

LES FUSIONS ET LES SCISSIONS DE SOCIETES : ASPECTS JURIDIQUES

*Eléments de cours préparés par
Hechmi ABDELWAHED
Enseignant ISCAE
2009-2010*

Le législateur a mis un cadre juridique aux opérations de fusions et de scissions de sociétés.

Il a été précis quant à l'objectif auquel devait répondre une opération de fusion ou de scission. L'article 409 du CSC énonce dans ce cadre que : « La fusion, la scission, la transformation ou le groupement de sociétés doivent permettre la réalisation de l'un des objectifs suivants :

- L'adaptation aux mutations économiques tant internes qu'internationales ;
- La réalisation d'un capital permettant davantage d'investissement, d'emploi et de productivité ;
- Le développement des moyens de travail et de distribution ;
- L'acquisition de technologies nouvelles et l'amélioration de la qualité du produit ;
- L'accroissement de la capacité d'exportation et de concurrence ;
- Le renforcement de la crédibilité de l'entreprise envers ses partenaires ;
- La création et le renforcement de l'emploi. »

Quoique de tels objectifs semblent être généraux et évidents, leur énonciation reste utile pour fixer les limites de la légalité d'une opération de fusion, de scission, de transformation ou de regroupement.

D'ailleurs, le législateur a insisté davantage sur la précision des limites de la légalité de ces opérations, en interdisant explicitement celles qui visent une fraude fiscale ou la réalisation d'un des objectifs prohibés par les articles 5, 6, 7 et 8 de la loi sur la concurrence et les prix.

LES FUSIONS DES SOCIETES

Définition des fusions

La fusion peut être définie comme l'opération par laquelle deux ou plusieurs entreprises se réunissent pour n'en former qu'une seule.

La fusion peut résulter de trois formes de réunions:

- deux ou plusieurs sociétés préexistantes disparaissent pour créer une entité nouvelle: il s'agit de la fusion réunion;
- une ou plusieurs sociétés préexistantes disparaissent pour venir s'annexer à une autre société préexistante: il s'agit de la fusion absorption;
- une société préexistante se scinde en deux ou en plusieurs parties pour en faire apports à une ou à plusieurs sociétés préexistantes: il s'agit de la fusion scission.

La définition donnée par le CSC semble comprendre ces différentes formes. L'article 411 du CSC précise, en effet, que « la fusion peut résulter soit de l'absorption par une ou plusieurs sociétés des autres sociétés, soit de la création d'une société nouvelle à partir de celles-ci. »

1. Conditions de fonds et conséquences juridiques des fusions

1.1. Conditions de fonds

Conditions de base

Deux conditions de base constituent le fondement sur lequel repose la réglementation de la fusion :

- elle ne doit pas obliger un ancien associé à quitter sa société ;
- elle ne doit pas obliger un ancien associé à augmenter ses engagements.

La fusion, étant considérée comme une transformation des sociétés fusionnées, elle ne peut entraîner la remise en cause des droits fondamentaux des associés de ces sociétés. En effet, :

- chaque associé a le droit de garder son statut d'associé et ne peut, par aucune disposition, être obligé à quitter sa société. La fusion de celle-ci avec une autre, quelque soit le sens de la fusion, n'entraîne en fait, pour l'associé, qu'une modification des statuts de la société dans laquelle il a participé. Il continue en conséquence à faire partie soit de sa société initiale (lorsque celle-ci est la société absorbante), ou de sa société transformée (nouveau nom, nouveau capital, nouveau siège, etc., lorsque celle-ci est la société absorbée).
- chaque associé, ayant fait partie d'une société de capitaux ne peut, par aucune disposition, être obligé d'augmenter ses obligations financières envers cette société.

Conditions spécifiques exigées par le CSC

Le législateur a prévu des conditions spécifiques qui tiennent à la forme juridique des sociétés fusionnées, à leur capital social et à certaines autorisations administratives préalables.

Conditions quant à la forme des sociétés fusionnées

Le CSC a précisé dans son article 412 que « La fusion peut réunir soit des sociétés de même forme, soit des sociétés de formes différentes.

Toutefois, elle doit dans tous les cas aboutir à la constitution d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société en commandite par actions. »

Cette disposition ne nous semble pas interdire les fusions qui aboutissent à une société d'une autre forme. En effet, la fusion qui aboutirait à la constitution d'une société de personnes, peut exister sur le plan économique, mais elle ne se trouve pas spécialement régie par le CSC. Une telle fusion nécessite l'accord préalable de l'unanimité des associés des sociétés fusionnées et équivaut par voie de conséquence, à une liquidation de celle qui disparaît et une constitution ou une augmentation de capital de la nouvelle société ou de l'absorbante. Les règles régissant ces opérations, leur sont alors, appliquées.

Conditions quant à la nationalité des sociétés fusionnées

« La fusion d'une ou plusieurs sociétés étrangères avec une ou plusieurs sociétés tunisiennes doit aboutir à la constitution d'une société dont la majorité du capital doit être détenu par des personnes physiques ou morales tunisiennes. »

Cette énonciation donnée par l'article 412 du CSC, reste à notre avis, peu précise. Elle paraît, en effet, être d'application généralisée, alors que par ailleurs, des dispositions réglementaires, dont la loi 93-120, permettent à des personnes physiques ou morales tunisiennes d'être associées dans des sociétés étrangères établies en Tunisie.

Conditions quant au capital des sociétés fusionnées

Le législateur a exigé la libération totale préalable du capital des sociétés fusionnées et en fait une condition de validité de l'opération de fusion. Il a même été insistant, puisque cette condition a été citée dans deux articles du CSC : 410 et 413.

Si l'on peut comprendre le souci du législateur, quand il s'agit de la société absorbante ou nouvelle à créer, on ne peut en être de même, lorsqu'il s'agit de la société absorbée. On se demande, en effet, pour une société appelée à être dissoute, quelle serait la motivation de cette exigence de libération de capital. Car, et de toutes les manières, l'augmentation de capital chez la société absorbée, ne va correspondre qu'à la valeur effective du patrimoine net apporté. La partie du capital non libérée chez l'absorbée ne sera pas évidemment rémunérée.

Il nous semble, ainsi, qu'une telle exigence pour la société absorbée compliquerait l'opération de fusion dans le cas où le capital de l'absorbée n'est pas totalement libérée. En effet, l'opération devrait être précédée par une réduction du capital, avec toutes les formalités que cela devrait engendrer.

Conditions quant aux autorisations administratives

Ces conditions ne concernent que les opérations de fusion impliquant des entreprises publiques ou des sociétés faisant appel public à l'épargne. Pour ces cas, on devrait recourir aux autorisations nécessaires, soit des tutelles, soit du Conseil de marché financier.

1.2. Conséquences juridiques des fusions

Dissolution des sociétés absorbées, sans liquidation

La fusion entraîne la dissolution des sociétés fusionnées ou absorbées et la transmission universelle de leurs patrimoines à la société nouvelle ou à la société absorbante. Cette dissolution s'effectue sans liquidation des sociétés fusionnées ou absorbées.

Il est évident, en effet, que la fusion ne doit pas aboutir à une liquidation, car si elle devait être ainsi, les associés des sociétés fusionnées ou absorbées deviendraient libres de leur engagements et aucune loi de majorité ne peut leur imposer de continuer à faire partie de la société nouvelle ou absorbante.

Conséquences sur les créanciers

Le CSC reconnaît aux créanciers des sociétés qui fusionnent, un droit de s'opposer à la fusion et soumet ce droit à certaines conditions de fond et de forme.

Il faut d'abord que l'opposition soit juridiquement fondée pour qu'elle soit recevable. Le créancier doit présenter les arguments et les preuves nécessaires pour justifier son souci de voir la situation patrimoniale de son créancier se dégrader par le fait de la fusion.

L'opposition est faite auprès du Président de la chambre commerciale ou le cas échéant du Président du tribunal de première instance compétent. Ces derniers décident, soit le paiement immédiat des créanciers, soit ils ordonnent la constitution de garanties nécessaires, soit enfin il rejette leur opposition lorsqu'elle se révèle juridiquement infondée.

Cette opposition doit être faite dans un délai de trente jours à partir de la publication du projet de fusion prévue par l'article 16 du CSC.

Il est, tout de même, à relever que la simple opposition du créancier à la fusion n'a pas pour effet d'empêcher l'opération de fusion ni de limiter ses effets.

Les créanciers de chacune des sociétés qui participent à la fusion conservent leurs droits sur le patrimoine de leur société débitrice. A défaut de remboursement des créances ou de constitution de sûretés ordonnées par le président du tribunal de première instance ou le président de la chambre commerciale, la fusion leur est, alors, inopposable.

De même, il y a lieu de signaler que le rejet de l'opposition par le président de la chambre commerciale ou par le président du tribunal de première instance compétent ne met pas obstacle à l'exécution des conventions permettant au créancier d'exiger immédiatement le remboursement de sa créance.

A défaut de paiement des créanciers, leurs créances sont transférées avec les sûretés à la société nouvelle ou absorbante. Les créanciers bénéficient d'une préférence vis-à-vis des créanciers dont la créance est née postérieurement à la fusion que cette créance soit chirographaire ou privilégiée.

Lorsque la créance est garantie par une sûreté, celle-ci est transférée avec la créance principale tant qu'elle n'est pas remboursée.

Par ailleurs et lorsque les créanciers acceptent les sûretés qui leurs sont proposées par le président de la chambre commerciale ou le président du tribunal de première instance compétent, ces sûretés font l'objet d'une publicité au journal officiel de la République Tunisienne et dans deux quotidiens dont l'un est en langue arabe.

Aussi, lorsqu'une créance se trouve garantie par un cautionnement, la caution doit manifester expressément sa volonté de transférer ou de ne pas transférer son cautionnement au profit de la société à constituer par l'effet de la fusion.

Conséquences sur les porteurs de certificats d'investissement ou de titres participatifs et sur les obligataires

Les porteurs de certificats d'investissement ou de titres participatifs ainsi que les obligataires doivent se réunir en assemblée spéciale pour décider d'approuver ou non, la fusion.

Dans le cas où cette assemblée spéciale n'approuve pas la fusion, les porteurs de certificats d'investissement ou de titres participatifs ainsi que les obligataires disposent également et de la même manière que les créanciers, d'un droit d'opposition à la fusion, régi par les mêmes dispositions prévues pour les créanciers.

Conséquences sur les salariés

Les contrats de travail continuent légalement à produire leurs effets à l'égard de la société qui fusionne.

Les contrats de travail des salariés et cadres de chacune des sociétés qui participent à la fusion sont de plein droit transmis à la société nouvellement créée ou absorbante.

Conséquence sur le contrat de bail

Le contrat de bail est directement transféré au profit de la société résultant de la fusion.

2. Processus de réalisation et formalités nécessaires à la validité des fusions

2.1. Rapprochement des organes de gestion

La conception d'une opération de fusion est nécessairement l'œuvre des organes de gestion des sociétés qui fusionnent. Qu'ils soient, gérants, membres des conseils d'administration ou des directoires, il leur incombe la tâche de discuter de l'opportunité, de faire procéder aux évaluations nécessaires et de négocier des modalités de réalisation de la fusion.

Ils seront tenus, par la suite, de convoquer leurs assemblées générales respectives et doivent leur préparer à cet effet, un document d'information : le projet de fusion, qui leur permet d'être suffisamment éclairées sur l'opération avant toute prise de décision.

2.2. Projet de fusion

Le CSC, dans son article 413, oblige à faire précéder la fusion par un projet de fusion qui arrête et précise toutes les conditions et les conséquences de l'opération.

Ce projet de fusion doit contenir, d'après l'article précité:

- les motifs, buts et conditions de la fusion envisagée;
- la dénomination, la forme, la nationalité, l'activité et le siège social de chaque société concernée par la fusion;
- l'état de l'actif et du passif dont la transmission universelle est prévue;
- l'évaluation financière de l'actif et du passif selon les états financiers et une évaluation économique de l'entreprise faite par un expert comptable ou un expert spécialisé.

L'évaluation financière et économique doit être établie à la même date pour toutes les sociétés ;

- la date de la dissolution et celle de la fusion ainsi que la date à partir de laquelle les actions ou les parts sociales nouvelles donneront le droit de participer aux bénéfices sociaux;
- la détermination de la parité d'échange des droits sociaux, qu'il s'agisse d'actions ou de parts sociales, le montant de la soulte et le cas échéant, la prime de fusion et le dividende avant la fusion;
- la détermination des droits des associés; des salariés et des dirigeants;
- la détermination de la méthode retenue pour l'évaluation et les motifs du choix effectué;

2.3. Expertise spécialisée, commissariat aux comptes et commissariat aux apports dans une opération de fusion

Le commissariat aux comptes est une institution légale prévue pour une catégorie de sociétés commerciales. Les sociétés qui fusionnent peuvent, donc, avoir ou non un commissaire aux comptes, selon leurs formes et/ou le niveau de leurs capitaux.

Le commissariat aux apports est une institution légale prévue lorsqu'il y a un apport en nature fait à une société de capitaux lors de sa constitution ou lors de l'augmentation de son capital.

Outre la référence aux deux institutions précédentes, une opération de fusion nécessite également, l'intervention d'un expert spécialisé.

L'article 417 du CSC dispose qu' « un expert spécialisé inscrit sur la liste des experts judiciaires désigné par ordonnance sur requête par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le siège social de l'une des sociétés concernées par la fusion, établit sous sa propre responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion après avoir pris connaissance de tous les documents nécessaires que la société concernée par la fusion ou l'absorption doit lui communiquer, elle doit, en outre lui permettre d'effectuer toutes les investigations nécessaires. L'expert évalue, également, les apports en nature et les avantages particuliers.

Il vérifie si la parité d'échange est équitable et que la valeur attribuée au patrimoine objet de la transmission est réelle. Il précise la ou les méthodes suivies pour la détermination des parités d'échange et indique si elles sont adéquates et doit déterminer les difficultés particulières d'évaluation. Dans ce cas, l'expert est considéré comme commissaire aux apports. » .

2.4. Documents à soumettre à l'assemblée des associés devant décider de la fusion

L'article 418 du CSC énonce que « la société concernée par la fusion doit mettre à la disposition de ses associés deux mois avant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire :

- le projet de fusion ou d'absorption ;
- le rapport du commissaire aux apports ;
- le rapport du commissaire aux comptes si la société en possède un ;
- le rapport de gestion des trois exercices ;

- les rapports des conseils d'administration ou des assemblées des associés pour les sociétés autres que la société anonyme et de chacune des sociétés concernées par la fusion ;
- les états financiers nécessaires à l'information des associés ;
- le projet d'acte constitutif de la nouvelle société.
S'il s'agit d'une absorption, la société doit mettre à leur disposition le texte intégral des modifications à apporter aux statuts de la société absorbante ;
- l'acte constitutif des sociétés participant à la fusion ;
- le contrat de fusion ou d'absorption ;
- nom, prénom et nationalité des administrateurs ou gérants des sociétés qui participent à la fusion. Il en est de même pour la société nouvelle ou absorbante».

L'analyse de ces dispositions appelle de notre part, les réflexions suivantes :

D'abord, au niveau du délai de deux mois exigé pour la mise des documents à la disposition de l'assemblée générale, il nous semble que ce délai est relativement long et surtout sans commune mesure avec les délais exigés pour des situations relativement comparables de modifications statutaires (liquidation, augmentation de capital ou autres).

Ensuite, quant le législateur évoque les rapports des conseils d'administration ou des assemblées des associés pour les sociétés autres que la société anonyme, on est en droit de s'étonner du fait qu'il soit demandé des rapports établis par des assemblées générales d'associés. De quels rapports peut-il s'agir et comment ces assemblées vont-elles se réunir pour les établir?

Il nous semble à cet égard, que nous ne pouvons tenir compte d'une telle disposition, mais qu'il faudrait la retenir dans le sens de rapports établis par les organes de gestion qu'ils soient Conseil d'administration, Directoire ou Gérance.

De même, pour ce qui est du contrat de fusion ou d'absorption exigé, il aurait fallu être explicite quant à son établissement. Il ne peut s'agir, à notre avis, que d'un projet de contrat équivalent au projet de fusion. En effet, le contrat ne peut exister qu'après l'approbation de l'opération de fusion par l'assemblée des associés.

Enfin, l'exigence des nom, prénom et nationalité des administrateurs ou gérants des sociétés qui participent à la fusion peut se comprendre pour la société absorbante mais aucunement pour la société nouvelle du fait qu'ils ne seront connus que le jour de la réunion de l'assemblée générale constitutive ou de la rédaction des statuts qui énonceraient la nomination des gérants.

2.5. Réunion des assemblées générales extraordinaires des associés

L'opération de fusion entre sociétés entraîne pour les unes une dissolution et pour les autres une augmentation de capital ou une création. Ces décisions ne peuvent être prises que par des assemblées générales extraordinaires des associés.

Les règles régissant chacune de ces situations en matière de convocation, de quorum et de majorité sont applicables lors de la fusion.

2.6. Date d'effet de la fusion

En cas de création d'une nouvelle société, la fusion prend effet à compter de la date d'immatriculation au registre du commerce, et en cas d'absorption, elle prend effet à compter de la date de la dernière assemblée générale extraordinaire ayant décidé l'opération de fusion. Il est possible, toutefois, et pour les cas de fusion absorption, que la fusion ait comme date d'effet une date autre que celle de la dernière assemblée générale extraordinaire ayant décidé l'opération de fusion. Ce cas, pour qu'il soit valable, doit être décidé par les associés et consigné dans le contrat d'absorption.

2.7. Publicité des fusions

La fusion doit faire l'objet d'une publicité conformément à l'article 16 du CSC.

2.8. Nullité des fusions

L'article 425 du CSC précise que l'action en nullité de la fusion peut être exercée par toute personne physique ou morale intéressée et par tous les ministres concernés par les sociétés commerciales. L'action se prescrit par trois ans à partir de la date d'immatriculation au registre du commerce de la société nouvellement créée ou à partir de la date à laquelle l'absorption est devenue définitive et dans tous les cas à partir de la publication de la fusion conformément à l'article 16 du CSC.

La nullité de la fusion ne peut être prononcée que pour les causes suivantes :

- nullité de la délibération de l'assemblée qui a décidé l'opération de fusion ;
- défaut de publicité ;
- non respect des dispositions du CSC et des dispositions législatives ou réglementaires spéciales ;

Il toutefois à relever qu'il s'agit là de nullités relatives. En effet, le tribunal saisi peut ordonner, même d'office, la régularisation. Alors et à cet effet, le tribunal peut accorder un délai de deux mois pour la régularisation s'il l'estime possible. A l'expiration du délai et à défaut de régularisation, le juge doit prononcer la nullité.

Dans ce dernier cas, la décision du tribunal devenue définitive doit faire l'objet d'une publicité au Journal officiel de la République Tunisienne et dans deux quotidiens dont l'un est en langue arabe conformément aux dispositions de l'article 16 du CSC.

La décision prononçant la nullité de la fusion est sans effet sur les contrats et autres obligations créés par la société nouvellement créée ou la société absorbée de la date de sa création jusqu'au jugement prononçant la nullité. Les sociétés fusionnées et leurs dirigeants demeurent tenus solidairement des dettes et engagements y découlant.

En cas de prononcé de la nullité de la fusion, les dommages encourus par les tiers, les associés ou les créanciers sont supportés solidairement par les responsables de la nullité.

Par ailleurs, l'article 426 du CSC précise que lorsque la fusion aboutit à une entente illicite ou à une concentration horizontale ou verticale ou à une position dominante, elle peut être annulée conformément aux dispositions de la loi relative à la concurrence et aux prix.

Enfin, l'article 427 du CSC énonce qu'en cas d'annulation de la fusion, toutes les sociétés qui ont participé à l'opération sont solidairement responsables avec leurs dirigeants de l'exécution des obligations leur incombant et des dommages causés à toute personne physique ou morale.

LES SCISSIONS DES SOCIETES

Définition des scissions

La scission correspond à la division du patrimoine d'une société en plusieurs fractions qui constituent le patrimoine de sociétés nouvelles à créer, ou qui viennent augmenter le patrimoine d'autres sociétés préexistantes.

L'article 428 du CSC précise que «La scission de la société s'opère par le partage de son patrimoine entre plusieurs sociétés existantes ou par la création de nouvelles sociétés. La scission peut être totale ou partielle.»

La scission peut ainsi, correspondre aussi, à l'apport partiel d'actif, c'est à dire à l'apport que peut faire une société à une autre, du patrimoine de l'une de ses activités.

1. Conditions de fonds et conséquences juridiques des Scissions

Les conditions de fonds des scissions restent comparables à celles de la fusion.

Le capital de la société scindée doit être entièrement libéré.

La scission ne s'applique qu'aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés à responsabilité limitée.

Quant aux conséquences, elles sont aussi comparables à celles de la fusion. Ainsi et pour ce qui est de la situation des créanciers de la société scindée, l'article 431 du CSC énonce que les sociétés bénéficiaires sont tenues solidairement entre elles envers tout créancier des dettes incombant à la société scindée qu'elle que soit leur nature, qu'elles soient échues ou non et indépendamment de ce qui est apporté à chaque société prise isolément. Le transfert des dettes n'emporte pas novation à l'égard des créanciers de ladite société.

L'opposition des créanciers qu'elle que soit sa nature s'effectue dans les mêmes conditions requises en matière de fusion.

2. Processus de réalisation et formalités nécessaires à la validité des scissions

A ce niveau aussi, la comparaison avec la fusion reste étroite. La particularité concerne le contenu du projet de scission pour lequel l'article 429 du CSC énonce explicitement que « La scission ne se réalise qu'après l'établissement d'un projet de scission qui sera soumis au vote de l'assemblée générale extraordinaire dans les mêmes conditions que la fusion.

Le projet de scission doit sous peine de nullité contenir les indications suivantes

- les motifs de la scission ;
- les objectifs économiques, sociaux, financiers et techniques à réaliser ;

- la dénomination commerciale, le siège social, la forme juridique, la nationalité de chaque société bénéficiaire de la scission et le numéro d'immatriculation au registre du commerce ;
- les noms des dirigeants de chaque société bénéficiaire de la scission ;
- la valeur des actifs et passif cédés à chaque société bénéficiaire avec indication de la méthode retenue ;
- la détermination des parts ou actions revenant à la société si la scission est partielle et celles revenant aux associés en cas de scission totale ;
- la fixation des parités d'échange ;
- la détermination de la méthode retenue pour la fixation des parités ainsi que les motifs du choix effectué ;
- la liste de répartition du personnel entre les sociétés bénéficiaires ; »

En outre, l'article 430 précise que « les éléments actifs et passifs apportés par la société scindée doivent faire l'objet d'une évaluation faite par un expert spécialisé inscrit sur la liste des experts judiciaires, suivant la même méthode qu'en matière de fusion et sous sa propre responsabilité », en ajoutant que « l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire décide s'il y a lieu d'approuver ou de désapprouver les apports évalués par l'expert ».