

## **76. Annulation d'une fusion de SAS : absence d'accord du conseil de surveillance ou erreur constitutive d'un vice du consentement ?**

Une opération de fusion entre SAS qui, contrairement aux statuts, n'a pas été approuvée par le conseil de surveillance, doit être annulée.

La nullité encourue ne peut être régularisée lorsque les décisionnaires, à savoir les membres du conseil de surveillance, ne le désirent pas et que le président des sociétés fusionnées reconnaît son erreur et sollicite la nullité.

**Fondement** : C. com., art. L. 235-4 et L. 235-8

### **T. com Bayonne, 31 oct. 2012, n° 2012/004774**

#### **Les faits**

(...) Il n'est pas contesté par les parties que :

Y et Z sont deux sociétés françaises filiales du groupe X qui clôturent leurs comptes au 31 octobre.

En mai 2012, le président des sociétés Y et Z a pris l'initiative de fusionner ces deux entités. La société Z étant détenue à 100 % par Y, le projet de fusion était soumis au régime dit « simplifié » d'absorption d'une filiale à 100 % prévu à l'article L. 236-11 du Code de commerce, qui permet la réalisation d'une telle opération sans consultation des associés des sociétés concernées.

Le président n'a par ailleurs consulté ni le conseil de surveillance de Y ni celui de Z préalablement à la fusion.

Dans le cadre des opérations de clôture, les membres du conseil de surveillance et l'associé unique de Y viennent de découvrir l'existence de la fusion. Cette dernière a des conséquences préjudiciables significatives pour Y.

MM. R. et C., en leur qualité de membres du conseil de surveillance de Y et la société P., en sa qualité d'actionnaire de Y sollicitent aujourd'hui du tribunal l'annulation de la fusion pour violation des règles statutaires. (...)

#### **Sur ce le tribunal**

*Sur la demande d'annulation pour défaut d'approbation du conseil de surveillance :*

Attendu que le tribunal notera en premier lieu que, compte tenu du fait que Z est filiale à 100 % de Y, c'est le principe de fusion dite « simplifiée » sans approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire prévue à l'article L. 236-11 du Code de commerce qui a été appliqué ;

Que les raisons ayant conduit le président de Y à procéder à diverses opérations de fusion sur 10 sociétés en Europe, à savoir de rationaliser et simplifier sa structure aux fins notamment d'alléger ses coûts de gestion administrative étaient en son temps pertinentes ;

Attendu que cependant bien que possédant des pouvoirs très étendus dans la direction et la conduite des affaires de la société Y, Z et de ses diverses filiales en Europe il se devait de se conformer aux diverses prescriptions contenues tant dans les statuts que dans les limites fixées dans le procès-verbal du conseil de surveillance du 10 juin 2002, que dans le « Corporate signature authorization » applicable à toutes les sociétés du groupe ;

Que les statuts présentés aux débats en leur article 16 prévoient que « seules les décisions importantes doivent nécessairement être adoptées par le conseil de surveillance préalablement à leur conclusion (...) » et en « l'article v) toute décision d'acquisition d'actifs ou de participation significative », et en « l'article xi) toutes autres décisions qui pourrait être réservée au conseil de surveillance par les statuts, ou par les principes, règles ou procédures alors en vigueur (...) » ;

Que par délibération du 10 juin 2002, le conseil de surveillance de Y a décidé d'arrêter les seuils de valeurs suivants « toute décision d'acquisition d'actifs ou de participation pour un montant supérieur à 50 000 000 € » ;

Que le « Corporate signature authorization » interdit la réalisation d'opérations de fusions entre sociétés du groupe quel qu'en soit le montant, sans l'accord préalable du directeur financier et du directeur juridique du groupe ;

Attendu que le seuil fixé par les statuts est de 50 000 000 €, et que si l'actif comptable net transféré par la société Z s'élève à 28 872 983 €, il y a lieu de se référer à la valorisation réelle de l'entreprise estimée par le cabinet R. à une somme supérieure à 100 000 000 € selon attestation produite aux débats ;

Attendu que M. A., président de Y et de Z confirme sur audience son erreur et le fait qu'il n'a pas suivi les obligations édictées dans le groupe en cas de fusion ;

Que la société Y s'en remet à la justice et demande l'annulation de cette fusion dans la mesure où elle obère la possibilité d'un développement important du groupe en Inde, nécessaire à son développement voire à sa pérennité ;

En conséquence, le tribunal constatera que la fusion intervenue le 31 mai 2012 entre les sociétés Y et Z n'a pas été approuvée par le conseil de surveillance de Y et en prononcera la nullité,

*Sur les délais prévus par le Code de commerce pour une annulation de fusion :*

Attendu que l'article L. 235-4 du Code de commerce énonce que « le tribunal de commerce saisi d'une action en nullité peut même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités. Il ne peut prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance » ;

Que cet article n'est pas applicable en l'espèce car il n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la nullité en cause ne peut pas être régularisée dans la mesure où les décisionnaires de la société à savoir les membres du conseil de surveillance ne le désirent pas, et que le président des sociétés fusionnées reconnaît son erreur et sollicite la nullité ;

Que l'article L. 235-8 relatif à la nullité en cas de fusion, prévoit un délai sans en définir la durée mais qu'il n'est pas non plus applicable en l'espèce compte tenu de la demande d'annulation ;

En conséquence, le tribunal prononcera la nullité de la fusion intervenue en date du 31 mai 2012, à la date du présent jugement, et dira que les parties se retrouveront en l'état où elles étaient avant cette fusion. (...)

## **NOTE**

Le jugement rapporté prononce, ce qui est assez rare, la nullité d'une opération de fusion dans les circonstances suivantes. Le groupe américain X détient au pays basque deux sociétés, la SAS Y qui contrôle la société Z, également constituée sous forme de SAS.

En mai 2012, le groupe décide de procéder en Europe à diverses opérations de fusion sur une dizaine de sociétés, afin de rationaliser et simplifier sa structure, ce qui, pense-t-il, lui permettra notamment d'alléger ses coûts de gestion administrative.

Z étant contrôlée à 100 % par Y, l'opération est soumise au régime des fusions simplifiées, régi par l'article L. 236-11 du Code de commerce qui dispose, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, depuis la « loi Warsmann I » du 17 mai 2011 : « Lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de

l'opération, la société absorbante détient en permanence la totalité des actions représentant la totalité du capital des sociétés absorbées, il n'y a lieu ni à approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participant à l'opération ni à l'établissement des rapports mentionnés au quatrième alinéa de l'article L. 236-9, et à l'article L. 236-10 ».

Par la suite, le groupe a découvert que cette fusion avait des conséquences préjudiciables significatives pour Y dans la mesure où la nouvelle configuration de la société ne lui permettrait plus de répondre aux exigences de la réglementation indienne en matière de distribution, alors que cette société s'est vu confier la responsabilité du développement de l'activité du groupe en Inde.

Comment faire annuler l'opération ? En l'espèce, les statuts de Y prévoient que seul le conseil de surveillance est compétent pour décider d'une acquisition d'actif supérieure à cinquante millions d'euros, ce qui était le cas de Z et donc d'une fusion. Or, le conseil de surveillance de Y n'avait pas été consulté et n'avait donc pas donné son accord. Les membres du conseil de surveillance non consultés ont donc soutenu dans leur assignation que la décision de fusion avait été prise en violation des statuts de la société et ont demandé la nullité de l'opération. C'est ce qu'admet le tribunal de commerce de Bayonne, en relevant qu'à l'audience le président de Y et de Z avait confirmé « son erreur et le fait qu'il n'a pas suivi les obligations édictées dans le Groupe en cas de fusion ».

Cette motivation n'emporte pas nécessairement l'adhésion. Sans doute, la SAS laisse-t-elle une grande liberté à ses associés puisque l'on sait que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée » (C. com., art. L. 227-5)<sup>1</sup>. Mais l'on ne saurait oublier que dans ce type de société le président, seul organe obligatoire, est doté, comme le président-directeur général de la société anonyme d'un pouvoir légal : il représente la société à l'égard des tiers et il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Les dispositions statutaires qui limitent ses pouvoirs, comme en l'espèce, sont inopposables aux tiers (art. L. 227-6, al. 1<sup>er</sup> et 4). Il en résulte que le fait que le président n'ait pas sollicité préalablement à la fusion l'autorisation de son conseil de surveillance pouvait certes engager sa responsabilité personnelle dans l'ordre interne, mais ne permettait pas, à notre avis, de faire prononcer la nullité de la fusion.

Il aurait certainement mieux valu que les juges bayonnais fondent leur décision sur l'argumentation qui était invoquée à titre subsidiaire par les demandeurs, l'erreur commise, constitutive d'un vice du consentement. Sur cette question, la jurisprudence n'est pas très fournie. On peut toutefois citer un jugement du tribunal de grande instance de Metz du 20 avril 1982<sup>2</sup> qui a prononcé l'annulation de différentes opérations financières pour erreur sur leurs conséquences fiscales : « (...) la modification réalisée par l'assemblée générale (...) n'a été adoptée que parce que les actionnaires étaient persuadés qu'ils bénéficieraient, sur la foi des renseignements erronés qu'on leur avait donnés, d'un droit d'enregistrement de 1,20 % alors que le taux devait se révéler être en fait de 3 et 12 % rendant ainsi l'opération non seulement sans intérêt mais encore spécialement onéreuse ; (...) les conditions de la nullité pour erreur sont donc bien réunies et il convient d'accueillir la requête conjointe (...) ». La solution est pleinement transposable à la présente espèce, dans la mesure où la fusion entreprise obérait la « possibilité d'un développement important du groupe en Inde, nécessaire à son développement voire à sa pérennité ».

Restait une difficulté à résoudre pour les demandeurs qui souhaitaient obtenir une décision d'annulation au plus tard le 31 octobre, date de clôture de l'exercice social des sociétés. Ils pouvaient craindre que le tribunal, saisi seulement le 23 octobre, fasse application de l'article L. 235-8, alinéa 2, du Code de commerce, texte spécial aux opérations de fusion et de scission<sup>3</sup> qui impose que : « Lorsqu'il est possible de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité, le tribunal saisi de l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission accorde aux sociétés intéressées un délai pour régulariser la situation ». Mais, en l'espèce, le texte était inapplicable. Si l'on se rallie à l'argumentation du tribunal, les membres du conseil de surveillance étaient hostiles à toute régularisation, puisqu'ils étaient eux-mêmes demandeurs à la nullité de l'opération. Si l'on fonde la nullité de la fusion sur l'erreur, le texte n'a pas non plus vocation à s'appliquer, puisque la seule « régularisation » de l'erreur consiste à prononcer la nullité de l'opération.

On saluera la célérité des juges consulaires bayonnais et on approuvera la solution qu'ils ont adoptée, tout en ayant préféré une autre motivation.

Philippe Merle

Professeur émérite de l'université Paris 2 (Panthéon-Assas)

1 1. L'article L. 227-9, alinéa 2, du Code de commerce n'est pas dans le débat. Sans doute prévoit-il que les attributions dévolues aux assemblées des sociétés anonymes, notamment en matière de fusion, sont exercées collectivement par les associés de la SAS dans les conditions prévues par les statuts. Mais en cas de fusion simplifiée, les assemblées ne sont pas consultées (art. L. 236-11).

2 2. TGI Metz, ch. com., 20 avr. 1982 : BJS juill. 1982, p. 789, n° 341.

3 3. À la différence du texte général de l'article L. 235-4, alinéa 2, du Code de commerce, qui interdit au tribunal de « prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance ».