

# Mandats spéciaux

## Partie 7

Jacques Colson

*Expert-comptable – Conseil fiscal*

*Membre de la commission d'accompagnement et de surveillance de l'IEC*

**Après avoir abordé la fusion par absorption dans l'article précédent, penchons-nous à présent sur la fusion par constitution.**

### **La fusion par constitution (articles 705 à 718 du Code des sociétés)**

La nouvelle forme sous laquelle la nouvelle société est constituée doit respecter toutes les conditions du Code des sociétés, au premier rang desquelles figurent celles relatives au nombre d'associés requis et au capital à souscrire obligatoirement.

La constitution des sociétés créées dans le cadre d'une opération de fusion par constitution doit être constatée par acte authentique.

Y compris donc quand il s'agit d'une forme de société qu'il serait possible de constituer par acte sous seing privé (société en nom collectif, société coopérative à responsabilité illimitée et société agricole).

À relever également que les règles relatives aux apports en nature, ainsi que celles relatives au blocage d'un apport en numéraire avant la constitution d'une société anonyme, d'une société européenne, d'une société en commandite par actions ou encore d'une société privée à responsabilité limitée, ne s'appliquent pas dans le cas présent.

C'est là, du reste, la raison pour laquelle un expert-comptable peut lui aussi exécuter cette forme de constitution de société par apport en nature.

Le projet de fusion qu'établissent les organes de gestion des sociétés à fusionner doit lui aussi comporter diverses mentions obligatoires.

Ainsi, doivent être mentionnés la forme juridique, l'objet et le siège social de la ou des sociétés appelées à être dissoutes et de la nouvelle société.

Ce projet de fusion contient bien sûr aussi le rapport d'échange des actions, les modalités de remise des actions de la nouvelle société, la date à partir de laquelle ces actions donnent le droit de participer aux bénéfices et la date à partir de laquelle la nouvelle société reprend à son compte les opérations des sociétés appelées à être dissoutes.

Il indique également les émoluments des commissaires, des réviseurs d'entreprises ou des experts-comptables externes qui ont établi le rapport de contrôle, ainsi que tous les avantages particuliers attribués aux membres des organes de gestion des sociétés appelées à être dissoutes.

Si des droits sont attribués aux associés ou autres actionnaires des sociétés appelées à être dissoutes, qui ont des droits spéciaux, le projet de fusion en fait aussi état, de même que des mesures proposées à leur égard.

### **Projet de fusion**

Ne faut-il établir qu'un seul projet de fusion ou chaque organe de gestion des sociétés concernées doit-il en établir un ?

Dès lors que le projet de fusion doit émaner de chacune des sociétés, j'estime qu'il doit y avoir autant de projets de fusion qu'il y a de sociétés impliquées, étant donné qu'il est possible d'établir le projet de fusion par acte authentique ou sous seing privé et que la motivation des diverses sociétés peut être différente. D'autant plus qu'en vertu de l'article 707 C. soc., l'organe de gestion de chaque société doit établir un « rapport écrit et circonstancié » qui explique et justifie l'opportunité, les conditions, les modalités et les conséquences de la fusion, ainsi que le rapport d'échange d'actions proposé, du point de vue du droit et de l'économie. Ce rapport doit aussi décrire les méthodes de calcul, leur importance relative et les difficultés éventuellement rencontrées.

### **La mission de l'expert-comptable externe**

L'article 708 C. soc. définit la mission du commissaire ou, à défaut, du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe qui aura été désigné.

Cette mission consiste pour eux à rédiger un rapport sur le projet de fusion et à déclarer si, à leur avis, le rapport d'échange est ou non pertinent et raisonnable.

Ici aussi, le Code des sociétés en fixe le contenu minimal. Il doit indiquer les méthodes d'après lesquelles le rapport d'échange a été établi, mentionner si ces dernières sont appropriées en l'espèce, donner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit et émettre un avis sur l'importance relative donnée à chacune d'entre elles.

En outre, le rapport indique les difficultés particulières relevées lors de l'évaluation. L'organe de gestion de chaque société appelée à fusionner peut désigner un des professionnels mentionnés à l'article 708 C. soc. à cette fin.

L'organe de gestion de chaque société concernée doit informer les associés de toutes les modifications importantes survenues dans la société entre l'établissement du projet de fusion et l'assemblée générale qui se prononce sur la fusion. Cet organe fait également part de ces modifications à l'organe de gestion des autres sociétés appelées à fusionner, qui en informe à son tour son assemblée générale.

Chaque société annonce le projet de fusion, ainsi que le rapport de l'organe de gestion et le rapport de contrôle du professionnel précité, dans l'ordre du jour de son assemblée générale appelée à se prononcer sur ce projet.

Elle doit aussi attirer l'attention des associés sur la possibilité d'obtenir une copie gratuite de ces documents.

Hormis dans une société coopérative à responsabilité limitée, les actionnaires nominatifs doivent en recevoir une copie au moins un mois avant la réunion de l'assemblée générale extraordinaire appelée à se prononcer sur le projet de fusion.

Dans une société coopérative à responsabilité limitée, les associés ont le droit de prendre connaissance de ces documents au siège de la société un mois au moins avant la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion.

Dans le même délai, tout associé d'une des sociétés appelées à fusionner peut prendre connaissance du projet de fusion, des rapports particuliers établis par l'organe de gestion et par le professionnel chargé du contrôle, ainsi que des comptes annuels des trois derniers exercices de chacune des sociétés appelées à fusionner.

Dans les sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés privées à responsabilité limitée, sociétés

européennes ou sociétés coopératives à responsabilité limitée, il faut également tenir à disposition les rapports de l'organe de gestion (conseil d'administration, gérant ou collègue de gérants), du comité de direction ou du conseil de surveillance et éventuellement du commissaire concernant les trois derniers exercices comptables.

Si le dernier exercice comptable a été clôturé plus de six mois avant le projet de fusion, il y a lieu d'établir des chiffres intermédiaires, qui ne sont pas antérieurs de plus de trois mois à ce projet. L'établissement de ces chiffres intermédiaires doit se faire suivant la méthode suivie pour dresser les derniers comptes annuels. Il n'est par contre pas nécessaire de procéder à un nouvel inventaire (à ne pas confondre avec le stock, qui, selon moi, doit au moins avoir subi une évaluation et un contrôle raisonnables).

Il convient aussi d'attirer l'attention sur le fait que les associés d'une société appelée à fusionner doivent remplir toutes les conditions pour être admis en qualité d'associés au sein d'une société privée à responsabilité limitée ou d'une société coopérative quand la société issue de la fusion a cette forme juridique.

Comme déjà indiqué dans l'article précédent, les associés d'une société coopérative ont la faculté de démissionner, moyennant notification à la société par lettre recommandée, au moins cinq jours avant l'assemblée générale extraordinaire. Cette démission n'a d'effet que si le projet de fusion est adopté.

L'article 712 C. soc. énonce les quorums minimums de présence et de majorité à réunir lors des votes. Les statuts peuvent toutefois édicter des règles plus strictes ; un point qu'il ne faut par conséquent pas non plus perdre de vue.

Par dérogation à l'article 582 C. soc., il n'y a pas lieu de rédiger de rapport spécial en cas d'émission d'actions sans mention de valeur nominale, sous le pair comptable des anciennes actions.

S'il existe plusieurs catégories d'actions et que les droits de ces actions sont modifiés, il faut vérifier, conformément à l'article 560, alinéa 4, C. soc., si le quorum de présence est réuni pour chacune de ces catégories.

L'accord de tous les associés est requis si la nouvelle société ou la société à absorber est une société en nom collectif. L'accord de tous les associés des sociétés à absorber est nécessaire quand la nouvelle société est constituée sous la forme d'une société en nom collectif, d'une société en commandite simple ou d'une société coopérative à responsabilité illimitée.

L'accord des associés commandités est requis dans une société en commandite simple et dans une société en commandite par actions.

Le procès-verbal de l'assemblée générale qui décide de la fusion est à établir par acte authentique. Cet acte reproduit les conclusions du rapport de contrôle du professionnel qui a été désigné à cette fin. Il est donc des plus utiles de vérifier dans le projet d'acte si ces conclusions ont été correctement reproduites.

La fusion n'est accomplie que si le projet d'acte de constitution et les nouveaux statuts sont établis et approuvés par les assemblées générales des sociétés appelées à fusionner, immédiatement après la décision de fusion et la constitution de la nouvelle société.

Les règles relatives aux publications à opérer figurent à l'article 716 C. soc.

Enfin, les articles 717 et 718 C. soc. indiquent le mode de répartition des actions et d'établissement des comptes annuels intermédiaires, ainsi que la façon dont ces comptes sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale de la nouvelle société issue de la fusion. ●

(À suivre)