Paris a déjà répondu par écrit qu'il la réclamerait).

Réponse – Le *Comité juridique* constate que le 3^{ème} alinéa de l'article L 236-6 prescrivant l'établissement de la déclaration de conformité en cas de fusion vise précisément les sociétés anonymes ; or l'article L 227-1 rend applicables aux SAS toutes les règles que les SA sont tenues de mettre en œuvre, à l'exception des articles qui sont expressément écartés ou des dispositions qui seraient incompatibles avec les règles spéciales propres aux SAS. Comme on ne peut limiter la portée de ce renvoi aux textes applicables aux SA, faute d'indication en ce sens dans le texte de l'article L 227-1, il en résulte que ce 3^{ème} alinéa de l'article L 236-6 concerne également les SAS.

S'agissant de la prohibition de la variabilité du capital pour les SA, il convient cependant de ne pas comprendre *a contrario* le renvoi de l'article L 227-1 : celui-ci rend applicables aux SAS les dispositions que les SA doivent mettre en œuvre et non certaines interdictions qui leur sont spécifiques.

En pratique, il apparaît néanmoins que l'obligation de déclaration de conformité semble inopportune et injustifiée dans les SAS, compte tenu de leur caractère contractuel (au contraire des SCA, les commanditaires ayant le même statut que les actionnaires des SA). L'ANSA va donc proposer un texte excluant expressément le 3^{ème} alinéa de l'article L 236-6 dans l'énumération des dispositions écartées par l'article L 227-1.
